ancien
Usuel 105 2

RECUEIL

ALPHABÉTIQUE

DES QUESTIONS DE DROIT

QUI SE PRÉSENTENT

LE PLUS FRÉQUEMMENT DANS LES TRIBUNAUX.

ADDITIONS

AUX ARTICLES CONTENUS DANS LES PREMIÈRE, DEUXIÈME ET TROISIÈME ÉDITIONS.

PRE. — WISS.

BIBLIOTHEQUE CUJAS
D 060 572903 6
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE
BIU Cujas

PARIS. — IMPRIMERIE DE FÉLIX LOCQUIN
rue Notre-Dame-des-Victoires, n° 16.

BIU Cujas

RECUEIL ALPHABÉTIQUE

DES

QUESTIONS DE DROIT

QUI SE PRÉSENTENT

LE PLUS FRÉQUEMMENT DANS LES TRIBUNAUX;

OUVRAGE DANS LEQUEL L'AUTEUR A FONDU ET CLASSÉ

UN GRAND NOMBRE DE SES PLAIDOYERS ET REQUISITOIRES, AVEC LE TEXTE DES ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION QUI S'EN SONT SUIVIS,

PAR M. MERLIN,

Ancien Procureur-Général à la Cour de Cassation.

TOME NEUVIÈME.

PRE.—WISS.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

PARIS.

REMOISSENET, PROPRIETAIRE-ÉDITEUR,

RUE DE GRENELLE-SAINT-HONORÉ, N° 29,

PRÈS LE PASSAGE VÉRO-DODAT, ET EN FACE LES DILIGENCES LAFITTE ET CAILLARD.

M DCCC XXX.

BIU Cujas

RECUEIL ALPHABÉTIQUE

DES

QUESTIONS DE DROIT

QUI SE PRÉSENTENT

LE PLUS FRÉQUEMMENT DANS LES TRIBUNAUX;

PAR M. MERLIN,

Ancien Procureur-Général à la Cour de Cassation.

TOME NEUVIÈME.

PAL. — VISS.

PARIS.

RECUEIL

ALPHABÉTIQUE

DES QUESTIONS DE DROIT,

QUI SE PRÉSENTENT LE PLUS FRÉQUEMMENT DANS LES TRIBUNAUX.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

PREUVE, §. I—XVI.

PREUVE. §. I. *Page* 95, *col.* 2, *après la ligne* 13 (1), *ajoutez:*

3° *Comment se prouve contre les héritiers et les ayant-cause d'un condamné à une peine emportant la mort civile, l'exécution du jugement de condamnation?*

4° *Pour établir qu'on est créancier d'une rente, suffit-il de produire d'anciens contrats qui l'énoncent, mais dans lesquels n'ont été parties, ni le prétendu débiteur, ni ceux qu'il représente?*

Sur les deux premières questions, *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 6 thermidor an 11, rapportés à l'article *Religionnaire*, §. 2. *V.* aussi l'article *Mort civile*, §. 1.

Sur la troisième, *V.* l'article *Succession*, §. 11.

Sur la quatrième, *V.* l'article *Rente*, §. 2.

§. II. *Un acquéreur*, etc.

Page 102, *col.* 1, *après la ligne* 18 (2), *ajoutez ce qui suit:*

§. XV. *Dans quel cas un acte sous seing-privé passé entre deux parties qui le reconnaissent, fait-il foi de sa date contre un tiers qui tient ses droits de l'une d'elles?*

V. l'article *Tiers*, §. 2.

§. XVI. *La preuve résultant d'un arrêté qu'un juge qui n'avait pas assisté aux plaidoiries, n'a pas laissé de concourir au jugement, peut-elle être détruite par le certificat de ce juge, de plusieurs autres magistrats et du greffier, attestant que c'est par erreur que l'arrêt a compris ce juge au nombre de ceux qui y ont pris part?*

La négative est la conséquence nécessaire du principe qu'une preuve par écrit ne peut pas être détruite par une preuve testimoniale.

Un arrêt de la cour royale d'Amiens, du 1er mars 1825, était attaqué par le sieur Lenfant, sur le fondement que M. Jallu, qu'il énonçait au nombre des juges qui l'avaient rendu, n'avait pas assisté aux plaidoiries de la cause.

Pour écarter ce moyen, on produisait un certificat qui attestait que M. Jallu n'avait pas concouru à cet arrêt, et ce certificat était signé, non seulement du greffier, mais encore de M. Jallu lui-même et de plusieurs autres magistrats.

Cependant, par arrêt du 14 mai 1828, au rapport de M. Zangiacomi, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier,

« Vu l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810;

» Considérant qu'un certificat ne peut prévaloir sur l'autorité d'un arrêt;

» Que l'arrêt attaqué constate que M. Jallu a concouru au jugement de cette affaire;

» Que l'arrêt précédemment rendu le 7 février

---

(1) *Page* 125, *col.* 2, *ligne* 48 (2e édition).

(2) *Tome* 6, *page* 654, *col.* 1, *ligne* 14, (2e édition).

BIU Cujas

1825, constate que M. Jallu n'a pas assisté à l'audience de ce jour où les plaidoiries de la cause ont eu lieu;

» D'où il suit que l'arrêt attaqué est nul, aux termes de la loi ci-dessus citée;

» La cour casse et annulle l'arrêt rendu par la cour royale d'Amiens, le 1er mars 1825.... (1). »

§. XVII. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles *Confession, Contre-lettre, Enquête, Enregistrement*, §. 3, n° 2; *Expert, Monnaie décimale, Lettre missive, Reconnaissance, Simulation, Témoin judiciaire, Triage*, §. 1, et *Usage (droit d')*, §. 8.

Page 125, *supprimez les deux dernières lignes de la col.* 2 (2), *et substituez-y ce qui suit :*

PRISONNIER POUR DETTE. §. I. *Dans quels cas et dans quelles formes peut-on être constitué prisonnier pour dette?*

V. l'article *Contrainte par corps.*

§. II. 1°. *L'évasion d'un prisonnier pour dette est-elle passible, lorsqu'elle a lieu par bris de prison, de la peine portée, soit par l'art.* 245, *soit par l'art.* 437, *ou par l'art.* 456 *du Code pénal?*

La chambre d'instruction du tribunal de première instance de Cahors ayant rendu, le 17 septembre 1823, un jugement qui décidait cette question pour la négative, le ministre de la justice a, par une lettre du 28 janvier 1824, chargé M. le procureur général de la cour de cassation de requérir l'annullation de ce jugement dans l'intérêt de la loi.

M. Mourre a répondu à ce ministre, le 3 février suivant, qu'il ne savait *quelle tournure donner à son réquisitoire, la décision du tribunal de Cahors contenant une doctrine à l'abri de tout reproche. Je ne conçois pas* (a-t-il ajouté) *une seule raison légale pour m'opposer à des principes qui ont un caractère de démonstration.*

Mais le ministère de la justice ayant insisté, M. le procureur général a donné, le 25 du même mois, un réquisitoire ainsi conçu :

« Le procureur général expose qu'il est chargé formellement par M. le garde-des-sceaux ministre de la justice, de requérir, en vertu de l'art. 441 du Code d'instruction criminelle, et néanmoins dans l'intérêt de la loi seulement, la cassation d'un jugement rendu le 17 septembre 1823, par le tribunal correctionnel séant à Cahors, dans les circonstances suivantes.

» Par deux procès-verbaux rédigés, le premier par la gendarmerie, le 23 juin 1822, le second, par le procureur du roi, le jour suivant, il a été constaté que, ledit jour 23 juin, quatre individus détenus pour dettes s'étaient échappés des prisons civiles de l'arrondissement de Cahors.

» L'évasion avait eu lieu par le moyen d'une ouverture d'environ deux pieds de largeur, sur quinze à seize pouces de hauteur, pratiquée dans un mur qui donne sur la rivière du Lot.

» Parmi ces quatre individus se trouvait le nommé Calvet, meunier, de la commune de Boissières, le seul sans doute qu'on ait pu remettre sous les mains de la justice, et à une époque assez éloignée, puisque ce n'est que le 17 septembre 1823 que nous le voyons comparaître devant le tribunal correctionnel de Cahors.

» Le procureur du roi conclut contre lui *à ce que, vu ce qui résulte des dispositions de l'art.* 245, *combiné avec l'art.* 238 *du Code pénal, le tribunal condamne ledit Jean Calvet à deux mois d'emprisonnement.*

« Sur quoi le tribunal a rendu le jugement que voici :

» *Attendu qu'il résulte des dispositions de l'art.* 484 *du Code pénal, que, dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par ce Code, et qui sont régies par des lois et réglemens particuliers, les cours et les tribunaux continueront à les observer;*

» *Attendu que, dans le* §. 4 *de la sect.* 4 *du tit.* 1er *du liv.* 3 *du Code pénal, tout ce qui est relatif à l'évasion des détenus et au recèlement des criminels se trouve prévu; que l'art.* 241 *explique ce qui doit en être lorsque l'évasion a eu lieu ou a été tentée avec violence ou bris de prison; que par conséquent l'évasion avec bris de prison est une matière réglée par le Code; qu'il ne peut pas être permis de faire l'application des lois et réglemens antérieurs à raison des crimes ou délits relatifs à ces matières, commis postérieurement à la publication de ce même Code;*

» *Attendu qu'il résulte du procès-verbal dressé par M. le substitut du procureur du roi, le* 23 *juin dernier, que quatre individus détenus pour dettes dans les prisons civiles placées dans les bâtimens dépendans du palais de justice de la ville de Cahors, du nombre desquels était Jean Calvet, s'é-*

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 30, page 133.

(2) *Tome* 6, *page* 654, *col* 2, *ligne* 38 (2e édition).

BIU Cujas

taient évadés au moyen d'une ouverture pratiquée dans le mur de ladite prison;

» *Attendu que les dispositions des art.* 238, 239 *et* 240 *du Code pénal, qui graduent la peine qui devrait être appliquée à ceux qui auraient favorisé l'évasion des détenus, ne laissent aucun doute que cette peine n'est infligée qu'à raison du préjudice souffert par la société, qui, par suite de cette évasion, ne pourrait pas obtenir la réparation d'un attentat commis envers elle, puisque c'est suivant la gravité de cet attentat que la peine doit être infligée;*

» *Attendu que la loi a déterminé dans quel cas la peine la plus faible devrait être infligée; que c'est lorsque l'évadé était prévenu d'un délit de police, d'un crime simplement infamant, ou qu'il était prisonnier de guerre, que les tribunaux peuvent prononcer une peine de six jours à deux mois d'emprisonnement;*

» *Attendu qu'à l'égard des détenus qui se sont évadés, la loi ne prononce de peine que lorsqu'il y a eu violence ou bris de prison; qu'aux termes de l'art.* 245, *le coupable ne doit subir cette peine qu'après qu'il aurait subi celle qu'il aurait encourue par un crime ou par un délit, ou qu'après qu'il a été absous du crime ou du délit dont il était prévenu;*

» *Attendu que, si l'individu détenu pour dette ne se trouve dans aucun des cas où les juges pourraient déterminer le moment où commencerait la durée de la peine, il faut nécessairement en conclure qu'une peine ne peut pas lui être appliquée;*

» *Attendu qu'en s'aidant même des principes consacrés par l'ancienne législation criminelle, rapportés par Muyart de Vouglans, le bris de prison était bien considéré comme une espèce de rébellion à la justice; que cependant si celui qui était parvenu à s'échapper de cette manière, était reconnu innocent, il devait être déchargé entièrement, à moins qu'en s'évadant il n'eût commis des violences ou autres crimes;*

» *Attendu que, si le législateur a indiqué lui-même dans quel cas la société pouvait exiger une réparation par le seul fait de l'évasion, à raison du préjudice qu'elle aurait éprouvé; s'il n'a pas pensé que celui qui n'était détenu que pour dette, qui pouvait être plus malheureux que coupable, et envers lequel on n'aurait jamais eu à faire l'application d'une loi pénale, pût être passible de peines, par le seul fait qu'il aurait cherché à recouvrer sa liberté, lorsque tout fait un devoir aux juges de s'abstenir de faire l'application de dispositions pénales, lorsque la loi n'en prononce pas, c'est le cas de relaxer ledit sieur Calvet;*

» *Attendu que le prisonnier pour dette n'a jamais pu être considéré comme coupable; qu'il devrait par conséquent en être de lui comme du prévenu reconnu innocent;*

» *Attendu que, si le bris de prison ne peut seul faire infliger une peine, Calvet n'est prévenu d'aucune autre espèce de violence;*

» *Par ces motifs, le tribunal renvoie le sieur Calvet de la plainte portée contre lui par le procureur du roi, sans dépens.*

» Tel est le jugement que l'exposant est chargé de déférer à la cour.

» Il est à présumer que le chef de la justice a été mu essentiellement par le motif de lever toutes les incertitudes qu'il a pu remarquer dans les opinions des tribunaux, de faire décider si effectivement il y a une lacune dans notre législation, s'il n'existe enfin aucune répression contre un fait qui assurément est une atteinte à l'ordre public.

» Son opinion sur le caractère du bris de prison, tel qu'il se présente dans la cause, n'en est pas moins positive et absolue.

» *En admettant* (dit Sa Grandeur) *que l'art.* 245 *du Code pénal ne soit point applicable au fait de l'évasion d'un détenu pour dette, il n'en est pas moins vrai que ce détenu, pour tout autre fait punissable, qu'il a pu commettre en s'évadant, se trouve, comme les autres citoyens, sous le coup de la loi. C'est ainsi que, s'il avait commis des violences graves envers les gardiens, que s'il s'était, par exemple, rendu coupable de meurtre, la cause de sa détention ne serait point un obstacle à ce qu'il fût poursuivi pour ce crime, n'eût-il eu d'autre motif que celui de faciliter sa fuite. Il ne peut en être autrement, lorsque, au lieu d'un crime, c'est un simple délit qui a été commis pour parvenir au même but. La question se réduit donc à savoir, dans l'espèce, si l'évasion de Calvet avait été procurée par un délit; et l'affirmative est évidente, puisqu'il y a eu de sa part destruction partielle d'un édifice qu'il savait appartenir à l'État. Or, ce fait est expressément prévu par l'art.* 437 *du Code pénal. Dès-lors, le tribunal de Cahors, en le renvoyant de toutes poursuites, me paraît avoir réellement contrevenu à la loi. Je persiste à penser, par ces motifs, que le jugement de ce tribunal ne doit pas subsister. Comme dans la plupart des prisons du royaume, les détenus pour dettes sont renfermés dans les mêmes lieux que les prévenus, et même que certains condamnés, il est aisé de sentir combien il importe à l'ordre public qu'ils ne puissent pas impunément se permettre de détruire les murs qui les retiennent, et d'ouvrir ainsi la voie aux autres prisonniers.*

1.

BIU Cujas

» Ce considéré, il plaise à la cour casser et annuler, dans l'intérêt de la loi, le jugement du tribunal de Cahors, du 17 septembre dernier, dont expédition est ci-jointe; ordonner qu'à la diligence de l'exposant l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres dudit tribunal.

» Fait au parquet.... *Signé*, Mourre. »

Mais, par arrêt du 27 février 1824, il a été prononcé en ces termes :

« Ouï le rapport de M. Aumont, conseiller, et M. de Marchangy, avocat-général, en ses conclusions;

» Vu le réquisitoire du procureur général en la cour, la lettre de M. le garde-des-sceaux ministre de la justice, et les pièces jointes audit réquisitoire;

» Vu aussi le §. 4, tit. 1er, liv. 3, du Code pénal, intitulé : *Évasion de détenus, Recèlement de criminels;*

» Vu spécialement l'art. 245 et l'art. 437 du même Code, lesquels sont ainsi conçus:

» Art. 245. *A l'égard des détenus qui se seront évadés ou qui auront tenté de s'évader par bris de prison ou par violence, ils seront, pour ce seul fait, punis de six mois à un an d'emprisonnement, et subiront cette peine immédiatement après l'expiration de celle qu'ils auront encourue pour le crime ou délit à raison duquel ils étaient détenus, ou immédiatement après l'arrêt ou jugement qui les aura acquittés ou renvoyés absous dudit crime ou délit; le tout sans préjudice des plus fortes peines qu'ils auraient pu encourir pour d'autres crimes qu'ils auraient commis dans leurs violences;*

» Art. 437. *Quiconque aura volontairement détruit ou renversé, par quelque moyen que ce soit, en tout ou en partie, des édifices, des ponts, digues ou chaussées, ou autre construction qu'il savait appartenir à autrui, sera puni de la réclusion, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et indemnités, ni être au-dessous de cent francs;*

» Considérant que, des diverses dispositions du §. 4 ci-dessus énoncé, dans lesquelles on lit le mot *détenu*, il n'en est aucune où ce mot ne se rattache nécessairement à l'évasion, soit d'un prévenu de délits de police ou de crimes simplement infamans, soit d'un accusé de crime, soit d'un prisonnier de guerre, soit d'un condamné subissant l'une des peines déterminées par le Code pénal; mais que, dans tout ce paragraphe, il n'est pas dit un seul mot relatif à l'évasion d'un prisonnier *pour dette*; d'où il suit que, si un prisonnier *pour dette* vient à s'évader, cette évasion, de quelque manière qu'elle ait eu lieu, n'a pas été prévue dans ledit paragraphe;

» Considérant ensuite que l'art. 245, ci-dessus transcrit, est le seul qui parle de la peine encourue par un prévenu qui s'est évadé ou a tenté de s'évader *par bris de prison;* et que la peine de 6 mois à un an d'emprisonnement, qui est déterminée pour la répression de l'évasion, exécutée ou tentée de cette manière, n'est point *applicable* au prisonnier *pour dette;*

» Qu'en effet, on remarque dans cet article, non seulement la répétition des mots *crimes et délits*, comme étant la cause qui a donné lieu à la détention de l'auteur *du bris de prison*, mais encore que la peine infligée en conséquence de ce fait, ne doit être subie par le coupable qu'à l'expiration de celle qu'il avait encourue pour le crime ou délit à raison duquel il était détenu, circonstances qui ne peuvent, sous aucun rapport, convenir à un individu qui, n'ayant été privé de sa liberté qu'à défaut de paiement *de dettes*, ne peut être mis dans la classe des détenus *pour crime ou pour délit;*

» Quant aux moyens pris de l'art. 437, considérant que des termes, *quiconque aura volontairement détruit ou renversé des édifices, etc.*, il résulte qu'il serait contraire à l'intention du législateur, de même qu'à l'exception généralement reçue, que le sens des expressions, *détruire et renverser des édifices*, comprit l'ouverture qu'un détenu aurait faite au mur de sa prison, et au travers de laquelle il serait parvenu à s'évader;

» Que, par le mot *volontairement*, combiné avec le mot *autrui*, la loi a exprimé que la destruction ou le renversement devait avoir lieu avec l'intention de nuire au propriétaire de l'objet détruit ou renversé, ce qui est inconciliable avec le simple but de s'évader;

» Que d'ailleurs, fût-il possible de confondre le prisonnier *pour dette* avec un détenu *pour crime ou pour délit*, il ne serait nullement passible, pour raison de son évasion par bris *de prison, de la réclusion* prononcée par l'art. 437 du Code pénal, lorsque l'art. 245 du même Code n'inflige qu'une peine de police *correctionnelle* à l'auteur d'une évasion ainsi exécutée;

» Considérant que, si la loi ne s'est nullement occupée du bris de prison par un prisonnier *pour dette*, il n'entre dans aucune des attributions du pouvoir judiciaire de suppléer à son silence, et que la cour de cassation, en agissant comme s'il lui appartenait de remplir, d'après la seule manière de voir, la lacune qui résulte de ce silence, se rendrait coupable d'un excès de pouvoir intolérable dans une autorité qui n'est chargée que de veiller à ce qu'il

BIU Cujas

soit fait, par les cours et les tribunaux, une juste application des lois;

» Et attendu, en fait, que Calvet n'avait été traduit au tribunal de police correctionnelle de Cahors que pour s'être évadé de la prison où il était détenu pour dette, au moyen d'une ouverture d'environ deux pieds de largeur sur 15 à 16 pouces de hauteur, qu'il aurait pratiquée dans le mur de cette prison; et qu'en le renvoyant de la plainte portée contre lui, à raison de ce fait, par le ministère public, ce tribunal, loin d'avoir violé la loi par le jugement dénoncé, s'est exactement renfermé dans les bornes de sa compétence;

» D'après ces motifs, la cour déclare qu'il n'y a lieu de faire droit au réquisitoire du procureur général du roi. »

La question s'est représentée peu de temps après, et a encore été jugée de même.

Dans le fait, Louis C....., détenu pour dette dans la prison de Charolles, s'était évadé la nuit du 29 au 30 mai 1824, en faisant sauter la gâche de la serrure de sa chambre, qui était scellée en plâtre dans le mur.

Arrêté peu de jours après à Lyon par le concierge qui s'était mis à sa poursuite, et ramené dans sa prison, il a été, sur la plainte du procureur du roi, traduit devant le tribunal correctionnel de Charolles.

Là, par jugement du 12 juin suivant, il a été condamné, par application des art. 245 et 463 du Code pénal, à quinze jours de prison et aux frais.

Il a appelé de ce jugement, et le 12 juillet de la même année, le tribunal correctionnel de Châlons-sur-Saône a prononcé en ces termes:

« Considérant que les premiers juges ont fait une fausse application de l'art. 245, en condamnant le sieur C..... à la prison et aux dépens pour bris et évasion de la prison de Charolles où il était détenu pour dette;

» Qu'en effet l'art. 245 ne punit des peines d'emprisonnement que celui qui s'évade des prisons, lorsqu'il est détenu ou condamné pour crime ou pour un délit; qu'il n'y a ni crime, ni délit, ni présomption de crime ou délit dans le fait dont il s'agit, et que l'on ne doit, dans aucun cas, étendre la rigueur de la loi, surtout en matière pénale;

» Le tribunal dit et déclare qu'il a été mal jugé, bien appelé; réformant et faisant ce qui aurait dû être fait, a renvoyé et renvoie le prévenu de la demande formée contre lui. »

Le procureur du roi s'est pourvu contre ce jugement, et l'a attaqué, tant pour fausse interprétation de l'art. 245, que pour violation des art. 437 et 456 du Code pénal.

Mais par arrêt du 20 août 1824, au rapport de M. Chasle, conseiller, et sur les conclusions de M. Fréteau de Pény, avocat-général,

« Attendu que ces dernières dispositions du §. 4, titre 1, livre 3, du Code pénal, dans lesquelles on lit le mot *détenu*, il n'en est aucune où ce mot ne se rattache nécessairement à l'évasion, soit d'un prévenu de délits de police ou de crimes simplement infamans, soit d'un accusé de crime, soit d'un prisonnier de guerre, soit d'un condamné subissant l'une des peines déterminées par le Code pénal; mais que, dans ce paragraphe, il n'est pas dit un seul mot relatif à l'évasion d'un prisonnier *pour dette*; d'où il suit que, si un prisonnier pour dette vient à s'évader, cette évasion, de quelque manière qu'elle ait lieu, n'a pas été prévue dans ledit paragraphe;

» Attendu ensuite que l'art. 245 du même Code est le seul qui parle de la peine encourue par un prévenu qui s'est évadé ou qui a tenté de s'évader *par bris de prison*, et que la peine de six mois à un an d'emprisonnement qui y est déterminée pour la répression de l'évasion exécutée ou tentée de cette manière, n'est point applicable au prisonnier pour dette;

» Qu'en effet, on remarque dans cet article non seulement la répétition des mots *crimes et délits*, comme étant la cause qui a donné lieu à la détention de l'auteur du *bris de prison*; mais encore que la peine infligée en conséquence de ce fait, ne doit être subie par le coupable qu'à l'expiration de celle qu'il avait encourue pour le crime ou délit à raison duquel il était détenu, circonstances qui ne peuvent, sous aucun rapport, convenir à un individu qui, n'ayant été privé de sa liberté qu'à défaut de paiement de dettes, ne peut être mis dans la classe des détenus pour crimes ou pour délits;

» Que, si la loi ne s'est nullement occupée du *bris de prison* par un prisonnier pour dette, il n'entre dans aucune des attributions du pouvoir judiciaire de suppléer à son silence, et que la cour de cassation, en agissant comme s'il lui appartenait de remplir, d'après sa seule manière de voir, la lacune qui résulte de ce silence, se rendrait coupable d'un excès de pouvoir intolérable dans une autorité qui n'est chargée que de veiller à ce qu'il soit fait par les cours et les tribunaux une juste application des lois;

» Attendu que les dispositions des art. 456 et 479 du Code pénal, invoqués pour deuxième et troisième moyens de cassation, par le procureur du roi près le tribunal de l'arondissement de Châlons-sur-Saône, en ce qui concerne la destruction de

BIU Cujas

clôtures et le dommage volontairement causé aux propriétés mobilières d'autrui, sont évidemment inapplicables à l'espèce ;

» Attendu d'ailleurs que le jugement rendu sur appel et en dernier ressort par le tribunal de l'arrondissement de Châlons-sur-Saône, le 12 juillet dernier, au profit de Louis C....., est régulier dans sa forme, et qu'il n'a violé aucune loi;

» La cour rejette le pourvoi en cassation formé par le procureur du roi contre ledit jugement.

PRIVILÉGE. §. I. *Page* 126, *col.* 1, *après la ligne* 13 (1), *ajoutez :*

3°. *Lorsque, par un acte antérieur à la faillite de l'acheteur d'une créance ou de tout autre droit incorporel mobilier, il est justifié que le prix en est encore dû au vendeur, celui-ci a-t-il privilége sur les sommes qui, dans l'actif du failli, sont provenues ou prouvées provenir de cette créance ou de ce droit ?*

I. Les deux premières questions m'ont été proposées, en 1820, dans l'espèce suivante, etc.

Page 128, *col.* 1, *après la ligne* 34 (2) *ajoutez :*

II. La seconde question ne pourrait être résolue contre le vendeur qu'autant que, dans le n° 4 de l'art. 2102 du Code civil, les expressions *effets mobiliers* ne dussent s'entendre que des meubles corporels.

Mais quelle apparence d'en restreindre le sens à ceux-ci? C'est cependant ce qu'avait fait un arrêt de la cour royale de Paris, du 18 mai 1825, en confirmant un jugement du tribunal de première instance de Bar-sur-Aube, qui avait débouté le sieur Chamerois de sa demande en collocation par privilége, dans la faillite du sieur Bigot, auquel il avait vendu une créance de 3,600 francs, sur les sommes provenant de cette créance.

Mais, sur le recours en cassation du sieur Chamerois, il est intervenu, le 28 novembre 1827, au rapport de M. Minier, et sur les conclusions de M. Cahier, avocat-général, un arrêt ainsi conçu :

« Vu les art. 2102, n° 4 et 535 du Code civil;

» Attendu que l'art. 2102, n° 4, établit en faveur du créancier un privilége sur le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur;

» Attendu que l'art. 535, qui se réfère à l'art. 529, déclare meubles, par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles, et qu'ainsi l'expression, *effets mobiliers*, employée dans l'art. 2102, doit s'entendre non seulement des meubles corporels, mais encore des meubles incorporels;

» Qu'il suit de là que la cour royale de Paris, en refusant à Chamerois le privilége par lui réclamé sur les sommes provenant de la créance transportée à Bigot, sous prétexte que la disposition de l'art. 2102, n° 4, ne s'appliquait qu'aux meubles corporels, a fait une fausse application de cet article, et violé l'art. 535 du Code civil;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle... (1). »

PRIX. *Page* 128, *col.* 1, *supprimez les lignes* 47 *et* 48 (2), *et substituez-y ce qui suit :*

§. II. *Autres questions sur le prix des ventes.*

V. les articles *Contre-lettres*, §. 2 et 3, et *Intérêt*, §. 5.

PROCÉDURE CRIMINELLE (Frais de). *Page* 131, *col.* 2, *après la ligne* 43 (3), *ajoutez :*

§. II. *Lorsqu'en matière correctionnelle, le ministère public appelle à minimâ du jugement de condamnation porté contre le prévenu, et qu'il succombe, le prévenu doit-il être condamné aux frais de la cause d'appel?*

L'affirmative avait été adoptée par quatre arrêts de la cour de cassation, du 21 mai 1813 (4), du 31 décembre de la même année (5), du 4 septembre 1824 (6) et du 24 du même mois (7), *attendu* (portait notamment le premier) *que la disposition des art.* 194 *et* 211 *du Code d'instruction criminelle, et de l'art.* 156 *du décret du* 18 *juin* 1811, *est générale et absolue; qu'elle ne retranche pas*

---

(1) *Tome* 6, *page* 654, *col.* 2, *ligne* 53 (2e édition).

(2) *Tome* 6, *page* 657, *col.* 1, *ligne* 25 (2e édition).

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 29, page 320.

(2) *Tome* 6, *même page et même col.*, *ligne* 35 (2e édition).

(3) *Page* 158, *col.* 1, *ligne* 18 (2e édition).

(4) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 18, page 278.

(5) *Ibid.*, page 644.

(6) *Ibid.*, tome 20, page 334.

(7) *Ibid.*, page 364.

BIU Cujas

des frais qu'elle met à la charge des condamnés, ceux des instances sur l'appel du ministère public, et dans lesquelles ce ministère a succombé; que ces instances sont en effet une suite du délit qu'il s'agit de punir; que les jugemens qui y statuent ne peuvent rejeter l'appel sans confirmer au moins implicitement les condamnations prononcées; qu'ils sont placés eux-mêmes dans la classe des jugemens de condamnation, lesquels, aux termes des articles cités du Code d'instruction criminelle, doivent condamner les coupables aux frais envers la partie publique.

Mais cette jurisprudence était évidemment vicieuse; car il s'en faut beaucoup que le jugement qui rejette l'appel *à minimâ* du ministère public, soit, à l'égard du prévenu, un *jugement de condamnation*; c'est, au contraire, un *jugement d'acquittement*, puisque la seule question sur laquelle a statué le tribunal d'appel, était de savoir s'il y avait lieu d'aggraver la peine prononcée par les premiers juges, et que cette question a été décidée contre le ministère public. Aussi, la cour royale de Besançon, à laquelle le troisième des arrêts cités avait renvoyé le fond de la question, n'a-t-elle pas hésité à la juger dans le sens contraire.

Et vainement le ministère public s'est-il pourvu en cassation: son recours a été rejeté par arrêt du 22 novembre 1828, rendu, chambres réunies, au rapport de M. Brière, et conformément aux conclusions de M. le procureur général Mourre,

« Attendu que, sous l'ancien droit criminel, il n'était prononcé aucune condamnation de dépens, soit pour, soit contre le ministère public chargé, dans l'intérêt de la vindicte publique, de la poursuite des crimes et des délits, et ce, d'après la jurisprudence constante et uniforme des parlemens, fondée sur les dispositions de l'ordonnance de 1539, implicitement maintenue par les art. 6 du tit. 1er, et 17 du tit. 25 de l'ordonnance criminelle de 1670;

» Que, si, d'après ce qui est prescrit par les art. 194, 211 du Code d'instruction criminelle et 156 du décret du 18 juin 1811, tout individu condamné pour crime ou délit doit l'être par suite aux frais, *même envers la partie publique*, il n'en peut être induit que le condamné par un jugement de première instance, et qui ne s'en est point porté appelant, doive, dans le cas de la confirmation dudit jugement, supporter envers le ministère public les frais d'un appel mal fondé, interjeté par ce dernier en vertu de la faculté qui lui est accordée par la loi; que ce serait donner au nouveau droit une extension qui n'est point dans les termes sainement entendus des articles ci-dessus cités du Code d'instruction criminelle et du décret du 18 juin 1811, qui serait d'ailleurs en contradiction avec les principes généraux sur le réglement des dépens (1). »

§. III. *Est-il au pouvoir des tribunaux, lorsqu'ils renvoient un accusé ou prévenu des poursuites intentées contre lui par le ministère public, de lui adjuger des dépens contre le gouvernement?*

La négative avait toujours été regardée comme un principe élémentaire, quoique tous les bons esprits se fussent constamment accordés à signaler comme vicieuses les lois qui le justifiaient, lorsqu'en 1824, le tribunal correctionnel de Saint-Quentin a cru pouvoir prendre sur lui de juger le contraire.

Dans le fait, par exploit du 30 août de cette année, le ministère public fait citer le sieur Decroix à comparaître le lendemain devant le tribunal de police du canton de Ribemont, pour se voir condamner à une amende de cinq francs, et à combler un fossé qu'il s'est permis de creuser dans son pré, à l'effet d'intercepter le passage qui, de temps immémorial, a servi aux bestiaux que l'on conduit à la vaine pâture.

Le lendemain, jugement par défaut, conforme à ces conclusions.

Le sieur Decroix y forme opposition. Il observe d'abord que, s'il n'a pas comparu, c'est à cause de la brièveté du délai; il décline ensuite la juridiction du tribunal, parcequ'il ne s'agit de rien moins que de savoir si son pré est assujéti à une servitude de passage, et qu'une pareille question est hors de la compétence des tribunaux de police; enfin, il déduit et prouve surérogatoirement que la prétendue servitude dont le ministère public le suppose grevé, est une chimère.

Le 4 septembre suivant, jugement qui rejette l'opposition du sieur Decroix, et ordonne que celui du 30 août sera exécuté.

Appel de la part du sieur Decroix au tribunal correctionnel de Saint-Quentin.

Le 29 du même mois, jugement qui, statuant entre l'appelant et le procureur du roi, déclare les deux jugemens de police incompétemment rendus; décharge le sieur Decroix des condamnations qu'ils ont prononcées contre lui, *et l'autorise à réclamer ses frais contre le gouvernement.*

Le 7 décembre suivant, exécutoire par lequel *le tribunal mande et ordonne au premier huissier sur ce requis, de contraindre, par toutes les voies de droit, M. le procureur du roi près le tribunal*

(1) *Ibid.*, tome 33, n° 11.

BIU Cujas

civil de Saint-Quentin, au paiement de la somme de vingt-deux francs quatre-vingt-quatre centimes, montant des dépens, suivant la taxe, que le sieur Decroix a été autorisé à réclamer du gouvernement.

Mais quelques mois après, ce jugement et cet exécutoire sont, de l'ordre du ministre de la justice, en vertu de l'art. 441 du Code d'instruction criminelle, dénoncés à la cour de cassation par un réquisitoire de M. le procureur général.

« La cour sent d'avance (a dit ce magistrat) combien il était important de faire anéantir une condamnation et un exécutoire aussi extraordinaires. Le procureur du roi, malgré ces expressions qui, dans l'exécutoire, se trouvent placées d'une manière purement énonciative, savoir, y est-il dit, qu'il s'agit *des frais que le sieur Decroix a été autorisé à réclamer du gouvernement*, n'en est pas moins personnellement et directement l'objet de l'exécutoire.

» Et quand même cette forme ne serait personnelle qu'en apparence, et qu'il faudrait la considérer comme une voie qu'on se serait tracée pour arriver à la caisse publique, il n'en serait pas moins vrai que cette voie est insolite, choquante et contraire à tous les principes.

» Des condamnations contre le gouvernement ne peuvent être poursuivies que par les voies administratives. L'exposant ne fait, à cet égard, que rappeler le principe qui est bien connu de la cour, et il ne s'y appesantira pas, parceque c'est la condamnation en elle-même qu'il faut surtout considérer.

» Cette condamnation aux dépens blesse une maxime importante de notre droit public.

» Le ministère public ou le fisc ne peut jamais être condamné aux dépens. Il est vrai qu'en général la maxime était réciproque, et l'on disait : *Fiscus neque dat neque accipit.*

» Cependant la réciprocité n'était pas universellement observée. Dans la Lorraine, dans l'Artois, l'accusé convaincu était toujours condamné aux dépens; et le ministère public n'en était passible que lorsqu'il y avait calomnie et vexation.

» Notre législation actuelle rejette la réciprocité. Si le ministère public est coupable de passion, la prise à partie est ouverte contre lui.

» Mais, s'il a agi dans le seul sentiment de ses devoirs, s'il n'a agi que dans l'intérêt public, ni lui personnellement, ni le gouvernement qu'il représente, ne doivent être condamnés aux dépens.

» C'est du moins le principe qui résulte des dispositions combinées de la loi du 18 germinal an 7, et des art. 162, 176, 194 et 368 du Code d'instruction criminelle.

» Et ce principe s'appuie sur de graves motifs.

» Entre l'accusé qui succombe, ou qui le plus souvent n'est acquitté que parceque les preuves ne sont pas assez sensibles, et le ministère public qui agit par devoir, qui agit entouré tout au moins des indices les plus frappans, des présomptions les plus violentes, la différence est énorme.

» Peut-être aurait-il fallu faire une exception pour le cas d'une procédure nulle et frustratoire; mais, outre que ce cas est extrêmement rare, c'est toujours au préjudice de l'action publique qu'il faut se rapporter. Ce principe est, l'intérêt public, l'obligation est le mobile; l'erreur dans la direction que l'on a donnée à une action nécessaire, ne peut être punie comme le fait d'un téméraire plaideur.

» Enfin, la législation existe, il faut l'exécuter; et il est déplorable que tant d'officiers publics, négligeant les sources où ils pourraient si facilement trouver la saine interprétation des lois, obligent notre ministère et la cour, sur nos réquisitions, revenir sans cesse sur le même sujet.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu la lettre de M. le garde-des-sceaux ministre de la justice, à la date du 16 de ce mois; vu l'art. 441 du Code d'instruction criminelle, casser et annuler le jugement rendu par le tribunal de Saint-Quentin, le 29 septembre dernier, au chef concernant les dépens, ainsi que l'exécutoire du 7 décembre suivant.... ».

Par arrêt du 11 mai 1825, au rapport de M. Gaillard, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris,

« Vu l'art. 441 du Code d'instruction criminelle.....;

» Vu l'ordre de M. le garde-des-sceaux ministre de la justice, au procureur général, de dénoncer à la cour la disposition d'un jugement rendu le 29 septembre dernier, par le tribunal correctionnel de Saint-Quentin, ainsi que l'exécutoire qui en a été la suite;

» Vu enfin le réquisitoire du procureur général près la cour, en exécution dudit ordre formel de M. le garde-des-sceaux, et en adoptant les motifs;

» La cour casse et annulle.... (1) »

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 30, page 138.

BIU Cujas

Le 7 mai de la même année, autre arrêt qui, sur le réquisitoire du même magistrat, casse un jugement et un exécutoire semblables, que le tribunal correctionnel de Mirecourt avait rendus les 18 novembre et 9 décembre 1824, au profit de la veuve Henry et de son fils, contre le procureur du roi (1).

PROCÈS-VERBAL, §. VI. *Page* 135, *col.* 2, *après la ligne* 5 (2), *ajoutez :*

Non, et c'est ce qu'explique fort bien un arrêt de la cour de cassation, du 13 mai 1809, que le *Bulletin criminel* nous retrace en ces termes :

Des vins, etc.

Page 136, *col.* 1, *supprimez tout l'intitulé du* §. VII, *et substituez-y ce qui suit :*

§. VII. 1° *En matière de délits forestiers, la nullité dont est frappé le procès-verbal qui, bien que revêtu de la signature du garde, n'est pas écrit en entier de sa main, est-elle couverte par la lecture et par la mention de la lecture qui a été donnée au garde du contenu de son procès-verbal, par l'officier public devant lequel il l'a affirmé, et avant qu'il l'affirmât ? Ne faut-il pas de plus que l'acte d'affirmation énonce expressément la cause qui a empêché le garde d'écrire lui-même son procès-verbal ?*

2° *Un procès-verbal dont la rédaction a été commencée hier à une heure de relevée, peut-il être affirmé aujourd'hui à pareille heure ?*

I. Pour résoudre la première question, il faut bien se fixer sur l'art. 165 du Code forestier, du 21 mai 1827. Voici comment il est conçu :

« Les gardes écriront eux-mêmes leurs procès-verbaux; ils les signeront, et les affirmeront au plus tard le lendemain de la clôture des procès-verbaux, pardevant le juge de paix du canton ou l'un de ses suppléans, ou pardevant le maire ou l'adjoint, soit de la commune de leur résidence, soit de celle où le délit a été commis ou constaté, le tout sous peine de nullité.

» Toutefois, si, *par suite d'un empêchement quelconque*, le procès-verbal est seulement signé par le garde, mais non écrit en entier de sa main, l'officier public qui en recevra l'affirmation, devra lui en donner préalablement lecture, et faire ensuite mention de cette formalité; le tout sous peine de nullité du procès-verbal. »

Trois choses à remarquer dans cet article : 1° la règle générale qu'il établit; 2° l'exception par laquelle il la limite; 3° les conditions qu'il prescrit pour l'applicabilité de cette exception.

La règle générale est que les procès-verbaux des gardes-forestiers sont nuls, lorsqu'ils ne sont pas écrits en entier de la main de ceux-ci.

L'exception est que ces procès-verbaux sont validés par la seule signature des gardes, lorsque ceux-ci ont été empêchés, par une cause quelconque, de les écrire eux-mêmes.

Les conditions à observer pour l'applicabilité de cette exception, sont la lecture que l'officier public devant lequel le procès-verbal est affirmé, doit en donner préalablement au garde, et la mention de cette lecture préalable.

Dans quelles vues ces conditions sont-elles prescrites? C'est évidemment pour suppléer au défaut d'écriture du procès-verbal par la main du garde. Mais la loi n'admet ce supplément que dans le cas où le garde a été empêché d'écrire lui-même le procès-verbal; il faut donc que le fait de l'empêchement soit constaté indépendamment de l'accomplissement des conditions prescrites pour opérer ce supplément.

Voilà au premier aperçu ce qui pourrait résulter de l'art. 165 du Code forestier. Mais, en y réfléchissant, on reconnaît bientôt que l'interpréter ainsi, ce serait en forcer le sens.

En effet, on ne peut pas raisonnablement supposer que le législateur ait voulu que, pour prouver le fait de l'empêchement, on fût réduit à recourir à une enquête; et dès-là il faut nécessairement admettre de deux choses l'une : ou que son intention a été que le fait de l'empêchement serait prouvé, par cela seul que le procès-verbal serait lu en entier au garde par l'officier public qui en recevrait l'affirmation, ou qu'il devrait l'être par la déclaration qu'en ferait le garde à l'officier public, et par la mention qu'en ferait celui-ci. Or, de ces deux suppositions, c'est évidemment à la première qu'il faut s'en tenir, puisqu'en admettant la seconde, on se trouverait dans l'impossibilité d'expliquer pourquoi le législateur n'aurait pas exigé que l'officier public fît mention de la déclaration du garde, comme il a exigé qu'il fît mention de la lecture préalable du procès-verbal.

C'est ainsi, au surplus, que la question a été jugée par un arrêt de la cour de cassation, du 1er août 1828, ainsi conçu :

« Ouï M. Chantereyne, conseiller, en son rapport, et M. Laplagne-Barris, en ses conclusions;

(1) *Ibid.*, page 260.
(2) *Page* 161, *col.* 2, *ligne* 24 (2e édition).

BIU Cujas

» Vu l'art. 165 du Code forestier.....;

» Attendu que, si, par la première disposition de cet article, la loi établit, sous peine de nullité, la règle générale que les gardes doivent écrire eux-mêmes leurs procès-verbaux, et les affirmer le lendemain de la clôture de ces actes devant l'officier public compétent, cette règle est modifiée par l'exception que présente le deuxième paragraphe du même article, exception de laquelle il résulte que, dans tous les cas où, par un empêchement quelconque, le procès-verbal est seulement signé par le garde, et non écrit en entier de sa main, l'officier public qui en reçoit l'affirmation, doit lui en donner lecture, et faire ensuite mention de cette formalité;

» Que la peine de nullité est, il est vrai, attachée à l'inobservation des formes prescrites par l'art. 165 du Code forestier; mais que cette peine ne saurait être arbitrairement étendue au-delà de ce que prescrit cet article; qu'ainsi, et d'après la généralité des expressions contenues au deuxième paragraphe, toutes les fois que, par suite *d'un empêchement quelconque*, le procès-verbal est seulement signé par le garde, et non écrit en entier de sa main, deux conditions spéciales pour tout empêchement de cette nature, sont tout à la fois nécessaires et suffisantes: la première, que l'officier public qui en reçoit l'affirmation, en donne préalablement lecture au garde instrumentaire; la deuxième, qu'il fasse ensuite mention de cette formalité;

» Que, du moment où les deux seules conditions prescrites par la loi se trouvent remplies, l'exception établie indéfiniment pour tous les cas où, par suite d'empêchement quelconque, le procès-verbal, signé seulement par le garde, n'est pas écrit en entier de sa main, subsiste dans toute sa force;

» Que le nouveau Code n'ayant exigé aucune mention de l'espèce d'empêchement qui a pu mettre obstacle à ce que le procès-verbal fût entièrement de la main même du garde instrumentaire, et s'étant borné à établir, pour tous les cas d'empêchement, des garanties et des formes particulières dont le concours est de nature à prévenir tout abus, les tribunaux ne peuvent rien exiger au-delà de ce que la loi exige, ni créer des nullités qu'elle n'a pas établies;

» Attendu, en fait, qu'un procès-verbal régulier constate que, dans un bois appartenant à la commune de Pruslay, taillis de onze à douze ans, cinq bêtes à cornes, appartenant à Simon Guilleminot, et gardées à vue par Remy Bertrand, son domestique, ont été trouvées *champoyant ce taillis*;

» Que, si ce procès-verbal, signé seulement par le garde Quenot, n'est pas écrit tout entier de sa main, l'acte d'affirmation qui est à la suite, et qui a été reçu par le maire de la commune de Pruslay, fait mention que ce garde ne l'a affirmé qu'après que lecture lui en a été faite; que, par cette double formalité de la lecture préalable et de l'énonciation qui la constate, le vœu de la loi se trouve entièrement rempli;

» Qu'il y avait donc lieu, dans l'espèce, à condamner les prévenus en l'amende de 25 francs, outre les dommages-intérêts et restitution envers la commune de Pruslay, conformément aux art. 198, 199, 202 et 206 du Code forestier;

» Que cependant le tribunal correctionnel de Langres, sous prétexte que l'on ne voit, ni dans le procès-verbal, ni dans l'acte d'affirmation, le motif pour lequel le garde rapporteur ne l'a pas écrit lui-même, a déclaré nul le procès-verbal dont il s'agit, et renvoyé Remy Bertrand et Guilleminot, son garant, des demandes contre eux formées;

» Que, sur l'appel de ce jugement, interjeté au nom de l'administration des forêts, le tribunal correctionnel supérieur, séant à Chaumont, a jugé également que cette administration ne pouvait se prévaloir de l'exception portée au deuxième paragraphe de l'art. 165 du Code forestier, par la raison que le fait quelconque qui a empêché le garde d'écrire lui-même son procès-verbal, n'est ni justifié, ni énoncé, ni même allégué, soit par le procès-verbal même, soit par l'acte d'affirmation ou de toute autre manière;

» Qu'en imposant ainsi aux gardes-forestiers une obligation que le Code ne leur a pas imposée, et en confirmant les dispositions du jugement dont l'appel lui était déféré, le tribunal de Chaumont s'en est approprié les vices;

» Qu'en exigeant enfin ce que la loi n'a pas prescrit, et en créant une nullité qu'elle n'a pas établie, ce tribunal a commis un excès de pouvoir qu'il est du devoir de la cour de réprimer, faussement appliqué la première disposition de l'art. 165 du Code forestier, violé formellement le deuxième paragraphe dudit article, violé par suite les art. 198, 199, 202 et 206 dudit Code, dont il avait à faire l'application;

» Par ces motifs, la cour casse et annule le jugement rendu sur appel, par le tribunal supérieur de Chaumont, le 29 mars dernier, en l'administration des forêts, d'une part; Simon Guilleminot et René Bertrand, son domestique, d'autre part..... »

II. La seconde question est devenue sans objet par le soin qu'a pris l'art. 165 du Code forestier de n'assujétir les gardes à affirmer leurs procès-verbaux que le *lendemain*, *au plus tard*, *de leur clôture*; mais elle devait se présenter fréquemment sous la

BIU Cujas

loi du 15-29 septembre 1791, qui voulait, tit. 4, art. 7, que les gardes affirmassent leurs procès-verbaux dans les *vingt-quatre heures* qui en suivraient la signature; et voici une espèce dans laquelle elle s'est en effet présentée à cette époque.

Le 13 décembre 1808, etc.

§. X, *Page* 137, *col.* 2, *ligne* 2 (1), *après le mot* municipal, *ajoutez : lorsqu'il n'y a eu d'ailleurs aucune opposition à cette visite de la part de celui chez lequel elle a été faite?*

La négative a été proclamée, sous le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, par un arrêt de la cour de cassation, du 3 novembre 1809, dont le *Bulletin criminel* nous retrace ainsi l'espèce et le prononcé :

Même page et même col., supprimez le mot bulletin, *de la ligne antépénultième* (2), *et tout ce qui suit, ainsi que les* 15 *premières lignes, col.* 1, *de la page* 138; *après quoi continuez ainsi :*

Des arrêts semblables, rendus à la même époque, sont rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Garde des bois*, sect. 1, §. 5, n° 11, et *Procès-verbal*, §. 6, n° 9 (3).

Mais n'est-il pas dérogé à cette jurisprudence par l'art. 16 du Code d'instruction criminelle?

Non, puisque cet article ne fait que renouveler la disposition du 41e du Code du 3 brumaire an 4, et qu'il doit par conséquent être entendu dans le même sens.

De là, un arrêt du 1er février 1822, qui casse en ces termes un jugement en dernier ressort du tribunal correctionnel d'Auch, par lequel des procès-verbaux de gardes-forestiers avaient été annulés sur le fondement qu'ils avaient été dressés dans l'intérieur d'une habitation sans l'assistance d'un officier de police, et déclarés d'ailleurs ne pouvoir pas faire foi de leur contenu, sous le prétexte que les faits dont ils contenaient l'attestation, manquaient de vraisemblance;

« Vu les art. 13 et 14 du tit. 9 de la loi du 29 septembre 1791....;

» Attendu que les dispositions de ces articles ne peuvent être éludées par les tribunaux, sous prétexte d'invraisemblance qu'ils croiraient apercevoir dans les faits certifiés dans les procès-verbaux;

» Que ce serait substituer un arbitraire judiciaire à la vérité légale;

» Que, jusqu'à ce qu'ils soient détruits par la preuve faite par voie d'inscription de faux, les faits d'un procès-verbal régulier doivent être réputés constans;

» Que, si, d'après l'art. 16 du Code d'instruction criminelle, les gardes-forestiers qui suivent les traces des délits, ne peuvent s'introduire dans les maisons des particuliers, sans être assistés d'un des magistrats ou officiers publics spécifiés dans cet article, il ne s'ensuit pas que les procès-verbaux rédigés sur des recherches faites sans cette assistance, soient frappés de nullité; qu'elle n'est prononcée dans ce cas par aucune loi, et que les nullités sont de rigueur, et ne peuvent être fondées que sur des dispositions formelles de la loi;

» Que ledit art. 16 du Code d'instruction criminelle n'ayant pas soumis à la peine de nullité l'inobservation de l'assistance qu'il prescrit aux gardes-forestiers pour leur introduction dans les maisons des particuliers, il s'ensuit qu'il n'a ordonné cette assistance que pour maintenir le respect qui est dû au domicile des citoyens, et non pas pour la régularité des procès-verbaux de recherches; qu'il s'ensuit encore qu'il peut être formé opposition à leur introduction dans les maisons, lorsqu'ils ne sont pas ainsi légalement assistés; que leur introduction, nonobstant cette opposition, les rendrait coupables de l'abus d'autorité prévu et puni par le Code pénal;

» Mais que lorsque, par le défaut d'opposition, il y a eu consentement à leur introduction et à leurs recherches, ces recherches ne peuvent être réputées le fruit de la violence;

» Que par conséquent leurs procès-verbaux, qui ne peuvent pas être déclarés nuls, parceque la loi n'en a pas prononcé la nullité, ne peuvent pas non plus, dans ce cas, être rejetés comme entachés d'abus d'autorité;

» Et attendu, en fait, 1° que le tribunal d'Auch a refusé de reconnaître au procès-verbal dressé contre Arnaud Irague par les gardes-forestiers Loby de Saint-Amand, Doazan et Lafont, la force de preuve que la loi accordait jusqu'à inscription de faux, sous prétexte de prétendues invraisemblances qu'il a cru remarquer dans les faits de ce procès-verbal; en quoi il a violé les art. 13 et 14 du tit. 9 de la loi du 29 septembre 1791;

» Attendu 2° que ce tribunal a déclaré ce procès-verbal nul, parceque les gardes-forestiers qui l'avaient rédigé s'étaient introduits, en suivant les traces du délit, dans la maison du nommé Irague, sans être assistés d'un des magistrats ou officiers pu-

2.

(1) *Page* 163, *col.* 2, *ligne* 12 (2e édition).
(2) *Page* 164, *col.* 1, *lignes* 7 *et* 8 (2e édition).
(3) On y trouvera encore, sous ces derniers mots, §. 3, n° 5, et §. 4, n° 6, d'autres arrêts qui ont jugé de même en matière de douanes et de droits-réunis.

BIU Cujas

blics dénommés dans l'art. 16 du Code d'instruction criminelle, en quoi il a prononcé arbitrairement une nullité qui ne dérivait pas de la loi; qu'aucune opposition n'avait été formée par Iragne à l'introduction et aux recherches des gardes-forestiers chez lui; que le procès-verbal de ces gardes ne pouvait donc être considéré comme un acte de la force et de la violence, et rejeté comme tel;

» D'après ces motifs, la cour casse et annule..... (1). »

Enfin, ce qui prouve que l'art. 161 du Code forestier du 21 mai 1827 n'a rien changé à cette jurisprudence, en renouvelant la disposition de l'art. 16 du Code d'instruction criminelle, c'est l'arrêt suivant, que la cour de cassation a rendu le 22 janvier 1829 :

« Le procureur général du roi expose.....

» Le 6 mars 1828, le garde-forestier reconnut que trois hêtres verts avaient été coupés dans le triage confié à sa surveillance, et des traces récemment empreintes sur la terre le conduisirent au village de Clavières, commune de Chiral-l'Église. Le maire et l'adjoint étaient absens; il se fit accompagner d'un membre du conseil municipal, et procéda à une visite domiciliaire chez le sieur Tartin Boissy, qui ne refusa point l'entrée de sa maison, et souffrit, sans opposition, les perquisitions qui furent faites dans son domicile.

» Le bois y fut trouvé; le garde dressa le procès-verbal du délit, et Boissy fut en conséquence traduit devant le tribunal correctionnel de Gannat.

» Ce tribunal, par son jugement du 19 mai, a prononcé la nullité du procès-verbal, et renvoyé le prévenu des poursuites. Ses motifs, qui ont été purement et simplement adoptés en appel par le tribunal de Moulins, dans son jugement du 7 juin, sont :

» 1° Que l'inviolabilité du domicile des citoyens est d'ordre public, et que ce principe général est consacré d'une manière particulière par l'art. 161 du Code forestier, qui porte, dans son 2e §., que les gardes ne pourront s'introduire dans les maisons, si ce n'est en présence, soit du juge de paix ou de son adjoint, soit du commissaire de police;

» 2° Que cet article n'ayant point compris parmi les fonctionnaires qu'il désigne, les membres du conseil municipal, on doit induire de ce silence que ces derniers officiers n'ont point un caractère légal suffisant pour autoriser l'introduction des gardes dans le domicile des particuliers; que dès-lors le garde a perdu le caractère que la loi ne lui conservait qu'avec la présence de l'un des fonctionnaires qu'elle dénomme, et que par conséquent ce procès-verbal rapporté est substantiellement nul;

» 3° Qu'enfin l'administration forestière n'a pas offert de suppléer à la nullité du procès-verbal par toute autre preuve;

» En rejetant ainsi l'action de l'administration forestière, le tribunal de Moulins a créé une nullité qui n'est prononcée par aucune loi, et a fait une fausse application de l'art. 161 du Code forestier, sur lequel il s'est fondé; sans examiner si le maire et l'adjoint ne peuvent pas être valablement remplacés par un membre du conseil municipal, il est certain du moins que l'omission d'une formalité quelconque ne peut entraîner la nullité d'un procès-verbal qu'autant qu'une disposition formelle de la loi y attache cet effet, ou que la formalité omise tient à la substance même de l'acte. Or, il n'y avait rien de semblable dans l'espèce : d'abord, la défense faite aux agens forestiers de s'introduire dans le domicile des particuliers sans être accompagnés de certains fonctionnaires publics, n'est qu'une mesure de police pour protéger la sûreté individuelle, et faire respecter le domicile des citoyens; et il est évident que l'assistance de ces fonctionnaires n'influe en aucune manière sur la vérification et la constatation du délit, que les gardes seuls ont le droit de faire.

» La régularité du procès-verbal est donc essentiellement indépendante de cette formalité, dont les avantages sont incontestables, mais qui est tout-à-fait étrangère à la substance de l'acte; c'est ce que la cour a déjà reconnu dans plusieurs arrêts, notamment dans ceux des 5 mars 1807, 3 novembre 1809 et 1er février 1822.

» D'un autre côté, les art. 16 du Code d'instruction criminelle, et 161 du Code forestier, qui défendent aux gardes de s'introduire dans les maisons des particuliers sans être assistés d'un des magistrats ou officiers publics désignés dans ces articles, n'attachent point la peine de nullité à l'omission de cette formalité; or, les nullités ne peuvent être prononcées arbitrairement; elles doivent être fondées sur des dispositions formelles de la loi.

» L'unique effet de ces deux dispositions est de donner à tout particulier le droit de s'opposer à l'introduction des gardes dans son domicile, lorsqu'ils ne sont pas légalement assistés, et de rendre coupables d'un abus d'autorité punissable les gardes qui mépriseraient cette opposition légitime. Mais il n'y a ni abus d'autorité, ni violence, ni à plus forte raison nullité, lorsque le délinquant présumé

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 7, page 54.

BIU Cujas

renonce au droit qu'il avait de s'opposer à l'introduction des gardes dans son domicile, et qu'il ouvre volontairement sa maison à leurs recherches.

» On pourrait ajouter que, dans l'espèce, le garde était exempt de tout reproche, du moins quant à l'intention, puisqu'il s'était fait assister d'un officier public qu'il croyait compétent.

» Ce considéré, il plaise à la cour casser et annuler, dans l'intérêt de la loi.... *Signé*, Mourre.

» Ouï le rapport de M. Chantereyne et les conclusions de M. Mangin, faisant fonctions d'avocat-général;

» Statuant sur le réquisitoire du procureur général du roi, et d'après les motifs y énoncés,

» La cour casse et annule, dans l'intérêt de la loi, le jugement rendu le 7 juin 1828, par le tribunal de Moulins, chambre correctionnelle, jugeant sur appel.... (1). »

§. XI. 1°. *Avant le Code forestier du 21 mai 1827, pouvait-on suppléer, soit à l'absence, soit à la nullité, soit au défaut d'affirmation d'un procès-verbal de délit forestier, en faisant entendre à l'audience les personnes qui avaient été témoins du délit?*

2°. *Pouvait-on les faire entendre en cause d'appel, lorsqu'on n'avait pas requis leur audition en première instance?*

3°. *Pouvait-on, soit en première instance, soit en cause d'appel, faire entendre comme témoins, à l'effet d'éclaircir un procès-verbal ou d'en réparer les vices de forme, les officiers qui l'avaient dressé?*

4°. *Comment ces trois questions doivent-elles être jugées sous le Code forestier du 21 mai 1827.*

I. J'ai rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Procès-verbal*, §. 6, n° 14, un arrêt de la cour de cassation, du 28 novembre 1806, qui juge la première question pour l'affirmative.

II. En voici deux autres qui, en la jugeant encore de même, en étendent la décision à la seconde (je les puise dans le *Bulletin criminel*):

» Divers particuliers, etc.

Page 139, *col.* 2, *supprimez la parenthèse qui termine la ligne* 9 (2), *et substituez-y ce qui suit:*

III. La troisième question a été également décidée pour l'affirmative par les arrêts de la cour de cassation, des 2 février et 21 juillet 1820, qui sont rapportés en partie au mot *Appel*, §. 13, art. 1er, nos 7 et 8.

Dans l'espèce du premier, la cour royale de Grenoble avait refusé d'entendre les gendarmes qui avaient dressé contre Antoine Blanc un procès-verbal irrégulier de délit de chasse avec port d'armes non autorisé; et elle avait motivé son refus, en première ligne, sur l'incompatibilité qu'il y avait, selon elle, entre les fonctions du rédacteur d'un procès-verbal et celles de témoin. Mais la cour de cassation a annulé son arrêt, attendu

« Que, relativement au premier motif, les art. 154 et 189 du Code d'instruction criminelle disposent que les délits seront prouvés par témoins, à défaut ou en cas d'insuffisance des procès-verbaux ou rapports;

» Qu'aucune loi n'a exclu les rédacteurs d'un procès-verbal ou d'un rapport nul ou insuffisant, d'être entendus comme témoins sur les faits de ce procès-verbal ou de ce rapport, sauf aux tribunaux à avoir, en jugeant le fond, tel égard que de raison à leurs dispositions;

» Que la cour royale de Grenoble a donc créé une exclusion arbitraire; qu'elle a ajouté à la loi, et a violé ainsi les règles de sa compétence;

» Que d'ailleurs les simples gendarmes ne sont point officiers de police judiciaire; qu'aucune loi n'attribuait au rapport fait par ceux dont le procureur général demandait l'audition sur un délit de chasse sans permis de port-d'armes, la force de faire foi jusqu'à inscription de faux ou jusqu'à preuve contraire; que ce rapport ne rentrait donc dans aucun des cas exprimés aux §. 15 et suivans de l'art. 125 de la loi du 28 germinal an 6; qu'il n'était donc qu'une dénonciation officielle, telle qu'elle était ordonnée par l'art. 29 du Code d'instruction criminelle, et que les gendarmes qui l'avaient rédigé, n'étaient que de simples témoins, dont le témoignage reçu en justice, conformément à l'art. 125 dudit Code, pouvait établir le délit, ainsi qu'il est réglé par l'art. 11 de la loi du 22-30 avril 1790, sur la chasse, »

Dans l'espèce du second arrêt, le tribunal d'Auxerre s'était fondé subsidiairement, comme on l'a vu au mot *Appel*, pour se refuser à l'audition du garde-forestier qui avait dressé, contre Méneret fils, un procès-verbal d'après lequel il était incertain lequel des deux fils de Méneret père avait commis le délit dont il s'agissait, sur le motif qui avait déterminé les premiers juges, savoir, qu'il ne peut pas être suppléé par la déposition orale d'un garde-forestier,

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 34, n° 1.

(2) *Page* 165, *col.* 2, *ligne* 15 (2e édition).

BIU Cujas

à l'obscurité de son procès-verbal. Mais son jugement a été cassé,

« Attendu, relativement au motif des premiers juges, adopté par le tribunal d'Auxerre, et fondé sur ce qu'un procès-verbal, faisant foi jusqu'à inscription de faux, il doit être statué sur icelui dans l'état qu'il se trouve, et que le rédacteur de ce procès-verbal ne peut plus faire venir devant la justice un délinquant qu'il n'a pas suffisamment indiqué dans son rapport;

» Attendu que les trois articles précités (c'est-à-dire les art. 154, 189 et 211 du Code d'instruction criminelle) déposent que les délits seront prouvés par témoins à défaut ou à l'appui des procès-verbaux;

» Qu'aucune loi n'a exclu les rédacteurs d'un procès-verbal faisant foi jusqu'à inscription de faux, d'être entendus comme témoins sur les faits qui ne sont pas suffisamment désignés dans ce procès-verbal, sauf à avoir, en jugeant le fond, tel égard que de raison à leurs dépositions;

» Que ces principes sont surtout applicables, lorsque, dans l'espèce, la preuve offerte, sans altérer en rien la vérité des faits constatés par un procès-verbal, tend à établir l'identité d'un délinquant que le garde n'a pu indiquer par son prénom au moment de la rédaction de son procès-verbal, prénom dont il n'a acquis la connaissance positive que depuis le jugement de première instance;

» Attendu, en fait, que le procureur du roi près le tribunal d'Auxerre a demandé, sur son appel du jugement de première instance, que le garde qui avait rédigé le procès-verbal en question, fût entendu pour désigner d'une manière positive le délinquant qu'il avait surpris en délit; que cette demande devait être admise; que cependant elle a été rejetée par le jugement attaqué; ce qui constitue la violation formelle des art. 154, 189 et 211 du Code d'instruction criminelle, et, par suite, des lois pénales de la matière. »

Il a encore été rendu un arrêt semblable le 14 octobre 1826:

« Deux gardes-forestiers (est-il dit dans le *Bulletin criminel*, tome 31, page 592) avaient dressé, le 20 mai 1826, un procès-verbal constatant un délit commis le même jour par Marie Dupuis, dans le bois la Mal-Gouverne, appartenant au roi.

« Marie Dupuis ayant été traduite, ainsi que son mari, comme civilement responsable, devant le tribunal correctionnel de Joigny, jugement y intervint le 19 juin suivant, qui déclara le procès-verbal nul, et renvoya les époux Moreau de l'action intentée contre eux.

» Le ministère public appela de ce jugement, et fit citer comme témoins les gardes-forestiers rédacteurs du procès-verbal. Leurs dépositions furent reçues, et cependant, sans avoir égard à la preuve qui en résultait, le jugement attaqué confirma la décision des premiers juges.

« Violation des art. 154 et 189 du Code d'instruction criminelle, réprimée par l'arrêt dont la teneur suit:

« Ouï le rapport de M. le conseiller Gary, et les conclusions de M. Laplagne-Barris, avocat-général;

» Vu l'art. 154 du Code d'instruction criminelle, portant: *Les contraventions seront prouvées, soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins, à défaut de procès-verbaux et rapports, ou à leur appui;*

» Vu l'art. 189 du même Code, qui étend aux délits correctionnels le genre de preuves prescrit par l'art. 154;

» Attendu qu'aux termes de ces articles, en cas d'absence ou même de nullité des procès-verbaux, les juges, soit de première instance, soit d'appel, ne peuvent se refuser à admettre la preuve testimoniale qui leur est offerte par la partie poursuivante;

» Attendu que, d'après la nullité reconnue et prononcée du procès-verbal dressé par les gardes-forestiers, le tribunal d'Auxerre, en rejetant la preuve testimoniale offerte et même administrée devant lui, sous prétexte que *cette preuve n'avait pas été offerte aux premiers juges*, a formellement violé les art. 154 et 189 du Code d'instruction criminelle;

» La cour casse et annule le jugement du tribunal d'Auxerre, du 5 août dernier... »

IV. Les questions qui font l'objet des trois numéros précédens, doivent encore être jugées aujourd'hui comme elles l'ont été par les arrêts dont je viens de rendre compte; cela résulte de l'art. 178 du Code forestier du 21 mai 1827: « Les procès-verbaux (y est-il dit) qui, d'après les dispositions » qui précèdent, ne font point foi et preuve suffisante » jusqu'à inscription de faux, peuvent être corroborés et combattus par toutes les preuves légales, » conformément à l'art. 154 du Code d'instruction » criminelle. »

§. XII, *Même page et même col., après la ligne* 13 (1), *ajoutez:*

2°. *Pour qu'ils fassent foi jusqu'à ce point, est-il nécessaire qu'ils soient affirmés?*

(1) *Même page et même col., ligne* 19 (2e édition).

BIU Cujas

Sur la première question, *V.* le réquisitoire, etc.

Même page et même col., après la ligne 16 (1), *ajoutez :*

Sur la seconde, *V.* l'article *Police judiciaire*, §. 2.

Même page et même col., après la ligne 23 (2), *ajoutez :*

§. XV. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles *Appel*, §. 14, art. 2, n° 2; *Douanes*, *Garde-champêtre*, *Garde-forestier*, *Octrois municipaux*, §. 2; *Récolement de bois*, *Saisie pour contravention* et *Serment*.

PROCÈS-VERBAL DES DÉBATS, §. I. *L'omission des formalités qui doivent, à peine de nullité, être remplies dans les débats ouverts devant une cour d'assises, est-elle légalement prouvée par cela seul que le procès-verbal dont la tenue est prescrite par l'art.* 372 *du Code d'instruction criminelle, pour constater l'observation de ces formalités, n'est pas signé du greffier, quoiqu'il le soit du président, ou qu'il ne l'est pas du président, quoiqu'il le soit du greffier.*

J'ai rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Signature*, §. 2, n° 7, un arrêt de la cour de cassation, du 5 juin 1823, qui juge pour l'affirmative dans le cas où la signature du greffier manque au procès-verbal, revêtu d'ailleurs de celle du président.

C'est ce que juge également, pour le même cas, un arrêt de la même cour, du 2 mai 1816, ainsi conçu :

« Vu l'art. 408 du Code d'instruction criminelle, et l'art. 372 du même Code...;

» Attendu que, dans l'espèce, le greffier a omis d'apposer sa signature au bas du procès-verbal de la séance; et que, par le défaut de signature, le procès-verbal manque d'une forme substantielle ordonnée par la loi, pour qu'il puisse avoir le caractère d'authenticité et de preuve; d'où suit l'impossibilité de s'assurer si les formalités prescrites à peine de nullité ont été observées; que dès-lors ces formalités doivent être présumés avoir été omises;

» Et attendu que le défaut de signature est du fait du greffier, et qu'il y a lieu de lui appliquer la disposition pénale portée au dernier paragraphe de l'art. 372 du Code d'instruction criminelle;

» Par ces motifs, la cour casse et annule les débats qui ont eu lieu dans le procès de Georges Perrotin, Sébastienne Sadon, veuve Vuillet et Joseph Vuillet, la déclaration du jury et l'arrêt de condamnation;

» Condamne le greffier de la cour d'assises du département de l'Ain à l'amende de 500 francs (1). »

On sent qu'il en doit être de même dans le cas inverse, c'est-à-dire, lorsque le procès-verbal, revêtu de la signature du greffier, se trouve dénué de celle du président; et c'est effectivement ce que juge un arrêt de la cour de cassation, du 29 août 1816, dont voici le prononcé :

« Vu l'art. 272 du Code d'instruction criminelle;

» Et attendu que les signatures du président et du greffier sont requises par cet article, pour constater la vérité des déclarations ou énonciations du procès-verbal dont il ordonne la rédaction.

» Que le président qui doit signer ce procès-verbal est nécessairement celui qui, ayant présidé la cour d'assises pendant les débats, et lors du jugement, peut certifier personnellement, par sa signature, l'exactitude dudit procès-verbal;

» Attendu que, dans l'espèce, le procès-verbal de la séance n'a pas été signé par le magistrat qui avait présidé les assises lors des débats tenus contre le demandeur, et de l'arrêt rendu contre lui;

» Que ce procès-verbal est donc dépourvu d'une forme exigée par la loi, pour qu'il puisse avoir un caractère d'authenticité et établir la preuve des faits qu'il relate;

» Que les formalités exigées par la loi, à peine de nullité, pour l'examen et les débats, doivent donc être réputées ne pas avoir été observées;

» D'après ces motifs, la cour casse et annule les débats qui ont eu lieu contre Jean-Baptiste Richard; casse, par suite, l'arrêt par lequel la cour d'assises du département de la Seine l'a condamné à la peine de sept années de réclusion.... (2) »

Le 23 décembre de la même année, arrêt semblable, par lequel,

« Attendu que le procès-verbal de la séance qui doit être dressé en exécution de l'art. 372 du Code cité, a pour objet, ainsi que le dit formellement cet article, de constater que les formalités prescrites

(1) *Même page et même col., ligne* 22 (2e édition).
(2) *Tome* 6, *page* 657, *col.* 1, *ligne* 44 (2e édition).

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 22, page 59.
(2) *Ibid.*, page 132.

BIU Cujas

ont été observées; que, quand il n'existe pas de procès-verbal, les formalités dont la preuve légale n'est pas représentée, sont réputées de droit avoir été omises;

» Que le même article dit, §. 3, que le procès-verbal dont il ordonne la rédaction, sera signé du président de la cour d'assises et du greffier; que le concours de ces deux signatures est donc indispensable;

» Que le procès-verbal signé du président seul, ou du greffier seul, n'est pas le procès-verbal exigé par l'art. 372 du Code; qu'il n'est qu'un acte informe, un projet du procès-verbal ordonné par la loi; qu'il n'en peut résulter la preuve légale de l'observation des formalités par elle prescrites; que là où il n'y a pas de procès-verbal qui, par sa régularité, puisse produire cette preuve, n'existe pas le procès-verbal ordonné par ledit art. 372;

» Attendu que, dans l'espèce, le greffier a rédigé et signé un acte intitulé procès-verbal de la séance, mais que le magistrat qui a présidé cette séance, n'a point apposé sa signature audit acte; qu'il n'est donc pas légalement constaté que les formalités prescrites par la loi aient été observées, et que ces formalités non prouvées, étant réputées omises, l'annullation des débats et de tout ce qui s'en est ensuivi, en est la conséquence nécessaire;

» Attendu que cette annullation ayant pour unique cause l'absence d'un procès-verbal revêtu du caractère d'authenticité déterminé par la loi, il y a lieu à l'application du dernier paragraphe de l'art. 372 du Code d'instruction criminelle;

» D'après ces motifs, la cour casse et annule les débats qui ont eu lieu devant la cour d'assises du département de l'Arriége, au procès de Pierre Baurès, et tout ce qui s'en est suivi, notamment l'arrêt de condamnation du sieur Baurès;

» Condamne le greffier de la cour d'assises du département de l'Arriége à l'amende de 500 francs (1). »

§. II. *Ce que jugent les arrêts rapportés au §. précédent, pour le cas où le procès-verbal des débats est dénué de l'une des deux signatures dont le concours est nécessaire pour en assurer l'authenticité, doit-on le juger également dans le cas où le procès-verbal est, quoique bien authentique, muet sur l'observation d'une formalité prescrite à peine de nullité.*

Oui, et c'est ce que font expressément cinq arrêts de la cour de cassation, des 29 mars 1810, 18 décembre 1823, 19 février 1825, 19 et 20 septembre 1828.

Le premier est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Formalités*, n° 2.

Le second est ainsi conçu :

« Vu l'art. 372 du Code d'instruction criminelle, qui enjoint aux greffiers de dresser un procès-verbal de la séance, à l'effet de constater que les formalités prescrites ont été observées;

» Vu aussi l'art. 336 du même Code, qui porte : *Le président résumera l'affaire; il fera remarquer aux juris les principales preuves pour et contre l'accusé.*

» Attendu que dudit art. 372 il résulte que les formalités que le procès-verbal n'énonce pas avoir été observées à la séance, doivent être réputées avoir été omises;

» Attendu que le résumé que l'art. 336 prescrit au président, doit, d'après cet article, présenter aux jurés les principales preuves pour ou contre l'accusé;

» Qu'il doit donc être le complément de la défense et de l'accusation;

» Qu'il fait donc partie des moyens de défense que la loi accorde aux accusés;

» Que l'omission d'un moyen de défense ordonné par la loi, produit une nullité radicale et substantielle;

» Et attendu que le procès-verbal des débats tenus contre Jean Égrain, ne constate pas que, conformément audit art. 336, le président ait fait un résumé des débats;

» D'après ces motifs, la cour casse et annule lesdits débats; casse, par suite, l'arrêt par lequel la cour d'assises du département de la Vienne a condamné, le 19 novembre dernier, le demandeur à la peine de mort... (1). »

Par le troisième arrêt,

» Vu l'art. 14, tit. 2 de la loi du 24 août 1790, portant : *En toute matière civile ou criminelle, les plaidoiries, rapports et jugemens seront publics;* l'art. 309 du Code d'instruction criminelle, l'art. 64 de la Charte constitutionnelle, et l'art. 410 du Code d'instruction criminelle;

» Attendu qu'il n'est établi ni par le procès-verbal des séances de la cour d'assises, ni par aucune autre pièce, que les débats aient eu lieu publiquement....;

(1) *Ibid.*, page 215.

(1) *Ibid.*, tome 28, page 466.

BIU Cujas

» D'après ces motifs, la cour casse et annule les débats qui ont eu lieu au procès de Jean-Louis Gaillard et de François-Lubin Delon, devant la cour d'assises du département du Lot, et tout ce qui s'en est ensuivi, notamment l'arrêt de leur condamnation, rendu par cette cour, le 15 novembre dernier... (1). »

Le quatrième et le cinquième cassent pareillement des arrêts de condamnation rendus, sur les réquisitions du ministère public, après la déclaration du jury, sans que le président eût préalablement demandé aux accusés, conformément à l'art. 363 du Code d'instruction criminelle, s'ils n'avaient rien à dire pour leur défense (2).

PRODIGUE, §. I. *Page* 149, *à la* 2e *note, placez, avant les mots V.* le Répertoire de jurisprudence (3), *ce qui suit* (4):

Page 152, *col.* 1, *après la ligne* 52 (5), *ajoutez ce qui suit:*

V. les observations que je fais sur cet arrêt dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 2, art. 10.

§. II. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles, etc.

Même page et même col., après la ligne 56 (6), *ajoutez:*

PROHIBITION, CLAUSE PROHIBITIVE. *Y a-t-il quelque différence entre les lois qui prohibent certains actes, et celles qui disent simplement que ces actes ne peuvent pas être faits, soit en général, soit dans des cas déterminés, soit par telles personnes?*

V. l'article *Nullité*, §. 1, n° 2.

PROPRES CONVENTIONNELS, §. I. *Page* 164, *col.* 2, *après la ligne* 45 (7), *ajoutez:*

3° *La clause par laquelle, dans un contrat de mariage, les époux excluent de la communauté les biens mobiliers qu'ils apportent respectivement et se stipulent propres, empêche-t-elle que la communauté ne devienne propriétaire de ces effets, et seulement débitrice de leur valeur?*

Les deux premières questions, etc.

Page 171, *col.* 1, *après la ligne* 37 (1), *ajoutez:*

II. Sur la seconde question, j'ai établi dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Réalisation*, §. 1, n° 4, que, dans l'ancien droit, la clause par laquelle, dans un contrat de mariage, les époux se stipulaient propres les effets mobiliers qu'ils apportaient respectivement, n'empêchaient pas que ces effets ne tombassent dans la communauté, et qu'elle n'avait d'autre effet que de rendre l'époux au profit duquel la stipulation de propre avait été faite, créancier de la valeur de ces mêmes effets.

En est-il encore de même aujourd'hui? Pour nous fixer là-dessus, il faut remonter aux raisons qui avaient introduit ce principe dans l'ancienne jurisprudence. Écoutons Pothier, dans son *Traité de la communauté*, n° 325:

« L'effet de la clause de la réalisation est que les biens mobiliers des conjoints, qui sont réalisés par cette clause, sont réputés immeubles et propres conventionnels, à l'effet d'être exclus de la communauté, et d'être conservés au conjoint seul qui les a réalisés.

» Il y a néanmoins une grande différence entre les véritables immeubles qui sont propres réels de communauté et ces propres conventionnels. La communauté a seulement la jouissance des immeubles réels qui sont propres de communauté; mais ils ne se confondent pas avec les biens de la communauté: le conjoint à qui ils appartiennent continue, durant le mariage, d'en être propriétaire comme il l'était avant le mariage; et, en conséquence, le mari ne peut aliéner les propres réels de la communauté de sa femme sans son consentement; au contraire, les effets mobiliers réalisés, ou propres conventionnels, se confondent dans la communauté avec les autres biens mobiliers de la communauté qui est seulement chargée d'en restituer, après sa dissolution, la valeur à celui des conjoints qui les a réalisés. En conséquence, le mari, comme chef de la communauté, peut aliéner les meubles que la femme a réalisés. La réalisation de ces meubles et leur exclusion de la communauté ne consistent que dans une créance de reprise de leur valeur, que le conjoint qui les a réalisés a droit d'exercer, après la dissolution de la communauté, contre la communauté dans laquelle ces meubles réalisés

(1) *Ibid.*, tome 30, page 83.
(2) *Ibid.*, tome 33, pages 792 et 805.
(3) *Page* 172, *col.* 2, 2e *note* (2e édition).
(4) En parlant ainsi, à l'audience du 6 juin 1810, j'attestais un fait sans en examiner la légalité; mais j'ai reconnu depuis que cela était contraire aux principes.
(5) *Page* 176, *col.* 1, *ligne* 51 (2e édition).
(6) *Même page et même col.*, *ligne* 55 (2e édition).
(7) *Page* 188, *col.* 2, *ligne* 15 (2e édition).

(1) *Page* 194, *col.* 2, *ligne* 42 (2e édition).

BIU Cujas

se sont confondus; et c'est à cette créance de reprise que la qualité de propre conventionnel est attachée. Le conjoint n'est pas créancier *in specie* des meubles réalisés; il ne l'est que de leur valeur, et s'il s'en trouvait quelques-uns en nature lors de la dissolution de la communauté, il y aurait seulement un privilége pour sa créance de reprise, en les faisant reconnaître.

» La raison de cette différence entre les immeubles réels propres de communauté et les meubles réalisés, c'est que la communauté doit avoir la jouissance de tous les propres de chacun des conjoints, *ad sustinenda onera matrimonii;* elle peut avoir la jouissance de leurs immeubles propres réels, sans que cette jouissance en consomme le fonds; il n'est donc pas nécessaire, pour qu'elle ait cette jouissance, qu'elle ait le droit d'aliéner le fonds: au contraire, les meubles réalisés étant des choses qui se consomment par l'usage même qu'on en fait, *quæ usu consumuntur*, ou du moins qui s'altèrent et deviennent de nulle valeur par un long usage, pour que la communauté en puisse avoir la jouissance, et pour conserver en même temps au conjoint qui les a réalisés, quelque chose qui lui tienne lieu du droit de propriété qu'il a entendu se réserver par la convention de réalisation, il a été nécessaire d'abandonner à la communauté ces meubles réalisés, et de laisser au mari, chef de cette communauté, le droit de les aliéner et d'en disposer; sans quoi la communauté n'en pourrait pas avoir la jouissance, et de donner au conjoint qui les a réalisés, pour lui tenir lieu de son droit de propriété, une créance de reprise de la valeur des effets réalisés, qu'il aura droit d'exercer contre la communauté lors de sa dissolution; ceci est conforme aux principes de droit sur le *quasi-usufruit*.

Il n'y a, comme l'on voit, aucune de ces raisons qui ne s'applique avec la plus parfaite justesse aux règles actuelles de la communauté entre époux. Aussi le Code civil suppose-t-il clairement que l'effet de la clause dont il s'agit n'est pas de conserver à l'époux qui l'a stipulée, la propriété des biens mobiliers qui en sont l'objet, mais seulement de lui assurer le droit d'en reprendre la valeur, à la dissolution de la communauté, sur la masse qui alors en composera l'actif.

Après avoir dit, art. 1500, que « les époux peu» vent exclure de leur communauté tout leur mobilier » présent et futur, » et que, « lorsqu'ils stipulent » qu'ils en mettront réciproquement dans la commu» nauté jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une » valeur déterminée, ils sont, par cela seul, censés » se réserver le surplus; » il ajoute, art. 1503: *Chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou ce qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté.*

Ces mots, *le droit de reprendre et de prélever... la valeur*, ne laissent aucun doute; il en résulte clairement que l'époux au profit duquel les effets mobiliers ont été stipulés propres, n'a pas le droit, et par conséquent qu'on ne peut pas le forcer, à la dissolution de la communauté, de les reprendre et prélever en nature; que la valeur seule lui en est due, et que, comme il ne peut pas exiger, on ne peut pas non plus lui offrir autre chose.

C'est effectivement ce qui a été jugé par un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 12 mars 1825, rapporté dans la *jurisprudence* de cette cour, année 1825, tome 1, page 453.

PROPRIÉTÉ, §. I. *Même page, col.* 2, *après la ligne* 16 (1), *ajoutez:*

4° *L'emphytéose temporaire transfère-t-elle la propriété pour tout le temps de sa durée?*

Même page et même col., après la ligne 21 (2), *ajoutez:*

Sur la quatrième, *V.* l'article *Emphytéose*, §. 5, 6 et 7.

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE, §. II. *Page* 186, *col.* 1, *supprimez ce qui se réfère à la note de la ligne* 27 (3), *et substituez-y ce qui suit:*

Je dois reconnaître ici qu'en disant dans ces conclusions, d'accord avec les deux parties, que l'arrêt du 17 nivôse an 13 avait jugé que l'auteur étranger d'un ouvrage qu'il a publié dans son pays, ne peut pas réclamer en France le droit exclusif de l'y publier de nouveau, je me suis étrangement trompé. En effet, cet arrêt ne juge pas autre chose, si ce n'est, comme on peut le voir dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Contrefaçon*, §. 10, que l'auteur étranger qui a publié un ouvrage dans son pays, ne peut pas poursuivre comme contrefacteurs ceux qui le réimpriment en France, avant qu'il l'y ait lui-même réimprimé, et qu'il y ait rempli les formalités prescrites par la loi, pour s'assurer le droit d'en empêcher la contrefaçon. *V.* ci-dessus l'article *Contrefaçon*, §. 7.

Même page et même col., à la fin de la ligne 47 (4), *ajoutez en note:*

Erreur qui a sa source dans la fausse applica-

(1) *Tome* 6, *page* 659, *col.* 1, *ligne* 8 (2e édition).
(2) *Même page et même col., ligne* 12 (2e édition).
(3) *Page* 209, *col.* 1, *ligne* 32 (2e édition).
(4) *Même page et même col., ligne* 52 (2e édit.).

BIU Cujas

tion que je faisais, dans ces conclusions, de l'arrêt de la cour de cassation, du 7 nivôse an 13, et qui est complétement réfuté à l'article *Contrefaçon*, §. 10.

Même page, col. 2, à la fin de la ligne 2 (1), ajoutez en note :

Sans doute le droit des gens est par lui-même impuissant pour protéger la propriété littéraire, et la mettre à l'abri de la contrefaçon. Mais ce n'est pas à dire pour cela que la propriété littéraire soit une création du droit civil, et qu'elle n'existe pas, en vertu du droit des gens, avant qu'aient été remplies les formalités prescrites par le droit civil pour en assurer la garantie. *V.* l'article *Contrefaçon*, aux endroits cités dans les deux notes précédentes, et ce qui est dit ci-après dans la note relative aux brevets d'invention.

Même page et même col., à la fin de la dernière ligne (2), ajoutez en note :

En m'expliquant ainsi dans ces conclusions, d'après le texte littéral de l'art. 11 du Code civil, je ne faisais pas attention à l'art. 13 qui, en accordant *tous les droits civils* aux étrangers domiciliés en France avec la permission du gouvernement, suppose nécessairement qu'il n'en est pas de même des étrangers, dont la position n'est pas la même, et prouve, par conséquent, comme je l'ai remarqué dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Étranger*, §. 1, n° 8, que l'art. 11 doit être entendu comme si, au lieu de dire : *l'étranger jouira en France des mêmes droits civils*, il disait : *l'étranger ne jouira en France que des mêmes droits civils*, ou, en d'autres termes, qu'il regarde les étrangers comme exclus de tous les droits civils en France, par cela seul que l'art. 8 porte simplement que *tout Français jouira des droits civils*, et qu'il ne fait que mettre à cette règle générale une exception en faveur des étrangers à qui des traités diplomatiques accordent quelques-uns de ces droits. C'est même en ce sens que l'orateur du gouvernement a présenté la substance de cet article dans l'*Exposé des motifs*, du titre *de la Jouissance et de la Privation des droits civils* : « Ces motifs puissans » (a-t-il dit) ont déterminé la disposition du projet » qui N'ACCORDE en France à l'étranger QUE LES MÊMES » DROITS CIVILS accordés aux Français par les traités » de la nation à laquelle les étrangers appartiennent. » Et c'est dans le même sens que l'art. 11 a toujours été entendu et appliqué par la cour de cassation. *V.* l'article *Adoption*, §. 2, et les notes suivantes.

Page 187, col. 1, à la fin de la ligne 12 (3), ajoutez en note :

La preuve que les art. 726, 912 et 980 ne sont en effet que des dispositions surabondantes, et que, s'ils avaient été omis dans le Code, ils n'en auraient pas moins dû y être suppléés d'après la règle écrite dans l'art. 11 entendu dans un sens exclusif : c'est que la loi du 14 juillet 1819, tout en abrogeant les art. 726 et 912, comme conséquence de l'art. 11, n'a pas laissé, ainsi que l'a fait observer le ministre de la justice, en présentant le projet de cette loi à la chambre des pairs, de maintenir, par son silence, la disposition générale de l'art. 11, *qui n'accorde aux étrangers que les droits civils dont nous jouissons chez eux*, en vertu de traités diplomatiques. *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, à l'endroit cité dans la note précédente, n° 7.

Même page et même col. à la fin de la ligne 33 (1), ajoutez en note :

Le mariage est sans doute *entièrement du domaine des lois civiles*, et ce n'est que par cette raison que les morts civilement en sont incapables. Mais il n'en est pas moins, quant à son origine, un contrat du droit des gens. Que résulte-t-il donc de ce que les étrangers jouissent en France, comme les régnicoles, du droit de se marier, et de ce que leur mariage y produit tous les effets civils qu'y attribue la loi française ? Rien autre chose, si ce n'est que les étrangers, quoique exclus des droits civils qui ne sont que des créations de la loi civile, ne laissent pas de jouir des droits civils qui ont leur fondement dans le droit des gens, et dont la loi civile s'est bornée à reconnaître l'existence et régler l'exercice.

Même page et même col., à la fin de la ligne 50 (2), ajoutez en note :

Oui, et je l'ai prouvé à l'article *Mort civile*, §. 3. La faculté d'ester en jugement sans l'assistance d'un curateur, est un droit civil ; mais c'est un droit civil qui a, comme le mariage, son fondement dans le droit des gens, et que la loi civile ne fait que reconnaître et régler. Qu'on ne s'étonne donc pas que les étrangers en jouissent comme les régnicoles : il n'est pour eux, comme je l'ai dit dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Remploi*, §. 2, n° 9, que l'accessoire nécessaire de la capacité qu'ils tiennent du droit des gens, et que leur confirme la loi civile, de posséder des biens et de contracter en France. Mais j'ai eu grand tort de conclure de là, en 1810, que l'art. 11 n'exclut pas les étrangers de tous les droits de pure création civile, qui ne leur sont pas réservés par des dispositions expresses de la loi.

Même page col. 2 ; à la fin de la ligne 47 (3), ajoutez en note :

On peut ajouter à ces décrets deux ordonnances du roi, des 13 juillet 1824 et 15 juillet 1825, qui

(1) *Même page, col. 2, ligne 6* (2e édition).
(2) *Même page et même col., ligne dernière* (2e édition).
(3). *Page 210, col. 1, ligne 12* (2e édition).

(1) *Même page et même col., ligne 33* (2e édition.)
(2) *Même page et même col., ligne 50* (2e édition).
(3) *Même page, col. 2, ligne 46* (2e édition).

BIU Cujas

sont insérées dans le Bulletin des lois, n° 685, 7e série, et n° 63, 8e série.

Par la première, il est accordé,

« Au sieur Badnall fils (Richard), domicilié à Aleek, comté de Stafford, en Angleterre, représenté par le sieur Truffaut...., demeurant à Paris....., un second brevet de perfectionnement et d'addition pour appliquer à la teinture les machines, appareils et procédés propres à tanner, avec économie de temps, de matière et de main-d'œuvre, les cuirs et peaux de toute espèce, en forçant la liqueur tannante à passer à travers au moyen de la pression, pour lesquels il a pris un brevet d'importation et de perfectionnement de quinze ans, le 27 novembre 1823;

» Au sieur Brown (Samuel), de Londres, représenté par le sieur Heath (Edwin), demeurant à Paris, un brevet d'importation et de perfectionnement de quinze ans, pour une machine à l'aide de laquelle on obtient le vide qui produit, par la pression atmosphérique, une puissance assez forte pour faire monter l'eau, et mettre en mouvement toutes sortes d'usines, mécanismes, etc.;

» Au sieur Wanhouten, négociant à Rotterdam, représenté par les sieurs Peremans frères, négocians, demeurans à Paris...., un brevet d'invention et d'importation de quinze ans, pour un procédé propre à faire, avec de la mousse, du papier destiné au radoub, doublage, calfatage des navires, etc.;

» Au sieur Corbett (Joseph-Tol), de Londres, représenté à Paris par le sieur Girondeau...., un brevet d'importation de quinze ans, pour un procédé servant à régler la marche des fuseaux ou bobines dans la filature mécanique du lin, du coton, de la soie, de la laine et de toute autre matière ou substance filamenteuse. »

Par la seconde, de semblables concessions sont faites à d'autres Anglais, notamment « aux sieurs Ju» nius Smith et John Tyrrel, négocians, demeurans » à Philips-Bridge, comté de Surrey, en Angleterre, » et au sieur John Jones, demeurant à Leeds, en » Angleterre. »

Des brevets du même genre sont accordés à d'autres Anglais par les nos 27 et 46 de l'art. 1er d'une ordonnance du roi du 12 avril 1829, qui est pareillement insérée dans le Bulletin des lois, n° 289, 8e série.

Mais de pareilles concessions auraient-elles pu être faites à des étrangers, si, comme je le disais dans mes conclusions, les brevets d'invention appartenaient *entièrement au droit civil ?* La négative résulte clairement de ce que j'ai dit dans les deux premières des notes précédentes. Pourquoi donc les décrets et les ordonnances cités ont-ils accordé des brevets d'invention à des étrangers ? C'est parce que, comme le dit dans son préambule la loi du 30 décembre 1790-7 janvier 1791, « toute idée nouvelle, dont la mani» festation ou le développement peut devenir utile à » la société, *appartient* primitivement à celui qui l'a » conçue, et que ce serait attaquer *les droits de* » *l'homme* dans leur essence, que de ne pas regarder » une découverte industrielle comme *la propriété de* » *son auteur.* » C'est, en d'autres termes, parceque le brevet d'invention n'est pas une pure création du droit civil, parceque la loi civile n'a fait, en l'instituant, que confirmer aux inventeurs de nouvelles découvertes une propriété qui leur était acquise par le droit des gens.

C'est assez dire qu'il en est de même de la faculté exclusive que la loi du 19 juillet 1793 réserve aux auteurs d'ouvrages littéraires, de les faire imprimer.

Cette faculté exclusive constitue sans doute un droit civil; mais ce n'est pas la loi civile qui l'a créée; la loi civile s'est bornée à la reconnaître et à la protéger; et voilà pourquoi les étrangers en jouissent en *France*, comme les régnicoles.

Je dis en *France*, car il n'en est pas de même partout: dans le royaume des Pays-Bas, par exemple, un étranger ne peut exercer ce droit, qu'en s'associant à un éditeur régnicole. *V.* la loi du 25 janvier 1817, rapportée dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Contrefaçon*, §. 17.

PROROGATION DE JURIDICTION, §. I.

Page 191, *col.* 1, *après la ligne* 8 (1), *ajoutez* :

2° *Si elle l'est effectivement, de quelle manière faut-il qu'elle soit prorogée pour qu'elle le soit valablement ?*

3° *La prorogation de la juridiction d'un juge de paix, à l'effet de statuer sur une affaire personnelle ou mobilière dont la valeur est indéterminée, emporte-t-elle la prorogation de la juridiction du tribunal civil duquel il ressortit immédiatement, à l'effet de recevoir et de juger l'appel qui pourra être interjeté de son jugement ?*

I. Que la juridiction des juges de paix en matière civile soit prorogeable, en ce sens que le juge de paix devienne, par le consentement des parties, compétent pour connaître, soit d'une action personnelle ou mobilière dont l'objet n'excède pas cent francs, quoique le défendeur ne soit pas domicilié dans son territoire, soit d'une action possessoire, quoique l'objet litigieux soit situé dans un canton étranger au sien, c'est ce qui résulte clairement et de l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 26 octobre 1790 et de l'art. 7 du Code de procédure civile : « *Les parties pourront toujours* (est-il dit dans le second de ces textes, copié presque littéralement sur le premier) *se présenter volontairement devant un juge de paix, auquel cas il jugera leur différend, soit en dernier ressort, si les lois et les parties l'y autorisent, soit à la charge de l'appel, encore qu'il*

(1) *Page* 213, *col.* 2, *ligne* 53 (2e édition).

BIU Cujas

ne fût le juge naturel des parties, ni à raison du domicile du défendeur, ni a raison de la situation de l'objet litigieux.

Mais dans le cas sur lequel portent ces articles, l'incompétence du juge de paix n'est que territoriale, et ce n'est par conséquent que pour ce cas qu'ils déclarent qu'elle peut être recouverte par prorogation. Que faut-il donc décider dans le cas sur lequel ils se taisent, c'est-à-dire, dans celui où l'incompétence du juge de paix dériverait de la matière du litige?

Il n'y aurait certainement pas lieu à prorogation, si la matière du litige était tout-à-fait hors de la juridiction du juge de paix. Ainsi, de même qu'un tribunal de commerce ne peut pas devenir, par le consentement des parties, compétent pour connaître d'une affaire non commerciale, de même aussi le consentement des parties ne suffit pas pour rendre un juge de paix compétent pour connaître au pétitoire d'une action réelle.

Mais en serait-il de même, si le juge de paix avait, à l'égard de la matière du litige, un principe de juridiction; ou, en d'autres termes, si elle n'était hors de sa compétence que parceque la valeur en excéderait la somme de cent francs?

La règle générale est, comme je l'ai établi fort au long dans les conclusions du 22 décembre 1806, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 4, n° 1, que le juge, etc.

Même page, et même col., supprimez les lignes 20 *à* 50 (1), *et substituez-y ce qui suit:*

Car, dit le président Favre, dans ses *Rationalia*, sur le premier de ces textes, il suffit qu'une juridiction existe, quelque limitée qu'elle soit, pour qu'elle puisse être prorogée: *Id enim rationem habet optimam, quod magistratus municipales aliquam habeant jurisdictionem licet exiguam et satis limitatam, certum autem sit jurisdictionem quamlibet ex litigatorum consensu prorogari.*

Si cette règle peut encore ici nous servir de guide, il n'est pas douteux qu'un juge de paix ne puisse, entre deux parties qui y consentent, statuer sur une contestation dont l'objet excède 100 francs.

Mais cette règle n'a-t-elle pas été implicitement abrogée, à l'égard des juges de paix, par l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 26 octobre 1790, et l'abrogation n'en a-t-elle pas été confirmée par l'art. 7 du Code de procédure civile?

(1) *Page* 214, *col.* 1, *ligne* 8 (2e édition).

Voici un arrêt de la cour de cassation qui, en adoptant des conclusions dans lesquelles je m'étais expliqué comme si la négative n'était pas douteuse, la suppose également constante.

Page 192, *col.* 1, *supprimez les lignes* 42 *à* 45 (1), *et substituez-y ce qui suit:*

On ne peut sans doute pas citer cet arrêt comme jugeant, en thèse générale, que la juridiction des juges de paix est, en matière personnelle ou mobilière, susceptible de prorogation par le consentement des parties, à quelque somme que s'élève la valeur de l'objet litigieux; car il y avait, dans l'affaire sur laquelle il a été rendu, une circonstance décisive contre le sieur Delimmingh: son acquiescement au jugement du tribunal civil du département de la Dyle, qui avait renvoyé les parties devant le juge de paix du canton de Wavre, ne lui permettait plus de mettre en question la compétence de ce juge; il y avait à cet égard *res judicata*, et il n'en fallait pas davantage pour faire rejeter sa demande.

Mais il n'en est pas moins vrai que la cour de cassation a reconnu par cet arrêt l'*aptitude* des juges de paix à devenir, par le consentement des parties, compétens pour connaître des actions mobilières ou personnelles dont la valeur s'élève à plus de cent francs; ce qui suppose clairement qu'elle a regardé la règle écrite dans les textes cités plus haut du droit romain, comme non abrogée par l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 26 octobre 1790.

Comment, en effet, de ce que cet article établit une manière de proroger la juridiction des juges de paix dans les cas où ils sont incompétens à raison du territoire, pourrait-on raisonnablement inférer qu'il est dans son intention de déclarer leur juridiction improrogeable dans tout autre cas? Ce ne serait là qu'un argument *à contrario sensu*; et tout le monde sait que l'on ne peut jamais, par un argument de cette espèce, tirer d'une loi une conséquence réprouvée par d'autres lois ou par des principes puisés dans la nature des choses et universellement reconnus (2).

Aussi, n'est-ce pas sur cet article que se fonde le seul arrêt de la cour de cassation que l'on puisse opposer à la doctrine professée dans mes conclusions du 3 frimaire an 9, c'est-à-dire, celui du 22 juin 1808, que j'ai rapporté dans le *Répertoire de*

(1) *Page* 215, *col.* 1, *ligne* 23 (2e édition).

(2) *V.* les conclusions du 3 pluviôse an 10, rapportées à l'article *Rente foncière*, *Rente seigneuriale*, §. 10, et celles du 12 pluviôse an 11, rapportées à l'article *Lettre de ratification*, §. 3.

BIU Cujas

jurisprudence, aux mots *Prorogation de juridiction*, n° 1; il se fonde uniquement sur l'art. 9 du tit. 3 de la loi du 24 août 1790, qui, à la vérité, restreint la compétence des juges de paix, en matière personnelle ou mobilière, aux affaires dont l'objet n'excède pas la valeur de cent francs, mais ne déroge en aucune manière au principe écrit dans les lois romaines, que tout juge compétent *usque ad certam summam, de re majori judicare potest, si inter litigatores conveniat.* Et que dit-il pour prévenir l'objection qui sort si naturellement de ce principe, contre la détermination qu'il adopte? Rien de direct: imitant le silence que les parties et le ministère public lui-même avaient gardé sur ce principe, il ne le rappelle ni ne le discute; il se borne à énoncer que, dans l'affaire sur laquelle il prononce, l'incompétence du juge de paix pour connaître d'une action personnelle dont l'objet excédait la valeur de cent francs, était *absolue et d'ordre public.* Mais comment aurait-elle eu ce caractère, alors que le juge de paix avait, pour connaître de l'action dont il s'agissait, un principe de juridiction? Ce ne sont pas les lois françaises qui ont créé les deux maximes, que l'ordre des juridictions est de droit public, et qu'il ne peut pas être dérogé au droit public par les conventions des parties; elles les ont empruntées du droit romain (1). Ces maximes ne s'opposent donc pas plus parmi nous qu'elles ne s'opposaient dans le droit romain, à ce que le consentement des parties, tout insuffisant qu'il est pour conférer à un tribunal une juridiction que la loi lui a refusée, ne puisse étendre au-delà de ses limites la juridiction dont la loi l'a investi; et ce qui prouve d'une manière sans réplique que la volonté des parties peut, parmi nous comme chez les Romains, ajouter aux pouvoirs légaux des juges, c'est qu'à l'exemple de la loi 1, §. 3, D. *à quibus appellare non licet*, et de la loi dernière, §. dernier, C. *de temporibus appellationum*, l'art. 6 du tit. 4 de la loi du 24 août 1790 et l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 26 octobre de la même année, portent expressément que les juges de première instance prononceront en dernier ressort, lorsqu'ils y seront autorisés par les parties, sur les contestations qui, à raison de la valeur de leur objet, ne peuvent être jugées qu'à la charge de l'appel.

Disons donc que l'arrêt du 22 juin 1808 n'a pas été assez réfléchi pour qu'il puisse servir de règle (1), et disons-le avec d'autant plus de confiance, que la cour de cassation elle-même a depuis jugé formellement le contraire par un arrêt du 10 janvier 1809, qui est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'endroit déjà cité, et par un autre du 12 mars 1829, que l'on trouvera ci-après, n° 3, sans compter que, comme on le verra au n° suivant, dans l'intervalle de l'un à l'autre, M. l'avocat-général Daniels s'était formellement prononcé pour la même opinion, à l'audience de la cour de cassation du 7 février 1809.

II. De droit commun, la juridiction peut être prorogée de deux manières, expressément ou tacitement.

Elle est prorogée expressément, lorsque les parties sont convenues, soit dans le contrat qui donne lieu à leur différend, soit dans les premiers actes de la procédure à laquelle leur différend les a conduites, qu'elles consentent à être jugées par le tribunal qui y est désigné;

Elle est prorogée tacitement, lorsqu'une partie assigne son adversaire devant un tribunal incompétent, mais dont l'incompétence peut être couverte par prorogation, et que son adversaire, comparaissant sur l'assignation, ne demande pas son renvoi *préalablement*, comme dit l'art. 169 du Code de procédure civile, *à toutes autres exceptions et défenses.*

Ces deux modes de prorogation sont-ils admis dans les justices de paix, comme ils le sont dans les tribunaux ordinaires?

L'affirmative est incontestable par rapport au premier, lorsque la prorogation n'a pour objet que de couvrir l'incompétence territoriale du juge de paix; mais dans ce cas même, ne faut-il pas, pour qu'elle remplisse cet objet, qu'elle soit faite dans la forme réglée, tant par l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 26 octobre 1790, que par l'art. 7 du Code de procédure civile; ou, en d'autres termes, que les parties se présentent volontairement devant le juge de paix, qu'elles déclarent soumettre leur différend à sa décision, et qu'elles signent leur déclaration, ou que le juge de paix fasse mention de l'impuissance où elles sont de signer? Ne peut-on pas dire que, par cela seul que ces articles déterminent une

(1) *Privatorum consensus judicem non facit eum qui nulli præest judicio; nec quod is statuit rei judicatæ continet autoritatem.* (Loi 3, C. *de jurisdictione omnium judicum*).

Qui neque jurisdictioni præest, neque à principe potestate aliqua præditus, neque ab eo qui jus dandorum judicum habet, datus est, nec ex compromisso sumptus, vel ex aliquâ lege confirmatus est judex esse non potuit (Loi 81, D. *de judiciis*).

Privatorum pactis juri publico derogari non potest (Loi 45, §. 1, D. *de regulis juris*).

(1) J'ai avancé dans le *Répertoire de jurisprudence*, qu'il pouvait être justifié par l'une des dispositions de l'art. 7 du Code de procédure civile; mais on verra au n° suivant que je me suis trompé.

BIU Cujas

forme de prorogation expresse, ils excluent toutes les autres?

Je crois qu'interpréter ainsi ces articles, ce serait leur prêter un sens absurde. Quelle apparence, en effet, que le législateur ait entendu repousser la prorogation qui résulterait, soit du contrat même qui donne lieu au différend, et par lequel les parties se seraient d'avance soumises à la juridiction d'un juge de paix qui n'est pas territorialement le leur, soit de la déclaration qu'elles feraient devant lui à la suite d'une citation que l'une aurait donnée à l'autre, et d'après laquelle on ne pourrait pas dire qu'elles se fussent toutes deux présentées volontairement! Il est bien plus naturel de dire que le seul objet du législateur, dans ces articles, a été d'ouvrir aux parties qui voudraient se soumettre à la juridiction d'un juge de paix incompétent à leur égard *ratione loci*, une voie de prorogation qui n'est pas usitée dans les tribunaux ordinaires, et qu'en leur indiquant ce moyen de parvenir à leur but, il n'a ni entendu ni pu entendre leur interdire les autres modes de prorogation expresse qui sont admis par le droit commun.

Il est donc évident que la prorogation tacite doit avoir lieu dans les justices de paix, comme dans les tribunaux ordinaires, du moins lorsqu'elle n'a pour objet que de couvrir une incompétence territoriale; et c'est ce que reconnaît expressément M. Carré, dans ses *Lois de la procédure civile*, n° 27 : *L'on admet* (dit-il) *en justice de paix, comme dans les tribunaux de première instance, le principe que l'incompétence, à raison du domicile, se couvre par la procédure volontaire des parties.*

Mais en est-il de même lorsqu'il s'agit de couvrir l'incompétence résultant, en matière personnelle ou mobilière, de ce que la valeur du litige s'élève au-dessus de cent francs?

M. Carré soutient que non; alors, suivant lui, *l'art.* 7 (du Code de procédure civile) *veut qu'il y ait une déclaration expresse signée des parties.*

Cet article ne porte cependant que sur le cas où l'incompétence est seulement territoriale; et si, de l'aveu de M. Carré, il ne s'oppose nullement à ce que la prorogation tacite ait lieu, même dans ce cas, comment pourrait-il s'opposer à ce qu'elle soit admise dans un cas dont il ne parle point, et sur lequel par conséquent il est censé se référer au droit commun?

M. Carré a beau dire *qu'autre chose est le cas où il s'agit de proroger une juridiction dont il est présumable qu'une partie peut ignorer les limites, autre chose est celui où une partie comparaît devant un juge de paix autre que celui de son domicile, et qu'il est impossible de supposer qu'elle ne le reconnaisse pour n'être pas son juge naturel.* Une partie qui a assez d'intelligence pour savoir que, d'après la règle *actor sequitur forum rei*, elle ne peut pas être forcée de plaider malgré elle devant un juge de paix qui n'est pas le sien, est nécessairement présumée en avoir également assez pour ne pas ignorer que même son propre juge de paix ne peut connaître, en matière personnelle ou mobilière, que des objets litigieux dont la valeur n'excède pas cent francs.

Vainement, au surplus, M. Carré prétend-il que, par l'arrêt de la cour de cassation du 21 juin 1808, discuté au n° précédent, il a été décidé que, dans le cas dont il est ici question, *il n'y a pas prorogation valable, si le consentement n'a pas été exprès, formel et signé, comme le veut l'art.* 7.

Il est vrai que, dans le *Répertoire de jurisprudence*, ne sachant comment expliquer cet étrange arrêt, j'ai hasardé de dire qu'il ne jugeait pas que *la juridiction des juges de paix était improrogeable dans les affaires personnelles ou mobilières de plus de cent francs*, et qu'il jugeait *seulement que, dans l'espèce sur laquelle il était rendu, il n'y avait pas eu de prorogation valable, parceque les parties n'avaient pas employé, pour proroger la juridiction du juge de paix, la forme prescrite par l'art.* 1 *du tit.* 1er *de la loi du* 26 *octobre* 1790, *et par l'art.* 7 *du Code de procédure civile.* Mais en cherchant ainsi à justifier un mauvais arrêt, je me suis doublement trompé : je me suis trompé, en lui prêtant gratuitement un motif qu'il repousse lui-même par son propre texte; et je me suis trompé bien plus gravement encore, en supposant qu'il eût bien jugé, s'il eût fondé sa décision sur ce prétendu motif.

Du reste, l'opinion à l'appui de laquelle M. Carré invoque si mal à propos cet arrêt, a été clairement proscrite par celui du 12 mars 1829, qui est rapporté ci-après, n° 3.

J'ajoute que précédemment, et à une époque très-rapprochée de l'arrêt du 22 juin 1808, elle avait été combattue et réfutée par M. l'avocat-général Daniels devant les magistrats mêmes qui avaient rendu cet arrêt. Voici l'espèce :

Les sieurs Joannes et Breton, entrepreneurs de la messagerie de Caen à Rennes, avaient été cités par la veuve Courant devant le juge de paix de leur domicile, en paiement d'une somme de 1,487 francs, si mieux ils n'aimaient lui faire restituer un ballot de marchandises de cette valeur, dont ils s'étaient chargés pour elle, et qui n'était pas parvenu à sa destination; et en comparaissant sur cette citation, non seulement ils n'avaient pas proposé d'exception déclinatoire, mais ils avaient soutenu au fond que, d'après la loi du 23 juillet 1793, relative à la responsabilité des messageries nationales, ils ne de-

BIU Cujas

vaient répondre de la perte de l'effet que jusqu'à concurrence de 150 francs.

Condamnés par le juge de paix au paiement de la valeur réelle du ballot, ils en avaient appelé au tribunal civil de Caen; et là, il était intervenu, le 1er messidor an 13, un jugement qui, en leur donnant acte de leur offre d'une somme de 150 francs, avait réformé la décision du juge de paix, et débouté la veuve Courant du surplus de sa demande.

La veuve Courant s'est pourvue en cassation contre ce jugement, et l'a attaqué comme violant, par une fausse application de la loi du 23 juillet 1793, les dispositions des art. 1784 et 1785 du Code civil, concernant les obligations des mandataires.

L'affaire portée à l'audience de la section civile, le 7 février 1809, par suite d'un arrêt d'admission de la section des requêtes, M. l'avocat-général Daniels n'a trouvé aucune espèce de difficulté à adopter le moyen de cassation proposé par la veuve Courant; mais il a examiné d'office, comme l'y obligeait son ministère, si le jugement attaqué ne devait pas encore être annulé pour cause d'incompétence absolue.

« Il a d'abord rappelé (dit M. Sirey, tome 9, page 172) que le litige étant de la valeur de 1,487 francs, dans une cause purement personnelle et mobilière, le juge de paix n'avait dû en connaître que pour tenter la conciliation, et renvoyer au tribunal civil : ainsi l'incompétence lui paraissait certaine.

» Mais la juridiction du juge de paix avait-elle été prorogée? Ici M. Daniels a examiné deux questions :

» 1° La juridiction était-elle prorogeable? L'incompétence, à raison de la valeur, devait-elle être réputée incompétence à raison de la matière? L'incompétence ne pouvait-elle pas être couverte par le consentement des parties? M. Daniels a été d'avis que cette espèce d'incompétence avait pu être couverte par le consentement des parties.

» 2° En quelle forme le consentement des parties doit-il être donné pour qu'il y ait prorogation? La prorogation doit-elle être expresse et en la forme prescrite par l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 26 octobre 1790? M. Daniels a pensé qu'il suffisait d'une prorogation tacite. L'art. 11 précité ne lui a paru applicable qu'au cas où les parties se présentent volontairement et *sans citation* devant le juge de paix pour lui demander jugement. Ce magistrat a donc pensé que, dans l'espèce, le consentement tacite des parties avait suffisamment prorogé la juridiction : pour quoi il était d'avis qu'il n'y avait pas moyen de cassation pour incompétence. »

Et en effet, le jugement du tribunal civil de Caen n'a été cassé que pour fausse application de la loi du 23 juillet 1793, et violation des art. 1784 et 1785 du Code civil; mais il reste toujours que, dans cette affaire, M. l'avocat-général Daniels s'est prononcé formellement contre l'opinion de M. Carré.

III. La question de savoir si la prorogation de la juridiction d'un juge de paix, à l'effet de statuer sur une affaire personnelle ou mobilière dont l'objet est d'une valeur indéterminée, emporte la prorogation de la juridiction du tribunal civil auquel il ressortit immédiatement, à l'effet de recevoir et de juger l'appel qui pourra être interjeté de son jugement, est traitée dans les conclusions du 22 décembre 1806, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 4, n° 1; et elle y est résolue pour l'affirmative. C'est aussi dans ce sens que l'a jugée implicitement un arrêt de la cour de cassation dont voici l'espèce :

Le 18 juin 1826, le sieur Scellier se rend adjudicataire, moyennant 16 francs, d'une coupe de pré vendue aux enchères par la commune de Farguiers.

Peu de temps après, le sieur Harriet le fait citer devant le juge de paix pour se voir condamner à exécuter la rétrocession qu'il lui a faite, dit-il, du bénéfice de son marché, à la charge d'en remplir les conditions, et dont il offre la preuve par témoins.

Scellier comparaît sur cette citation, et, sans proposer aucune exception déclinatoire, nie le fait de la rétrocession, en soutenant que la preuve offerte par Harriet est inadmissible, aux termes de l'art. 1341 du Code civil, tant parcequ'elle serait contraire à ce qui résulte de l'acte d'adjudication, que parcequ'elle aurait pour objet une valeur indéterminée.

Le juge de paix admet d'abord la preuve offerte par Harriet, et, après avoir entendu les témoins présentés par celui-ci, il condamne Scellier à rétrocéder son adjudication à Harriet.

Scellier appelle de ce jugement au tribunal civil de Laon, et se fonde sur trois moyens : 1° dans la forme, incompétence absolue du juge de paix, parceque la demande était d'une valeur indéterminée; 2° au fond, violation de l'art. 1341 du Code civil, parceque du seul fait que la valeur de l'objet litigieux était indéterminée, il résulte nécessairement que la preuve testimoniale était inadmissible; 3° au fond encore, mal-jugé, en ce que la prétendue rétrocession n'était pas prouvée par l'enquête d'Harriet.

BIU Cujas

Le 28 mars 1827, jugement qui rejette le moyen d'incompétence, sur le fondement que la valeur de l'objet litigieux n'était que de 16 francs; et au fond, après avoir, tant par la même raison, que « parce-» qu'il ne s'agissait pas de prouver contre ni outre le » contenu en l'adjudication, mais d'établir une con-» vention faite après l'adjudication entre l'adjudica-» taire et un tiers », décidé que la preuve testimoniale était admissible, finit par déclarer qu'il ne résulte pas des dépositions des témoins entendus à la requête d'Harriet, une preuve suffisante de cette prétendue convention; en conséquence, dit qu'il a été mal jugé, et déboute Harriet de sa demande.

Harriet se pourvoit en cassation contre ce jugement, et l'attaque comme violant l'art. 9 du tit. 3 de la loi du 24 août 1790, aux termes duquel les juges de paix prononcent en dernier ressort sur toutes les actions mobilières dont l'objet n'excède pas 50 francs. En effet, dit-il, sur quoi le jugement attaqué se fonde-t-il pour rejeter le moyen d'incompétence proposé par Scellier contre le jugement du juge de paix? Précisément sur le fait que la valeur de l'objet litigieux était fixé à 16 francs par l'adjudication même de la rétrocession de laquelle il s'agissait; mais ce fait posé, qu'en résulte-t-il? Que le juge de paix avait prononcé en dernier ressort. Donc son jugement n'était pas susceptible d'appel; donc, en infirmant ce jugement, le tribunal civil de Laon a commis un excès de pouvoir; donc il est impossible que son jugement échappe à la cassation.

Le succès de ce moyen aurait été infaillible, si la base eût été légalement certaine, c'est-à-dire, s'il eût été légalement prouvé que la valeur de l'objet litigieux n'était que de 16 francs. Mais le tribunal civil de Laon s'était étrangement trompé en la fixant à cette somme. De ce que la coupe de pré dont il s'agissait, avait été adjugée à Scellier moyennant 16 francs, il s'ensuivait bien, entre lui et la commune de Fraguiers, qu'elle ne valait pas davantage; mais on ne pouvait pas en tirer la même conséquence entre Scellier et un tiers, et il n'en résultait nullement que Scellier n'eût fait avec Harriet, en lui cédant le bénéfice de son adjudication, qu'une convention dont l'objet n'excédait pas 16 francs. Sans doute il était peu vraisemblable que la coupe de pré pût rapporter un bénéfice au-dessus de 50 francs; mais il n'en existait point de preuve légale, et par conséquent il était impossible de considérer la valeur du litige autrement que comme indéterminée.

Le moyen de cassation du sieur Harriet devait donc être rejeté; et il l'a été, en effet, le 12 mars 1829, au rapport de M. Dunoyer, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau, par un arrêt motivé d'une manière qui décide à la fois les trois questions traitées dans ce paragraphe :

« Attendu, d'une part (porte-t-il), que les juges de paix sont compétens pour connaître des causes personnelles et mobilières, et que, si cette compétence n'est pas illimitée, et si la contestation d'entre parties l'excédait, l'exploit introductif d'instance ne contenant pas l'évaluation de l'objet de la demande, la juridiction du juge de paix a été prorogée par le fait des parties qui ont comparu et respectivement procédé devant lui, sans proposer ni déclinatoire, ni exception d'incompétence;

» Attendu, d'autre part, que l'exploit introductif d'instance n'ayant pas pour objet la réclamation d'une somme ou valeur déterminée, le jugement attaqué n'a pas violé les règles de compétence, et s'y est au contraire exactement conformé, en recevant et statuant sur l'appel de la sentence du juge de paix; que ces motifs sont suffisans pour écarter les moyens de cassation;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi.... (1). »

Même page et même col., après la ligne 50 (2), *ajoutez ce qui suit :*

§. III. *La juridiction des tribunaux d'appel est-elle prorogeable en ce sens qu'ils puissent, en prononçant sur l'appel d'un jugement qui leur est déféré, statuer, soit sur de nouvelles demandes, soit sur le fond du procès, hors des cas fixés par les art.* 464 *et* 473 *du Code de procédure civile? L'est-elle en ce sens qu'ils puissent statuer sur une affaire qui est portée devant eux en première instance?*

V. l'article *Appel*, §. 14, art. 1, n° 22.

§. IV. *La prorogation que les parties font volontairement de la juridiction d'un juge qui n'est pas le leur, lui impose-t-elle l'obligation de connaître du différend qu'elles lui soumettent, sans qu'il puisse les renvoyer à se pourvoir devant leur juge naturel?*

M. le premier président Henrion de Pensey, dans son *Traité de l'autorité judiciaire*, chap. 18, présente l'affirmative comme établie par la loi 2, §. 1, D. *de judiciis*. Mais il ne cite qu'une partie de cette loi, et il résulte clairement de la partie qu'il ne cite pas, que tout ce que veut dire ce texte pris dans son entier, c'est que la juridiction d'un magistrat est valablement prorogée par cela seul que les

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, page 146.

(2) *Page* 215, *col.* 1, *ligne* 31 (2e édition).

BIU Cujas

parties qui n'y sont pas assujéties de droit, s'y soumettent volontairement, quoique d'ailleurs il n'accepte pas expressément leur soumission, et que, par erreur, il les croie justiciables de son tribunal. Assurément on ne peut pas conclure de là qu'il soit absolument tenu de les juger, et qu'il ne puisse pas les renvoyer à leur juge naturel.

Ceci ne résoud cependant pas la question: car, si la loi citée n'impose pas au juge dont la juridiction est prorogée volontairement par les parties, l'obligation de statuer sur leurs différends, cette obligation pourrait résulter pour lui de la nature de ses fonctions; et l'on pourrait dire que, par cela seul qu'il est institué juge, il doit la justice à tous ceux qui le requièrent de la leur rendre.

Mais, comme l'a très-bien observé M. l'avocat-général Daniels, dans ses conclusions du 11 mars 1807, auxquelles s'est conformé un arrêt de la cour de cassation du même jour (rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Prorogation de juridiction*, n° 3), chaque juge ne doit la justice qu'à ses propres justiciables; l'obliger de la rendre même à ceux qui ne le sont pas, ce serait souvent le réduire à l'impossibilité, et presque toujours le mettre dans la nécessité de retarder l'expédition des affaires soumises naturellement à sa juridiction.

Du reste, la question s'est représentée depuis, et a encore été jugée de même.

En 1769, une société en participation est formée à Lyon, entre trois négocians, savoir, le sieur Ziegler, de Berne, le sieur Mange, de Lausanne, et le sieur Davet, de Savoie.

A la fin de la société, le sieur Mange dirige des poursuites contre les sieurs Ziegler et Davet devant le tribunal de commerce de Lyon, qui les renvoie, conformément à l'art. 51 du Code de commerce, devant des arbitres qu'il nomme lui-même sur la demande des parties.

Le 10 octobre 1810, les arbitres rendent un jugement par lequel ils condamnent les héritiers du sieur Ziegler à payer une somme considérable au sieur Davet, tant en son nom que comme cessionnaire du sieur Mange.

Les héritiers du sieur Ziegler appellent de ce jugement à la cour de Lyon, où l'affaire reste en suspens jusqu'en 1816. A cette époque, le sieur Davet, qui, par la séparation de la Savoie d'avec la France, avait perdu la qualité de Français, en poursuit le jugement.

Point de déclinatoire de la part des héritiers du sieur Ziegler: ils exposent leurs griefs au fond, et par conséquent ils reconnaissent la cour royale de Lyon pour leur juge, quoique le sieur Davet n'ait plus le droit de les forcer à plaider devant elle.

Mais le ministère public requiert d'office qu'attendu l'extranéité des parties, la cour se déclare incompétente; et il intervient, le 19 juin 1816, un arrêt conforme à ses réquisitions.

Le sieur Davet se pourvoit en cassation, et soutient qu'en refusant de statuer sur l'appel qui lui était déféré, la cour royale de Lyon a violé l'art. 420 et l'art. 169 du Code de procédure civile; qu'elle a violé l'un, parcequ'il s'agissait d'une société de commerce contractée à Lyon même; et qu'elle a violé l'autre, parceque les héritiers du sieur Ziegler, en ne déclinant pas la juridiction de la cour royale de Lyon, l'avaient prorogée comme lui.

L'affaire portée à la section civile, par suite d'un arrêt d'admission de la section des requêtes, les héritiers du sieur Ziegler répondent aux moyens de cassation du sieur Davet,

1° Que l'action qu'il avait portée devant les tribunaux français était purement personnelle, et n'avait rien de commun avec les règles particulières de compétence établies par l'art. 420 du Code de commerce;

2° Que ces règles ne concernent que les Français, et ne peuvent pas être appliquées à des étrangers plaidant les uns contre les autres;

3° Que le consentement des parties non justiciables d'un tribunal, l'investit bien du pouvoir de les juger, mais ne lui en impose pas l'obligation.

Par arrêt du 8 avril 1810, au rapport de M. Cassaigne, et conformément aux conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Attendu que les parties sont étrangères et non domiciliées en France, et qu'il ne s'agit que d'une action purement personnelle, dont aucune loi ni aucun traité n'imposaient à la cour royale de Lyon l'obligation de connaître;

» La cour rejette le pourvoi..... (1). »

Je dois cependant remarquer avec M. Carré, dans ses *Lois de la procédure civile*, n° 33, que l'art. 7 du Code de procédure fait exception à cette juris-

---

(1) Cet arrêt, qui est rapporté par M. Sirey, tome 22, page 217, aurait-il pu prononcer comme il l'a fait, s'il se fût agi de l'exécution d'un acte de commerce fait entre étrangers à Lyon, avec livraison des marchandises dans la même ville, ou obligation d'y en payer le prix? *V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 26 novembre 1828, rapporté à l'article *Tribunal de commerce*.

BIU Cujas

prudence pour le juge de paix auquel les parties soumettent volontairement une contestation qui ne dépend, ni de sa juridiction domiciliaire, ni de sa juridiction réelle. En effet, bien différent de l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 26 octobre 1790, qui disait : *il pourra juger leur différend*, l'art. 7 du Code de procédure dit impérativement qu'*il le jugera*.

§. V. *La juridiction civile des chambres des cours royales, spécialement instituées pour juger les appels des tribunaux correctionnels, est-elle prorogeable, en ce sens qu'elle puisse, du consentement tacite des parties, être étendue à des matières non sommaires ?*

Non, parceque, comme je l'ai établi dans les conclusions déjà citées, du 22 décembre 1806, on peut bien proroger la juridiction d'un tribunal institué pour connaître de toutes les affaires civiles, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, mais non pas celle d'un tribunal dont les attributions sont limitées à des affaires d'un certain genre; et c'est ce qu'ont jugé deux arrêts de la cour de cassation des 18 mars et 8 avril 1828 :

« Vu (porte le premier) l'art. 11 du décret du 6 juillet 1810;

» Attendu que, suivant cet article, les chambres d'appel en matière correctionnelle, jugeant civilement, ne peuvent connaître que des affaires sommaires;

» Que leur incompétence, en matière non sommaire, étant absolue, ne peut être couverte, ni par l'ordonnance de renvoi, ni par le motif que cette ordonnance n'a pas été attaquée et a été provoquée par les parties qui s'en plaignent, ni parceque les parties ont procédé en conséquence volontairement, sans décliner la juridiction;

» Que l'affaire dont il s'agit avait pour objet la demande en partage d'une succession dont le droit, au fond, était contesté; qu'elle n'était point, par conséquent, sommaire de sa nature;

» Qu'elle ne l'était pas non plus par la disposition de l'art. 823 du Code civil, qui dit que, si l'un des cohéritiers refuse de consentir au partage, ou s'il s'élève des contestations sur le mode d'y procéder ou de le terminer, il y sera statué comme en matière sommaire, puisqu'il ne comprend point le cas où, comme dans l'espèce, le fond du droit est contesté;

» Qu'elle rentrait encore moins dans la classe des affaires réputées sommaires par l'art. 404 du Code de procédure; qu'au contraire, le §. 1er de cet article l'en excluait formellement, par la raison que le testament qui était le titre fondamental des prétentions de l'une des parties, était argué de nullité;

» Attendu enfin qu'il suit de ce qui précède, qu'en retenant la cause, l'arrêt attaqué a commis une contravention à l'art. 11 ci-dessus cité, qui peut être opposé en tout état de cause;

» La cour casse et annule l'arrêt du 9 avril 1824, rendu par la cour royale de Pau... (1). »

Le second arrêt est ainsi conçu :

« Vu les art. 11 du décret du 6 juillet 1810, et 404 du Code de procédure civile;

» Considérant que le Code de procédure a distingué les affaires sommaires, qui sont jugées à l'audience après les délais de la citation échus, sur un simple acte, sans autres procédures ni formalités (art. 405), et les affaires *ordinaires* dont l'instruction est réglée de manière à donner aux parties plus de temps et de latitude pour le développement de leurs moyens de défense; que la chambre des appels de police correctionnelle ne peut être compétente au civil que dans les matières *réputées sommaires*, dont la nature et l'espèce sont déterminées par l'art. 404 du même Code; et que cette juridiction exceptionnelle ne peut, sous aucun prétexte, être étendue hors des limites tracées dans ledit article;

» Attendu que, dans l'espèce, la demande excédait 1000 francs, et que le titre qui lui servait de base était contesté; que, d'un autre côté, les exceptions du défendeur faisaient naître plusieurs questions graves et compliquées, notamment celle qui a été jugée, de la capacité du feu comte de Vauban; qu'enfin, il ne s'agissait pas de ces *demandes provisoires ou qui requièrent célérité*, pour lesquelles l'exception aux règles ordinaires de la procédure, et, par suite, la juridiction en cause d'appel, a été établie; d'où il résulte que la chambre des appels de police correctionnelle de Lyon était incompétente pour connaître d'une affaire qui ne rentrait, sous aucun rapport, dans la classe des affaires sommaires spécialement et uniquement comprises dans les attributions de cette chambre: ce qu'elle a, en quelque sorte, reconnu elle-même, en ordonnant que les dépens seraient taxés comme en *matière ordinaire*; qu'en retenant cette cause et en la jugeant, ladite chambre est contrevenue à l'art. 11 du décret du 6 juillet 1810 et à l'art. 404 du Code de procédure;

» Par ces motifs, la cour casse et annule l'arrêt rendu par la cour royale de Lyon, le 30 août 1823..... (2). »

---

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 30, page 81.

(2) *Ibid.*, page 100.

BIU Cujas

§. VI. *La prorogation de juridiction a-t-elle lieu dans les matières criminelles, correctionnelles et de simple police?*

V. l'article *Incompétence*, §. 1.

PROTESTATION. §. I. *Pour conserver le droit d'attaquer un jugement que l'on exécute, suffit-il, et est-il toujours nécessaire de protester que l'on n'entend pas y acquiescer?*

V. l'article *Acquiescement*, §. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 *et* 13.

§. II. *Est-il permis à un magistrat qui a pris part à un jugement, de protester par écrit que ce jugement a été rendu contre son avis?*

V. l'article *Opinion*, §. 3.

Page 221, *col.* 2, *après la ligne* 45 (1), *ajoutez:*

PUBLICATIONS DE MARIAGE. §. I. *Le défaut de publications emporte-t-il, seul et par lui-même, aux termes de l'art.* 170 *du Code civil, la nullité du mariage contracté en pays étranger, soit entre deux Français, soit entre un étranger et une Française, soit entre un Français et une étrangère?*

Je crois avoir démontré la négative dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Bans de mariage*, n° 2; et je dois ajouter ici qu'elle a été mise dans un nouveau jour par un arrêt de la cour royale de Colmar, du 25 janvier 1823, dans lequel il est dit,

« Qu'à la vérité, l'art. 170, spécialement applicable au mariage contracté en pays étranger, *le déclare valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays*, POURVU *qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art.* 63; mais que la disposition prohibitive que présente cet article n'est ni plus précise ni plus formelle que celle des art. 64, 68 et 228, qui cependant n'emportent pas la nullité.

» Que, si, d'un côté, il y a quelques cas où les publications en France peuvent paraître plus essentielles pour ces sortes de mariages, il en est d'autres où leur nécessité absolue rendrait le mariage en quelque sorte impossible, ce qui serait contraire au vœu de la loi;

» Qu'au surplus, et *par cela seul que le législateur n'a pas édicté et reproduit, quant à cet art.* 170, *la peine de nullité, ainsi qu'il l'a fait par l'art.* 184; *quant aux art.* 144, 147, 161, 162 *et* 163, *la justice ne peut la prononcer* (1). »

Voici cependant une espèce dans laquelle il est echappé à la première chambre de la cour supérieure de justice de Bruxelles, un arrêt qui a jugé le contraire.

Le 28 mai 1826, le sieur D.... et la dame T..., tous deux Belges et majeurs, se sont mariés à Wesel, en Prusse, devant l'officier de l'état civil du lieu, et avec toutes les formalités prescrites par les lois du pays, mais sans avoir préalablement fait faire, à Bruxelles, où ils étaient domiciliés, les publications prescrites par l'art. 63 du Code civil, encore en vigueur dans le royaume des Pays-Bas.

» Quelque temps après, la dame T.... a formé, devant le tribunal de première instance de Bruxelles, pour repousser une action intentée contre elle par son second mari, une demande incidente en nullité de ce mariage; et elle l'a fondée sur plusieurs moyens, dont l'un était tiré, en fait, du défaut de publications à Bruxelles, et en droit, de ce que, par l'art. 170, il est dit que le mariage contracté à l'étranger sera valable, *pourvu* qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63.

Par jugement du 12 avril 1828, le tribunal de Bruxelles a effectivement déclaré le mariage nul, *attendu qu'il résulte des termes de l'art.* 170, pourvu que, *que le mariage contracté en pays étranger n'est valable dans la Belgique que lorsqu'il y a été précédé de publications; que ces mots* pourvu que *ont un sens restrictif et établissent une condition* sine quâ non.

Le sieur B.... a appelé de ce jugement, et M. Sanfourche-Laporte, son défenseur, en a réfuté victorieusement le motif.

« Si l'art. 170 (a-t-il dit) portait: *Le mariage contracté à l'étranger* SERA NUL, *s'il n'a été précédé des publications prescrites par l'art.* 63, il faudrait bien sans doute admettre la nullité, puisqu'elle serait formellement prononcée; mais ne pourrait-on pas, avec raison, accuser le législateur de bizarrerie et d'inconséquence?

» Ne serait-il pas bizarre d'attribuer à l'inobservation de la même formalité, prescrite par le même article, des effets différens? N'y aurait-il pas de l'inconséquence à punir l'inobservation de la *même formalité* prescrite par le *même article*, dans un

(1) *Page* 243, *col.* 2, *ligne* 40 (2e édition).

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 24, partie 2, page 156.

BIU Cujas

cas d'une simple *peine pécuniaire*, et dans l'autre, de la *nullité* du mariage, surtout dans une matière où, comme le disait le tribun Gillet, l'esprit du législateur a été que, même dans le cas où des nullités sont proclamées, elles ne soient pas irréparables, à moins qu'il n'y ait crime?

» Et si la justesse de l'observation ne frappait pas tous les esprits, ne suffirait-il pas, pour les convaincre, de faire remarquer que, dans un cas comme dans l'autre, la *forme* et le *but* des publications sont absolument les mêmes?

» En effet, l'art. 170, qu'on nous oppose, ne règle point par lui-même les publications; il renvoie à l'art. 63 : donc l'art. 63 est la seule règle des publications, soit que le mariage se contracte à l'étranger, soit qu'il se contracte dans le royaume: dans l'un comme dans l'autre cas, la *forme* est donc la même.

» Quant au *but* de ces publications, il suffit de voir qu'il a été, pour demeurer convaincu qu'il n'est et ne peut être que le même, soit que le mariage soit contracté dans le royaume, ou qu'il soit contracté à l'étranger. *Un mariage* (disait le tribun Siméon) *n'est pas seulement l'affaire des deux individus qui le contractent; il intéresse et leurs familles et la société, il est susceptible d'oppositions et d'empêchemens, il doit emporter une possession publique; il faut donc qu'il soit connu; il faut donc qu'il le soit avant même d'être contracté*, AFIN QUE, S'IL SOUFFRE DES OBSTACLES LÉGITIMES, ILS AIENT LEUR EFFET. DE LA VIENT LA NÉCESSITÉ DES PUBLICATIONS.

» Ainsi, les publications ont pour but d'appeler les oppositions possibles au mariage, et dès-lors, qu'importe le lieu dans lequel il se célèbre? Le choix que font les époux du lieu de la célébration, peut-il porter aucune atteinte au droit des opposans? Evidemment non. Dans l'un comme dans l'autre cas, le but des publications est de donner avis aux opposans éventuels du mariage projeté, pour qu'ils puissent exercer le droit d'opposition s'ils le jugent convenable : il est donc le même dans les deux cas.

» Et si la *forme* et le *but* des publications sont les mêmes dans le cas où le mariage est célébré à l'étranger, et dans celui où il est célébré dans le royaume, comment admettre que, dans l'un, le législateur ait voulu punir l'inobservation de cette formalité de la peine exorbitante de la nullité, tandis que, dans l'autre, il ne le punit que de simples peines pécuniaires? Comment admettre cette nullité, lorsque, ainsi que l'atteste le tribun Gillet, et avec lui la raison, le législateur a voulu proportionner l'attaque en nullité à la *nature de l'infraction*? L'infraction résultant du défaut de publications n'est-elle pas de même nature, n'est-elle pas absolument la même dans un cas comme dans l'autre? Et serait-ce bien dans une matière aussi grave, et pour opérer un effet aussi désastreux en morale que l'annullation d'un mariage consommé depuis long-temps, d'un mariage proclamé publiquement par le fait de cohabitation des époux; en un mot, pour déclarer que des liens crus légitimes n'ont été qu'un honteux concubinage, que nous devrions répudier la maxime, *ubi eadem ratio, idem jus*? Non, sans doute.

» Aussi le législateur n'a-t-il point dit, dans l'art. 170, que le mariage célébré à l'étranger *serait nul*, s'il n'avait pas été précédé des publications prescrites par l'art. 63.

» Aussi n'est-ce que par l'argument *à contrario*, si souvent fautif, qu'on veut le lui faire dire.

» L'art. 170 exige que les mariages célébrés à l'étranger aient été précédés de publications au domicile des époux dans le royaume; mais en exigeant ces publications, dont la forme et le but sont les mêmes dans tous les cas, il ne fait autre chose que ce qu'avait fait l'art. 63 pour les mariages célébrés dans le royaume; aussi renvoie-t-il à cet article. Et si l'infraction de l'art. 63, relativement aux publications, n'emporte pas nullité, ce que personne n'oserait contester, l'infraction de l'art. 170, qui, à cet égard, n'est que la même disposition, ne peut donc emporter nullité.

» On n'a sans doute pas fait attention aux conséquences du système d'après lequel les mots *pourvu que*, dans l'art. 170, établiraient une condition *sine quâ non*.

» Ces mots *pourvu que* frappent sur les contraventions au chapitre précédent, comme sur les publications. La conséquence directe du système de nos adversaires serait donc que toute contravention aux dispositions du chapitre précédent emporterait nullité absolue; car tel est l'effet de la condition *sine quâ non*.

» Ainsi, le mariage contracté par un homme avant 18 ans, ou par une fille avant 15 (art. 144), serait *absolument nul*; tandis qu'au contraire, il est seulement susceptible d'être annulé, et seulement pendant un certain temps. (Art. 184 et 185). — Première preuve que la condition n'est pas *sine quâ non*.

» Ainsi, le mariage serait *absolument nul*, s'il n'y avait pas eu consentement libre (art. 146); tandis que la nullité disparaît par une cohabitation de six mois après la cessation de la violence (art. 180). — Deuxième preuve que la condition n'est pas *sine quâ non*.

» Ainsi, le mariage serait *nul absolument*, s'il.

BIU Cujas

avait été contracté sans le consentement des père et mère, etc. (art. 148); tandis que le vice disparaît par le seul laps d'une année, sans réclamation de la part de l'époux, depuis qu'il a atteint l'âge compétent (art. 183). — Troisième preuve que la condition n'est pas *sine quâ non*.

» Ainsi, le mariage serait *nul absolument*, à défaut d'acte ou de l'un des actes respectueux qui n'ont pour objet que la demande de *conseil* (art. 151 et 152); tandis que le défaut de *consentement*, bien autrement important, n'emporte qu'une nullité temporaire, comme nous venons de le dire; tandis que, dans le chapitre des *demandes en nullité*, art. 184, le législateur, en parlant des contraventions qui peuvent autoriser une attaque contre le mariage, rappelle bien les art. 114, 147, 161, 162 et 163 du chapitre qui précède celui dont parle l'art. 170, mais ne fait aucune mention des art. 151, 152, 154, etc., relatifs aux actes respectueux; et que, d'un autre côté, il se borne, pour le défaut d'actes respectueux, à prononcer contre l'officier public une amende et un emprisonnement (art. 157). —Quatrième preuve que la condition n'est pas *sine quâ non*.

» Enfin il faudrait aller jusqu'à dire que, si un acte respectueux était irrégulier, par exemple, s'il ne mentionnait pas la réponse faite, ce qui serait une contravention à l'art. 154, le mariage serait absolument nul; tandis que le défaut absolu d'actes respectueux n'entraîne, comme nous venons de le voir, qu'une amende et un emprisonnement contre l'officier public seulement. — Cinquième preuve que la condition n'est pas *sine quâ non*.

» Mais si les mots *pourvu que*, dans l'art. 170, ne forment pas une condition *sine quâ non* à l'égard des contraventions que nous venons d'énumérer, ils ne peuvent évidemment former condition *sine quâ non* à l'égard du défaut de publication; car l'art. 170 les met sur la même ligne : il applique les mots *pourvu que* à l'une comme à l'autre.

» Et si les mots, *pourvu que*, ne forment pas condition *sine quâ non* à l'égard des publications, il faudrait, pour annuler le mariage, pouvoir invoquer une disposition qui prononcerait formellement la nullité à défaut de publications : disposition qui n'existe pas. »

A ces raisonnemens le défenseur du sieur B... ajoutait avec l'arrêt de la cour royale de Colmar, cité plus haut, que toute espèce de doute devait disparaître « par cela seul que le législateur n'a pas » édicté et reproduit, quant à l'art. 170, la peine de » nullité, ainsi qu'il l'a fait par l'art. 184, quant aux » art. 144, 147, 161, 162 et 163; » et, en effet, il n'y avait rien à répondre à cela (1).

Cependant, par arrêt du 19 juin 1828, la première chambre de la cour supérieure de justice de Bruxelles a confirmé le jugement de première instance,

« Attendu (a-t-elle dit) que, d'après l'art. 170 du Code civil, un mariage contracté en pays étranger, entre habitans de ce royaume, suivant les formes usitées dans le pays étranger, est valable, *pourvu qu'il* ait été précédé, à leur domicile respectif en ce royaume, des publications prescrites par l'art. 63 du même Code, et, en outre, qu'ils n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chap. 1 du tit. 5 du Code cité;

» Attendu que les parties sont d'accord qu'il n'y a point eu de publications dans ce royaume;

» Et attendu que les termes limitatifs, *pourvu que*, constituent une véritable condition relativement à ces publications;

» Qu'on ne peut argumenter, par analogie, de ce que le défaut de publication d'un mariage contracté en ce royaume ne rend pas ce mariage nul; car la loi, à l'art. 198 du Code civil, porte, quant à ces mariages, une amende, non-seulement à la charge des parties, mais aussi contre l'officier de l'état civil; peine qui ne peut opérer contre l'officier de l'état civil d'un autre pays;

» Attendu, d'autre part, que, s'il se trouve dans le Code civil quelques exceptions par rapport aux mariages contractés dans ce royaume entre régnicoles, ces exceptions ne peuvent profiter à ceux qui, comme l'ont fait les parties, se rendent en pays étranger pour se soustraire à la loi et aux formalités prescrites pour le mariage au lieu de leur domicile, vu qu'on peut, à l'égard de nos mariages, prendre des mesures qu'il est presque impossible de prendre, lorsque les mariages sont célébrés en pays étranger;

» De tout quoi il suit que le mariage dont il s'agit doit être considéré comme nul, d'après l'article 170 précité, ce qui suffisait pour devoir faire déclarer l'intimée fondée dans son exception de nullité (1). »

Mais cet étrange arrêt peut d'autant moins tirer à conséquence, qu'il a été suivi, dès le 28 juillet de la même année, dans la seconde chambre de la même cour, d'un arrêt qui a jugé valable un mariage contracté en Angleterre, entre un Belge et une Anglaise, nonobstant le défaut de publications préalables dans la Belgique, et qui l'a jugé (2),

---

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Mariage*, sect. 6, §. 2, question 6, sur l'art. 184 du Code civil.

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1828, tome 2, page 226.

(2) *Ibid.*, page 232.

BIU Cujas

« Attendu que, bien qu'il soit vrai que l'art. 170 du Code civil, d'après ses expressions purement littérales, impose aux parties des conditions pour que le mariage contracté en pays étranger soit valable, et entre autres, ordonne les publications préalables prescrites par l'art. 63, il est toutefois à remarquer à cet égard que les conditions que cet article impose au moyen des mots *pourvu que*, sont aussi relatives et s'appliquent aussi à la contravention aux dispositions que renferme le chap. 1er, sous lequel se trouvent, non seulement des dispositions dont l'inobservation entraîne la nullité absolue et irréparable du mariage, mais aussi des dispositions dont l'inobservation peut, non seulement se réparer, mais vient même à disparaître par le seul laps de temps;

» Que par conséquent, on ne peut induire du contenu littéral de l'art. 170, que toute contravention, indistinctement, à l'une des dispositions du chap. 1er prémentionné, emporte nécessairement et *per se*, une nullité absolue, surtout lorsque l'on consulte les discussions et les discours qui ont précédé le tit. 5 du Code civil, relatif au mariage, où l'on trouve, entre autres, que le tribun Gillet, dans son rapport sur cette loi, dit expressément : *les pensées qui y dominent sont qu'il n'y ait pas des nullités absolument irréparables*, hormis celles où le mariage devient un crime, comme dans le cas d'inceste et de bigamie;

» Et, par une conséquence ultérieure, que le défaut seul de publications préalables dans ce royaume ne peut donc plus *per se* entraîner la nullité absolue du mariage contracté en pays étranger dans les formes usitées dans ce pays, lorsque ce simple défaut n'est accompagné d'aucune autre nullité absolue ou relative, et non couverte, *ou au moins lorsqu'il ne conste pas* que des habitans de ce royaume se soient rendus en pays étranger uniquement pour y célébrer leur mariage, à l'effet de se soustraire aux lois et aux formes *substantielles* requises pour le mariage dans le pays où ils ont leur domicile, et d'éluder ainsi ces lois (1). »

(1) Comme si, pour se soustraire, soit à la disposition du Code civil, qui fait de la publicité de la célébration des mariages une condition essentielle de leur validité, soit à la disposition du même Code qui déclare les mineurs incapables de se marier sans le consentement de leurs parens, un Français et une Française se transportaient tout exprès dans un pays dont les lois et les usages admettent les mariages clandestins, ou ne font, quant à la capacité de les contracter, aucune distinction entre les mineurs et les majeurs. *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Bans de mariage*, n° 2.

§. II. *L'empêchement de mariage, qui n'est par lui-même que prohibitif, devient-il dirimant et emporte-t-il nullité, par cela seul que pour l'éluder, les parties ont été se marier en pays étranger, sans faire préalablement procéder, dans leur domicile, aux publications prescrites par l'art.* 63 *du Code civil?*

Non sans doute.

Dans les questions de fait, une présomption, insuffisante par elle-même pour déterminer le juge, peut, avec le concours d'autres présomptions qui ne sont pas plus décisives qu'elle, acquérir la force d'une preuve proprement dite, et c'est alors le cas de l'adage, *quæ non prosunt singula, multa juvant*. Mais dans les questions de droit, un mauvais moyen n'en devient pas meilleur par sa réunion avec un moyen que la loi réprouve.

Ainsi, de même que, pour attaquer un testament revêtu de toutes les formalités prescrites par le Code civil, ce serait en vain que l'on se prévaudrait à la fois et de ce qu'il n'y est pas énoncé que ce n'est pas par le testateur qu'ont été choisis et appelés les témoins instrumentaires qui y ont figuré, et que le notaire n'y a pas fait mention de la signature qu'il y a apposée personnellement, de même aussi ce serait en vain que, pour faire annuler un mariage contracté en pays étranger par un Français et une Française majeurs, on se prévaudrait à la fois de ce qu'il existait entre les époux un empêchement purement prohibitif, et de ce qu'ils se sont mariés sans avoir préalablement fait faire en France, conformément à l'art. 170 du Code civil, les publications prescrites par l'art. 63 du même Code.

Qu'importerait du reste qu'il fût prouvé ou qu'il résultât clairement des circonstances qu'ils n'ont été se marier en pays étranger, et qu'ils n'ont omis en France les publications qui devaient précéder leur mariage, que dans la vue de dérober à l'officier de l'état civil qui devait les unir la connaissance de l'empêchement prohibitif qui s'opposait à leur union?

On pourrait bien conclure de là qu'ils ont agi en fraude de la loi; mais la loi n'ayant pas infligé la peine de nullité à l'infraction de la défense qu'elle leur faisait de se marier (1), comment les juges pourraient-ils l'infliger aux mesures qu'elles ont prises pour échapper de fait à cette défense? Ce serait, de leur part, faire dire à la loi ce qu'elle ne dit pas; ce serait créer une nullité qu'elle n'a pas établie; ce serait s'ériger en législateurs.

PUISSANCE FÉODALE. *Même page et même col., après la dernière ligne* (1), *ajoutez :*

(1) *V.* l'article *Nullité*, §. 1. n° 7.

(2) *Page* 243, *col.* 2, *ligne* 49 (2e édition).

BIU Cujas

§. II. *Autres questions sur la puissance féodale.*

V. les articles *Féodalité* et *Rente seigneuriale*.

PUISSANCE MARITALE. *Page* 222, *col.* 1, *après la ligne* 14 (1), *ajoutez :*

§. IV. 1° *La femme qui, avec l'autorisation de son mari, s'est obligée pour lui envers un tiers, peut-elle faire annuler son obligation, sur le fondement qu'elle l'a contractée avec la seule autorisation de son mari et sans celle de la justice ?*

2° *L'engagement qu'une femme contracte envers son mari lui-même, sans que la justice l'y ait préalablement autorisée, et en vertu de la seule autorisation qu'il lui en a donnée, est-il valable ?*

3° *La femme qui, en vertu de l'autorisation qu'elle en a obtenue de la justice, a intenté une action contre son mari, peut-elle s'en désister avec la seule autorisation de celui-ci ? N'a-t-elle pas besoin pour cela d'une nouvelle et spéciale autorisation de la justice ?*

I. La première question a été jugée pour l'affirmative par un arrêt de la cour de cassation, du 13 octobre 1812, qui est rapporté aux mots *Autorisation maritale.*

On voit par cet arrêt que la partie contre laquelle il a été rendu, se prévalait de l'art. 1427 du Code civil, dans lequel il est dit que *la femme ne peut* s'obliger *ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari de prison, ou pour l'établissement de ses enfans, en cas d'absence du mari, qu'après y avoir été autorisée par justice.* Et l'on sent assez que l'argument qu'elle tirait de là, ne pouvait consister qu'à dire que cet article déclarant la femme incapable, non seulement *d'engager les biens de la communauté* pour tirer son mari de prison, mais encore de *s'obliger* personnellement à cet effet, on devait en conclure que la seule autorisation du mari était insuffisante pour habiliter la femme à contracter envers des tiers aucune espèce d'obligation pour son mari lui-même.

L'arrêt a donc jugé, par le rejet de cet argument, que les termes, *ne peut s'obliger*, de l'art. 427, ne portent que sur le cas où la femme n'est pas autorisée par son mari à s'obliger pour lui-même, à l'effet de le tirer de prison, et qu'il n'en résulte nullement que l'autorisation de la justice soit nécessaire à la femme déjà autorisée de son mari, pour qu'elle puisse contracter valablement envers un tiers un engagement dont son mari doit profiter d'une manière quelconque.

C'est ce qu'a encore décidé depuis, à la suite d'une profonde discussion, un autre arrêt dont voici l'espèce :

Le sieur Burghoffer avait été incarcéré à la requête des sieurs Han et Weneck, ses créanciers. Sa femme s'empressa de venir à son secours. Elle commença par vendre, avec son autorisation, des immeubles qui lui étaient propres ; et, en vertu d'une nouvelle autorisation qu'il lui donna à cet effet, elle céda le prix de ces biens aux sieurs Han et Weneck qui, se trouvant par là remplis de leurs créances, consentirent à l'élargissement de leur débiteur.

Mais bientôt, et avant que les sieurs Han et Weneck eussent touché le prix qui leur avait été cédé, la dame Burghoffer réclama contre la cession qu'elle avait faite, et prétendit que, d'après l'art. 1427 du Code civil, elle n'avait pas pu la consentir sans y avoir été préalablement autorisée par la justice.

Les sieurs Han et Weneck soutinrent, au contraire, que la cession était valable, parcequ'aux termes des art. 219, 221, 222 et 224 du Code civil, l'autorisation de la justice n'était nécessaire que dans le cas où le mari ne voulait pas autoriser lui-même sa femme, ou en était empêché par l'une des causes qui y sont exprimées, et que l'art. 1427 ne devait être entendu qu'avec cette restriction.

La contestation portée au tribunal de première instance de Colmar, jugement qui, adoptant le moyen de défense des créanciers, rejette la demande de la dame Burghoffer.

Appel, de la part de celle-ci, à la cour royale de la même ville, et après une plaidoirie contradictoire, arrêt confirmatif.

La dame Burghoffer se pourvoit en cassation; et pour établir que l'art. 1427 a été violé par la cour royale de Colmar, elle soutient que cet article fait exception, pour le cas où la femme s'oblige pour son mari, aux dispositions des art. 219, 221, 222 et 224.

« En effet (dit-elle), suivant cet article, *la femme ne peut s'obliger....., pour tirer son mari de prison*, sans y avoir été *autorisée par justice.* Donc je n'ai pu valablement m'obliger pour tirer mon mari de prison, puisque je n'ai pas été autorisée par justice. La difficulté est tranchée par la lettre de l'article; et cette disposition de la loi qui exige l'autorisation de la justice, lorsque celle du mari devient suspecte, n'est-elle pas dictée par la pru-

(1) *Tome* 6, *page* 659, *col.* 1, *ligne* 34 (2e édition).

BIU Cujas

dence? *C'est une précaution sage*, dit M. Maleville, sur l'art. 1427, *pour empêcher l'abus qu'on pourrait faire de l'ignorance ou de la faiblesse des femmes;* car, autrement, à quel danger les femmes ne seraient-elles pas exposées....? La femme dont le mari, par exemple, serait détenu pour dettes, se verrait comme dévouée à une ruine inévitable..... Pressée, d'un côté, par les sollicitations irrésistibles d'un époux malheureux, de l'autre, par les menées adroites et fallacieuses de tiers intéressés, et privée d'ailleurs de tout conseil fort, clairvoyant, et capable de la diriger dans cette circonstance critique, il n'est pas douteux qu'on la déterminerait aisément à contracter elle-même des dettes ruineuses, à consentir des aliénations à vil prix, à porter le désordre dans ses affaires, à consommer sa perte, et par suite celle de ses enfans. Mais la loi a prévu et évité le danger; et par l'art. 1427, elle a exigé l'autorisation de la justice. La justice, avant d'autoriser, pèse avec réflexion et discernement dans la balance de l'impartialité le bien et le mal; et sa décision est toujours conforme aux véritables intérêts du faible qu'elle protége.

» La modification portée par l'art. 1427 au principe général établi par les art. 219 et 222, est donc fondée sur la loi et sur la raison. Toutes les fois que l'autorisation du mari devient suspecte, recours à l'autorisation de la justice.

» La circonstance que l'art. 1427 est placé au chapitre *de la Communauté*, et qu'il semble ne parler que des biens de la communauté, ne change rien à la chose; car, d'abord, il est faux que l'art. 1427 ne parle que des biens de la communauté.....

» L'article dit: *La femme* NE PEUT S'OBLIGER *ni engager les biens de la communauté;* NE PEUT S'OBLIGER, *c'est-à-dire, ne peut contracter des obligations sur ses biens propres:* 1re prohibition.

« *Ne peut engager les biens de la communauté:* 2e prohibition.

» Le mot *s'obliger* est ici en opposition aux mots qui suivent, *engager les biens de la communauté...* Si, dans l'un et dans l'autre cas, il n'était question que des biens de la communauté, la phrase ainsi conçue blesserait les règles de la langue.

» On ne dit pas que *la femme ne peut s'obliger.... les biens de la communauté*, etc..... D'ailleurs, l'article n'aurait présenté qu'une répétition bien inutile, pour ne rien dire de plus; car, ne pouvoir obliger les biens de la communauté, c'est absolument la même chose; l'un ne dit pas plus que l'autre; par conséquent le législateur n'aurait pas mis l'un et l'autre.

» Ensuite, quand bien même l'art. 1427 n'aurait entendu disposer que pour les biens de la communauté, il n'en résulterait rien qui fût contraire à notre système. Le même motif de suspicion contre le mari, qui aurait fait exiger l'autorisation de la justice pour l'aliénation des biens de la communauté, s'appliquerait à plus forte raison aux biens personnels de la femme, et nécessiterait, à plus forte raison, pour l'aliénation de ces biens, l'autorisation de la justice. L'*à fortiori* est sensible.

» Le mari a moins d'intérêt à épargner les propres de la femme, qui lui sont totalement étrangers, qu'il n'en a à épargner les biens de la communauté, qui sont en partie les siens; par conséquent, les propres de la femme sont ceux qu'il sacrifierait plus volontiers: c'est donc surtout quand il s'agit de ces biens qu'il faut être en garde contre le mari, et qu'il convient de placer la femme sous la protection immédiate de la justice.

» Les mots, *en cas d'absence du mari*, qui se trouvent vers la fin de l'article, ne peuvent fournir matière à objection. Il est évident que ces mots ne se rapportent qu'à ceux-ci, *pour l'établissement des enfans*, auxquels ils sont joints par le même membre de phrase, sans interposition d'aucune virgule, et desquels ils ne peuvent être séparés pour être appliqués au reste de l'article. »

La dame Burghoffer ajoutait à ces raisonnemens dont elle tirait la conséquence que l'art. 1427 déroge aux art. 219 et suivans, ce qu'elle appelait une *raison d'exemple* qu'elle prenait dans l'art. 2144. Suivant cet article, disait-elle, la femme ne peut, avec la seule autorisation de son mari, consentir à la réduction de l'hypothèque légale qu'elle a sur les biens de celui-ci; il lui faut de plus l'avis de ses quatre plus proches parens; et pourquoi? Parceque la loi est en juste défiance contre le mari toutes les fois que ses intérêts sont opposés à ceux de sa femme; parcequ'alors la loi s'empresse d'environner la femme d'autres conseils utiles.

Ces moyens ont paru assez graves à la section des requêtes pour admettre le recours en cassation de la dame Burghoffer; et l'affaire a été en conséquence portée à la section civile.

Là, ni le sieur Han ni le sieur Weneck ne se sont présentés; mais les lumières des magistrats veillaient pour eux: par arrêt du 8 novembre 1814, au rapport de M. Zangiacomi, sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde, et après un délibéré en la chambre du conseil,

« Considérant qu'aux termes de art. 217, 218 et 222 du Code civil, l'autorisation dont la femme a besoin pour contracter, ne peut être demandée en justice que lorsque le mari refuse ou est dans l'impossibilité de la donner; qu'ainsi, de sa nature, l'autorisation de la justice n'est qu'un acte supplétoire,

BIU Cujas

qui devient inutile lorsque l'autorisation du mari existe;

» Que vainement on oppose que ce principe a été modifié par l'art. 1427 du Code civil; que, pour déterminer le véritable sens de cet article, il faut le conférer avec celui qui le précède immédiatement; que, par cet article (1426), il est dit que la femme non marchande publique ne peut engager les biens de la communauté lorsqu'elle ne contracte qu'avec l'autorisation de la justice; que l'objet de l'article suivant (1427) est de dire, par exception à cette règle, qu'avec la seule autorisation de la justice, la femme peut valablement engager les biens de la communauté, lorsqu'il s'agit 1° de tirer son mari de prison, et 2° d'établir les enfans pendant l'absence du mari;

» Que l'art. 1427 étant évidemment réduit à cette disposition, ainsi qu'il résulte de son propre texte sainement entendu, et de la discussion à laquelle il a donné lieu au tribunat, il n'est aucun prétexte d'en conclure qu'il déroge au principe général posé dans les art. 217, 218 et 222, principe qui a existé de tout temps, et qui est une conséquence naturelle inhérente à l'autorité maritale.... »

» La cour rejette le pourvoi... (1). »

La seconde question diffère sans doute de la première; car autre chose est qu'avec la seule autorisation de son mari, la femme soit obligée envers des tiers, autre chose est qu'elle le soit envers son mari lui-même; et voilà pourquoi l'arrêt de la cour de cassation, du 13 octobre 1812, rappelé au n° précédent, dit *qu'il ne faut pas confondre le cas particulier où la femme Borelli s'est obligée, par le même acte, conjointement avec son mari, envers des tiers, avec celui où une femme contracte une obligation personnelle envers son mari.* Mais de cette différence entre l'objet de la première question et celui de la seconde, doit-il, comme semble le faire entendre l'arrêt que je viens de citer, en résulter une dans la manière de résoudre celle-ci; et devons-nous, en conséquence, regarder comme nul l'engagement qu'une femme contracte envers son mari, sans que la justice l'y ait préalablement autorisée?

Voici une espèce dans laquelle l'affirmative avait prévalu, avant que l'arrêt du 13 octobre 1812 eût insinué qu'elle devait prévaloir en effet, et qui en même temps a amené une décision positive sur notre troisième question.

Dans le fait, la dame Gonin s'était désistée, par un acte passé entre elle et son mari, d'une demande en séparation de biens qu'elle avait formée contre lui, d'après l'autorisation qu'elle en avait obtenue de la justice.

Elle a ensuite attaqué ce désistement de deux chefs; elle a soutenu, en première ligne, qu'il lui avait été surpris par dol; et elle a ajouté qu'il était nul, parcequ'elle l'avait souscrit sans une nouvelle autorisation de la justice. C'était en vertu d'une autorisation de la justice, disait-elle, que j'avais intenté mon action; il me fallait donc une nouvelle autorisation de la justice pour que je pusse m'en désister valablement: ainsi le voulait la règle de droit écrite dans la loi 35, D. *de regulis juris: nihil tàm naturale est quàm eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est.* Inutile d'objecter que, d'après l'art. 217 du Code civil, le concours de mon mari dans l'acte de désistement équivalait, de sa part, à une autorisation expresse; mon mari ne pouvait pas, par une autorisation expresse, m'habiliter à traiter avec lui-même: c'était la conséquence nécessaire de la maxime, *nemo potest esse auctor in rem suam;* à plus forte raison ne pouvait-il donc pas m'y habiliter par une autorisation tacite.

D'après ces moyens, inutilement combattus par le sieur Gonin, il est intervenu, à la cour d'appel de Lyon, un arrêt qui a déclaré le désistement nul, et a, en conséquence, admis la dame Gonin à reprendre la poursuite de sa demande en séparation de biens.

Le sieur Gonin s'est pourvu en cassation, mais inutilement.

Par arrêt du 14 février 1810, au rapport de M. Cochard, et sur les conclusions de M. Giraud,

« Attendu qu'indépendamment des violens indices de dol personnel dont la cour d'appel a déclaré entaché l'acte de désistement dont il s'agit, aux termes de l'art. 219 du Code civil, la femme en puissance de mari doit être, par lui, ou bien, à son défaut, par la justice, autorisée à passer *tous actes;* que celui du désistement d'une instance en séparation de biens, intentée par la dame Gonin contre le demandeur, était de la nature de ceux qui exigent une autorisation par la justice, puisqu'elle avait déjà été autorisée par elle pour la former; d'où il suit que l'omission de cette formalité de rigueur, affectait de nullité un pareil désistement, et qu'elle n'aurait pu être couverte par l'autorisation du sieur Gonin, qui ne pouvait pas être *auctor in rem suam;*

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (1). »

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 15, page 113.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 10, page 189.

BIU Cujas

Il est à croire que, dans cette espèce, la cour d'appel de Lyon n'avait pas fait, des *violens indices de dol* dont elle avait déclaré l'acte de désistement entaché, un motif suffisant pour déterminer seul l'annulation de cet acte, et qu'elle n'avait présenté ces indices que comme une raison de faire accueillir avec plus de faveur le moyen de droit que la dame Gonin tirait contre ce même acte, de ce qu'elle l'avait souscrit sans une nouvelle autorisation de la justice; car, dans l'hypothèse contraire, la cour de cassation n'aurait pas eu besoin d'examiner quel pouvait être l'effet de l'absence de cette nouvelle autorisation; et elle se serait bornée à rejeter le recours en cassation du sieur Gonin, comme suffisamment écarté par un motif de pur fait.

Quoi qu'il en soit, j'ai bien de la peine à comprendre comment, abstraction faite des indices de dol sur lesquels la cour d'appel de Lyon s'était plus ou moins fondée, l'arrêt de cette cour a pu échapper à la cassation.

D'abord, qu'avait-il fait en décidant que la dame Gonin n'avait pas pu, faute d'autorisation de la justice, s'obliger valablement envers son mari par un acte auquel il avait concouru? Il avait ouvertement violé les art. 217 et 1125 du Code civil. En effet, s'il résulte de l'art. 217 que la femme *ne peut s'obliger sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit*, il résulte aussi de l'art. 1125 que l'obligation contractée par la femme avec le *concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit*, ne peut pas être annulée sous le prétexte d'incapacité, puisqu'il y est dit en toutes lettres que le *mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagemens, que dans les cas déterminés par la loi.*

Inutilement l'arrêt de la cour royale de Lyon avait-il motivé l'annulation dont il avait frappé l'acte de désistement de la dame Gonin, sur l'intérêt que son mari avait à cet acte; inutilement avait-il prétendu que, d'après cette circonstance, l'autorisation du sieur Gonin n'avait pas suffi pour habiliter sa femme à contracter avec lui, et que sa femme n'eût pu en acquérir la capacité que par une autorisation de la justice.

Quels sont les cas où la femme est obligée de recourir à la justice pour se faire autoriser, soit à contracter, soit à ester en jugement? Le Code civil ne les abandonne pas à l'arbitraire, il les détermine lui-même avec précision, et il les fixe à cinq:

1° Celui où le mari refuse son autorisation (art. 219);

2° Celui où le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante (art. 221);

3° Celui où le mari se trouve dans les liens de l'interdiction (art. 222);

4° Celui où le mari est absent (même article);

5° Celui où le mari est mineur (art. 224).

Voilà les seuls cas exceptés de la règle générale suivant laquelle l'autorisation du mari est à la fois nécessaire et suffisante pour habiliter la femme à contracter et ester en jugement. Comment donc pourrait-on en excepter ultérieurement le cas où le mari a intérêt dans l'acte à passer par sa femme? Ce ne serait pas seulement ajouter à la loi, ce serait encore aller directement contre son intention manifeste, puisque, par cela seul qu'elle limite à cinq cas la restriction qu'elle met à sa règle générale, elle veut nécessairement que sa règle générale soit appliquée à tous les autres cas.

Ce qui prouve au surplus invinciblement qu'il est loin de la pensée du Code civil d'excepter de sa règle générale le cas où deux époux contractent ensemble, c'est la manière dont sont conçues celles de ses dispositions qui rentrent dans ce cas.

Il parle, dans l'art. 1097, des donations *entre-vifs* que deux époux peuvent se faire l'un à l'autre.

Il parle, dans l'art. 1435, de la nécessité du concours de la femme avec le mari pour valider le remploi que celui-ci déclare faire, en acquérant un bien, des deniers provenant de l'immeuble vendu par celle-là.

Il parle, dans l'art. 1451, du rétablissement qui s'opère par *le consentement des deux parties, consigné dans un acte passé devant notaire et avec minute*, de la communauté précédemment dissoute par la séparation, soit de corps et de biens, soit de biens seulement.

Il parle, dans l'art. 1595, des circonstances où *le contrat de vente peut avoir lieu entre époux.*

Que ferait-il dans chacun de ces quatre articles, relativement à l'autorisation dont la femme a besoin, soit pour faire une dotation entre-vifs à son mari, soit pour accepter celle qu'il lui fait, soit pour acquiescer au remploi que son mari lui déclare faire de ses immeubles aliénés, soit pour rétablir leur communauté, soit pour lui vendre, soit pour acheter de lui, s'il entendait que cette autorisation ne peut être accordée que par la justice? Bien sûrement il déclarerait communes à chacun de ces articles les dispositions contenues dans les art. 221, 222 et 224; et il le faudrait de toute nécessité, puisqu'il n'y a aucune ombre d'identité entre les cas sur lesquels portent ces dispositions, et le cas où deux époux contractent l'un avec l'autre. Eh bien! Il ne le fait pas; il ne dit pas un mot de la manière dont la femme doit, dans ce cas, être autorisée: et pourquoi se tait-il à cet égard? C'est évidemment parceque, d'après l'assimilation qu'il a faite dans l'art. 217, *du concours du mari dans l'acte*, à une autorisation expresse, il regarde la femme comme suffi-

BIU Cujas

samment autorisée de son mari, par cela seul que son mari contracte avec elle.

Que peut, dès-lors, signifier ici la maxime *nemo potest esse auctor in rem suam?*

Si cette maxime, que l'on a fait dériver des lois romaines par lesquelles il est dit qu'un tuteur ne peut pas autoriser son pupille à traiter ou plaider avec lui dans des affaires où ils ont des interêts opposés (1), et qui d'ailleurs n'est écrite nulle part en termes généraux et exclusifs de toute exception, était d'elle-même applicable à l'autorisation maritale, je dirais qu'il y était dérogé, en ce qui concerne celle-ci, tant par la disposition expresse de l'art. 217, que par l'esprit des art. 1097, 1435, 1451 et 1595 du Code civil, comme j'ai prouvé ailleurs qu'il y était dérogé, sous le même rapport, dans l'ancienne jurisprudence, par nos coutumes (2).

Mais je dois dire que, même toute dérogation à part, cette maxime ne peut recevoir aucune espèce d'application à l'autorisation dont la femme a besoin sous le Code civil, comme elle en avait besoin sous nos coutumes, pour contracter et plaider.

En effet, pourquoi, dans les pays encore régis par le droit romain, le pupille parvenu à l'âge de raison, ne peut-il pas contracter et plaider sans l'autorisation de son tuteur? Pourquoi, parmi nous, un mineur émancipé ne peut-il ni plaider, ni aliéner, ni emprunter, ni recevoir le remboursement d'un capital, sans l'assistance de son curateur? C'est uniquement à raison de la faiblesse de leur âge et de leur expérience; c'est uniquement afin d'empêcher qu'ils ne soient lésés par ceux avec lesquels ils ont des affaires à régler ou à faire régler par le juge; c'est par conséquent pour leur seule utilité; et il est, dès-lors, tout simple que leurs tuteurs ou curateurs s'abstiennent de les autoriser ou assister dans les procès et dans les actes où ils ont des intérêts opposés aux leurs.

Mais d'où dérive, pour la femme mariée, le besoin qu'elle a d'être autorisée par son mari pour contracter et plaider? Ce n'est ni de la faiblesse de son sexe ni de son inexpérience; car, si, parvenue à sa majorité, elle était fille ou veuve, elle pourrait contracter et plaider avec la même liberté qu'un homme majeur; et, comme on n'en peut douter, il résulte de là que ce n'est pas dans l'intérêt privé de la femme qu'est établie la nécessité de l'autorisation maritale. Il faut bien que l'on convienne avec le président Bouhier qu'elle n'a pour cause que le respect pour les *bonnes mœurs* et *l'honnêteté publique*, lesquelles, suivant l'expression de Coquille, ne permettent à la femme *d'avoir communication d'affaires avec autrui, sans le su et le consentement de son mari, pour éviter suspicion* (1).

Ce qui prouve d'ailleurs invinciblement que, quoi qu'en aient dit d'autres auteurs qui ont écrit avant le Code civil (2), telle est la véritable et unique cause de la nécessité de l'autorisation maritale: c'est la manière dont se juge constamment la question de savoir si la femme mariée avant le Code civil et sous l'empire d'une loi qui lui laissait, pour plaider et contracter, la même liberté que si elle eût été fille ou veuve, peut aujourd'hui plaider et contracter sans l'autorisation de son mari; l'affirmative ne serait certainement susceptible d'aucun doute, si l'autorisation maritale n'était exigée par le Code civil que dans l'intérêt de la femme, ou au moins dans l'intérêt commun de la femme et du mari; ce serait la conséquence nécessaire du principe, que tout ce qui concerne les intérêts privés des époux mariés avant le Code civil, est encore aujourd'hui réglé par les lois sous l'empire desquelles leur mariage a été contracté (3). Or, le contraire a été jugé par plusieurs arrêts de la cour de cassation (4), et il n'y a plus, à cet égard, la moindre difficulté dans la pratique. Il est donc généralement reconnu que la nécessité de l'autorisation maritale n'a pas son fondement dans l'intérêt privé de la femme, et qu'elle ne peut l'avoir que dans *l'honnêteté publique*.

Mais, dès-lors, comment pourrait-on appliquer au mari qui contracte avec sa femme, la maxime *nemo in rem suam auctor esse potest?* sa femme, en contractant avec lui, ne se met point, pour me servir encore des termes de Coquille, *en communication d'affaires avec autrui, sans son su et consentement*; elle ne donne lieu à aucune *sus-*

---

(1) *Si inter tutorem pupillumque judicium agendum sit: quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætorius tutor constituitur, sed curator in locum ejus datur, quo interveniente, judicium peragitur.* (Institutes de Justinien, liv. 1, tit. 21, §. 3. (C'est là évidemment l'origine de nos subrogés-tuteurs.

Regula est juris, in rem suam auctorem tutorem fieri non posse (Loi 1, D. *de auctoritate et consensu tutorum et curatorum.*)

In rem suam auctoritatem tutor accommodare non potest. (Loi 7 du même titre.)

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Autorisation maritale*, sect. 6, §. 1.

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 2, art. 5, nº 3.

(2) *V. Ibid.*, aux mots *Autorisation maritale*, §. 1.

(3) *V. Ibid.*, aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 3, art. 3.

(4) *V. Ibid.*, sect. 3, §. 2, art. 5, nº 3.

BIU Cujas

picion qui puisse offenser *l'honnêteté publique*; le motif qui nécessite l'autorisation dans tout autre cas, cesse donc alors absolument: aussi la loi n'exige-t-elle pas alors que la femme soit expressément autorisée; et ce n'est que par une locution impropre et surabondante que l'on dit, en ce cas, que le concours du mari dans l'acte équivaut à une autorisation de sa part.

En second lieu, si l'arrêt de la cour royale de Lyon, confirmé par celui de la cour de cassation, du 14 février 1810, ne peut pas être justifié par la maxime, *nemo in rem suam auctor esse potest*, à plus forte raison ne peut-il pas l'être par la règle de droit, *nihil tàm naturale est quàm eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est.*

Remarquons bien, dans cette règle, les termes *eo genere*, il en résulte clairement que, pour dissoudre un acte qui a acquis toute sa perfection, il n'est pas nécessaire que la cause dissolvante soit de la même espèce que cet acte, et qu'il suffit qu'elle soit du même *genre*. Or, s'il n'y avait pas identité d'espèce, il y avait certainement identité de genre entre la cause dissolvante de l'action intentée par la dame Gonin contre son mari, et la cause efficiente de cette action; car, si cette action avait été intentée en vertu d'une autorisation, c'était aussi en vertu d'une autorisation que la dame Gonin s'en était désistée. Le désistement de la dame Gonin n'aurait donc pu être déclaré nul qu'autant que l'autorisation en vertu de laquelle il avait été souscrit, eût été elle-même neutralisée par la maxime, *nemo in rem suam auctor esse potest*; et l'on vient de voir qu'il s'en fallait de beaucoup qu'elle fût susceptible de l'application de cette maxime.

Il était d'ailleurs bien impossible que la justice intervînt dans le désistement de la dame Gonin pour l'autoriser. En effet, ce n'est que sur le refus du mari, et dans le cas où la loi le déclare incapable d'autoriser sa femme, que la justice peut interposer sa propre autorisation. Or, d'une part, le sieur Gonin ne se trouvait dans aucun des cas d'incapacité déterminés par la loi; et de l'autre, bien loin de s'opposer à ce que sa femme se désistât de l'action qu'elle avait intentée contre lui, il y consentait expressément. Il n'y avait donc là rien à faire pour la justice; et lui demander son autorisation pour ce désistement, c'eût été lui demander une chose qu'elle était hors d'état d'accorder, puisqu'aux termes de l'art. 17 du Code civil, elle ne peut autoriser la femme que sur le refus du mari.

Ainsi, sous quelque rapport que l'on envisage le rejet prononcé par l'arrêt du 14 février 1810, du recours en cassation du sieur Gonin, on le trouve également contraire aux principes de la matière.

§. V. 1° *De quelle loi dépend, pour les femmes mariées avant le Code civil, la capacité ou l'incapacité d'aliéner aujourd'hui les biens qu'elles possédaient alors? Est-ce de la loi du temps où elles ont été mariées? Est-ce de la loi actuelle?*

2° *Quelle est, sous le rapport de la personnalité et de la réalité, le caractère du statut de l'aliénabilité ou de l'inaliénabilité des biens des femmes mariées?*

V. l'article *Régime dotal.*

§. VI. *Autres questions sur la puissance maritale.*

V. les articles *Femme*, *Mari* et *Hypothèque*, §. 4.

QUESTION D'ÉTAT. *Page* 243, *col.* 1, *après la ligne* 13 (1), *ajoutez:*

§. IV. *Lorsqu'un prévenu de bigamie excipe, pour sa justification, de la nullité absolue du premier mariage pendant la durée duquel il en a contracté un second, à quel juge appartient la connaissance de la question d'état qui résulte de cette exception?*

V. l'article *Bigamie*, §. 2.

QUESTION PRÉJUDICIELLE. *Même page et même col., après la ligne* 20 (2), *ajoutez:*

§. II. *Un particulier poursuivi devant un tribunal correctionnel ou de police, à raison de voies de fait commises dans le terrain d'autrui, et portant le caractère de délits ou de contraventions, est-il recevable, sans l'intervention et l'appui du maire de sa commune, à exciper des droits de propriété ou d'usage qu'il prétend appartenir, sur ce terrain, à la généralité de ses co-habitans?*

J'ai rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Question préjudicielle*, n° 7, un arrêt de la cour de cassation, du 7 avril 1809, qui juge que non, par le motif *qu'un prévenu n'est admissible à élever une question de propriété qu'autant qu'il s'agit d'un droit qui lui est personnel.*

Mais ne peut-on pas opposer à ce motif, que chaque habitant a un droit personnel à la jouissance de tout ce qui appartient à sa commune, et que par conséquent ceux qui, dans l'espèce de l'ar-

(1) *Page* 264, *col.* 2, *ligne* 7 (2e édition).
(2) *Même page et même col.*, *ligne* 10.

BIU Cujas

rêt cité, se prévalaient du droit de leur commune pour repousser l'action publique intentée contre eux, ne faisaient qu'exciper d'un droit qui leur était personnel?

C'est ainsi, en effet, que l'on eût dû raisonner, si le droit de la commune eût été reconnu par l'exploit introductif de l'action; mais il ne l'était pas; il était, au contraire, dénié; et dès-lors, il fallait en revenir au principe général, que les habitans d'une commune sont, *ut singuli*, non-recevables à réclamer, sans l'intervention du maire, un droit qui ne peut leur appartenir que *ut universi* (1); car, s'ils n'ont pas de qualité pour réclamer ce droit par voie d'action, ils ne peuvent pas en avoir davantage pour le réclamer par voie d'exception.

C'est ce qu'explique très-bien un arrêt de la cour de cassation, du 16 août 1822, qui, en jugeant comme l'avait fait celui du 7 avril 1809, en développe ainsi le motif:

« Vu l'art. 5 de la loi du 29 vendémiaire an 5, qui est ainsi conçu: *Le droit de suivre les actions qui intéressent uniquement les communes, est confié aux agens desdites communes, et, à leur défaut, à leurs adjoints;*

» Vu aussi les art. 416 et 408 du Code d'instruction criminelle, d'après lesquels la cour de cassation doit annuler les jugemens en dernier ressort qui ont violé les règles de compétence;

» Attendu que Basterrèche, intervenant dans les poursuites dirigées contre Pierre Ahunsol, son métayer, pour un fait de dépaissance de brebis, moutons et autres bestiaux, dans la forêt de Lambarre, appartenant au sieur Landeuix, a prétendu que cette dépaissance n'avait été que l'exercice du droit qu'il avait comme habitant de la commune d'Ainharp, en vertu d'un arrêt du conseil du 17 juillet 1677, qui l'avait reconnu et jugé en faveur des habitans de ladite commune et d'autres communes environnantes; qu'il a demandé en conséquence son renvoi aux fins civiles, pour qu'il y fût statué sur ce droit; que, jusqu'à ce, il fût sursis à l'action correctionnelle du sieur Landeuix, sauf la reprise des poursuites, s'il y avait lieu, après le jugement civil;

» Mais que, dans cette défense et cette demande, ledit Basterrèche n'a point excipé d'un droit qui lui fût personnel, dont il pût disposer comme de sa propriété particulière, dont il pût jouir, quoiqu'il cessât d'être habitant de la commune d'Ainharp;

» Qu'il a excipé d'un droit qu'il disait appartenir aux habitans de cette commune, en cette qualité d'habitant de son territoire; d'un droit qu'il prétend lui appartenir aussi, comme faisant partie du corps moral qui constitue la commune;

» Mais qu'un habitant d'une commune est sans qualité pour exercer les actions de cette commune; qu'il ne peut, en justice, soit en demandant, soit en défendant, faire valoir ses droits; qu'aux termes de l'art. 1er de la loi du 29 vendémiaire an 5, les administrateurs de la commune, aujourd'hui le maire et l'adjoint, ont seuls l'exercice des actions qui peuvent lui appartenir; qu'eux seuls ont caractère pour demander ou défendre sur les droits qu'elle peut réclamer, ou qui peuvent lui être contestés;

» Que Basterrèche n'aurait donc pas eu qualité pour faire juger, devant les tribunaux civils, si les droits qu'il disait appartenir aux habitans de la commune, étaient bien ou mal fondés; qu'il ne pouvait donc pas demander d'être renvoyé devant ces tribunaux pour y faire statuer; que le sursis aux poursuites correctionnelles, qu'il réclamait par suite de ce renvoi, n'avait donc aucun fondement;

» Qu'il aurait pu seulement provoquer l'intervention de la commune, par son maire, dans l'instance relative à ces poursuites, et l'autorisation qui aurait été nécessaire à cette commune pour ladite intervention;

» Que, si, dans le délai qui lui aurait été accordé par la cour à cet effet, la commune n'avait pas formé son intervention légalement autorisée, et n'avait pas adhéré à sa demande en renvoi, pour faire prononcer par les tribunaux civils sur les droits qu'il disait lui appartenir, il aurait dû être déclaré non-recevable dans cette demande en renvoi, et tout sursis lui aurait dû être refusé;

» Que, si la commune, au contraire, était intervenue avec l'autorisation de l'autorité administrative, et avait demandé que le renvoi devant les tribunaux civils fût prononcé pour y faire juger, entre elle et le sieur Landeuix, le droit qu'elle aurait prétendu sortir, en faveur de ses habitans, de l'arrêt du conseil de 1677 et autres actes, alors se serait formée une véritable question préjudicielle, puisque tout à la fois le jugement des poursuites correctionnelles contre Ahunsol et Basterrèche aurait dépendu de celui qui aurait été rendu au civil sur les droits de la commune, et que, par l'adjonction de la commune audit Basterrèche, il se serait formé une instance entre parties ayant qualité pour y paraître et y faire statuer;

» Que, dans ce cas, le sursis aurait été bien ordonné, et que c'eût été au sieur Landeuix à agir pour provoquer et accélérer le jugement civil, et reprendre ensuite, s'il y avait lieu, ses poursuites correctionnelles;

---

(1) *V.* la note qui est à la fin des conclusions du 10 nivôse an 13, rapportées aux mots *Vaine pâture*, §. 2.

BIU Cujas

» Mais attendu que, dans l'espèce, il n'y a point eu d'intervention de la commune d'Ainharp; que c'est sur la demande individuelle de Basterrèche que la cour royale de Pau a renvoyé devant qui de droit, pour y être statué sur les droits de la commune, et, jusqu'à ce, a sursis à l'instruction et au jugement des poursuites correctionnelles contre lui exercées;

» Que cette cour a donc violé l'art. 1er de la loi du 29 vendémiaire an 5, a sursis sans motif à l'exercice de sa juridiction, et est ainsi contrevenue aux règles de sa compétence;

» La cour casse et annule... (1). »

C'est sur le même principe que s'est encore fondé un arrêt du 6 mai 1826, pour rejeter le recours en cassation des sieurs Bourgeois et l'Herminier, contre un arrêt de la cour royale de Rouen, qui les avait déclarés non-recevables à exciper de la prétendue vicinalité d'un chemin sur lequel ils avaient fait des actes de propriété portant le caractère de délit. *L'exception de vicinalité* (a-t-il dit) *ne pourrait être proposée que par la commune ou par les habitans* ut universi, *et non par un ou quelques-uns* ut singuli, *puisqu'il ne saurait appartenir à un ou plusieurs de compromettre les droits de tous; et dès-lors, elle a pu être rejetée dans toutes les suppositions, sans violer aucune loi* (2).

Ce principe a encore déterminé, depuis, un arrêt fort remarquable dont voici le prononcé :

« Vu l'art. 12 du tit. 27 de l'ordonnance de 1669, qui *prohibe à toutes personnes d'enlever des terres dans l'étendue des forêts, sous différentes peines;*

» Vu l'art. 12 du tit. 32 de ladite ordonnance, qui dispose que *toutes personnes privées, coupant et amassant, de jour, des herbages, glands ou faînes, et les emportant des forêts, seront condamnées, pour la première fois, à l'amende de 40 francs, avec confiscation des harnais et voitures;*

» Vu aussi l'art. 12 du tit. 9 de la loi du 29 septembre 1791, sur l'organisation forestière;

» Attendu qu'il résulte d'un procès-verbal régulier, dressé par deux gardes-forestiers, *qu'étant dans l'intérieur de la forêt communale appelée* Patot, *appartenant à la commune de Donzacq, et sur un point qui forme une espèce de cloaque, aujourd'hui sec, ils reconnurent que, sur un espace de 100 mètres carrés, on venait d'y* soustrager, *en enlevant la superficie de la terre avec les herbages; qu'une partie de ces herbages et terres était encore sur la place, et que la quantité de quatre charretées à bœufs avait été transportée et enlevée: savoir; une voiture chez le sieur Lacuquerin, et les trois autres chez le sieur Lux; qu'ayant demandé auxdits Lacuquerin et Lux pourquoi ils s'étaient permis une telle entreprise, ils avaient répondu que les statuts de la commune leur permettaient de* soustrager *sur ce point de la forêt; mais que, loin de vouloir être poursuivis devant les tribunaux, ils étaient décidés à quitter, s'ils n'en avaient pas le droit, comme ils l'avaient cru jusqu'à ce jour;*

» Que les prévenus, traduits devant le tribunal de Saint-Sever, excipèrent du droit que les habitans de la commune de Donzacq avaient eu, de tout temps, de prendre des terres dans le fonds désigné par le procès-verbal, ainsi qu'il constatait par les statuts de ladite commune;

» Que, sur cette défense, le tribunal de Saint-Sever, par jugement du 23 mars 1826, a renvoyé les parties à fins civiles, pour être prononcé sur la question préjudicielle élevée par les prévenus, sauf à reprendre la voie correctionnelle, s'il y avait lieu;

» Que, sur l'appel de ce jugement, le tribunal de Mont-de-Marsan l'a confirmé par celui qu'il a rendu le 14 avril 1826;

» Attendu qu'il résulte du susdit art. 12, tit. 9, de la loi du 29 septembre 1791, que les tribunaux ne peuvent se dispenser de passer outre au jugement d'un délit forestier, si les prévenus de ce délit, alléguant un droit de propriété ou de possession, ne remplissent pas, à l'appui de leur allégation, les obligations qui leur sont imposées par l'article précité de la loi du 29 septembre 1791;

» Que d'ailleurs, quand le droit allégué ne l'est point comme d'un droit appartenant à la commune qu'ils habitent, ces prévenus n'ont point qualité pour réclamer individuellement ce droit, qui ne peut l'être légalement, dans ce cas, par la commune en corps, représentée par son maire;

» Attendu que les prévenus, reconnaissant que l'enlèvement des terres et des herbages avait été fait dans la forêt appartenant à la commune de Donzacq, ils se sont bornés à exciper du droit de ladite commune, fondé sur des statuts qui d'ailleurs n'ont point été produits;

» Que ladite commune de Donzacq n'a point été mise en cause, et n'est point intervenue pour soutenir le droit allégué par les prévenus;

» Que dès-lors il n'existait aucune question préjudicielle qui dispensât le tribunal de Mont-de-Marsan de passer outre au jugement du délit, tel qu'il était constaté par le procès-verbal;

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 27, page 319.

(2) *Ibid.*, tome 31, page 274.

BIU Cujas

» Que ce délit était prévu et puni par les art. 12 des tit. 27 et 42 de l'ordonnance de 1669;

» Qu'ainsi, en refusant de passer outre au jugement du délit dont s'agit, le tribunal de Mont-de-Marsan a violé formellement l'art. 12 du titre précité par la loi du 29 septembre 1791, et, par suite, les art. 12 des tit. 27 et 32 de l'ordonnance de 1669;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle le jugement rendu par le tribunal de Mont-de-Marsan, le 14 avril 1826..., (1). »

C'est sans doute d'après cette jurisprudence, et pour l'ériger en loi relativement aux questions préjudicielles qui peuvent s'élever dans la poursuite des délits forestiers, que, par l'art. 182 du Code forestier, du 21 mai 1827, il est dit que *la question préjudicielle ne sera admise qu'autant qu'elle sera fondée, soit sur un titre apparent, soit sur des faits de possession équivalens*, PERSONNELS AU PRÉVENU.

§. III. 1°. *Le tribunal correctionnel ou de police qui, en admettant une exception préjudicielle, surseoit à statuer sur le fond du procès qui lui est soumis, jusqu'à ce que les tribunaux civils aient prononcé sur le mérite de cette exception, est-il tenu de fixer le délai dans lequel le prévenu devra saisir la juridiction civile du différend dont il lui renvoie la connaissance?*

2°. *A défaut de fixation de ce délai, son jugement est-il nul?*

I. Sur la première question, il y a pour l'affirmative une raison sans réplique: c'est que, s'il en était autrement, l'action publique, à laquelle serait opposée une exception préjudicielle, serait presque toujours paralysée par le jugement qui, en déclarant cette exception pertinente, en renverrait la décision à la juridiction civile. En effet, ou le prévenu n'aurait à faire qu'au ministère public, ou il aurait en même temps pour adversaire une partie civile. Dans le premier cas, rien ne le forcerait d'appeler devant la juridiction civile la partie qui aurait intérêt de lui contester le droit dont il a excipé devant le tribunal de répression. Dans le second cas, il est vrai, la partie civile pourrait l'y appeler; mais il pourrait aussi l'en détourner par un sacrifice quelconque. Ainsi, dans une hypothèse comme dans l'autre, le sursis prononcé par le tribunal de répression pourrait être éternisé, soit par la seule inaction du prévenu, soit par la transaction que le prévenu ferait avec la partie civile; et par là se trouverait ouvertement violée la loi qui veut que tout fait dûment constaté, qu'elle qualifie de délit ou de contravention, soit puni, à moins que le prévenu ne parvienne à le dépouiller, par la voie qu'elle lui ouvre, du caractère de contravention ou de délit.

» C'était pour prévenir cet inconvénient que la loi du 15-29 septembre 1791, concernant l'administration forestière, voulait, tit. 3, art. 12, que, *si, dans une instance en réparation de délit, il s'élevait une question incidente de propriété, la partie qui en exciperait serait tenue d'appeler le procureur-général-syndic du département de la situation des bois, et de lui fournir copie de ses pièces dans la huitaine du jour où elle aurait proposé son exception; à défaut de quoi, il serait provisoirement passé outre au jugement du délit, la question de propriété demeurant réservée;* disposition d'après laquelle les choses revenaient au même que si le tribunal correctionnel, en admettant l'exception préjudicielle du prévenu, eût fixé lui-même, par son jugement de sursis, le délai dans lequel le prévenu serait tenu d'intenter son action civile.

Et c'est évidemment dans le même esprit que le Code forestier du 21 mai 1827 a soin, en s'abstenant de régler le délai dans lequel le prévenu doit se pourvoir devant le tribunal civil, d'enjoindre au tribunal correctionnel de le fixer lui-même: *Dans le cas de renvoi à fins civiles* (est-il dit par l'article 182 de ce Code), *le jugement fixera un bref délai dans lequel la partie qui aura élevé la question préjudicielle, devra saisir les juges compétens de la connaissance du litige, et justifier de ses diligences; sinon, il sera passé outre.*

A la vérité, cette disposition n'est relative qu'aux délits commis dans les bois de l'État, et elle n'est, par l'art. 189 du même Code, déclarée commune qu'aux délits commis dans les bois des particuliers; mais elle n'en est pas moins applicable à l'exception préjudicielle qui peut être opposée à la poursuite d'autres délits ou de simples contraventions de police, parcequ'elle n'est que la conséquence d'un principe qui est le même pour tous les délits, pour toutes les contraventions.

II. Est-ce à dire pour cela que, si le tribunal correctionnel ou de police, en admettant une exception préjudicielle, ne fixe pas le délai dans lequel le prévenu sera tenu de mettre la juridiction civile en état d'y statuer, son jugement sera nul?

Ni l'art. 1082 du Code forestier, ni aucune autre loi ne s'expliquent là-dessus; et dès-là, il semblerait à la première vue que l'on dût appliquer ici la règle générale que la peine de nullité ne peut jamais être suppléée dans une disposition législative qui

(1) *Ibid.*, tome 32, page 665.

BIU Cujas

ne la prononce pas. Mais il y a une distinction à faire.

Ou le tribunal, soit correctionnel, soit de police, a été requis par le ministère public de fixer le délai dans lequel le prévenu serait tenu d'intenter son action civile, ou il ne l'a pas été.

Au premier cas, point de doute que son jugement ne soit nul : c'est la conséquence nécessaire de la disposition des art. 408 et 413 du Code d'instruction criminelle, qui déclare qu'il y a lieu à cassation toutes les fois qu'il a été omis ou refusé de prononcer, soit sur une demande de l'accusé ou du prévenu, soit une réquisition du ministère public.

De là un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce :

Le 7 juin 1826, procès-verbal du garde-champêtre de la commune de Wermans, qui constate que Pierre Gauthey a commis une anticipation sur un chemin public.

Pierre Gauthey est, en conséquence, traduit, à la requête du ministère public, devant le tribunal correctionnel de Louhans, où il soutient et offre de prouver que le terrain sur lequel il a fait les travaux constatés par le procès-verbal, est sa propriété.

Le 29 du même mois, jugement qui, avant faire droit, renvoie le prévenu devant la juridiction civile, pour y faire statuer sur la question préjudicielle qu'il a élevée, mais ne fixe à cet effet aucun délai.

Appel de ce jugement de la part du procureur du roi au tribunal correctionnel de Châlons, chef-lieu judiciaire du département de Saône-et-Loire.

Là, deux moyens sont employés par le ministère public contre le jugement de première instance : 1° la question de propriété qu'avait élevée Pierre Gauthey ne pouvait pas empêcher le tribunal correctionnel de Louhans de juger qu'il y avait délit dans la voie de fait commise par ce particulier ; 2° en tout cas, ce tribunal devait fixer un délai dans lequel Pierre Gauthey serait tenu de faire statuer sur cette question ; et son jugement doit au moins être réformé à cet égard.

Le 7 août de la même année, jugement qui confirme purement et simplement celui du tribunal correctionnel de Louhans.

Le procureur du roi près le tribunal correctionnel de Châlons se pourvoit en cassation contre ce jugement, et l'attaque par les deux mêmes moyens qu'il a fait valoir en cause d'appel.

Par arrêt du 15 septembre 1826, au rapport de M. Gary, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Fréteau de Pény,

« Attendu, sur le premier moyen, que le tribunal de Châlons-sur-Saône, en jugeant qu'avant de prononcer sur la prévention qui lui était soumise, la question préjudicielle de propriété, proposée par le prévenu, devait être renvoyée à fins civiles, n'a violé aucune loi ;

» Sur le second moyen, pris de ce que le tribunal de Châlons-sur-Saône, en approuvant les motifs et le dispositif de décision des premiers juges, a déclaré *que ce n'était pas le cas de fixer un délai pour faire prononcer sur la question préjudicielle, parcequ'on ne peut pas forcer le prévenu à suivre une action civile pour sa propriété ; que c'est au contraire à celui qui élève des prétentions contraires aux siennes, à le faire, s'il s'y croit fondé ;*

» Attendu 1° que, suivant les règles générales du droit, c'est à celui qui propose une exception contre une demande qui lui est faite en justice, d'établir la vérité et le mérite de cette exception; que cette maxime est d'autant plus applicable à l'espèce, que la seule partie du prévenu, devant la juridiction correctionnelle, était le procureur du roi agissant dans l'intérêt de la vindicte publique, et sans qualité comme sans intérêt pour aller débattre devant les tribunaux civils le droit de propriété invoqué par le prévenu; 2° que, s'il n'était fixé un délai au prévenu, par la juridiction correctionnelle, pour faire statuer sur la question de propriété, le prévenu, en ne faisant aucune diligence devant la justice civile, s'assurerait le fruit de son usurpation, et que toute contravention ou délit de l'espèce dont il s'agit serait couvert, au gré de ce prévenu, et par le seul fait de son silence ou de son inaction, par une impunité funeste aux propriétés publiques et particulières;

» D'où il suit que le jugement attaqué a violé les règles de la procédure ;

» La cour, adoptant le second moyen, et faisant droit sur le pourvoi, casse et annule.... (1). »

Le 28 avril 1827, autre arrêt qui consacre le même principe par l'annulation qu'il prononce d'un jugement en dernier ressort du tribunal de police du canton de Lagny,

« Attendu que, s'il est du devoir des tribunaux de police de renvoyer devant la juridiction qui doit en connaître, les questions préjudicielles dont l'examen sort des limites de leur compétence, ils doivent en même temps, *quand ils en sont requis*,

(1) *Ibid.*, tome 31, page 524.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

BIU Cujas

fixer le délai dans lequel les prévenus seront tenus de faire juger ces questions; que, s'il en était autrement, la plupart des contraventions de police et même un grand nombre de délits correctionnels demeureraient impunis; qu'une simple allégation de propriété, de possession ou de servitude, suffirait pour arrêter le cours de la justice, puisque le ministère public, poursuivant devant les tribunaux de police, serait sans qualité, sans pouvoir, sans intérêt pour saisir les tribunaux civils et plaider devant eux une cause qui lui est étrangère; que les prévenus, d'un autre côté, se garderaient eux-mêmes, si un délai ne leur était fixé, de provoquer ou d'accélérer, devant ces mêmes tribunaux, une décision qui amènerait le plus souvent leur condamnation;

» Attendu, en fait, que le tribunal de police de Lagny, en refusant de déférer aux réquisitions du ministère public, qui demandait qu'un délai fût fixé aux prévenus pour exercer leurs poursuites aux fins civiles et rapporter le jugement, a violé les règles de sa juridiction et tous les principes de la matière..... (1). »

Au second cas, c'est-à-dire, lorsque le tribunal, soit correctionnel, soit de police, n'a pas été requis de fixer le délai dans lequel le prévenu serait tenu de faire statuer par la juridiction civile sur son exception préjudicielle, il faut sous-distinguer:

Ou il a inséré dans son jugement une disposition qui suppose nécessairement, de sa part, l'intention de n'assujettir le prévenu à aucun délai, ou son jugement ne contient rien de semblable.

Dans la première hypothèse, son jugement est nul; c'est ce que décide l'arrêt rendu par la cour de cassation dans l'espèce suivante:

Le 14 mars 1827, procès-verbal du commissaire de police d'Orthez, qui constate que le sieur Germa, mandataire du sieur Dartigues, l'un des propriétaires et seul usufruitier du moulin situé dans cette commune, a intercepté, par un barrage qu'il vient d'établir, le passage d'un chemin vicinal, contravention prévue et punie par le n° 4 de l'art. 471 du Code pénal.

Le sieur Germa est en conséquence cité par le commissaire de police, en sa qualité d'officier du ministère public, devant le tribunal de police du canton d'Orthez.

Il comparaît sur cette citation, et produisant des titres dont il infère que le terrain sur lequel il a établi le barrage dont il s'agit, appartient à son commettant, il conclud à ce que le tribunal le renvoie de l'action du commissaire de police, ou, en tout cas, à ce qu'il soit sursis au jugement de la cause jusqu'à ce qu'il y ait été statué, par la juridiction civile, sur la question de propriété.

Le 24 avril de la même année, jugement qui, accueillant l'exception préjudicielle du sieur Germa, surseoit à l'action du ministère public, jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur cette exception; en conséquence, *renvoie les parties à se pourvoir ainsi qu'elles aviseront, et ordonne que celle qui voudra aller en avant, sera tenue de rapporter préalablement la décision à intervenir sur la question de propriété.*

Mais sur le recours en cassation du commissaire de police, arrêt du 27 juillet 1827, au rapport de M. Gary, et sur les conclusions de M. Laplagne-Barris, avocat-général, par lequel,

« Attendu qu'en suspendant sa décision touchant la prévention dirigée contre Pierre Germa, jusqu'à ce qu'il ait été statué, par les juges compétens, sur la question préjudicielle de propriété, élevée par ce prévenu, le tribunal d'Orthez n'a violé aucune loi; qu'il s'est au contraire exactement conformé aux principes de la matière, qui subordonnent nécessairement l'exercice du fait de la contravention à la solution de la question relative à la propriété;

» Mais attendu *qu'en renvoyant les parties à se pourvoir ainsi qu'elles aviseront, et en ordonnant que celle qui voudra aller en avant en cause sera tenue de rapporter préalablement la décision à intervenir sur la question de propriété*, le tribunal de police a violé les règles de l'ordre judiciaire, le ministère public près ce tribunal n'ayant ni qualité, ni droit, ni intérêt pour exercer ou poursuivre devant les juges compétens la contestation relative à la question préjudicielle de propriété; la charge ou l'obligation d'intenter cette action contre qui de droit, ne pouvant être imposée qu'au prévenu qui, ayant proposé l'exception, doit en établir le mérite et la réalité; ce prévenu même devant être obligé à rapporter, dans un délai déterminé, la décision de la question relative à la propriété; sans quoi, tout prévenu, soit en matière correctionnelle, soit en matière de contravention, n'aurait qu'à élever de pareilles questions et à ne pas en poursuivre le jugement devant la justice civile, pour se soustraire à toute poursuite, et pour paralyser l'action des tribunaux répressifs: d'où il suit que le tribunal de police d'Orthez, *dans le chef du jugement dont il s'agit*, en ce qu'il n'a pas soumis exclusivement le prévenu à poursuivre la décision de la question préjudicielle de propriété, et à rapporter cette décision dans un délai déterminé, a violé les lois et méconnu les règles de sa propre juridiction;

(1) *Ibid.*, tome 32, page 295.

BIU Cujas

» La cour casse et annule le jugement du tribunal de police d'Orthez, du 24 avril dernier, quant à ce chef seulement (1). »

Dans la seconde hypothèse, le jugement ne peut pas être annulé faute d'avoir fixé au prévenu un délai pour faire statuer sur son exception préjudicielle, parcequ'aucune loi n'attachant, ni en termes exprès, ni implicitement, la peine de nullité à l'omission qui s'y trouve à cet égard, rien ne s'oppose à ce que cette omission soit réparée par un jugement subséquent que le ministère public peut provoquer.

C'est ce que décide nettement un arrêt de la cour de cassation du 15 décembre 1827, ainsi conçu :

« Attendu que le tribunal de simple police de Lyon, en renvoyant devant les juges qui doivent en connaître, l'examen de la question préjudicielle de propriété, élevée par le prévenu, s'est conformé aux lois ;

» Attendu que, quoique, par le dispositif du jugement attaqué, le tribunal se soit *déclaré incompétent*, on voit clairement, par la *réserve des dépens*, contenue dans ce dispositif, et surtout par les motifs de ce jugement, portant *qu'il ne peut connaître de la contravention avant que la question préjudicielle soit décidée*, *question que le tribunal ne doit pas apprécier ;* que le tribunal n'a déclaré son incompétence que pour le moment présent, c'est-à-dire, tant que la question préjudicielle n'est pas décidée ;

» Qu'il eût été toutefois juste et convenable 1° de charger le prévenu du soin de provoquer et poursuivre devant les juges compétens la solution de la question ; 2° de lui fixer un délai dans lequel il serait tenu de rapporter le jugement ; qu'au surplus, cette dernière omission peut être réparée par une nouvelle demande légalement adressée au tribunal de police par le ministère public près ce tribunal, de fixer le délai dans lequel le prévenu sera tenu de faire juger la question préjudicielle ;

» Attendu, en conséquence, que le jugement attaqué ne contient aucune violation de la loi ;

» La cour rejette le pourvoi.... (2). »

§. IV. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles *Faux*, §. 6 ; *Question d'état* et *Réparation civile*.

QUIDAM. *Peut-on mettre en état d'accusation un* Quidam, *c'est-à-dire, l'auteur d'un crime ou d'un délit dont le nom est inconnu ?*

J'ai rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Quidam*, un arrêt de la cour de cassation, du 9 pluviôse an 10, qui, sous le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, et sur mon réquisitoire, a jugé que non.

C'est ce qu'a également jugé, sous le Code d'instruction criminelle, un arrêt de la même cour, du 7 janvier 1825, qui est ainsi conçu :

« Ouï le rapport de M. Chasle, conseiller, et les conclusions de M. de Vatimesnil, avocat-général ;

» Vu le réquisitoire du procureur général du roi, tendant à la cassation d'un arrêt rendu le 8 novembre dernier, par la cour royale de Toulouse, chambre des mises en accusation, lequel, dans le procès poursuivi contre les nommés Fagy et Ayraud, a mis un inconnu en accusation, et décerné contre lui une ordonnance de prise de corps, au chef seulement de la mise en accusation de cet inconnu, et uniquement dans l'intérêt de la loi ;

» Vu aussi les art. 241, 244, 465 et suivans du Code d'instruction criminelle, d'après lesquels le prévenu doit être dénommé et clairement désigné dans l'accusation portée contre lui, et dans le cas où il ne pourra pas être saisi, ou qu'il ne se présentera pas, ou qu'il se sera évadé, les poursuites par contumace à diriger contre lui doivent être publiées dans le lieu de son domicile, affichées à sa porte et à celle du maire ;

» Attendu que, par l'arrêt précité, la cour royale de Toulouse a mis en accusation *l'inconnu qui*, *sous le faux nom de Pierre Constal de* Sorèze, a, le 30 novembre 1822, contracté et signé un *engagement militaire devant le préfet du Gers et le notaire royal Solon*, etc. ;

» Attendu que cette disposition de l'arrêt est contraire aux lois ci-dessus rappelées, et à toutes les règles qui concernent l'instruction criminelle, en ce que le prévenu n'a été ni dénommé ni désigné dans la mise en accusation ; qu'il serait impossible de mettre à exécution, vis-à-vis de qui que ce soit, une ordonnance de prise de corps qui serait calquée sur une telle mise en accusation ; et même que, dans le cas où, d'après des renseignemens ou indices quelconques, ledit inconnu serait constitué prisonnier, il serait indispensable de recommencer l'instruction contre lui, puisque, devant la chambre du conseil du tribunal de Castres, le ministère public n'a pris aucune conclusion à son égard, et que cette chambre n'a rien statué ;

» Par ces motifs, la cour, faisant droit sur le réquisitoire du procureur général, casse et annule, dans l'intérêt de la loi, l'arrêt rendu le 8 novembre dernier, par la chambre des mises en accusation de la cour royale de Toulouse, au chef seulement par

(1) *Ibid.*, page 649.
(2) *Ibid.*, page 946.

BIU Cujas

lequel un inconnu a été mis en accusation, le surplus des dispositions dudit arrêt, à l'égard de Fagy et Ayraud, restant entières (1). »

Même page et même col., après la ligne 35 (2), *ajoutez :*

RAPPORT A SUCCESSION. §. I. *De ce que, par l'art.* 843 *du Code civil, il est dit que* tout héritier venant à succession doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre-vifs, directement ou indirectement, *et qu'il* ne peut retenir les dons ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport, *s'ensuit-il qu'il n'y a, pour un donateur ou testateur, d'autre moyen d'affranchir ses donataires ou légataires de l'obligation de rapporter leurs dons ou laisser leurs legs en commun, que d'employer, soit les termes* par préciput, *soit les termes* hors part, *soit les termes* avec dispense de rapport, *soit des termes parfaitement synonymes des uns ou des autres, et qu'il ne peut pas remplir cet objet par toute autre manière de manifester clairement l'intention qu'il en a ?*

Pour nous fixer sur cette question, il suffit de nous reporter à la solution qu'avait donnée l'ancienne jurisprudence à celle qui s'était élevée sur le chapitre 6 de la novelle 18 de l'empereur Justinien.

Il était dit par cette loi que le rapport aurait toujours lieu, dans le cas où il était de droit, à moins que le testateur n'eût expressement déclaré qu'il ne le voulait pas, et que son intention était, au contraire, que celui de ses héritiers à qui il avait fait précédemment une donation, cumulât ce qu'il lui avait déjà donné avec la portion héréditaire qu'il lui laissait par son testament : *Omninò esse collationes, et exinde æqualitatem, secundùm quod olim dispositum est, nisi expressim designaverit se velle non fieri collationem, sed habere eum qui cogitur ex lege conferre, et quod jam datum est, et ex jure testamenti.*

Résultait-t-il de cette disposition, que la dispense de rapport ne pouvait être établie que par l'emploi simultané de tous les termes indiqués par Justinien, en sorte que l'obligation de rapporter ne cessât, ni lorsque le testateur se bornait à dire qu'il voulait que le rapport n'eût pas lieu, ni lorsque, sans déclarer expressément que telle était sa volonté, il se bornait à autoriser, dans les mains de celui de ses héritiers qu'il avantageait, le cumul de ce qu'il lui avait précédemment donné avec ce qu'il lui donnait de nouveau?

On sent qu'une pareille conséquence eût été d'une absurdité révoltante; aussi n'y a-t-il pas d'exemple qu'elle ait jamais été soutenue en justice. Cependant voici une espèce dans laquelle on a fait à peu près l'équivalent. (Elle est rapportée par le président Favre, dans son Code, livre 6, titre 4, définit. 2.)

Un père, en mariant sa fille, lui avait donné en dot deux cents pièces d'or, avec la clause : *et ce, outre la portion qu'elle prendra dans ma succession après ma mort.* Le père étant décédé *intestat*, les cohéritiers de la fille dotée ont prétendu lui faire rapporter sa dot, parceque le père ne l'en avait pas dispensée expressément, quoique d'ailleurs il la lui eût constituée avec la clause de hors part.

Mais quel a été le sort de cette prétention? Elle a été proscrite par un arrêt du sénat de Chambéry, du mois de février 1593, *Quia*, dit le magistrat cité, *præter et ultrà portionem hereditariam ea dos filiæ fuerat constituta; quibus verbis expressa videbatur voluntas patris collationem prohibentis; cùm alioqui non haberet filia dotem præcipuam, si eam conferre cogeretur; nemo autem dubitat quin cesset collatio ex voluntate parentis non solùm si voluntas expressa sit, sed etiam tacita.*

Il a donc été jugé dans cette espèce que la formule indiquée par Justinien, dans sa novelle 18, pour la dispense de rapport, n'était pas sacramentelle, et que tout ce qui résultait de cette loi, c'était la nécessité d'une déclaration non équivoque du testateur pour faire cesser l'obligation de rapporter. C'est aussi dans ce sens que l'ont entendue tous les anciens auteurs, notamment Voët, sur le Digeste, titre *de Collatione*, n° 27, qui en cite un grand nombre d'autres.

Quelle raison y aurait-il d'interpréter plus rigoureusement l'art. 843 du Code civil, et pour regarder les formules de dispense de rapport qui y sont indiquées, comme tellement sacramentelles qu'elles ne puissent être remplacées par d'autres clauses qui conduiraient évidemment au même résultat? Aucune assurément : aussi, de tous les jurisconsultes qui ont écrit sur le Code civil, n'y en a-t-il pas un seul qui n'en interprète l'art. 843 de la même manière que l'ancienne jurisprudence interprétait le chap. 6 de la novelle 18.

» *Ainsi, par exemple* (dit M. Chabot, dans son commentaire sur le titre *des Successions*, art. 843, n° 6), *si, après une donation faite sans dis-*

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 30, page 4.

(2) *Même page et même col., ligne* 24 (2e édition).

BIU Cujas

pense, le donateur déclarait, dans un autre acte, qu'outre le don qu'il a déjà fait, il veut encore que le donataire ait, dans le surplus de ses biens, une portion égale à celle des autres héritiers, il est certain que le don se trouverait dispensé de rapport.

Cette doctrine a été, au surplus, confirmée par plusieurs arrêts de la cour de cassation.

Il y en a d'abord un du 25 août 1812, dont voici l'espèce :

Le sieur Allomello avait fait à Turin, avant le Code civil, un testament par lequel, après avoir légué à chacun de ses quatre enfans diverses sommes d'argent et divers immeubles, et avoir institué les trois puînés héritiers particuliers d'objets déterminés, avec défense de rien prétendre de plus sur sa succession, avait disposé en ces termes au profit de l'aîné : *Dans tout le reste de mes biens effets, argent, créances et droits, j'ai institué pour mon héritier universel ledit Joseph-Augustin, et à défaut de lui, ses enfans mâles, lequel je charge de remplir entièrement les dispositions contenues au présent testament que j'entends être exécuté.*

Le testateur étant mort en 1808, et par conséquent sous l'empire du Code civil, ses enfans puînés ont prétendu que l'institution universelle faite au profit de l'aîné devait, non seulement être réduite, d'après l'art. 813 de ce Code, au quart de la succession, mais encore être rapportée en entier, conformément aux art. 843 et 919, puisqu'elle ne renfermait ni clause de *préciput*, *ni clause de hors part*, *ni dispense expresse de rapport*.

Un jugement du tribunal de première instance de Turin, du 13 mai 1809, a accueilli leur demande quant à la réduction, mais l'a rejetée quant au rapport,

« Attendu que les institutions et legs particuliers portés au testament, au profit des enfans, la condition imposée à Jean-Antoine, César, et André-Hyacinthe, de s'en tenir à leur institution particulière, ou d'être réduits à la simple légitime, l'institution générale dans tout le surplus des biens du testateur au profit de Joseph-Augustin son fils ou de ses enfans mâles à son défaut, démontrent évidemment la volonté bien décidée du défunt de favoriser autant qu'il était en son pouvoir Joseph-Augustin ou ses enfans ;

» Que, quant aux termes dans lesquels la dispense du rapport doit être conçue, la disposition des art. 843 et 919 n'est pas tellement stricte et obligatoire qu'elle n'admette point de phrases équipollentes ;

» Qu'il ne s'agissait point d'une loi réglementaire de *forme* prescrite à peine de nullité, mais d'une loi interprétative de la volonté du testateur; que la liberté laissée par la loi aux donateurs, de s'expliquer par un acte séparé sur la dispense du rapport de la libéralité portée dans un acte antérieur, annonce qu'elle n'entend point gêner par des formes rigoureuses, et que c'est particulièrement l'explication de la volonté du testateur qui intéresse le législateur. »

Les enfans puînés ont vainement appelé de ce jugement. Par arrêt du 28 août de la même année, la cour d'appel de Turin l'a confirmé, tant par les motifs des premiers juges, que par d'autres qu'il est inutile de retracer ici, mais qui n'avaient pas le moindre fondement.

Ils se sont alors pourvus en cassation, et n'ont pas été plus heureux. Après une discussion contradictoire et un délibéré en la chambre du conseil, il est intervenu, le 25 août 1812, au rapport de M. Rousseau, un arrêt par lequel,

« Considérant que, si quelques motifs de la cour d'appel sont susceptibles de critique, elle a pu néanmoins légitimement induire du contexte des différentes dispositions particulières et legs portés au testament; que, quant à la portion disponible à laquelle il se trouve réduit, le testateur avait, par le sens des diverses dispositions et l'énergie des termes, que l'institution qui les avait suivis dispensait aussi expressément l'héritier institué du rapport de l'objet de la libéralité, que si la dispense avait été écrite littéralement; que, d'après cela, l'arrêt attaqué n'a violé aucune des dispositions du Code civil, relatives à l'obligation de rapporter;

» Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi... (1). »

Voici un autre arrêt dont l'espèce a quelque analogie avec celle du précédent.

Le 25 mai 1813, testament par lequel Jean Bourbon fait d'abord un legs considérable à Jean Hyvernaud, son neveu, sous différentes charges, parmi lesquelles se trouve celle de payer 5,000 francs à chacune de ses deux sœurs, mariées, l'une au sieur Pelletier, l'autre au sieur Labruère ; il lègue ensuite à celles-ci quelques objets particuliers, et il finit en déclarant que le *surplus de ses biens sera partagé également entre ses héritiers naturels*, c'est-à-dire, entre le sieur Hyvernaud et les dames Pelletier et Labruère.

Après la mort du testateur, question de savoir si, pour venir au partage des biens dont il n'a pas disposé spécialement, le sieur Hyvernaud est tenu de renoncer à son legs.

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 12, page 386.

BIU Cujas

Les dames Pelletier et Labruère soutiennent l'affirmative, et se fondent sur l'absence des clauses *par préciput, hors part, et avec dispense de rapport dans le testament.*

Le 28 décembre 1813, jugement du tribunal de première instance de la Châtre, qui rejette leur prétention, *attendu qu'il est aisé de se convaincre, par les dispositions contenues dans le testament de Jean Bourbon, que l'intention formelle du testateur a été de dispenser son neveu du rapport.*

Appel de la part des dames Pelletier et Labruère; et le 21 août 1815, arrêt par lequel,

« Considérant qu'aux termes de droit, tout héritier venant à succession ne peut réclamer les legs qui lui ont été faits, *à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément par préciput;* que, dans ces derniers mots, il ne faut pas voir des termes sacramentels, une forme tellement rigoureuse que le défaut de mention expresse de préciput entraîne la nécessité du rapport; qu'il faut, dans les actes, chercher quelle a été l'intention des parties, et que cette règle s'applique surtout aux testamens, qui, quand ils sont réguliers dans leur forme, sont vus avec faveur; qu'à leur égard, il suffit qu'il ne s'élève aucun doute sur l'intention du testateur relativement au préciput;

» Que, dans l'espèce, tout semble se réunir pour établir que le legs n'est pas sujet à rapport; que le testateur a grevé son légataire de diverses charges, comme de loger, nourrir la veuve du testateur; que le testateur et son épouse demeuraient depuis longtemps avec le sieur Hyvernaud et sa femme; qu'ils habitaient ensemble les biens légués; que l'intention du testateur se manifeste encore par l'obligation qu'il impose au légataire de payer 5,000 francs à chacune de ses deux nièces, femmes des sieurs Labruère et Pelletier; qu'enfin tous les doutes cessent en considérant que les deux nièces et le légataire sont frère et sœurs et les seuls héritiers du testateur; qu'après le legs fait à Jean Hyvernaud, son neveu, il fait aussi des legs à chacune de ses deux nièces; qu'ensuite, il laisse le surplus de sa fortune à ceux qui sont appelés dans l'ordre de la nature et de la loi, c'est-à-dire, aux trois légataires eux-mêmes; d'où il suit que, si les legs étaient sujets à rapport, si le partage pouvait être égal, il n'y aurait plus de testament, contre le vœu du testateur qui a voulu en faire un;

» Que l'intention du testateur paraît ici bien manifeste; qu'elle résulte du partage inégal qu'il fait d'une partie de sa fortune entre ses héritiers naturels, des charges qu'il impose à l'un d'entre eux, du silence qu'il garde sur ses autres biens; que toutes ses vues, ses dispositions cesseraient, si chacun d'eux était tenu de rapporter; en sorte que l'ensemble des dispositions du testament établit évidemment que l'intention du testateur a été de léguer par préciput, et que la loi bien entendue n'exige rien de plus pour disposer du rapport;

» La cour (d'appel de Bourges) met l'appellation au néant. »

Les dames Pelletier et Labruère se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'attaquent comme violant l'art. 843 du Code civil, des termes duquel elles soutiennent qu'il résulte nécessairement que la loi ne reconnaît, en fait de rapport, aucune dispense implicite, tirée de l'ensemble et de la combinaison des différentes dispositions d'un testament; mais qu'elle exige, au contraire, une déclaration expresse et formelle qui ne laisse aucun doute.

Mais par arrêt du 20 février 1817, au rapport de M. Lefessier de Grandprey, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu, quant à la dispense de rapport par les légataires, en même temps héritiers, que le législateur n'ayant pas exigé l'emploi d'expressions spéciales pour établir cette dispense, l'arrêt attaqué a pu induire du contexte des différentes dispositions particulières et legs portés audit testament, que le testateur avait, par la teneur de l'ensemble de ses volontés, dispensé l'héritier du rapport de sa libéralité aussi expressément que si la dispense avait été littéralement écrite;

« La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi... (1). »

L'arrêt suivant porte sur une espèce différente, mais régie par le même principe.

Le 5 mars 1819, le comte Courtaurel de Rauzat fait un testament olographe ainsi conçu : *Je donne et lègue le quart de mes biens meubles et immeubles à Balthazar Courtaurel de Rauzat, mon fils, et la jouissance de la moitié dudit quart à ma femme; après sa mort, ladite moitié dudit quart retournera en toute propriété audit Balthazar Courtaurel, mon fils. Mes héritiers paieront, en outre, 100 francs de pension viagère à Marguerite Labri, autant à Jeanne Morlat, ma cuisinière.*

Après la mort du testateur, les cohéritiers de Balthazar Courtaurel de Rauzat prétendent qu'il ne peut venir au partage de la succession qu'en rapportant, ou, ce qui revient au même, en s'abstenant de prendre par préciput le quart qui lui en est légué; et ils se fondent sur l'art. 843 du Code civil.

Débontés de cette prétention par un jugement de première instance, ils en appellent à la cour royale

(1) *Ibid.*, tome 18, page 64.

BIU Cujas

de Riom, qui le confirme par arrêt du 20 janvier 1824,

« Attendu, en principe, que le testament du père, qui est toujours censé prendre le meilleur parti pour ses enfans, et combiner ce qui est le plus équitable dans les circonstances où sa famille se trouve, mérite surtout une interprétation favorable à l'exécution du testament, et au but que le testateur s'est proposé en le faisant; que, lorsque la dispense du rapport n'est pas expresse, elle peut résulter du contexte de l'acte, n'y ayant point de termes sacramentels;

» Que, dans l'espèce, le testament est rémunératoire, car le testateur dispose en faveur de son fils aîné, de sa femme et de ses serviteurs; que le testateur ayant dit, après le legs du quart, que ses héritiers paieront, *en outre*, 100 francs de pension, a eu évidemment l'intention de mettre à la charge de ses héritiers ce paiement du quart en faveur de son fils aîné;

» Que, d'ailleurs, s'il n'en était pas ainsi, le fils que le père aurait voulu avantager, se trouverait au contraire dans une position plus défavorable que ses autres cohéritiers; d'où il suit nécessairement qu'il doit être dispensé du rapport. »

Recours en cassation de la part des cohéritiers du légataire; mais par arrêt du 17 mars 1825, au rapport de M. Borel de Brétizel, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Attendu, sur le moyen résultant d'une prétendue contravention aux art. 843 et 917 du Code civil, que les articles invoqués exigent bien que la dispense du rapport soit expresse, pour que le légataire puisse participer à la succession; mais qu'ils ne déterminent aucunes expressions sacramentelles; d'où il résulte que les questions de ce genre sont des questions de volonté qui peuvent être décidées d'après le contexte des dispositions générales et particulières portées au testament;

» Attendu que, dans l'espèce, la cour royale de Riom a interprété, ainsi qu'elle en avait le droit, le testament litigieux, et s'est conformée aux articles invoqués;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi... (1). »

Il s'était présenté, peu de temps auparavant, à la cour royale de Douai, une espèce dans laquelle la même doctrine avait également triomphé.

Le 5 nivôse an 14, le sieur Mairiau, colonel de hussards, fait un testament olographe, par lequel il donne et lègue à sa fille, Marie-Florence-Louise Mairiau, épouse de Charles Pradel, sous-inspecteur aux revues, le tiers de tous ses biens disponibles, *à charge par elle de rendre ledit tiers aux enfans nés ou à naître d'elle, jusqu'au premier degré seulement.*

Après la mort du testateur, arrivée le 11 janvier 1816, la dame Pradel accepte ce legs, et cependant, par acte passé au greffe du tribunal de première instance de Valenciennes, elle déclare abandonner dès à présent à ses enfans la jouissance des biens qui en sont l'objet.

Ses enfans forment, en conséquence, contre le sieur Riche, père et tuteur légitime des enfans nés de son mariage avec une autre fille du colonel Mairiau, prédécédée, une demande en délivrance du legs fait à leur mère.

Le sieur Riche leur oppose l'art. 843 du Code civil, et soutient que ce legs n'ayant pas été fait par préciput, et hors part, est devenu caduc par l'acceptation que la dame Pradel avait faite de sa portion héréditaire dans la succession du sieur Mairiau.

Le 17 avril 1818, jugement par lequel,

« Considérant que cette matière (celle des dispositions à charge de rendre, dans les cas et sous les conditions réglés par l'art. 1048 du Code civil) est tellement séparée dans les principes du Code, qu'elle y est traitée tout entière dans le seul chap. 6; qu'on n'y dit pas, comme dans les autres parties du Code, que ces dons ou legs doivent être faits expressément *par préciput* ou *hors part*;

» Que le dire, ou y laisser appliquer les art. 843 et 844, aurait été une inconséquence; car ordonner le rapport de ces dons à la masse de la succession du donateur, et vouloir que le donataire le remette en même temps à ses enfans, implique contradiction;

» Que l'exemption du rapport existe donc par la nature et la force de la disposition particulière; elle existe encore par argument *à simili* de l'art. 847; elle existe enfin par équipollence. Le Code n'a consacré aucune expression particulière pour considérer l'exemption du rapport comme *expressément* voulue : expressément n'est par le synonyme de *littéralement*, et la jurisprudence admet l'équipollence comme moyen de présenter suffisamment cette exception....;

» Le tribunal (de première instance de Valenciennes) déclare que le legs fait à la femme Pradel, pour être remis à ses enfans, ne doit pas être rapporté à la masse de la succession (1). »

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, tome 25, page 219.

(1) Annales de la cour royale de Douai, tome 1, page 180.

BIU Cujas

Le sieur Riche appelle de ce jugement à la cour royale de Douai, mais inutilement; par arrêt du 27 janvier 1819 « la cour, adoptant les motifs des premiers juges, confirme... (1). »

V. le paragraphe suivant.

§. II. 1° *Les donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux, lorsqu'elles sont faites à des successibles, sont-elles sujettes au rapport dans la succession du donateur? En sont-elles au moins dispensées par un acte qui, étant revêtu des formes d'une donation entre-vifs ou d'un testament, contient, de la part du défunt, la défense de contester la sincérité des contrats à titre onéreux qu'il a faits avec un ou plusieurs de ses successibles.*

2°. *Les donations manuelles d'effets mobiliers sont-elles sujettes à rapport comme si elles avaient été faites par des actes formels? En sont-elles au moins dispensées par la défense que le défunt a faite par son testament à ses héritiers de rechercher ni contester les libéralités qu'il aurait pu faire dans cette forme?*

I. J'ai prouvé à l'article *Donation*, §. 5, n° 3, que donner sous les couleurs d'une vente ou de tout autre contrat à titre onéreux, ce n'est pas nécessairement donner avec dispense de rapport, et que, pour affranchir du rapport une donation ainsi déguisée, il faut en manifester l'intention par un acte séparé et revêtu, soit de la forme d'une donation entre-vifs, soit de celle d'un testament.

Mais il résulte clairement de la doctrine établie dans le paragraphe précédent, que, si, par un acte fait dans l'une ou l'autre forme, le défunt avait défendu à ses héritiers de contester la sincérité des contrats passés entre lui et quelques-uns d'entre eux, cette défense équipollerait à une dispense expresse de rapport.

II. Que les donations manuelles d'effets mobiliers, lorsquelles sont reconnues ou dûment prouvées, soient sujettes à rapport ni plus ni moins que si elles avaient été faites par des actes formels, c'est ce que j'ai établi dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Rapport à succession*, §. 4, art. 2, n° 11.

Mais ce que je viens de dire au n° précédent, des donations déguisées sous les apparences de contrats à titre onéreux, s'applique de soi-même aux donations manuelles; et il est clair que celles-ci sont suffisamment dispensées du rapport, par cela seul que celui qui les a faites en a interdit la recherche par son testament.

C'est effectivement ce qui a été jugé par un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 17 novembre 1828, ainsi conçu:

« Attendu que l'objet du différend dont il s'agit consiste à savoir si les appelans sont tenus de déclarer s'ils ont reçu quelques dons, desquels il est question au procès, ou leur valeur, soit directement, soit indirectement, et à quoi s'élève leur valeur; et, en cas de réponse négative de leur part, s'ils ont connaissance que semblables donations ou transmissions de titres ou papiers de porte-feuille, ou leur valeur, auraient été faites à d'autres, soit avec ou sans charge d'en partager les produits avec les appelans;

» Attendu que le premier juge, par le jugement dont est appel, a condamné les appelans à faire sous serment les déclarations exigées; que par conséquent ce juge a vidé entièrement le différend existant entre parties, et a, par suite, statué définitivement au fond, qu'ainsi l'appel en est recevable, et nullement prématuré;

» Attendu, au fond, que feu Jean Deproost, par son testament authentique du 24 avril 1825, a non seulement déclaré vouloir que sa famille respectât tous les dons manuels ou autres dispositions gratuites qu'il avait faites jusqu'alors, et celles qu'il se réservait de faire encore jusqu'à son décès, mais qu'il a ajouté ces paroles remarquables: *sans que qui que ce soit ait rien à dire ou puisse faire quelque recherche à cet égard;*

» Que ces expressions indiquent formellement que le testateur, par le testament précité, a voulu que les dons ne fussent soumis à aucune recherche, et que les donataires n'eussent à en rendre aucun compte; qu'au contraire, il a expressément entendu que ces donataires ne fussent ni inquiétés ni soumis à aucun rapport à sa succession de ce chef;

» Qu'ainsi, d'après le sens de ce testament, les intimés n'ont aucun droit d'entrer dans l'examen des donations, et que les dons manuels qui auraient été faits étant bons et valables, et dispensés du rapport, les intimés n'auraient encore aucun intérêt à la recherche qu'ils veulent faire et à la connaissance qu'ils veulent acquérir des donations, et par conséquent n'ont aucun droit d'exiger des appelans les déclarations demandées par leurs conclusions introductives;

» D'où il suit qu'ils sont non-recevables ni fondés dans ces conclusions;

» Par ces motifs, la cour, sans s'arrêter aux con-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 20, partie 2, page 179.

BIU Cujas

clusions des intimés, tendant à faire déclare l'appel non-recevable et prématuré, lesquelles sont rejetées, met le jugement dont est appel au néant; émendant, déclare les intimés non-recevables ni fondés en leurs conclusions originaires, etc. (1). »

§. III. *La disposition de l'art.* 843 *du Code civil est-elle applicable au don ou legs qui comprend la totalité des biens du donateur ou testateur; et, en conséquence, ce don ou legs doit-il être rapporté, si le donateur ou testateur a omis de déclarer, soit dans les termes indiqués par cet article, soit de toute autre manière équipollente, qu'il entendait dispenser le donataire ou légataire du rapport?*

Nul doute sur la négative, lorsque le donateur ou testateur n'a laissé que des héritiers collatéraux. Dans ce cas, en effet, le successible qui se trouve donataire ou légataire universel, est seul saisi de toute la succession; il l'est même *de plein droit*, aux termes de l'art. 1006 du Code civil, *sans être tenu de demander la délivrance* à ses co-successibles; ses co-successibles ne sont donc pas ses *co-héritiers;* et dès-là, à quel titre prétendraient-ils l'assujétir au rapport, sous prétexte que le défunt ne l'en a pas dispensé expressément? Qu'avait-il besoin de l'en dispenser alors qu'il lui donnait sa succession entière; alors que, par cela seul, il excluait tout partage; alors, par conséquent, qu'une dispense de rapport n'eût été, de sa part, qu'une clause vide de sens et ridicule; alors enfin que l'art. 843 n'établit l'obligation de rapporter que pour le cas où des *co-héritiers* viennent à la succession concurremment avec le successible donataire ou légataire?

Il y aurait plus de difficultés, si le donateur ou le testateur avait laissé des héritiers à réserve, parceque ceux d'entre eux au préjudice desquels il aurait disposé, seraient nécessairement, et nonobstant sa disposition, *co-héritiers* de leur co-successible donataire ou légataire universel, et que par conséquent ils auraient qualité pour conclure au rapport.

Mais ne pourrait-on pas dire que, même dans ce cas, la demande en rapport, quoique recevable à raison de la qualité de ceux qui la formeraient, devrait cependant être rejetée au fond, d'après le principe établi dans le §. 1? Le donataire ou légataire universel n'opposerait-il pas victorieusement aux co-héritiers qui lui sont associés par la loi, contre la volonté du défunt, que celui-ci l'a dispensé suffisamment du rapport, par cela seul qu'il lui a tout donné; qu'à la vérité, l'institution universelle dont il l'a gratifié, se trouve réduite, par la puissance de la loi, à la portion disponible de ses biens; mais que sa volonté de tout comprendre dans cette institution, n'en est pas moins expresse, et que la possibilité d'une réduction ne restreint nullement la généralité des termes dont il s'est servi?

C'est l'avis de M. Grenier, dans son *Traité des Donations*, n° 487; et il me paraît bien difficile de répondre aux raisons sur lesquelles ce jurisconsulte le fonde.

Il est vrai que l'arrêt de la cour de cassation, du 14 août 1812, rapporté ci-dessus, §. 1, paraît avoir supposé le contraire, en motivant le maintien de l'arrêt de la cour d'appel de Turin, attaqué par les enfans puînés du sieur Allomello, sur la circonstance qu'il résultait des différentes dispositions et de l'ensemble du testament même, que le testateur avait expressément dispensé du rapport celui de ses enfans au profit duquel il avait fait une institution universelle d'héritier. Mais pourquoi, en motivant ainsi le maintien de cet arrêt, a-t-il raisonné comme si le rapport eût dû avoir lieu dans le cas où le testateur n'eût pas pris le soin d'en dispenser son héritier institué? Parcequ'il n'a pas dû aller plus loin que cet arrêt; parcequ'il n'a pas dû aborder une question sur laquelle cet arrêt était resté muet; parcequ'il a dû s'en tenir à celui des motifs de cet arrêt qui suffisait pour le justifier.

Il est vrai encore que, dans cette espèce, les enfans puînés du sieur Allomello se prévalaient d'un arrêt de la cour de cassation elle-même, du 22 avril précédent (1812), qui avait, selon eux, jugé formellement contre l'avis de M. Grenier.

« Dans l'espèce de cet arrêt (disaient-ils), la cour d'appel de Bordeaux avait considéré l'institution universelle d'un des enfans du testateur, jointe à la circonstance que l'autre enfant était absolument prétérit, comme insuffisante pour assurer à l'enfant institué le prélèvement de la quotité disponible, et le dispenser du rapport; et sur le pourvoi de l'héritier institué, l'arrêt a été confirmé en ces termes:

« *Attendu qu'indépendamment des justes motifs qu'a eus la cour d'appel d'ordonner le partage égal de la succession de Jean-Baptiste Rouquet entre ses deux enfans, sans avoir égard au testament par lequel il avait donné l'universalité de ses biens à son fils, et dans lequel sa fille était absolu-prétérite, la cour d'appel ne peut être accusée d'avoir, par cette décision, violé la loi, puisque l'art.* 919 *du Code civil dispose en ces termes:* LA QUOTITÉ DISPONIBLE POURRA ÊTRE DONNÉE EN TOUT OU EN PARTIE, SOIT PAR ACTE ENTRE-VIFS, SOIT PAR TESTAMENT...., SANS ÊTRE SUJETTE A RAPPORT, POURVU QUE LA DISPOSITION AIT ÉTÉ FAITE EXPRESSÉMENT A TITRE DE PRÉCIPUT ET HORS PART.

(1) Jurisprudence de la cour de justice supérieure de Bruxelles, 1829, tome 1, page 187.

BIU Cujas

»*Or, cette clause de préciput ou hors part n'étant point écrite dans le testament dont il s'agit, l'arrêt, en considérant le testament comme non-avenu, s'est conformé à la lettre de la loi, bien loin d'y avoir contrevenu.* «

Mais, il faut le dire, si cet arrêt existe réellement tel que le citaient les enfans puînés du sieur Allomello; s'il a vraiment jugé, d'après l'art. 919 du Code civil, que l'institution universelle de l'un des héritiers à réserve est sujette à rapport, faute de dispense expresse, il a fait une bien fausse application de cet article, puisqu'il n'y est question que de la donation ou du legs de la portion disponible, et que, comme le démontre parfaitement M. Grenier, la disposition en est inapplicable au cas d'une institution universelle.

§. IV. *La renonciation à un droit ouvert, mais non encore accepté ou exercé, doit-elle être considérée comme une donation faite indirectement au successible en faveur duquel elle opère la dévolution de ce droit, et est-elle en conséquence soumise au rapport dans la succession du renonçant?*

V. l'article *Renonciation*, §. 5.

Même page et même col., ligne 36 (1), *au lieu de* RAPPORT (ORDRE JUDICIAIRE), *lisez :* RAPPORT DE JUGE.

Page 246, *col.* 2, *ligne* 37 (2), *au lieu de* RAPPORT (CRÉANCIERS, DETTES), *lisez :*

RAPPORT DE PAIEMENT, §. I. *Les paiemens, etc.*

Même page et même col., supprimez-en les trois dernières lignes (3), *ainsi que les trois premières de la page* 247, *col.* 1, *et substituez-y ce qui suit :*

§. II. *La cassation d'un jugement en dernier ressort emporte-t-elle, pour les créanciers de la partie au profit de laquelle a été rendu le jugement cassé, lorsque l'objet du litige est une somme d'argent, et qu'ils ont reçu cette somme de leur débiteur, ou qu'ils l'ont contraint à la verser entre leurs mains, l'obligation de la restituer à son adversaire?*

V. l'article *Cassation*, §. 31, *n°* 4.

(1) *Même page et même col., ligne* 25 (2e édition).

(2) *Page* 267, *col.* 2, *lignes* 15 *et* 16 (2e édition).

(3) *Même page et même col., ligne* 25.

RATIFICATION. *Page* 257, *col.* 1, *après la ligne* 28 (1), *ajoutez :*

§. V. 1°. *L'exécution volontaire d'un projet de contrat synallagmatique en emporte-t-elle la ratification et en couvre-t-elle la* nullité de non-existence, *lorsqu'elle n'en fait pas connaître toutes les conditions arrêtées verbalement, et que la valeur de l'objet litigieux forme obstacle à ce que les conditions sur lesquelles les parties ne sont pas d'accord, soient prouvées par témoins?*

2°. *L'exécution volontaire d'un contrat synallagmatique sous seing-privé, en couvre-t-elle le vice résultant de ce que la partie qui l'a exécuté n'en a pas signé l'un des doubles, comme elle en couvre, aux termes de l'art.* 1325 *du Code civil, le vice résultant du défaut de mention qu'il en a été fait autant de doubles qu'il y a de parties?*

3°. *L'exécution volontaire d'un contrat synallagmatique notarié, en couvre-t-elle le vice résultant de ce que l'une des parties ne l'a pas signé, et que l'acte manque des formalités nécessaires pour que la mention qu'il contient de son impuissance de le signer, puisse suppléer à l'absence de sa signature?*

4°. *Lorsque, par un contrat notarié, qui, par la surcharge de sa date, se trouve nul comme acte public, deux personnes ont fait conjointement une acquisition moyennant une rente viagère au paiement de laquelle elles se sont obligées solidairement; si l'un des acquéreurs n'a point signé ce contrat, faute de savoir écrire, et que, par suite, ce contrat n'ait pas à son égard l'effet d'un acte sous seing-privé, le vendeur peut-il, après avoir reçu pendant plusieurs années les arrérages de sa rente viagère, dans la croyance où il était, sur la foi de l'expédition qui lui avait été délivrée par le notaire, que la minute en était valablement datée, demander la résolution de la vente, même contre celui des acquéreurs qui a signé, et nonobstant son offre de se charger de toutes les obligations de son co-acquéreur, sans que l'on puisse dire que le vendeur, par l'exécution volontaire qu'il a donnée au contrat, a couvert, dans son propre intérêt, le vice dont il était infecté à l'égard de celui des acquéreurs qui ne l'avait pas signé, et qu'il a renoncé par là au droit qui en résultait pour lui, de faire résoudre la vente contre les deux acquéreurs?*

(1) *Même page et même col., ligne* 45.

BIU Cujas

5° *Pour que l'exécution volontaire d'un acte nul en emporte la ratification, est-il nécessaire que les faits qui la constituent, renferment la preuve que la partie par laquelle l'acte a été exécuté, en connaissait les vices? L'est-il au moins que cette preuve soit établie par d'autres pièces? Et à défaut de cette preuve, doit-on présumer que l'exécution n'a eu lieu que parceque les vices de l'acte étaient ignorés?*

I. Sur la première question, la négative est évidente; et cependant voici une espèce dans laquelle il a fallu aller jusqu'à la cour de cassation pour empêcher que l'opinion contraire ne triomphât.

Le 1er juin 1815, les sieurs Carpentier et Dubos se présentent ensemble chez un notaire, qui, à leur réquisition, rédige un projet d'acte par lequel le premier vend au second et à sa femme un moulin et ses dépendances, moyennant la somme de 6,600 francs, payable par eux solidairement dans le délai de trois années.

Le projet ainsi rédigé, les deux parties se retirent, parceque le sieur Dubos, connaissant la répugnance de sa femme pour ce marché, ne veut le signer qu'en sa présence et conjointement avec elle.

Cependant il se met tout de suite en possession du moulin, et il en jouit comme propriétaire.

Sa femme meurt peu de temps après; et alors, dégoûté lui-même du marché qu'elle s'était refusée constamment à souscrire, il fait sommation au sieur Carpentier de reprendre son moulin.

Celui-ci s'y refuse, et le fait assigner devant le tribunal de première instance de Beauvais, pour le faire condamner à passer acte authentique de la vente énoncée dans le projet de contrat du 1er mars 1815, et qu'il a, suivant lui, consommée, pour ce qui le concerne personnellement, par sa prise de possession du moulin.

Le sieur Dubos répond qu'à la vérité, il a existé un projet de vente entre lui et le sieur Carpentier, mais que ce projet n'était pas conforme à l'acte que le notaire en a dressé le 1er mars 1815, et qui, dénué de toute signature, ne peut faire foi de son contenu; que, suivant ce projet, il ne devait acquérir le moulin, ni pour lui seul, ni pour la communauté existante entre lui et sa femme, mais qu'un tiers devait y prendre part; et que ce tiers s'y étant refusé, le marché se trouve dépourvu de l'une des conditions sous lesquelles il était convenu verbalement.

Le 5 août 1816, jugement qui, sans avoir égard à la défense du sieur Dubos, prononce en faveur du sieur Carpentier.

Le sieur Dubos en appelle, et par arrêt du 17 janvier 1818,

« Considérant que les conditions verbalement arrêtées entre les parties le 1er mars 1815, relativement à la vente du moulin appartenant au sieur Carpentier, ont été réalisées par l'exécution que les parties lui ont donnée réciproquement,

»La cour (royale d'Amiens) met l'appellation au néant.... ? »

Mais le sieur Dubos se pourvoit en cassation, et par arrêt du 1er décembre 1819, au rapport de M. Poriquet, sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier, et après un délibéré en la chambre du conseil,

« Vu les art. 1341 et 1356 du Code civil;

» Attendu 1° que la jouissance que Dubos a eue du moulin dont il s'agit, ne fait connaître ni les conditions auxquelles il aurait *consenti* à en devenir propriétaire, ni le prix de l'acquisition, et ne prouve par conséquent pas qu'il y ait eu entre Carpentier et lui une convention de vente réunissant les trois conditions essentielles à sa validité: *res, pretium et consensus;*

» Attendu 2° que Dubos, en reconnaissant qu'il y avait eu projet de vente entre Carpentier et lui, a ajouté que, suivant ce projet, il ne devait acquérir la totalité du moulin et de ses dépendances, ni pour lui seul, ni pour la communauté d'entre sa femme et lui, et que sa déclaration était indivisible, aux termes de l'art. 1356 du Code civil;

» Attendu 3° qu'au défaut de l'aveu des parties, les tribunaux ne peuvent considérer comme valable la vente d'une chose excédant la valeur de 150 francs que lorsqu'il en a été passé acte par écrit, conformément à l'art. 1341 du même Code;

» Que de là il suit qu'en condamnant Dubos à passer acte authentique, à ses frais, de la prétendue vente verbale du moulin dont il s'agit, lorsque les parties ne convenaient pas qu'il y eût eu ou dû y avoir vente verbale, lorsqu'elles n'étaient pas d'accord sur les conditions auxquelles Carpentier supposait que Dubos aurait consenti à cette prétendue vente verbale, lorsqu'enfin il était constant qu'il n'en avait pas été passé acte, la cour royale a commis un excès de pouvoir et violé formellement les art. 1341 et 1356 du Code civil;

» La cour casse et annule l'arrêt de la cour royale d'Amiens, du 17 janvier 1818.... (1). »

---

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 21, page 249.

BIU Cujas

II. La seconde question a été jugée pour l'affirmative par plusieurs arrêts que j'ai rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Double écrit*, n° 8 2°; et elle l'a encore été de même dans l'espèce suivante.

Une transaction avait été faite sous seing-privé, le 24 août 1807, entre le sieur de Lescours et ses deux sœurs, sur plusieurs contestations qui les divisaient, et, conformément à l'art. 1325 du Code civil, il en avait été dressé trois originaux; mais deux de ces actes seulement étaient revêtus des signatures de toutes les parties; le troisième n'était pas signé par le sieur de Lescours; il ne l'était que par ses deux sœurs, et c'était entre les mains de l'une d'elles qu'il se trouvait. Etait-ce par oubli que le sieur de Lescours ne l'avait pas signé comme les deux autres, ou s'était-il refusé à y apposer sa signature? C'est sur quoi les parties n'étaient pas d'accord.

Quoi qu'il en soit, le sieur de Lescours et ses deux sœurs ont exécuté la transaction par divers actes qu'ils ont faits respectivement d'après les dispositions qu'elle contenait.

Cependant le sieur de Lescours a demandé, quelque temps après, qu'elle fût déclarée nulle, sur le fondement que l'un des trois originaux était dénué de sa signature.

Citées sur cette demande devant le tribunal de première instance de Niort, les demoiselles de Lescours ont répondu que la prétendue nullité qui en formait la base était couverte par l'exécution volontaire que leur frère avait donnée à l'acte.

En conséquence, jugement qui, adoptant cette exception, rejette la demande du sieur de Lescours.

Appel de la part de celui-ci à la cour royale de Poitiers, et arrêt confirmatif.

Le sieur de Lescours se pourvoit en cassation, mais inutilement. Par arrêt du 19 décembre 1820, au rapport de M. de Mennerville, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Attendu que l'exécution donnée par toutes les parties à l'acte ud 24 août 1807, s'opposait à ce qu'il pût être proposé aucune nullité, s'il y en avait à proposer contre cet acte;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (1). »

III. Sur la troisième question, l'affirmative n'est pas plus douteuse que sur la seconde. En effet, l'art. 1538 du Code civil assimile parfaitement et en tout point l'exécution volontaire à la confirmation expresse et revêtue des conditions qu'il prescrit. Or, si la partie qui n'a pas signé le contrat notarié, et ne peut pas être censée l'avoir signé, à raison de la nullité dont ce contrat se trouve frappé comme acte public, faisait notifier à son co-contractant un acte notarié en bonne forme par lequel, en rappelant la substance de ce contrat et le vice dont il est entaché à son égard, elle déclarerait que, nonobstant ce vice, elle le tient pour valable et obligatoire, il est certain qu'elle serait irrévocablement liée par cet acte, et que, par suite, son co-contractant se trouverait dans l'impossibilité de résilier le contrat passé entre elle et lui, sous le prétexte qu'elle ne l'a pas signé. Les mêmes effets doivent donc nécessairement résulter de l'exécution qu'elle donne volontairement au contrat que son défaut de signature rendait originairement nul à son égard et résiliable de la part de son co-contractant.

Vainement opposerait-on à cela le prétendu principe mis en avant par deux membres du tribunat dans leurs rapports sur l'art. 1338 du Code civil, « *qu'on ne peut confirmer et ratifier que ce* » *qui a réellement existé, quoique manquant de* » *force par quelque vice, et qu'il résulte de là* » qu'on ne peut en aucune manière confirmer de » prétendues conventions dont la loi n'a jamais » reconnu l'existence. »

Ce prétendu principe n'est, comme l'a très-bien démontré M. Toullier, tome 8, n° 518, qu'une assertion purement gratuite, qu'une erreur créée par l'imagination des deux tribuns; et si j'ai à regretter de l'avoir reproduit sans examen et sur leur seule parole, dans des conclusions du 27 août 1812, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Ratification*, n° 12, je n'ai pas du moins à me reprocher d'avoir contribué par là à faire rendre un mauvais arrêt; car je ne l'ai employé que concurremment avec un autre moyen qui en était tout-à-fait indépendant, et suffisait à lui seul pour justifier mes conclusions, savoir, la circonstance que, des faits mêmes dont se composait l'exécution donnée à l'acte nul dont il s'agissait, il résultait une preuve évidente et sans réplique que cette exécution n'avait eu lieu que par l'effet de l'ignorance du vice de l'acte exécuté, et que par conséquent elle n'avait été ni pu être *volontaire* dans le sens de la loi.

IV. La quatrième question formait précisément l'objet des conclusions du 27 août 1812 que je viens de rappeler, et en m'y référant, pour éviter d'inutiles redites, je me borne à dire que je crois y avoir établi clairement qu'elle devait être résolue pour l'affirmative, comme elle l'a été, en effet, par l'arrêt de la cour de cassation du même jour.

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 22, page 198.

BIU Cujas

V. Mais qu'aurait-on dû juger dans cette espèce, s'il n'eût pas été prouvé par les actes mêmes d'exécution qui étaient opposés au vendeur, non seulement qu'il ignorait, mais encore qu'il était impossible qu'il connût le vice dont le contrat de vente était infecté à l'égard de l'un des co-acquéreurs; et si, en conséquence, le sort de l'affaire eût dépendu de la question de savoir si, en thèse générale, la partie qui exécute un acte qu'elle pourrait faire déclarer nul, est censée, par cela seul, en connaître la nullité, et vouloir, au moins implicitement, la couvrir?

J'ai soutenu dans mes conclusions, et l'arrêt du 27 août 1812 paraît avoir supposé, en les adoptant, que l'on eût encore dû juger de même dans cette hypothèse, parceque l'exécution d'un acte nul (ai-je dit), ne peut être volontaire, qu'autant qu'elle est accompagnée de la connaissance de la nullité de l'acte, et que cette connaissance est un fait qui ne peut pas se présumer, mais dont la preuve doit être rapportée par la partie qui en excipe.

Mais, quoique j'aie encore depuis professé la même doctrine, et toujours surérogatoirement, dans des conclusions du 9 novembre 1814, rapportées dans le même recueil, au mot *Testament*, sect. 2, §. 5, n° 3, au sujet de la fin de non-recevoir que l'on tirait contre la demande en nullité d'un testament, de l'exécution prétendue volontaire que le demandeur avait donnée à cet acte, bien qu'il fût prouvé et même jugé souverainement, en fait, qu'il ne l'avait donnée que parcequ'il avait ignoré et qu'on lui avait caché le vice de l'acte même; je me fais un devoir de reconnaître ici que M. Toullier a eu raison de dire, tome 8, n° 519, qu'en tenant un pareil langage, je ne m'étais pas exprimé avec mon exactitude ordinaire.

M. Toullier ne répond cependant pas aux argumens sur lesquels je m'étais fondé dans les unes et les autres conclusions; mais tout bien réfléchi, je les crois plus spécieux que solides, et en voici deux auxquels ils me paraissent devoir céder.

1° On n'exécute un acte que parcequ'on le connaît bien; car il n'y a qu'un insensé qui puisse exécuter un acte qu'il ne connaît pas, ou qu'il ne connaît qu'imparfaitement, et la démence ne se présume pas. Exécuter un acte, c'est donc agir comme si l'on en avait une parfaite connaissance; c'est donc avouer qu'on le connaît dans toutes ses parties. Or, si l'aveu d'un fait ne prive pas celui duquel il est émané, du droit de le rétracter pour cause d'erreur, elle les place du moins dans la nécessité de prouver que c'est par erreur qu'il lui est échappé. L'art. 1356 du Code civil est là-dessus très-formel, et il n'est point de principe plus constant dans toute la jurisprudence.

2° Sans doute l'exécution d'un acte nul ne peut être réputée volontaire qu'autant qu'elle n'est pas l'effet de l'erreur, mais elle ne peut aussi être réputée telle qu'autant qu'elle n'est pas l'effet de la violence ou du dol. Or, quand un acte nul a été exécuté par une partie qui avait le droit de le faire annuler, et qu'elle vient ensuite en demander l'annulation, lui siérait-il bien, pour repousser la fin de non-recevoir que lui opposerait le défendeur, de dire à celui-ci: *L'exécution dont vous excipez, a été l'effet de la violence et du dol; elle n'a donc pas été volontaire de ma part; et comme c'est à vous à prouver qu'elle a été l'ouvrage de ma volonté, c'est nécessairement aussi à vous à prouver que je n'y ai été induit ni par dol ni par violence?* Non, certes, et le défendeur lui répondrait victorieusement: *Par cela seul que vous avez exécuté l'acte, vous êtes censé l'avoir exécuté spontanément et en toute liberté; ni le dol ni la violence ne se présument; l'exécution que vous avez donnée à l'acte, sera donc réputée volontaire, tant que vous ne prouverez pas qu'elle vous a été arrachée par violence ou surprise par dol.* Eh bien! Point de différence entre l'erreur et la violence ou le dol: l'une ne se présume pas plus que les autres; la simple allégation de l'erreur ne peut donc pas avoir plus d'effet que la simple allégation du dol et de la violence: elle ne peut donc pas faire retomber sur le défendeur le fardeau de la preuve que l'exécution n'a pas été déterminée par l'ignorance du vice de l'acte exécuté.

Page 251, *col.* 2, *supprimez les lignes* 11 *et* 12 (1), *et substituez-y ce qui suit:*

RECEVEUR DE DENIERS PUBLICS. *V.* les articles *Commerce* (*acte de*), §. 7, et *Contribution entre créanciers.*

RÉCIDIVE. *Même page et même col., après la ligne* 16 (2), *ajoutez:*

§. II. 1° *Quelle est la peine de la récidive dans les matières de simple police qui, d'après l'art.* 484 *du Code pénal, sont encore régies par le Code des délits et des peines du* 3 *brumaire an* 4?

2° *Cette peine peut-elle être prononcée par les tribunaux de police, ou ne peut-elle l'être que par les tribunaux correctionnels?*

I. L'art. 27 du tit. 1er de la loi du 22 juillet 1791

(1) *Page* 272, *col.* 1, *ligne* 4 (2e édition).
(2) *Tome* 6, *page* 652, *col.* 2, *ligne* 31 (2e édition).

BIU Cujas

faisait consister la peine de la récidive dans une amende double de celle qui aurait pu ou dû être infligée à la contravention, la première fois qu'elle avait été commise; et cette disposition a été maintenue par l'art. 607 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4 : *En cas de récidive*, y est-il dit, *les peines suivent la proportion réglée par la loi du* 19-22 *juillet* 1791.

Ainsi, il est bien clair que la récidive ne peut jamais, dans les matières de simple police que le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4 régit encore, être punie que d'une amende double de celle qui forme le *maximum* des peines pécuniaires que ce Code autorise les tribunaux de simple police à prononcer, c'est-à-dire, d'une amende de la valeur de six journées de travail.

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 414 du Code pénal, *la peine d'emprisonnement doit toujours avoir lieu, en cas de récidive, pendant trois jours au plus;* mais contre qui? *Contre toutes les personnes mentionnées en l'art.* 471. Cette peine ne peut donc pas être prononcée contre les prévenus de contraventions non comprises dans l'art. 471, et sur la répression desquelles l'art. 484 se réfère implicitement au Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4.

De là il suit évidemment que les tribunaux de police sont aujourd'hui seuls compétens pour connaître des contraventions commises en récidive dans les matières encore régies par ce dernier Code.

A la vérité, après avoir dit qu'*en cas de récidive, les peines suivent la proportion réglée par la loi du* 19-22 *juillet* 1791, l'art. 607 de ce dernier Code ajoute : *Et ne peuvent en conséquence être prononcées que par le tribunal correctionnel.* Mais il ne dispose ainsi que parcequ'il restreint la compétence des tribunaux de police aux contraventions dont la peine pécuniaire n'excède pas la valeur de trois journées de travail; et aujourd'hui, qu'aux termes de l'art. 137 du Code d'instruction criminelle, les tribunaux de police sont investis de la connaissance des contraventions *qui peuvent donner lieu à quinze francs d'amende et au-dessous*, il est évident qu'ils le sont, par cela même, de la connaissance des contraventions commises en récidive dans les matières dont il s'agit, puisque six journées de travail ne peuvent jamais être évaluées au-dessus de quinze francs.

C'est effectivement ce qu'a décidé, par forme de réglement de juges, un arrêt de la cour de cassation, du 8 mai 1828, ainsi conçu :

« Ouï le rapport de M. Gary, conseiller, et les conclusions de M. Laplagne-Barris, avocat-général;

» Vu l'art. 526 du Code d'instruction criminelle;

» Vu les art. 600, 606 et 607 du Code du 3 brumaire an 4;

» Vu l'art. 27, tit. 1er de la loi du 22 juillet 1791, portant : *En cas de récidive, toutes les amendes établies par le présent décret seront doubles;*

» Attendu qu'Anne-Marie Stemmelin, veuve Schoffmann, ayant été traduite devant le tribunal de simple police du canton de Dannemarie, pour contravention à un arrêté du préfet du département du Haut-Rhin, du 5 mai 1819, relatif à la police des cabarets, et se trouvant en récidive à raison des peines de police contre elle prononcées moins d'un an avant la nouvelle prévention, le tribunal de police de Dannemarie s'est déclaré incompétent par jugement du premier février dernier, sur le fondement que, d'après l'art. 606 du Code du 3 brumaire an 4, la peine pour la première contravention pouvait être portée à une amende de trois journées de travail et à trois jours d'emprisonnement, et que, par l'art. 607 du même Code, ces peines, en cas de récidive, pouvant être doublées, celle d'emprisonnement excédait sa compétence;

» Que ce jugement a passé en force de chose jugée;

» Que la prévention ayant été portée devant le tribunal correctionnel de Belfort, ce tribunal, par jugement du 28 mars dernier, *considérant que les peines à appliquer aux faits de la plainte, sont de la compétence du tribunal de simple police*, s'est déclaré incompétent;

» Que ce jugement a également acquis la force de la chose jugée, par la renonciation expresse, soit du ministère public près le tribunal qui l'a rendu, soit du ministère public près le juge supérieur, à l'attaquer par la voie d'appel;

» Qu'en cet état de choses, le cours de la justice est interrompu, et qu'il importe de le rétablir;

» Attendu que, dans les cas de simple police non prévus par le Code pénal, et punissables par les dispositions du Code du 3 brumaire an 4, la récidive n'entraîne *le doublement que de la peine de l'amende;* que telle est la disposition précise de l'art. 27, tit. 1er, de la loi du 22 juillet 1791;

» Attendu que le doublement de l'amende de trois jours de travail n'excède point la compétence des tribunaux de simple police, réglée par l'art. 117 du Code d'instruction criminelle et par l'art. 466 du Code pénal, qui autorisent ces tribunaux à prononcer sur des amendes jusqu'à concurrence de quinze

BIU Cujas

francs, somme supérieure à la valeur de six journées de travail;

» Par ces motifs, la cour, réglant de juges, sans s'arrêter au jugement du tribunal de police de Dannemarie, qui est considéré comme non-avenu, renvoie la cause et les parties devant le tribunal de simple police de Belfort, pour, sur la prévention et sur la récidive, être statué ce qu'il appartiendra (1).»

La même chose a été jugée, et dans les mêmes termes, par un autre arrêt de la même cour, du 19 juin de la même année (2).

§. III. *La peine infligée par l'art.* 245 *du Code pénal au détenu pour crime ou délit, qui, après sa condamnation, s'est évadé ou a tenté de s'évader, peut-elle être aggravée par la peine de récidive portée par les art.* 56 *et suivans du même Code?*

Un arrêt de la cour royale de Montpellier, du 22 janvier 1828, qui avait jugé que non, a été déféré à la cour de cassation par le ministère public, comme violant l'art. 56 du Code pénal; il a été maintenu par un arrêt du 22 février de la même année, dont voici les termes :

« Ouï le rapport de M. Ollivier, conseiller en la cour, et les conclusions de M. Fréteau, avocat-général;

» Statuant sur le pourvoi du procureur général à la cour royale de Montpellier;

» Attendu que l'art. 239 du Code pénal applique à l'évasion des détenus à raison de faits emportant des peines afflictives ou infamantes, la même peine, soit que ces détenus évadés fussent prévenus ou accusés, soit qu'ils fussent déjà condamnés;

» Que, dans l'art. 240, on trouve une disposition semblable sur l'identité de la peine de l'évasion des individus prévenus de faits emportant la peine de mort ou des peines perpétuelles, ou condamnés aux mêmes peines;

» Que l'art. 245, prévoyant les cas où les individus condamnés pour bris de prison seraient détenus par suite d'une condamnation, se borne à déclarer qu'ils subiront la peine encourue à raison de l'évasion, après l'expiration de celle que leur avait infligée la condamnation antérieure;

» Qu'ainsi, d'après l'ensemble de ces articles, l'évasion effectuée après une condamnation, ne peut constituer une récidive passible de l'aggravation de peine portée par les art. 56 et suivans du Code pénal;

» Et attendu que, dans l'espèce, la femme Souberjan, évadée par bris de prison, était, à l'époque de son évasion, détenue par suite d'une condamnation à peine afflictive;

» Que, dès-lors, en ne prononçant pas contre elle l'aggravation de peine de la récidive, portée par les art. 56 et suivans du Code pénal, l'arrêt attaqué n'a point violé les dispositions de cet article, mais a fait, au contraire, une juste application des art. 239, 240 et 245 du même Code;

» La cour rejette le pourvoi du procureur général à la cour royale de Montpellier envers l'arrêt de cette cour, chambre correctionnelle, du 22 janvier dernier, confirmant, à l'égard de Marie Séparée, femme Souberjan, le jugement du tribunal correctionnel de Montpellier du 2 du même mois, qui la condamnait à six mois d'emprisonnement. »

RÉCOLEMENT DE COUPE DE BOIS, §. III. *Page* 263, *col.* 1, *après la ligne* 21 (1), *ajoutez :*

L'art. 47 du Code forestier du 21 mai 1827 suppose clairement que non, ou plutôt il le décide en termes exprès, puisqu'après avoir dit qu'il *sera procédé au récolement de chaque vente dans les trois mois qui suivront le jour de l'expiration des délais accordés pour la vidange des coupes*, il ajoute que *ces trois mois écoulés, les adjudicataires pourront mettre en demeure l'administration* par acte extrajudiciaire *signifié à l'agent forestier local.*

C'est aussi ce qu'avaient jugé, sous l'empire de l'ordonnance de 1669, deux arrêts de la cour de cassation des 6 et 29 juillet 1809.

« Un procès-verbal, etc.

RECONNAISSANCE. *Page* 266, *col.* 1, *supprimez les lignes* 25 *et* 26 (2), *et substituez-y ce qui suit :*

§. VI. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles *Confession*, *Erreur*, §. 4; *Rente*, §. 2, et *Rente foncière*, *Rente seigneuriale*, §. 13, nos 2 et 3.

Même page et même col., après la ligne 39 (3), *ajoutez :*

RECONNAISSANCE D'ÉCRITURE PRIVÉE. §. I. *L'action en reconnaissance d'écriture privée*

(1) Bulletin criminel, tome 33, page 346.
(2) *Ibid.*, page 455.

(1) *Page* 283, *col.* 1, *ligne* 21 (2e édition).
(2) *Page* 285, *col.* 1, *ligne* 38 (2e édition).
3) *Même page et même col., ligne* 50.

BIU Cujas

peut-elle encore être portée, comme le voulaient l'art. 92 de l'ordonnance de 1539 et l'art. 10 de l'ordonnance de Roussillon, du mois de janvier 1563, devant le juge du lieu où se trouve momentanément celui contre lequel on l'intente, quoiqu'il soit domicilié dans le territoire d'une autre juridiction?

Cette action est certainement personnelle, et dès-là il est clair que c'était par dérogation à la règle *actor sequitur forum rei*, que les ordonnances de 1539 et 1563 permettaient de la porter devant un juge qui n'était pas celui du domicile du défendeur.

Mais les dispositions citées de ces ordonnances étant comprises dans l'abrogation dont le Code de procédure civile frappe, art. 1041, toutes les lois antérieures qui sont relatives aux matières qu'il traite, il ne peut y avoir aujourd'hui aucune raison de douter que toute personne assignée en reconnaissance d'écriture devant un juge qui n'est pas celui de son domicile, ne puisse demander son renvoi.

§. II. *Quel est, par rapport à la foi due à un testament olographe, l'effet de la reconnaissance de l'héritier* ab intestat, *du fait qu'il est entièrement écrit, daté et signé de la main du défunt.*

V. l'article *Testament*, §. 7 et 8.

RECONNAISSANCE D'ENFANT NATUREL. *V.* les articles *Filiation* et *Paternité*, §. 2.

RECONVENTION. *Même page, col. 2, ligne 12 (1), supprimez les mots* Tribunal correctionnel, *et substituez-y ceux-ci :* Contrefaçon, §. 5.

RÉGIME DOTAL. §. I. *Page 179, supprimez les deux dernières lignes de la col. 2, ainsi que les cinq premières (2) de la page 280, col. 1, et substituez-y ce qui suit :*

2°. *Quel est, sous le rapport de la personnalité et de la réalité, le caractère du statut de l'aliénabilité et de l'inaliénabilité des biens dotaux?*

I. La première question est résolue pour la négative dans les conclusions, et jugée dans le même sens par l'arrêt de la cour de cassation, du 27 août 1810, rapportés à l'article *Velléien*, §. 3.

II. Sur la seconde question, qui forme l'une des branches de la première, j'ai établi dans les conclusions que je viens de rappeler, et l'arrêt qui les a adoptées, énonce en toutes lettres que *la disposition de la coutume de Normandie qui défendait aux femmes d'aliéner leurs biens* (dotaux ou réputés tels), *était un statut réel qui n'avait d'empire que sur les immeubles situés dans l'enclave de cette coutume.*

J'avais précédemment soutenu la même doctrine dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Sénatus-consulte velléien*, §. 2, et *Puissance maritale*, §. 3; et je l'ai encore professée dans les conclusions du 19 août 1812, qui sont rapportées dans le §. 1er de ce dernier article.

Elle a été depuis combattue deux fois devant la cour de cassation, mais inutilement. Deux arrêts l'ont de nouveau confirmée.

Le premier, qui a été rendu, sections réunies, le 27 février 1817, est rapporté dans le § suivant.

Quant au second, en voici l'espèce :

Le 28 janvier 1791, contrat de mariage entre le sieur Dupuits de Maconnex et la demoiselle de Leusse, tous deux domiciliés dans le canton de Gex, régi par les lois romaines. Par cet acte, le père et la mère de la future épouse lui constituent en dot une somme de 50,000 francs à prendre sur les biens qu'ils laisseront à leur mort.

Après le décès des sieur et dame de Leusse, leurs successions sont partagées entre leurs enfans; et par ce partage, des immeubles situés dans le ci-devant Lyonnais sont délaissés à la dame Dupuits de Maconnex en paiement de sa dot.

Le 23 décembre 1797, les sieur et dame Dupuits de Maconnex vendent ces immeubles au sieur de Prunelle.

En 1820, après le décès de la venderesse, ses enfans le revendiquent sur l'acquéreur, et voici comment ils raisonnent. Ces biens étaient dotaux dans les mains de notre mère; ils étaient donc inaliénables de sa part, même avec le concours de son mari; c'était la disposition expresse des lois romaines qui régissaient le domicile de nos père et mère. Peu importe qu'ils fussent situés dans le Lyonnais où l'édit du mois d'avril 1664 permettait à la femme d'aliéner et d'hypothéquer ses biens dotaux avec le consentement de son mari. Ce n'est pas, quoi qu'en aient dit quelques auteurs, à la loi de la situation que l'on doit ici s'attacher; il n'y a, suivant Dumoulin et le président Bouhier, d'autre loi à consulter en cette matière que celle du domicile.

Le 6 avril 1821, jugement qui rejette la demande en revendication.

Appel de la part des enfans; et, le 25 janvier

(1) *Même page, col. 2, ligne 22.*

(1) *Tome 6, page 661, col. 1, ligne 4 (2e édition).*

BIU Cujas

1823, arrêt de la cour royale de Lyon qui met l'appellation au néant,

« Attendu que le caractère distinctif du statut personnel est de régler directement, et abstraction faite des biens, la capacité ou incapacité générale et absolue des personnes pour contracter; qu'au contraire, le caractère distinctif du statut réel est d'avoir principalement et directement les biens pour objet, abstraction faite de l'état de capacité ou incapacité des personnes;

» Attendu que de la combinaison de la loi *Julia de fundo dotali*, et de la loi unique C. *de rei uxoriæ actione*, il résulte que l'aliénation du fonds dotal était la seule défendue à la femme sous la puissance du mari, ce qui est clairement établi par cette disposition : *Ut fundum dotalem non solùm hypothecæ titulo dare, nec consentiente muliere, maritus possit, sed nec alienare;* que, si le motif de cette défense, exprimé dans cette même loi, est la fragilité de la femme, *ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam*, il ne suit pas qu'elle fût frappée d'une incapacité générale et absolue, puisqu'elle conservait la libre disposition de tous ses autres biens; qu'elle pouvait les hypothéquer et les aliéner, soit avec, soit sans le consentement de son mari; d'où il suit encore que la prohibition d'aliéner ayant directement pour objet le fonds dotal, et ne frappant la femme d'une incapacité partielle que secondairement et relativement à ce même bien, la loi *Julia de fundo dotali*, et celle unique au Code *de rei uxoriæ actione*, constituaient un statut reéel;

» Attendu que la réalité de ce statut est d'autant plus évidente, que la conservation des dots, soit pour les femmes en général, soit pour les enfans, a été l'objet de la prévoyance du législateur, et que les motifs d'ordre public, toujours indépendans de la condition des personnes, ainsi que la conservation des biens dans les familles, sont unanimement reconnus pour être les caractères distinctifs des statuts réels;

» Attendu que les statuts de cette nature régissent les biens qui sont situés dans leur ressort, et que le propre du statut réel étant, à l'égard de tous ces biens, de l'emporter sur le personnel, ce n'est point la loi du domicile du mari, au moment où les époux ont été unis, mais celle qui régit les biens, qu'on doit suivre, toutes les fois qu'il s'agit de décider de la validité ou de la nullité de l'aliénation du fonds dotal;

» Attendu que la loi *Julia de fundo dotali*, et la loi unique C. *de rei uxoriæ actione*, ont été abolies par un édit de 1664 dans les provinces du Lyonnais, Forez et Beaujolais; que l'effet de cette abolition a été de rendre aux femmes mariées la liberté d'aliéner leurs biens dotaux situés dans ces provinces, quelle que fût d'ailleurs la loi du domicile marital;

» Attendu qu'on ne saurait objecter que l'abolition ordonnée par l'édit de 1664 n'a profité qu'aux femmes mariées dans les provinces du Lyonnais, Forez et Beaujolais, puisque le statut étant réel a affranchi nécessairement les biens qui y étaient soumis, et en a conséquemment permis la vente;

» Attendu que le domaine vendu au sieur de Prunelle, le 2 nivôse an 6, par le sieur Dupuits de Maconnex, comme fondé de pouvoir de Marie-Sophie de Leusse, son épouse, est situé dans la province du Lyonnais;

» Attendu que dès-lors il importe peu de savoir si ce domaine était ou n'était pas un fonds dotal, ni quelle était la loi du domicile du sieur de Maconnex, puisqu'il suit de la situation de ce domaine et du statut qui le dominait, que l'aliénation en était autorisée et valable (1). »

Les enfans de la dame Dupuits de Maconnex se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'attaquent comme violant, par une fausse application de la loi du lieu de la situation des biens dont il s'agit, la loi du domicile des vendeurs qui frappait ces biens d'une inaliénabilité absolue.

Mais par arrêt contradictoire du 2 mai 1825, au rapport de M. Vergès,

« Attendu que les immeubles litigieux sont situés dans le Lyonnais, et que l'édit de 1664 a aboli dans cette province les dispositions des lois romaines qui prohibaient l'aliénation des immeubles dotaux;

» Attendu que le contrat de mariage du 28 janvier 1771 a été passé dans un pays régi par les lois romaines; qu'il est par conséquent nécessaire d'examiner si ces lois constituaient un statut personnel ou bien un statut réel;

» Attendu que le statut est personnel, lorsqu'il règle directement et principalement la capacité ou l'incapacité des personnes pour contracter;

» Que le statut est réel, au contraire, lorsqu'il a principalement pour objet la prohibition de disposer d'une espèce particulière de biens et leur conservation;

» Que dès-lors il n'y a plus d'incertitude sur l'essence du statut romain; que l'inaliénabilité est, en effet, restreinte par ce statut aux biens dotaux pendant la durée du mariage, puisque la femme conserve la faculté de disposer des biens non dotaux, faculté

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, tome 25, page 311.

BIU Cujas

qu'elle ne conservait certainement pas, si la prohibition dépendait de son incapacité personnelle ;

» Que, sous ce rapport, le statut réel du lieu où le contrat de mariage a été passé n'a eu aucune influence dans le Lyonnais, où la vente en a été faite, puisque l'édit de 1664 avait aboli dans le Lyonnais le statut romain ;

» Qu'en le décidant ainsi la cour royale de Lyon a fait une juste application de l'édit de 1664, et n'est contrevenue ni à la loi *Julia de fundo dotali*, ni à la loi unique, au code, *de rei uxoriæ actione* ;

» La cour rejette le pourvoi... (1). »

§. II. *De quelle loi dépend aujourd'hui, à l'égard des femmes mariées avant le Code civil, l'aliénabilité ou l'inaliénabilité des biens qu'elles possédaient comme dotaux avant la promulgation de ce Code? Est-ce de la loi qui, à l'époque de leur mariage, régissait le lieu de la situation de ces biens? Est-ce de la loi qui le régit actuellement?*

Dans les conclusions du 27 août 1810, qui sont citées dans le §. précédent, n° 1, j'ai établi que l'aliénabilité ou l'inaliénabilité actuelle de ces biens dépend absolument de la loi qui régissait le lieu de leur situation au moment du mariage; et c'est ce que suppose clairement l'arrêt qui a été rendu sur ces conclusions.

La question s'est représentée le même jour dans une affaire sur laquelle j'ai également porté la parole, et elle y a été formellement jugée dans le même sens. Voici l'espèce.

Le 7 janvier 1780, etc.

Page 284, *col.* 1, *supprimez les lignes* 46 *et* 47 (2), *et substituez-y ce qui suit :*

Ce qui a été jugé par cet arrêt, l'avait déjà été précédemment par un autre du 3 septembre 1809, qui est cité dans les conclusions du 19 août 1812, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Puissance maritale*, sect. 2, §. 2, art. 2, n° 19; et l'a encore été depuis par un arrêt du 19 décembre 1810, rapporté, avec le réquisitoire qui l'a précédé, dans le même recueil, au mot *Dot*, §. 8, n° 6; par deux autres, des 30 avril 1811 et 21 avril 1813, que l'on trouvera, le premier, dans les conclusions que je viens de rappeler, le second, à la suite de ces mêmes conclusions; et par un autre du 17 août de la même année 1813, dont l'espèce est également rapportée dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Sénatus-consulte velléien*, §. 2, n° 4 (1).

Tous ces arrêts semblaient former une jurisprudence contre laquelle il était désormais impossible de lutter. Voici cependant une espèce dans laquelle on est parvenu à obtenir, pour l'opinion contraire, un triomphe qui, heureusement pour l'honneur des principes, n'a pas été de longue durée.

Le 9 thermidor an 10, la demoiselle Maillard, née et domiciliée en Normandie, et y possédant la terre du *Courant*, contracte, avec le sieur de Crotat, domicilié à Paris, un mariage dont les principales conditions sont qu'il n'y aura aucune communauté de biens entre les deux époux, et que chacun d'eux conservera la jouissance de ses revenus et l'entière administration tant de ses immeubles que de ses meubles, sans que la femme ait besoin, à cet égard, d'aucune autorisation de son mari.

Le 27 thermidor an 13, acte notarié, par lequel la dame de Crotat, procédant comme séparée de biens, vend, avec l'autorisation de son mari, aux sieurs Martin, Oriot et Lepec, sa terre du *Courant*, moyennant la somme de 218,539 francs, qu'elle délègue à ses créanciers, à l'exception de 66,000 francs dont elle s'oblige de fournir le remploi.

En 1811, elle assigne les acquéreurs devant le tribunal de première instance de Pont-Audemer, en nullité de cette vente, et se fonde sur les dispositions du statut normand qui, à l'époque de la célébration de son mariage, déclarait que la femme séparée de biens ne pouvait aliéner les immeubles qu'elle possédait au moment de la séparation, à

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 25, page 223.

(2) *Tome* 6, *page* 665, *col.* 1, *ligne* 55 (2e édition).

(1) Cet arrêt n'est pas aussi explicite sur la question que les cinq précédens ; mais il ne laisse pas de la juger d'une manière non équivoque. Il s'agissait de savoir si la femme Roussel, mariée sous la coutume de Normandie, s'était obligée valablement, par l'acceptation qu'elle avait faite en 1805, conjointement avec son mari, d'une lettre de change de 190 francs. Le tribunal de commerce de l'Aigle avait jugé que non, par le motif que le statut sous l'empire duquel le mariage avait été contracté, admettant le sénatus-consulte velléien, cette femme n'avait pu engager ses deniers et droits dotaux ; mais ce jugement a été cassé, « Attendu que le sénatus-consulte velléien » était un statut purement personnel, et non un » *statut matrimonial;* et que, si la femme (Roussel) » *ne peut engager ses biens dotaux*, il ne s'ensuit » pas que le cautionnement soit nul en lui-même, » mais seulement *qu'il ne peut être exécuté sur sa* » *dot;* qu'il demeure constant qu'il peut être exécuté » sur ses autres biens.

BIU Cujas

moins qu'elle n'y fût autorisée par un avis de parens homologué en justice.

Les acquéreurs répondent que la dame de Crotat ayant été mariée à Paris, et y ayant, par-là, acquis un domicile qu'elle n'a pas perdu depuis, c'est la coutume de Paris qu'il faut consulter, et que, suivant l'art. 223 de cette coutume, la femme pouvait aliéner ses meubles avec la seule autorisation de son mari.

Ils ajoutent que, si l'on doit s'en rapporter au statut normand, la vente sera encore valable, parceque la disposition de ce statut, invoquée par la dame de Crotat, était abrogée à l'époque de la vente même, par l'art. 217 du Code civil, qui n'exige que le consentement du mari pour la validité de l'aliénation que la femme fait de ses propres biens.

Le 24 avril 1812, jugement qui, adoptant ces moyens de défense, déboute la dame de Crotat de sa demande.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Rouen, du 10 mai 1813, qui prononce en ces termes:

« Vu les art. 126 et 127 du réglement du 6 avril 1666, appelé les *placités*;

» Attendu qu'il est de jurisprudence, aujourd'hui incontestable, fondée sur l'art. 2 du Code civil, portant que la loi ne dispose que pour l'avenir, et sur le respect spécialement dû aux pactions matrimoniales; que, pendant la durée du mariage, les biens des femmes mariées sont et demeurent régis par les lois, coutumes et statuts en vigueur à l'époque de la célébration; qu'ainsi et par sa situation, la terre du Courant, dès l'instant de la célébration du mariage de la dame de Crotat jusqu'à sa dissolution, a été et doit rester soumise au régime dotal normand, qui, s'il diffère d'avec le régime dotal des pays de droit écrit, sur les moyens, s'accorde avec lui dans le but de la conservation des dots des femmes;

» Attendu que le droit municipal de la ci-devant Normandie se compose, non seulement des dispositions de la coutume, mais encore des réglemens ultérieurement faits par l'autorité compétente, tels que les *placités* de 1666, que les articles qu'ils renferment sur le régime des immeubles dotaux ou non dotaux de la femme, la forme et les conditions de leur aliénation, le mode du remploi, la répétition du juste prix et l'exercice des recours jusque sur les acquéreurs (*Coutumes*, art. 539, 540 et 542; *placités*, art. 124 et 125), sont autant de statuts réels qui, tant que dure l'union conjugale, ont la même force que s'ils avaient été écrits dans le contrat de mariage des époux;

» Attendu que, cessant la séparation de biens stipulée entre les époux de Crotat, les articles précités seraient ceux à appliquer à la vente de la terre du Courant, auquel cas les acquéreurs n'en seraient pas quittes, comme ils le prétendent, pour se renfermer dans le prix de leur acquisition, que la dame de Crotat soutient avoir été faite plus de 100,000 francs au-dessous de la véritable valeur; il faudrait qu'à défaut des biens du mari, ils obéissent pour fournir le juste prix à due estimation, aux termes de l'art. 125 des *placités*; qu'au surplus, il n'y a plus lieu d'insister sur ce point, au moyen que la clause de séparation déclarée à l'acquéreur en contractant avec lui, soumet la vente de l'immeuble dont il s'agit à d'autres règles;

» Attendu que, dans le droit normand, la séparation contractuelle, déjà admise par la jurisprudence, a été de nouveau consacrée par l'art. 80 du réglement de 1666; que, dans les art. 80, 81, 82, 126 et 127 du même réglement, il n'est fait aucune différence ni distinction entre elle et la séparation judiciaire; d'où il suit que les deux séparations, en ce dont il est disposé auxdits articles, produisent, entre les époux et à l'égard des tiers, absolument les mêmes effets; et vu que c'est notamment sur la foi de l'art. 127 *qui est un statut réel* et indivisible dans ses dispositions, portant interdiction à la femme séparée d'aliéner ses immeubles anciens sans permission de justice et avis de parens; que la demoiselle Maillard a donné son consentement, et ses parens leur adhésion au mariage par elle contracté avec de Crotat;

» La cour, faisant droit sur l'appel, met l'appellation et ce dont est appel au néant; corrigeant et réformant, annulle la vente de la terre du Courant, contenue au contrat du 27 thermidor an 13; renvoie l'appelante en propriété, possession et jouissance de ladite terre, avec restitution de fruits du jour de l'action; le tout aux charges de droit (1). »

Cet arrêt paraissait être, par sa conformité avec ceux de la cour de cassation, des 3 septembre 1809, 27 août et 19 décembre 1810, 30 avril 1811, 21 avril et 17 août 1813, à l'abri de toute espèce d'atteinte; cependant les acquéreurs n'ont pas craint de l'attaquer par un recours en cassation, dont le résultat a été un arrêt du 12 juin 1815, par lequel,

« Ouï le rapport de M. Cassaigne, conseiller, les observations des avocats des parties, et les conclusions de M. Thuriot, avocat-général;

» Vu les art. 538 de la coutume, 126 des *placités* de Normandie, et 217 du Code civil;

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, part. 2, page 110.

BIU Cujas

» Attendu que les lois qui règlent la capacité civile des personnes, saisissent l'individu, et ont leur effet du jour de leur promulgation;

» Qu'en cela, elles n'ont aucun effet rétroactif, parceque l'état civil des personnes étant subordonné à l'intérêt public, il est au pouvoir du législateur de le changer ou modifier selon les besoins de la société, et que l'influence qu'il a sur les biens n'étant qu'un effet de cet état, est subordonnée aux mêmes variations que l'état lui-même;

» Que, d'après les art. 538 de la coutume et 126 des *placités* de Normandie, la disposition de l'art. 127 des mêmes *placités*, portant que la femme séparée de biens ne peut vendre sans permission de justice et avis de parens, les biens qui lui appartenaient lors de la séparation, avait pour objet direct de régler la capacité civile de la femme, et de n'affecter les biens que par suite et conséquence de cette capacité;

» Que le Code civil a introduit un droit nouveau à cet égard, par son art. 217, en disposant que la femme séparée de biens peut aliéner avec le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit; que, par suite, il abroge l'art. 127 des *placités*, qui ne le lui permettait qu'avec avis de parens et permission de justice;

» Que, dans le fait, le contrat de vente dont il s'agit a été passé depuis l'abolition de l'art. 127 des *placités* et sous l'empire du Code, puisqu'il est du 27 thermidor an 13, et que le titre du Code contenant l'art. 217 avait été publié le 16 ventôse an 11;

» Que, dans le fait, la femme de Crotat a consenti cet acte sous l'assistance et l'autorisation de son mari;

» Qu'il suit de là que la vente étant conforme à la loi sous l'empire de laquelle elle a été faite, est valable, quoique consentie sans avis de parens et permission de justice; que cependant l'arrêt l'annulle faute de cette formalité; qu'en cela, il viole formellement l'art. 217 du Code, et fait une fausse application de l'art. 127 des *placités*;

» La cour casse et annulle l'arrêt de la cour d'appel de Rouen, du 8 mai 1813.... (1). »

Mais l'affaire ayant été renvoyée devant la cour royale de Paris pour statuer de nouveau sur l'appel de la dame de Crotat, il y est intervenu, le 18 mars 1816, un arrêt qui a jugé conformément à celui de la cour royale de Rouen,

« Attendu que l'art. 127 des *placités* est général dans son expression, *femme séparée*, et ne fait aucune distinction des femmes séparées par contrat de mariage, d'avec celles qui l'ont été par autorité de justice;

» Que ce statut, qui règle la condition sous laquelle les femmes séparées peuvent aliéner leur fonds dotal, a toujours été reconnu pour statut réel, qui, une fois admis lors du mariage, comme la loi des parties, le régit dans toute sa durée, indépendamment des changemens de législation qui peuvent survenir;

» Et que la disposition du Code civil qui substitue à la condition exigée par les *placités* une condition toute différente, altère le fond du droit, ne règle pas seulement le mode de son exercice, et ne peut, dès-lors, avoir lieu que pour les contrats à venir (1). »

Et vainement les sieurs Martin, Oriot et Lepec ont-ils exercé contre cet arrêt un nouveau recours en cassation : après une discussion contradictoire devant les sections réunies, sous la présidence de M. le garde-des-sceaux ministre de la justice, il a été rendu, au rapport de M. Vergès, sur les conclusions conformes de M. le procureur général Mourre, et à la suite d'un délibéré en la chambre du conseil, un arrêt ainsi conçu:

« Attendu que la prohibition faite à la femme séparée par l'art. 127 des placités, est conçue en termes généraux;

» Que cet article ne fait aucune différence entre la femme séparée judiciairement et la femme séparée volontairement;

» Qu'une disposition spéciale aurait été nécessaire pour exclure la séparation contractuelle; et qu'au lieu d'insérer une pareille disposition, le législateur a compris dans une expression générale les deux espèces de séparation;

» Attendu, en second lieu, que le statut est personnel, lorsqu'il règle directement et indéfiniment la capacité ou l'incapacité générale et absolue des personnes pour contracter;

» Que le statut est réel, au contraire, lorsqu'il a principalement et directement les biens pour objet, et surtout la conservation d'une espèce particulière de biens dans les familles;

» Attendu que le rapprochement des art. 126 et 127 des placités établit la réalité du statut contenu dans ce dernier article;

» Qu'en effet, d'après l'art. 126, la femme normande, séparée de biens, peut vendre et hypothé-

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 17, page 125.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 17, partie 2, page 5.

BIU Cujas

quer, sans aucune espèce d'autorisation, et même sans qu'il y ait lieu au remploi, ses meubles présens et à venir, et les immeubles par elle acquis depuis la séparation ;

» Que, par l'art. 127, au contraire, le législateur, occupé, dans l'intérêt de la femme séparée et de sa famille, de la conservation des biens dotaux et des propres échus par succession depuis la séparation, a formellement prohibé d'aliéner ces biens sans l'avis de parens et la permission de justice ;

» Qu'une prohibition ainsi limitée donne à ce statut un caractère réel, puisqu'il est, au contraire, de l'essence du statut personnel de produire une capacité ou une incapacité indéfinie ;

» Attendu que la réalité du statut contenu dans l'art. 127 des placités résulte, en outre, de la combinaison de cet article avec les art. 539 et 540 de la coutume de Normandie ;

» Qu'en effet, la femme non séparée, dont l'immeuble est aliéné avec l'autorisation maritale, a droit, d'après les art. 539 et 540 de la coutume, à une récompense sur les biens de son mari, et à une action subsidiaire contre l'acquéreur ;

» Que la femme séparée, qui n'a aucun droit ni à cette récompense, ni à l'action subsidiaire, trouve du moins une garantie réelle de ses droits dans la prohibition prononcée par le statut ;

» Attendu enfin qu'en général la réalité des statuts ne peut être surtout méconnue, lorsque l'intérêt des enfans et la conservation d'une espèce particulière de biens dans les familles, ont été bien plus encore l'objet de la sollicitude du législateur que l'intérêt des vendeurs eux-mêmes ;

» Que ce principe, invariablement observé, s'applique naturellement à la cause, puisqu'il est évident, d'après la seconde partie de l'art. 127 des placités, que le législateur s'est bien plus occupé encore de l'intérêt de la famille et des héritiers de la femme normande séparée, que de l'intérêt de la femme elle-même ;

» Qu'en effet, d'après la seconde partie dudit article, quoique la vente des immeubles dotaux et des propres échus par succession depuis la séparation, ait été faite par la femme sans avis de parens et sans permission de justice, le contrat, malgré sa nullité, peut être néanmoins exécuté, du vivant de la femme, sur les meubles et sur le revenu des immeubles, après l'échéance et la mobilisation de ce revenu ;

» Que, dès que ce statut est réel, les dispositions de l'art. 217 du Code civil n'ont porté aucune atteinte aux droits réels acquis lors du mariage en vertu dudit statut ;

» Qu'en le décidant ainsi, la cour royale de Paris, a fait une juste application de l'art. 127 des placités, et n'a violé ni l'art. 223 de la coutume de Paris, ni aucune des dispositions du Code civil ;

» La cour rejette le pourvoi de Martin, Oriot et Lepec contre l'arrêt de la cour royale de Paris, du 18 mars 1816..... (1). »

§. III. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles *Dot*, *Remploi*, §. 7, 8, 9, 10 et 11, et *Société d'acquêts*, §. 2.

RÉGLEMENT DE JUGES. *Page* 287, *col.* 1, *après la ligne* 17 (2), *ajoutez :*

§. V. *Le principe que la demande en règlement de juges contre le jugement qui rejette un déclinatoire n'est plus admissible après le jugement du fond* (3), *est-il applicable lorsque le jugement qui a rejeté le déclinatoire ayant été suivi d'un jugement sur le fond, il a été appelé en même temps de l'un et de l'autre, et qu'ils ont été confirmés tous deux par le tribunal supérieur, sans que l'appelant eût articulé ni plaidé aucun grief contre le second ?*

Cette question s'est présentée, et a été jugée pour l'affirmative dans l'espèce suivante.

En 1813, les sieurs Bresolle frères, domiciliés à Brest, tirent sur le sieur B....., domicilié à Paris, une lettre de change de 10,000 francs, qui est protestée faute d'acceptation.

Le porteur revient sur les frères Bresolles, et les fait assigner devant le tribunal de commerce de Brest.

Les frères Bresolle se fondent sur des lettres missives par lesquelles le sieur B.... s'est obligé d'accepter et d'acquitter leur traite, le font citer en garantie devant le même tribunal.

Le sieur B.... comparaît sur cette citation, et demande son renvoi devant le tribunal de commerce de Paris.

Le 11 mai 1813, premier jugement qui rejette le déclinatoire.

Et le 15 du même mois, jugement définitif qui condamne le sieur B.... au paiement de la traite protestée.

Le sieur B.... appelle de ces deux jugemens,

---

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 19, page 58.

(2) *Page* 500, *col.* 2, *ligne* 33 (2e édition).

(3) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Réglement de juges*, §. 1, n° 5.

BIU Cujas

et cependant ne propose de griefs que contre le second.

Le 18 septembre de la même année, arrêt de la cour d'appel de Rennes, qui, *par les motifs énoncés aux jugemens du tribunal de commerce, déclare B.... sans griefs dans les appellations desdits jugemens.*

Le sieur B ... se pourvoit en réglement de juges devant la cour de cassation. Mais, par arrêt du 12 juillet 1814, au rapport de M. Lassagni, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde,

« Attendu qu'il ne peut plus y avoir lieu à réglement de juges, toutes les fois qu'il n'y a plus de contestation à juger; et que, dans l'espèce, la contestation a été définitivement jugée, tant en première instance qu'en appel....; qu'ainsi, la demande en réglement de juges est non-recevable....;

» La cour déboute le demandeur de sa demande en réglement de juges, et le condamne aux dépens (1). »

Même page et même col., après la ligne 35 (2), *ajoutez :*

RÉINTÉGRANDE. *V.* l'article *Voie de fait.*

RELIGIONNAIRES (Biens des). *Page* 292, *col.* 1, *ligne* 51 (3), *après les mots* l'évinçant, *ajoutez en note :*

Cette assertion est-elle bien exacte? *Voyez* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Prescription*, sect. 1, §. 5, art. 3, n° 8-4°.

REMBOURSEMENT, §. II, *page* 295, *col.* 2, *supprimez les lignes* 29 *à* 32 *et* 33 (4), *jusqu'aux mots* Rentes constituées; *après quoi continuez ainsi :*

La négative n'était pas douteuse par rapport aux rentes foncières, avant qu'elles fussent converties, par la loi du 11 brumaire an 7, en créances purement hypothécaires (5): elle était formellement consacrée par l'art. 7 du tit. 2 de la loi du 18-29 décembre 1790?

Mais comment la question doit-elle être résolue, et pour les rentes ci-devant foncières depuis la loi du 11 brumaire an 7, et pour les rentes constituées à prix d'argent?

Elle s'est présentée, etc.

Page 296, *col.* 1, *à la fin de la ligne* 32 (1), *ajoutez en note :*

J'aurais dû ajouter ici que d'ailleurs la loi du 11 brumaire an 7 avait effacé toutes les différences qui existaient précédemment entre les rentes foncières et les rentes constituées.

Même page, col. 2, *ligne* 29, (2) *après le mot* muette, *ajoutez en note :*

l'est encore aujourd'hui? *V.* les observations placées à la suite des conclusions du 11 vendémiaire an 10, que je vais rapporter.

Page 299, *col.* 2, *ligne* 32 (3), *supprimez-en les mots* la demande, *et tout ce qui suit jusqu'à la fin de l'alinéa, et substituez-y ce qui suit :* le moyen de cassation que le sieur Brigaud tirait des lois des 15 germinal an 4, 9 fructidor an 5, 26 brumaire et 16 nivôse an 6; mais elles l'ont été en tant qu'elles tendaient au rejet de ses autres moyens de cassation. Voici les termes de l'arrêt :

« Ouï le rapport, etc.

Page 300, *col.* 1, *après la ligne* 26 (4), *ajoutez :*

Du reste, les doutes qui existaient avant le Code civil sur la validité dite des remboursemens faits aux administrateurs des hospices et des fabriques, paraissent levés par un principe qui découle des dispositions des art. 482 et 1549 de ce Code. En effet, dès que, comme l'établit le premier de ces articles, le remboursement fait d'un capital mobilier entre les mains d'un mineur émancipé, assisté de son curateur, est valable sans l'autorisation de la justice; dès qu'aux termes du second, le mari a droit, en qualité d'administrateur des biens dotaux de la femme, de recevoir seul le remboursement des capitaux qui font partie de ces biens, il est clair que toucher le remboursement d'un capital mobilier, ce n'est, aux yeux du législateur, qu'un acte d'administration, et que par conséquent les administrateurs des hospices et des fabriques n'ont pas besoin du concours de l'autorité administrative supérieure pour recevoir le remboursement des capitaux dus à ces établissemens.

Au surplus, *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Hôpital*, §. 2.

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 14, page 172.

(2) *Tome* 6, *page* 665, *col.* 2, *ligne* 9 (2e édition).

(3) *Page* 305, *col.* 2, *ligne* 36 (2e édition).

(4) *Page* 309, *col.* 1, *lignes* 6 et 7 (2e édition).

(5) *V.* l'article *Emphytéose*, §. 5, n° 4, et l'article *Rente foncière*, §. 1, n° 3.

(1) *Même page*, *col.* 2, *ligne* 3 (2e édition).

(2) *Même page et même col.*, *ligne pénultième.*

(3) *Page* 312, *col.* 2, *ligne* 57 (2e édition).

(4) *Page* 313, *col.* 1, *ligne* 46 (2e édition).

BIU Cujas

§. II. *La femme mariée sous le régime dotal a-t-elle qualité, lorsqu'elle est séparée de biens, pour recevoir le remboursement de sa dot mobilière, sans que le débiteur soit tenu de veiller au remploi qu'elle en doit faire?*

V. l'article *Remploi*, §. 7.

REMPLOI. *Même page, col.* 2, *supprimez les mots* la rente, *de la ligne* 11, *ainsi que les lignes* 12, 13 *et* 14 (1), *et substituez-y ce qui suit :* Que, dans l'ancienne jurisprudence et avant que les rentes foncières fussent assimilées aux rentes constituées à prix d'argent, la rente viagère stipulée par un tel acte, n'était pas moins foncière que ne l'eût été, à cette époque, une rente perpétuelle à la charge de laquelle un bien eût été aliéné. *V.* les articles *Bail à rentes*, etc.

Page 323, *col.* 2, *supprimez la ligne* 33 (2), *et substituez-y ce qui suit :*

§. VII. *Quel est, par rapport à l'aliénabilité ou l'inaliénabilité des biens propres à la femme mariée sous le régime de la communauté, l'effet de la clause du contrat de mariage, par laquelle il est stipulé que ces biens ne pourront être aliénés qu'à charge de remploi? En résulte-t-il que la femme peut les aliéner avec le concours de son mari, d'une manière qui exclue la possibilité que le remploi en soit fait à son profit sur le prix de la vente, et qui ne lui laisse, pour obtenir ce remploi, qu'une action contre son mari? En résulte-t-il par conséquent qu'elle peut, avec l'autorisation de son mari, les hypothéquer à un tiers envers lequel son mari et elle s'obligent solidairement, et que ce tiers peut les faire vendre sur elle par expropriation forcée?*

Cette question en renferme deux :

La première, si, par la clause dont il s'agit, les biens propres de la femme mariée sous le régime de la communauté, sont assimilés aux biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal, qui, par le contrat de mariage, sont stipulés aliénables moyennant remploi.

La seconde, si, à défaut de remploi, les biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal, qui, par le contrat de mariage, ont été stipulés aliénables moyennant remploi, l'aliénation de ces biens est valable à l'égard des tiers au profit desquels elle est faite.

On verra au §. suivant que, sur la seconde de ces questions, la négative n'est pas douteuse.

Il ne s'agit donc plus que de savoir si, en se mariant sous le régime de la communauté, deux époux peuvent, par leur contrat de mariage, rendre communes aux propres de la femme les règles desquelles dépend, à l'égard des femmes mariées sous le régime dotal, l'aliénabilité ou l'inaliénabilité de leurs biens dotaux.

Et pourquoi ne le pourraient-ils pas? En se mariant sous le régime de la communauté, ils conservent, aux termes de l'art. 1497 du Code civil, la faculté de *modifier* ce régime *par toute espèce de convention non contraire aux art.* 1387, 1388, 1389 et 1390. Or, il n'y a pas un mot dans ces quatre articles, qui leur interdise une pareille convention. Rien ne peut donc empêcher qu'elle n'ait son plein effet. *Objecterait-on* (dit M. Toullier, tome 12, n° 7) *qu'elle pourrait devenir un moyen de fraude contre les tiers de bonne foi qui auraient acquis dans l'ignorance du contrat de mariage de la femme et de ce qu'il contient? Mais la prudence leur permettait-elle d'acquérir, sans le connaître et sans se le faire représenter? La même objection peut se reproduire contre l'inaliénabilité des biens de la femme sous le régime dotal, en faveur de ceux qui auraient acquis dans l'ignorance du contrat de mariage, et qui n'en sont pas moins exposés à voir révoquer l'aliénation* (article 560). *Vainement allégueraient-ils leur ignorance : ce n'est qu'à eux-mêmes, qu'à leur imprudence, qu'ils la doivent imputer. L'inaliénabilité des immeubles de la femme, stipulée par le contrat de mariage, sous le régime de la communauté, doit donc produire les mêmes effets que l'inaliénabilité des biens dotaux établie par le Code.*

Ainsi, nul doute que, dans le cas proposé en tête de ce paragraphe, l'hypothèque consentie par la femme sur ses biens propres, en faveur du créancier de son mari, ne soit nulle, et que les poursuites en expropriation forcée, qui en sont la conséquence, ne le soient également.

Et c'est effectivement ce que juge un arrêt de la cour de cassation dont voici l'espèce :

Le sieur Rivière-Lanoé et la demoiselle Duboulay, mariés sous le Code civil, à la suite d'un contrat de mariage par lequel, après avoir stipulé que leurs meubles respectifs et les acquêts qu'ils pourront faire, entreront en communauté, ils ajoutent, art. 6 : *les immeubles qui appartiennent et écherront aux futurs époux, leur demeureront respectivement*

(1) *Tome* 6, *page* 665, *col.* 2, *ligne* 48 (2e édition).

(2) *Page* 335, *col.* 1, *ligne* 5 (2e édition).

BIU Cujas

propres, sans néanmoins que cette stipulation puisse faire considérer ceux de la future comme dotaux, parce (*bien entendu*) *qu'*ils pourront être aliénés pendant le mariage, à la charge d'un bon et valable remplacement.

Le 20 mai 1814, le sieur Rivière-Lanoé s'oblige envers la demoiselle Rivière, sa nièce et sa co-héritière dans la succession de son père, à payer toutes les dettes de cette succession, moyennant l'abandon qui lui est fait de toutes les créances.

La dame Rivière-Lanoé intervient dans l'acte, comme caution de son mari, et consent que des inscriptions soient prises sur ses propres biens, pour sûreté de l'obligation qu'il contracte envers sa nièce.

En 1818, la demoiselle Rivière obtient contre son oncle un jugement qui le condamne à remplir cette obligation; et ce jugement passé en force de chose jugée, elle en poursuit l'exécution par une saisie immobilière qu'elle fait pratiquer sur les biens qui lui ont été hypothéqués par la dame Rivière-Lanoé.

Celle-ci s'oppose à l'expropriation : elle soutient qu'à la vérité ses biens propres ne sont pas inaliénables, mais qu'aux termes de son contrat de mariage, ils ne peuvent être aliénés qu'à charge de remploi; que, tant que le remploi n'est pas effectué, elle ne peut, ni les aliéner, ni par conséquent les hypothéquer; qu'ainsi ils ne sont point passibles d'une saisie immobilière.

Le 14 novembre 1818, jugement du tribunal de première instance de Mortagne, qui, sans s'arrêter à l'opposition de la dame Rivière-Lanoé, ordonne que les poursuites seront continuées,

« Attendu, en droit, que, dès qu'il a été convenu par le contrat de mariage, que les biens de la femme ne pourraient pas être considérés comme dotaux inaliénables, et que, loin de se soumettre au régime dotal, les parties ont adopté celui de la communauté, la dame Rivière-Lanoé n'est pas recevable à prétendre que ses biens n'ont pu être hypothéqués et engagés par elle, et qu'ils ne peuvent être saisis et vendus sur elle;

» Que la clause de stipulation de propre ne peut opérer cet effet; que la clause de bon et valable remplacement ne peut aussi empêcher et arrêter l'aliénation;

» Que, si elle donne ouverture, en faveur de la femme, à une action contre son mari pour le forcer à ce remplacement, elle ne peut arrêter ni suspendre l'action des créanciers envers lesquels elle s'est obligée et a engagé ses biens qui sont aliénables par leur nature et déclarés tels par son contrat de mariage. »

Appel, de la part de la dame Rivière-Lanoé et de son mari, à la cour royale de Caen; et le 27 janvier 1819, arrêt, par lequel,

« Considérant qu'il fut, à la vérité, stipulé que les biens alors possédés par ladite demoiselle Duboulay, ou qui lui écherraient dans la suite, ne seraient point régis par le régime dotal et pourraient être aliénés par le mari; mais que cette stipulation ne fut faite que sous la condition expresse de remplacement au profit de ladite demoiselle Duboulay; que cette stipulation n'a pu être ignorée par ladite demoiselle Rivière, puisque la date du contrat de mariage de ladite demoiselle Duboulay fut énoncée dans la transaction du 20 mai 1814, et que le nom du notaire dépositaire de la minute est indiqué dans ladite transaction;

» Considérant, en droit, que les clauses employées au contrat de mariage doivent être exécutées rigoureusement; que priver la demoiselle Duboulay du remplacement de ses biens, sauf son recours sur son mari, ce serait la traiter comme si elle se fût mariée absolument sous le régime de la communauté, et écarter la clause de rigueur énoncée dans son contrat de mariage;

» Considérant que c'est argumenter à tort de ce que les biens de la demoiselle Duboulay n'ont point été placés sous le régime dotal, de dire qu'ils peuvent être aliénés au mépris de la clause et sans la condition y stipulée; que tout ce qui peut résulter de ce que les biens de la demoiselle Duboulay ont été affranchis du régime dotal, c'est qu'ils peuvent être aliénés, hors des cas déterminés par l'art. 1558 du Code civil, et sans avoir recours aux formalités prescrites par cet article; mais que cela ne peut autoriser l'aliénation sans remploi;

» Qu'ainsi, le cautionnement consenti par la demoiselle Duboulay, valable en lui-même, ne peut avoir l'effet d'autoriser la demoiselle Rivière à l'exproprier de ses biens personnels; d'où il suit que le tribunal du jugement duquel est appel, devait accueillir la revendication faite par ladite demoiselle Duboulay;

» La cour royale de Caen infirme le jugement du tribunal de Mortagne, et annulle la saisie immobilière, ainsi que l'hypothèque consentie par la dame Rivière-Lanoé, et les inscriptions prises en conséquence par la demoiselle Rivière. »

La demoiselle Rivière se pourvoit en cassation contre cet arrêt : elle l'attaque comme violant l'article 2011 du Code civil, aux termes duquel *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même;* et pour prouver qu'il le viole en effet, elle reproduit tous les motifs du jugement de première instance.

Mais par arrêt du 22 novembre 1820, au rapport

BIU Cujas

de M. Liger de Verdigny, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu que la solution de la question qui divisait les parties dépendait uniquement du sens et de l'entente à donner à l'art. 6 du contrat de mariage de Louise Duboulay, femme Rivière; que la cour royale de Caen, en décidant *que la permission d'aliéner ne pouvait être séparée de l'obligation expresse imposée au mari, de faire incontinent le remplacement du prix de la vente*, a fait une juste interprétation de la clause portée au contrat de mariage;

» Attendu d'ailleurs qu'en supposant que cette interprétation fût erronée, elle échappe à la censure de la cour;

» Par ces motifs, la cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (1). »

§. VIII. 1°. *Lorsque, par les conventions matrimoniales de deux époux mariés sous le régime dotal, il est stipulé que les biens dotaux de la femme pourront être aliénés moyennant remploi, la vente qui se fait de ces biens, pendant le mariage, sans remploi actuel, est-elle valable à l'égard de l'acquéreur, sauf à la femme à se pourvoir contre son mari pour le remploi qui lui est dû?*

2°. *Si elle est nulle, la femme est-elle recevable à en faire prononcer la nullité avant la dissolution du mariage, ou du moins tant qu'elle n'a pas obtenu la séparation de biens, dans le cas prévu par l'art.* 1563 *du Code civil?*

3°. *Le mari qui, par le contrat de vente, a pris le remploi à sa charge, est-il recevable à attaquer l'aliénation pendant le mariage?*

4°. *Si la femme se pourvoyait en révocation avant la dissolution du mariage, mais après avoir obtenu la séparation de biens, pourrait-elle être déclarée non-recevable, sur le fondement qu'elle n'a pas préalablement épuisé l'action qu'elle a contre son mari, pour l'obliger au remploi de l'immeuble aliéné?*

I. Que font les époux qui, en se mariant sous le régime dotal, stipulent que les biens dotaux pourront être aliénés moyennant remploi? Ils dérogent sans doute à la disposition générale de l'art. 1554 du Code civil, suivant la faculté que leur en accorde l'art. 1557; mais ils n'y dérogent que sous la condition qu'il sera fait remploi des biens aliénés. Or, cette condition ne peut, comme le dit expressément l'arrêt de la cour de cassation, du 22 novembre 1820, rapporté au §. précédent, être séparée de la permission à laquelle le contrat de mariage l'a apposée. Donc, tant qu'elle n'est pas remplie, la permission d'aliéner reste en suspens. Donc jusqu'alors les biens dotaux demeurent inaliénables, comme si le contrat de mariage n'avait pas modifié, en vertu de l'art. 1557, la disposition générale de l'art. 1544. Donc notre première question ne peut évidemment être résolue que pour la négative.

Mais, et ceci va répondre à la seconde question, si les conventions matrimoniales n'avaient pas modifié la disposition de l'art. 1554, et si, en conséquence, les biens dotaux étaient restés absolument inaliénables, la femme serait-elle recevable à en faire révoquer l'aliénation avant la dissolution du mariage, ou du moins avant la séparation de biens? L'art. 1560 établit nettement que non. Elle ne l'est donc pas non plus à faire révoquer, avant l'une ou l'autre époque, l'aliénation qui a été faite en vertu de la dérogation apportée conditionnellement par le contrat de mariage à la disposition de l'art. 1554.

Reste la troisième question, et l'on pressent d'avance qu'elle ne peut être résolue que contre le mari, qui, par cela seul qu'il s'est chargé, par le contrat de vente, du remploi de l'immeuble aliéné, n'est pas recevable à en critiquer la suffisance et la solidité.

C'est ainsi que ces trois questions ont été jugées dans l'espèce suivante, par un arrêt de la cour royale de Rouen, contre lequel on s'est vainement pourvu en cassation.

Le 13 février 1811, mariage des sieur et dame Houssaye sous le régime dotal.

Par l'art. 5 des conventions matrimoniales, il est stipulé que tous les biens de la femme *lui tiendront nature de dot, en son nom, côté et ligne, et que néanmoins ils seront aliénables, moyennant remplacement ou remploi suffisant.*

Le 27 septembre 1817, les sieur et dame Houssaye vendent au sieur Duparc un immeuble dotal, dont le prix est fixé à 2,400 francs, et au remploi duquel il est pourvu par une clause du contrat ainsi conçue : *Le sieur Houssaye déclare* remplacer *les 1,200 francs par lui reçus du sieur Duparc, pour moitié du prix, et il s'est obligé de* remplacer *les 1,200 francs restans, lorsqu'il les aura reçus, sur tous ses biens présens et à venir, et spécialement sur une maison à usage de plâtrerie, sur laquelle il consent inscription hypothécaire, tant au profit de son épouse qu'au profit de l'acquéreur, cette inscription subsistant jusqu'à ce que le prix de la présente vente soit remployé en acquisition*

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 21, page 404.

BIU Cujas

d'autres immeubles, au nom personnel de la dame Houssaye.

Le 18 septembre 1818, les sieur et dame Houssaye forment contre le sieur Duparc une demande en résolution de la vente, qu'ils fondent sur l'inaccomplissement de la condition sous laquelle leur contrat de mariage leur permettait d'aliéner un bien qui, de sa nature, était inaliénable.

Le sieur Duparc répond que la dame Houssaye ne peut, d'après l'art. 1560 du Code civil, être admise, quant à présent, à former cette demande; et que le mari y est également non-recevable, parce qu'il ne peut pas se prévaloir de l'inaccomplissement d'une condition de laquelle il s'est lui-même chargé par le contrat de vente, tant envers sa femme qu'envers l'acquéreur.

Le 12 février 1820, jugement du tribunal de première instance de Rouen, qui accueille la fin de non-recevoir opposée par le sieur Duparc à la dame Houssaye, mais déclare la demande en résolution recevable et fondée de la part du mari, *attendu que le remplacement, condition* sine quâ non, *de la faculté d'aliéner, stipulée par le contrat, sur les biens du mari, n'est pas celui entendu par la loi et par le contrat de mariage*, et en conséquence condamne le sieur Duparc à délaisser l'immeuble dont il s'agit au sieur Houssaye, qu'il condamne en même temps à lui en restituer le prix.

Le sieur Duparc appelle de ce jugement; et le 22 juin 1820, arrêt par lequel,

« Considérant que les époux Houssaye se sont mariés sous le régime dotal; que, sous ce régime, l'immeuble dotal est inaliénable, principe consacré par l'art. 1554 du Code civil;

» Que l'art. 1557, par exception à cet article, autorise l'aliénation, lorsque la faculté en est accordée par le contrat de mariage;

» Que, s'il a été permis aux époux de déroger à la règle d'une manière absolue, il ne leur a pas été défendu de n'y déroger qu'en partie et sous certaines conditions et restrictions; et que, quand la faculté d'aliéner n'a été stipulée que sous une condition déterminée, nulle autre aliénation ne peut être valable que celle faite sous l'accomplissement de cette condition;

» Que, par l'art. 5 du contrat de mariage des époux Houssaye, la faculté de l'aliénation de l'immeuble dotal de la femme n'a été permise que sous la condition du remplacement;

» Que ce mot *remplacement* a la même signification que le mot *remploi* dans les anciens pays de droit écrit et de droit coutumier; que son effet est de substituer l'immeuble acquis à l'immeuble vendu; de telle sorte que le premier prenne à l'instant même le caractère et les attributs de celui qu'il remplace; qu'en un mot, il devient dotal comme il l'était; que, pour opérer cet effet, il faut le concours de trois circonstances: 1° que l'acquisition de l'immeuble substitué soit faite au nom de la femme; 2° qu'il y ait déclaration dans le contrat que l'immeuble acquis a été payé des deniers de la femme, provenant de l'immeuble vendu; 3° déclaration formelle de l'acceptation de la femme;

» Que l'acte de vente ne contient aucune de ces trois circonstances; que le remplacement offert à la femme, et qu'on lui a fait accepter, n'est point un remploi légal, mais une affectation par hypothèque sur les biens du mari, et spéciale sur un corps de bâtiment, dont l'effet serait, pour elle, de n'obtenir qu'une récompense en deniers, comme dans le régime de la communauté, au lieu d'un immeuble réel qui lui est dû sous le régime dotal; que, dans une autre clause, il y a bien promesse à la femme de lui fournir un remplacement légal, mais que cette promesse illimitée pourrait devenir illusoire pour elle, par la renonciation, au respect de l'acquéreur, par une clause subséquente;

» Que néanmoins il demeure constant que le mari a contracté, tant au respect de son épouse qu'à l'égard de l'acquéreur, l'obligation précise de fournir un remplacement légal en immeubles; que Houssaye ne peut pas se faire un titre de l'inexécution de son obligation personnelle, pour demander en son nom la révocation de la vente de l'immeuble dotal aliéné; que conséquemment son action doit être rejetée, *sans préjudice du droit de révocation de la femme, nonobstant toute renonciation, contre l'acquéreur même, à défaut de remploi lors de la dissolution du mariage, ou en cas de séparation de biens*, et sauf à l'acquéreur à faire contraindre le mari à fournir remplacement, par action principale; »

La cour royale de Rouen infirme le jugement de première instance, déclare le sieur Houssaye non-recevable dans sa demande en résolution, et le condamne aux dépens; mais réserve à la dame Houssaye tous ses droits de révocation, dans le cas où il ne lui serait pas fourni un remploi légal, et réserve pareillement au sieur Duparc le droit de contraindre le mari à fournir ce remploi.

Le sieur Houssaye se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant les art. 1434, 1435 et 1554 du Code civil. L'immeuble dotal, dit-il, est, par sa nature, inaliénable; à la vérité; il est permis aux époux de stipuler, par leurs conventions matrimoniales, qu'il pourra être aliéné moyennant remploi; mais pour que l'on puisse se prévaloir de cette stipulation, il faut que l'on exécute la condition qui y est inhérente; il faut par conséquent que l'on effectue le remploi, et qu'on l'effectue sur-

BIU Cujas

le-champ; il faut, en un mot, que l'immeuble acquis avec le prix de la vente, soit à l'instant même substitué à l'immeuble vendu. La femme ne peut pas se contenter d'une promesse de remploi. L'engagement personnel que prend le mari, de remployer le prix de la vente, ne change rien à la nature de la convention matrimoniale. Or, dans l'espèce, le remploi a bien été promis, mais il n'a pas été effectué sur-le-champ. La cour royale de Rouen devait donc annuler la vente; et en ne le faisant pas, elle a ouvertement violé les articles cités du Code civil.

Mais par arrêt du 29 janvier 1822, au rapport de M. Lecoutour, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu que l'arrêt a pu, dans l'espèce, déclarer le demandeur non-recevable dans son action, dès qu'il a conservé à la femme Houssaye, ainsi qu'à Duparc, acquéreur du bien dotal, tous les droits pour exiger, conformément à la loi, le remplacement de l'immeuble vendu; qu'ainsi, l'arrêt n'est point en contravention aux articles du Code invoqués par le réclamant;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi... (1). »

II. Sur la quatrième question, la négative, énoncée comme constante dans l'arrêt de la cour royale de Rouen, du 22 juin 1820, rapporté au numéro précédent, a été formellement consacrée par un arrêt de la cour de cassation, dans une espèce qui, à la vérité, ne devait pas être jugée d'après les art. 1554 et 1557 du Code civil, mais qui devait l'être d'après une ancienne loi et une ancienne jurisprudence conformes à ces articles.

Dans le contrat de mariage des sieur et dame Chaumeil, passé avant le Code civil, et sous l'empire de la coutume d'Auvergne qui régissait tous leurs biens, il se trouvait une clause ainsi conçue: *La future épouse se constitue tous ses biens présens et à venir, de même que le domaine qui vient de lui être donné* (par ses père et mère), *sous réserve cependant qu'elle se fait, nonobstant la puissance maritale, comme bien paraphernal, le* pouvoir et la faculté *de traiter, transiger avec son frère, tant sur l'objet de la donation ci-dessus, que de tous ses autres droits de famille, même de vendre et aliéner lesdits biens et droits, en présence, néanmoins, et de concert, dans tous les cas, avec le futur époux, lequel sera tenu de faire emploi du prix qui en proviendra à d'autres acquisitions.*

Le 22 décembre 1808, jugement qui prononce la séparation de biens des époux.

Le 19 novembre 1819, la dame Chaumeil, prenant la qualité de femme séparée, vend au sieur Duroux une pièce de terre, dont le prix est fixé à la somme de 5,500 francs, qu'elle reconnaît avoir reçue.

Quelque temps après, elle réclame contre cette vente, et elle en demande la nullité pour défaut de remploi.

Le sieur Duroux répond que la vente ne peut pas être annulée sous le prétexte d'un défaut de remploi, qu'il ne tient qu'à elle de faire réparer par son mari, ou de réparer elle-même, puisqu'elle a entre les mains le prix qui lui a été payé; et il conclud subsidiairement à la restitution de ce prix.

Jugement du tribunal de première instance de Mauriac, qui rejette la demande en nullité.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour royale de Riom, qui déclare la vente nulle, et déboute le sieur Duroux de ses conclusions subsidiaires en restitution du prix,

« Attendu que la stipulation du contrat de mariage donnait bien le caractère de paraphernalité à la faculté de vendre, mais que les biens ne devenaient pas parraphernaux, et qu'ils restaient toujours dotaux; que néanmoins, malgré ce caractère de biens dotaux, la femme Chaumeil pouvait les aliéner, mais que cette faculté était conditionnée d'un emploi du prix pour sûreté de la femme, et qu'il n'y a pas eu d'emploi, ni paiement de dettes personnelles de la femme;

» En ce qui touche la demande en restitution des 5,500 francs:

» Attendu que la vente étant nulle, tout ce qui en était la conséquence devait aussi être nul; que la mention dans l'acte que le prix en a été touché par la femme était un moyen indirect de faire perdre à la femme ses biens, contre la stipulation du contrat de mariage; que c'est là une fraude, ayant eu pour objet de faire profiter le mari du prix, sans être responsable. »

Le sieur Duroux se pourvoit en cassation, et fait valoir deux moyens:

« 1° Violation des art. 1157, 1450 et 2135 du Code civil. Dans l'espèce, l'aliénation était permise par le contrat de mariage. Il est vrai que le remploi n'a pas eu lieu; mais le mari, ayant été présent, est garant envers sa femme (art. 1450 et 2135); les droits de celle-ci étaient donc protégés, et c'est à tort que la cour royale a vu une fraude dans la mention de réception du prix par la femme.

» D'ailleurs, la vente et la condition d'emploi sont deux choses différentes; et tout ce qui résulte

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1822, page 168.

BIU Cujas

du défaut d'emploi, c'est que l'acquéreur paiera une seconde fois.

» 2°. Violation des art. 1576 et 1449 du Code civil, en ce que la demande en restitution a été rejetée, quoique la femme, comme séparée de biens, pût vendre son mobilier et s'obliger sur ses revenus à la restitution. »

Mais par arrêt du 9 novembre 1826, au rapport de M. Pardessus, et sur les conclusions de M. de Vatimesnil, avocat-général,

« Attendu que la circonstance de la séparation de biens ne change pas la nature de la dotalité des biens d'une femme, ce qui fait qu'elle doit être écartée;

» Attendu que le contrat de mariage des époux Chaumeil déclarait les biens de la femme dotaux, et seulement les déclarait aliénables sous la condition de remploi du prix; que celui qui veut acquérir les biens propres d'une femme engagée dans les liens du mariage, doit s'assurer, par l'inspection du contrat de mariage, si les biens sont dotaux ou paraphernaux, et, au premier cas, à quelles conditions l'aliénation en a été autorisée;

» Qu'ainsi, en annulant la vente, l'arrêt dénoncé s'est conformé à la fois aux dispositions de la coutume d'Auvergne et aux clauses du contrat de mariage;

» Attendu, en ce qui concerne la dispense de restitution du prix prononcée au profit de la femme, que la cour dont l'arrêt est dénoncé, a déclaré que le paiement de ce prix à la femme seule avait été le résultat d'une fraude dont le demandeur était complice; que le dol et la fraude font exception à toutes les règles; et que l'arrêté dénoncé, en ne prononçant pas la condamnation d'une somme qui, d'après les faits constatés, ne paraissait point avoir tourné au profit de la femme, a fait une juste application des règles du droit;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1). »

Cet arrêt juge nettement, comme l'on voit, que la dame Chaumeil était recevable, par cela seul qu'elle était séparée de biens, à intenter son action révocatoire, quoiqu'elle n'eût pas préalablement épuisé l'action en remploi qu'elle avait contre son mari; il juge par conséquent que, dans la position où elle se trouvait, il suffisait, pour faire accueillir son action révocatoire, que le remploi, quoique encore possible, ne fût pas effectué au moment où elle intentait cette action.

L'opinion contraire avait été professée, l'année précédente, par la cour royale de Grenoble, dans les motifs d'un arrêt que l'on trouvera au §. suivant; mais je la crois mal fondée.

Qu'importe, en effet, que, tant que le mariage subsiste, la nullité de la vente faite sans remploi actuel, puisse être couverte par un remploi postérieur? Il résulte sans doute de là que, si le remploi était effectué avant l'action révocatoire de la femme séparée de biens, il formerait un obstacle insurmontable à l'exercice de cette action; mais pour en conclure ultérieurement que la seule possibilité d'un remploi postérieur suffit pour rendre cette action non-recevable quant à présent, il faudrait aller jusqu'à dire que la femme est, quant à présent, réduite à ne jouir ni de ses biens dotaux, dont elle a permis l'aliénation par son contrat de mariage, ni du remplacement qui lui a été promis; système trop choquant par lui-même et trop contraire, tant à l'esprit du contrat de mariage, qu'au but de la séparation de biens autorisée par l'art. 1563 du Code civil, pour qu'il puisse être soutenu sérieusement.

Ajoutons que, dans ce système, la femme qui aurait hypothéqué aux créanciers de son mari un bien dotal dont elle aurait, par son contrat de mariage, permis l'aliénation moyennant remploi, serait forcée de laisser vendre ce bien par expropriation forcée pendant le mariage, parceque son mari serait envers elle débiteur du remploi, et qu'il ne tiendrait qu'à elle de le faire condamner à l'effectuer. Or, on a vu plus haut, §. 7, que le contraire est formellement jugé par l'arrêt de la cour de cassation, du 22 novembre 1822.

§. IX. 1° *La femme dont les immeubles dotaux ont été, par le contrat de mariage, stipulés aliénables moyennant remploi, a-t-elle, pour le remploi de ceux qui ont été aliénés pendant le mariage, et dont le prix n'est pas employé, une hypothèque légale sur tous les biens de son mari?*

2° *Peut-elle exercer l'action résultant de cette hypothèque, avant la dissolution du mariage, et quel est alors l'effet de cette action?*

I. La raison de douter, sur la première question, est que, dans le cas dont il s'agit, la femme a une action pour faire révoquer l'aliénation, et que par conséquent elle n'a pas besoin d'hypothèque pour en obtenir le remploi.

Mais, d'une part, l'action révocatoire ne suffit pas toujours à la femme pour mettre ses intérêts à couvert. Qu'arriverait-il, en effet, si l'immeuble dotal aliéné sans remploi se trouvait, à la dissolution du mariage, ou dégradé par un acquéreur insolvable, ou enrichi par un acquéreur opulent, d'améliorations que la femme serait hors d'état de rem-

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, tome 27, 1re partie, page 43.

BIU Cujas

bourser? Il est évident que, ni dans l'un ni dans l'autre cas, l'action révocatoire ne produirait en faveur de la femme les effets que la loi a voulu en faire résulter; que, dans le premier, elle serait ou pourrait être entièrement illusoire, et que, dans le second, elle réduirait la femme, par la force des choses, à ne récupérer, au lieu de son fonds dotal, qu'une somme d'argent.

D'un autre côté, la disposition de l'art. 2135 du Code civil qui accorde à la femme une hypothèque sans inscription sur tous les biens de son mari, *pour sa dot, pour ses conventions matrimoniales et pour le remploi de ses propriétés aliénées*, est trop générale pour que l'on puisse en excepter le cas où la femme peut, par une action révocatoire, faire rentrer dans sa main ceux de ses biens dotaux qui ont été aliénés sans que le mari ait exécuté la promesse qu'il avait faite par le contrat de mariage d'en remployer le prix.

M. Grenier, dans son *Traité des Hypothèques*, n° 269, s'élève contre un arrêt de la cour de cassation, du 24 juillet 1821 (1), qui juge, en cassant un arrêt de la cour royale d'Amiens, qu'en cas d'aliénation des biens dotaux que le contrat de mariage avait laissés dans leur état naturel d'inaliénabilité absolue, le droit qu'aura la femme, après la dissolution du mariage, de faire révoquer la vente, ne la prive pas de celui de se faire colloquer, du vivant de son époux, comme créancière du remploi de ces biens, dans l'ordre du prix des immeubles vendus, sur celui-ci, par expropriation forcée. Je n'examine pas si la critique que fait M. Grenier de cet arrêt est fondée; mais je dis, et il est évident, qu'elle est inapplicable au cas dont je m'occupe ici, puisqu'alors il y a, de la part du mari, promesse formelle de remploi dans le contrat de mariage, et que par conséquent l'art. 2135 du Code civil affecte, de plein droit et sans inscription, les biens du mari à l'exécution de cette promesse; c'est même, comme on le verra au n° suivant, ce que décide formellement un arrêt de la cour royale de Grenoble, du 30 juin 1825.

II. L'hypothèque légale de la femme pour le remploi de ses biens dotaux aliénés, ne serait souvent qu'un droit illusoire, si l'effet ne pouvait pas en être réclamé par la femme avant la dissolution du mariage, puisqu'une fois que les immeubles du mari seraient vendus et que le prix en serait distribué, elle serait irrévocablement purgée au profit des acquéreurs (2). Il faut donc bien que la femme puisse, avant la dissolution du mariage, se présenter à l'ordre des immeubles de son mari, et y requérir sa collocation.

Elle a certainement qualité pour cela, lorsqu'elle a préalablement obtenu la séparation de biens; et elle l'a également dans le cas contraire, parceque, comme on le verra dans un instant, ce n'est et ne peut être de sa part qu'une mesure conservatoire.

Mais quel sera l'effet de la collocation qu'elle obtiendra dans l'ordre?

Un grand principe doit ici nous servir de guide: c'est que la femme ne peut pas, tant que le mariage subsiste, et n'importe qu'elle soit séparée de biens ou qu'elle ne le soit pas, renoncer à son action révocatoire, et convertir en une somme mobilière le droit qu'elle a de rentrer, par cette voie, dans son fonds dotal. Or, ce principe serait évidemment violé, si la collocation était définitive, et si, en conséquence, la femme en touchait le montant, puisque, ne pouvant obtenir à la fois et la chose et le prix, il lui serait impossible de conserver son action révocatoire, alors qu'elle recevrait le prix de son fonds dotal aliéné. Il faut donc nécessairement que la collation ne soit que provisoire et conditionnelle, et par conséquent, comme l'explique fort bien l'arrêt de la cour de cassation, du 24 juillet 1821 (qui, par-là même, me paraît répondre suffisamment à la critique qu'en fait M. Grenier, *c'est aux tribunaux, après avoir colloqué la femme au rang que la loi lui assigne, à pourvoir à ce que les fonds lui soient conservés, jusqu'à l'instant où* (devenue, par la dissolution du mariage, capable de renoncer à son action révocatoire, ou trouvant à acquérir, du vivant de son mari, un immeuble propre à remplacer son fonds dotal aliéné), *elle pourra les recevoir et en donner quittance, soit en autorisant l'acquéreur à les retenir dans ses mains, soit en ordonnant tout autre emploi qui mette en sûreté la créance de ladite femme.* »

Et c'est effectivement ce que juge l'arrêt de la cour royale de Grenoble dont je viens de parler. Voici l'espèce dans laquelle il a été rendu.

Le 8 février 1813, contrat de mariage entre les sieur et dame Deleytermoz, par lequel, adoptant le régime dotal, la future épouse donne au futur époux pouvoir de vendre et aliéner les biens qu'elle se constitue en dot, et d'en recevoir le prix, à la charge de le remployer en acquisition d'autres immeubles.

En 1815, 1818 et 1819, le mari vend divers immeubles dotaux de sa femme, et n'en remploie pas le prix.

Quelque temps après, il est exproprié de ses biens.

Sa femme obtient un jugement de séparation, et

(1) *V.* le Bulletin civil de la cour de cassation, tome 22, page 224.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Saisie immobilière*, §. 6, art. 1, n° 15.

BIU Cujas

se présente à l'ordre, comme créancière du remploi de ses immeubles dotaux aliénés.

Les créanciers inscrits s'opposent à sa collocation, sous le prétexte que les ventes de ses biens sont nulles faute de remploi, et qu'il ne tient qu'à elle d'exercer son action révocatoire contre les acquéreurs.

Ordonnance du juge-commissaire qui, en effet, la rejette de l'ordre.

La dame Deleytermoz forme opposition à cette ordonnance; et il intervient, le 10 juin 1824, un jugement ainsi conçu :

« Considérant que les art. 2121 et 2135 du Code civil confèrent aux femmes une hypothèque légale, pour *sûreté de leur dot et conventions matrimoniales*, expressions qui embrassent dans leur généralité toutes les répétitions, de quelque nature qu'elles soient, et quelle que soit leur cause;

» Que l'art. 2195 défend à l'acquéreur des biens du mari de payer aucuns créanciers postérieurs à l'hypothèque de la femme, rendue publique par l'inscription, sans distinguer non plus l'origine et la cause des créances de la femme; que, des art. 2121, 2135 et 2195, il résulte qu'elle peut agir hypothécairement contre son mari; que celui-ci a contrevenu aux clauses du contrat de mariage, en ne faisant pas remploi, et que la femme peut exercer l'acte hypothécaire pour le montant du prix des ventes dont il est responsable;

» Que, si la réception de ce prix ouvre à la femme une action en reprise contre son mari, le défaut de remploi lui ouvre également une action en nullité qu'elle pourrait exercer dès à présent contre les acquéreurs, aux termes de l'art. 1560 du Code civil combiné avec l'art. 1557;

» Que, puisque la femme peut exercer l'action en nullité contre les acquéreurs, ou l'action hypothécaire contre son mari, elle doit être admise à faire une option, ne pouvant exercer simultanément deux actions pour une cause identique;

» Que néanmoins l'art. 1564 déclarant les immeubles dotaux inaliénables, la femme, quoique séparée de biens, ne peut faire aucun acte contraire à ce principe, et que, dans le cas où elle opterait pour l'action hypothécaire, son option doit être provisoire pendant le mariage;

» Que, dans la prévoyance du cas où, devenue libre d'opter définitivement, elle renoncerait à l'action hypothécaire pour exercer l'action révocatoire contre les acquéreurs, on doit colloquer conditionnellement les créanciers postérieurs qui seraient alors en rang utile;

» Que la femme Deleytermoz ne doit être allouée qu'à concurrence des sommes reçues par son mari, et que, si les acquéreurs ne sont pas entièrement libérés du prix de leurs acquisitions, elle peut leur former demande du reliquat, à la charge toutefois d'en garantir l'exécution en exécutant son contrat de mariage;

» Par ces motifs, le tribunal (de première instance de Grenoble) ordonne qu'elle sera colloquée à la date de son contrat, pour tout le prix que son mari a reçu des ventes de ses biens dotaux, sous la condition que ces sommes resteront, jusqu'à la dissolution du mariage, entre les mains de l'adjudicataire, qui en paiera l'intérêt à ladite femme Deleytermoz; et, dans le cas où elle voudrait exiger lesdites sommes, à la charge par elle de fournir caution suffisante ou emploi valable;

» Et lui réserve tous ses droits contre les tiers-acquéreurs de ses biens dotaux, pour agir contre eux, si bon lui semble, après la dissolution de son mariage;

» Lequel cas arrivant, les sommes à elle allouées pour le montant desdites ventes, seront acquises aux créanciers du mari, utilement colloqués après ladite femme Deleytermoz. »

Les créanciers appellent de ce jugement, et persistent à soutenir que l'action révocatoire qui appartient à la dame Deleytermoz pour rentrer dans ses biens dotaux, et qu'il ne tient qu'à elle d'exercer dès ce moment, est exclusive de toute action hypothécaire de sa part sur les biens de son mari.

De son côté, la dame Deleytermoz soutient, en citant Despeisses, tome 1er, page 509, n° 30, Dupérier, tome 1er, pages 253 et 255 de l'édition de la Touloubre, Boucheul, sur l'art. 230 de la coutume de Poitou, et l'arrêt de la cour de cassation, du 24 juillet 1821, que, lors même qu'il s'agit de biens dotaux que le contrat de mariage a laissé dans leur état d'inaliénabilité, l'action hypothécaire n'est pas exclue par l'action révocatoire; qu'elle l'est encore bien moins, lorsque, comme dans l'espèce, il s'agit de biens dotaux dont le contrat de mariage a permis l'aliénation moyennant remploi; et que, loin que, dans ce dernier cas, l'action hypothécaire soit non-recevable par cela seul qu'il appartient une action révocatoire à la femme, c'est, au contraire, celle-ci qui est non-recevable, tant que celle-là n'est pas épuisée.

Par arrêt du 30 juin 1825,

« Attendu que le contrat de mariage dont il s'agit, passé le 8 février 1813, renferme, en faveur du mari, l'autorisation expresse d'aliéner les immeubles dotaux et d'en recevoir le prix, à la charge toutefois par lui de faire remploi, en acquisition d'immeubles, des deniers en provenant;

BIU Cujas

» Attendu que, de l'inexécution de cette condition de remploi, insérée dans les conventions matrimoniales de la femme Deleytermoz, et pour sûreté de sa dot, il résulte en sa faveur, et conformément à l'art. 2135 du Code civil, une hypothèque légale sur les biens de son mari, chargé spécialement, par son contrat de mariage, et encore par ses conventions particulières avec les acquéreurs desdits immeubles, de procurer ledit remploi pour les sommes à lui payées par lesdits acquéreurs;

» Attendu qu'il résulte de ladite clause, renfermant autorisation d'aliéner à charge de remploi, que, tant que dure le mariage, et que la condition du remploi par le mari peut encore être accomplie, les ventes des immeubles dotaux ne sauraient être arguées de nullité; qu'ainsi, ce ne serait qu'autant que le remploi n'aurait point été fait par le mari, ou qu'elle n'y serait pas parvenue par l'action hypothécaire sur ses biens, que la femme aurait, mais seulement à la dissolution du mariage, une action en résolution de la vente contre les acquéreurs qui auraient à s'imputer d'avoir négligé de surveiller l'exécution de ladite clause;

» Par ces motifs....., la cour confirme le jugement dont est appel... (1). »

On voit en quoi s'accordent et en quoi diffèrent les motifs de cet arrêt et ceux du jugement qu'il confirme.

Ils s'accordent à reconnaître que la femme dont les immeubles dotaux ont été, par le contrat de mariage, stipulés aliénables moyennant remploi, a, pour le remploi de ceux qui ont été aliénés pendant le mariage, et dont le prix n'est pas remployé, une hypothèque légale sur tous les biens de son mari; qu'elle peut exercer, avant la dissolution du mariage, l'action résultant de cette hypothèque; mais qu'elle ne peut alors obtenir, par l'effet de cette action, qu'une collocation provisoire et conditionnelle.

Et ils diffèrent en ce que, suivant ceux du jugement du tribunal de première instance, la femme séparée de biens peut, tant que le remploi n'est pas effectué, exercer d'emblée son action révocatoire; au lieu que, suivant ceux de l'arrêt de la cour royale, la femme ne peut, quoique séparée de biens, se pourvoir en révocation contre les acquéreurs, qu'après avoir épuisé l'action hypothécaire.

Je me suis déjà expliqué sur cette différence dans le §. précédent, et je crois y avoir prouvé que c'est aux motifs du jugement du tribunal de première instance que l'on doit s'en tenir.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1825, part. 2, page 82.

§. X. *Le débiteur d'une dot mobilière est-il valablement libéré par le remboursement qu'il en fait à la femme séparée de biens, sans que celle-ci en remploie le montant; ou bien est-il garant de ce défaut de remploi?*

Cette question dépend de celle de savoir si le mari peut recevoir le remboursement des capitaux que sa femme lui a apportés en dot, sans que les débiteurs soient tenus de veiller au remploi qu'il doit en faire; car s'il en a la faculté, il n'y a pas de raison pour la refuser à la femme séparée de biens, puisque, par le jugement de séparation, la femme acquiert le droit de faire elle-même, relativement à ses biens personnels, tous les actes d'administration qui précédemment pouvaient être faits par son époux, et ne pouvaient être faits que par lui.

Or, si, comme on peut le voir dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Dot*, §. 7, n° 4, et *Rente constituée*, §. 9, n° 2, il a été un temps où la validité du remboursement fait entre les mains du mari, de la dot mobilière de la femme, sans formalités ni précautions quelconques pour le remploi, n'était pas universellement reconnue en France, elle ne peut plus, du moins aujourd'hui, être mise en controverse, puisqu'aux termes de l'art. 1549 du Code civil, *le mari, ayant seul l'administration des biens dotaux pendant le mariage, a seul, par-là même, le droit d'en poursuivre les débiteurs..., et de recevoir le remboursement des capitaux.* »

Ainsi, nul doute que la femme séparée de biens ne puisse recevoir le remboursement de sa dot mobilière, sans que le débiteur soit tenu de veiller à ce qu'elle en fasse le remploi.

Voici cependant une espèce dans laquelle il a fallu un arrêt de la cour de cassation pour raffermir sur sa base cette vérité qu'une cour royale avait méconnue.

La dame Peyreferry, mariée sous le régime dotal, avait obtenu, contre le sieur Vernet, son mari, un jugement qui la séparait de biens d'avec lui.

Obligée par l'art. 1444 du Code civil, sous peine de nullité de ce jugement, de le faire exécuter *par le paiement réel de ses droits et reprises*, elle a fait saisir et vendre, par expropriation forcée, deux maisons appartenant à son mari; et le sieur Chabas s'en est rendu adjudicataire, à la charge d'en payer le prix, *en conformité du jugement d'ordre qui serait rendu.*

Il a été ensuite procédé à l'ordre du prix, et la dame Vernet y a été colloquée, le 26 avril 1815, en qualité de *femme séparée de biens du sieur*

BIU Cujas

Vernet, et libre dans l'exercice de ses droits, pour une somme de 10,000 francs, faisant partie de celle de 15,000 francs qui lui avait été constituée en dot par ses père et mère, et qui était *exigible en l'état*.

Un bordereau de collocation, exécutoire contre l'acquéreur, aux termes de l'art. 771 du Code de procédure civile, lui a été en conséquence délivré en son nom personnel; et elle l'a fait signifier au sieur Chabas, avec commandement de lui en payer le montant, sous vingt-quatre heures, à peine d'y être contraint.

Le sieur Chabas a obtempéré à ce commandement; il a acquitté le montant du bordereau entre les mains de la dame Vernet, autorisée par son mari; et il en a reçu d'elle, sous la date du 18 septembre 1816, une quittance en bonne forme.

Cependant, quelques années après, la dame Vernet a prétendu que le sieur de Chabas n'était pas libéré envers elle, parcequ'il l'avait payée sans exiger qu'elle employât les 10,000 francs; et, assistée de son mari, elle l'a fait assigner pour se voir condamner à lui payer une seconde fois cette somme.

Le 16 août 1821, jugement du tribunal de première instance de Marseille qui rejette cette demande comme non-recevable et non-fondée,

« Attendu 1° que, dans l'état d'indécision de la jurisprudence sur la capacité et les droits des femmes mariées, relativement à leurs dots mobilières, le sieur Chabas a pu se croire autorisé à payer à la dame Vernet le montant du bordereau de collocation qui, dans le jugement d'ordre, avait été dit *exigible* par elle *en l'état*;

» Attendu 2° que le tiers-acquéreur (l'adjudicataire) n'est pas appelé dans l'instance d'ordre; qu'il n'a aucune qualité pour demander à la femme la justification et l'aliénabilité de sa dot, et qu'il doit purement et simplement obéir à la justice;

» Attendu 3° qu'en fait, il est établi au procès, et formellement reconnu par toutes les parties, que le paiement a été fait de bonne foi, et que les sommes payées ont été utilement employées à substanter les époux Vernet, et principalement la dame Vernet, pendant que son mari était détenu. »

Appel de la part des sieur et dame Vernet à la cour royale d'Aix, qui, par arrêt du 26 décembre 1822, infirme le jugement de première instance, et condamne le sieur Chabas à payer une seconde fois,

« Attendu 1° l'inaliénabilité des dots mobilières et immobilières, toutes confondues sous la même dénomination de *fonds dotal*, et la faculté accordée, soit à la femme, soit à ses héritiers, après la dissolution du mariage, soit à la femme séparée de biens, durant le mariage, de faire révoquer l'aliénation qui en aurait été faite ou par elle, ou par son mari, ou par tous les deux conjointement;

» Attendu 2° que, de la part de la femme, *recevoir et quittancer le fonds dotal, sans remploi ni placement sur d'autres facultés, c'est en faire acte d'abnégation*;

» Attendu 3° que le jugement d'adjudication portant que l'adjudicataire payera *en conformité du jugement d'ordre*, ne peut être entendu qu'en ce sens que les paiemens auront lieu suivant le rang qui sera établi entre les créanciers;

» Attendu 4° que le procès-verbal d'ordre dont il s'agit, en annonçant que 10,000 francs de la dot *seraient exigibles en l'état*, n'a pas donné à entendre que cette partie de la dot soit aliénable. »

Le sieur Chabas se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque par deux moyens :

Fausse application des dispositions du Code civil, concernant l'inaliénabilité du fonds dotal, et violation des articles du même Code relatifs, tant à l'extinction des obligations, qu'à la capacité du mari et de la femme pour recevoir la dot mobilière et en donner quittance;

Contravention à l'art. 771 du Code de procédure civile, qui déclare les bordereaux de collocation exécutoires contre les acquéreurs.

Voici comment M. Odillon-Barrot, avocat du sieur Chabas, développe le premier de ces moyens:

« Il est constant en droit 1° que les obligations s'éteignent par le paiement fait au créancier ayant capacité pour le recevoir (art. 1234 et 1241 du Code civil);

» 2° Que le mari, pendant le mariage, et la femme, après sa séparation, ont l'administration du fonds dotal; qu'ils ont, en qualité d'administrateurs, le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs, et de recevoir le remboursement des capitaux (art. 1449, 1559 et 1563);

» 3° Que la femme séparée est, sous peine de la nullité de sa séparation, obligée de se faire faire par son mari *le paiement réel* des sommes dotales qu'il a reçues (art. 1444 et 1563);

» Et la cour royale a commis une contravention expresse à tous ces articles du Code civil, en jugeant que l'obligation que j'avais contractée comme adjudicataire, n'a pas été éteinte par le paiement que j'ai fait à la dame Vernet, en l'acquit de son mari.

» En vain, pour faire excuser cette contravention, la cour royale, sans contester les principes,

BIU Cujas

a-t-elle allégué que la capacité de la femme pour recevoir n'est pas absolue; qu'elle est subordonnée à la condition de faire emploi des sommes reçues; qu'en un mot (et c'est à cela qu'on peut, en dernière analyse, réduire tous les motifs de l'arrêt), *de la part de la femme, recevoir et quittancer le fonds dotal, sans remploi ou placement sur d'autres facultés, c'est faire un acte d'aliénation.*

» Dans cette allégation, présentée par la cour royale comme un point de doctrine, tout est erreur.

» D'abord, fût-il vrai que la femme fût tenue de faire emploi de la somme reçue, cette réception de dot, et la quittance qu'elle en donnerait, ne constitueraient pas un acte d'aliénation; car, ainsi que l'enseigne la loi 1re, C. *de fundo dotali*, aliéner, c'est transférer la propriété : *Est alienatio omnis actio per quam dominium transfertur.*

» De cette définition il résulte que la femme qui souscrit une obligation exigible sur sa dot mobilière, quel qu'en soit le détenteur, ou qui renonce en faveur d'un tiers à l'hypothèque qu'elle avait sur les biens de ce détenteur, fait un acte d'aliénation, parcequ'elle transfère réellement jusqu'à due concurrence la propriété de son fonds dotal à ses créanciers.

» Et c'est dans ces deux cas que sont intervenus les arrêts dont on a excipé dans la cause : ces arrêts ont fait une juste application du principe de l'inaliénabilité du fonds dotal, consacré par l'art. 1560 du Code civil.

» Mais la femme qui reçoit et quittance sa dot mobilière, sans en faire emploi, ne fait pas un acte d'aliénation, puisqu'au lieu d'en transférer la propriété, elle la conserve, et que conserver n'est sûrement pas aliéner.

» En deuxième lieu, c'est encore une erreur bien plus grande que d'avoir allégué, sans appuyer cette allégation sur aucune autorité, que la capacité de la femme pour recevoir sa dot est subordonnée au remploi des sommes reçues.

» En effet, si l'on pouvait se reporter à l'ancienne législation (qui a été entièrement anéantie par la loi du 30 ventôse an 12), on y verrait que, dans les pays de coutumes, où la dot n'était pas inaliénable, la vente des immeubles, des rentes foncières, rentes dotales et autres non rachetables et de nature immobilière, ne pouvait être faite qu'à la charge de remploi; mais que, dans ces mêmes pays, ainsi que dans ceux où la dot était inaliénable, on n'a jamais fait dépendre la libération du débiteur de sommes mobilières, quoique dotales, du remploi de ces sommes.

» Mais si, en mettant à l'écart, comme on le doit, toute cette ancienne législation, on consulte le Code civil, on y remarque d'abord qu'au chap. 3 du tit. 5 du livre 5, portant établissement du régime dotal tel qu'on doit l'observer aujourd'hui, il n'y a pas de disposition *explicite* qui oblige la femme qui reçoit sa dot mobilière, à en faire *le placement sur d'autres facultés.*

» Et cette disposition explicite eût cependant été nécessaire, puisqu'elle aurait eu pour objet de déroger à l'art. 1234, et d'excepter de ses effets le paiement des sommes faisant partie de la dot mobilière. On y remarque surtout que, bien loin qu'il y ait dans le Code civil une semblable exception, il résulte de l'ensemble de ses dispositions qu'il n'est pas entré dans la pensée du législateur d'ordonner ce remploi, ou même qu'il a manifesté la volonté que ce remploi ne fût pas exigé.

» Cela résulte d'abord, suivant cette règle de droit, *inclusio unius est exclusio alterius*, de ce qu'il a ordonné le remploi dans le cas où, après l'échange autorisé par l'art. 1559, il y a un excédant de prix, et ne l'a prescrit dans aucun autre cas.

» Cela résulte encore, d'une manière non moins péremptoire, de l'art. 1550, qui, non seulement n'impose pas au mari, lors même qu'il n'aurait pas de propriété qu'il pût hypothéquer, l'obligation de faire le placement, sur d'autres facultés, de la dot mobilière qu'il reçoit, mais ne permet pas même au débiteur qui en fait le paiement, de lui demander caution, s'il n'y a pas été assujéti par son contrat de mariage. Cela résulte enfin des art. 1449, 1559 et 1563, qui autorisent le mari et la femme, pendant qu'ils ont l'administration des biens dotaux, à poursuivre les débiteurs des sommes mobilières, et à recevoir le remboursement des capitaux, sans cette condition (que le législateur seul aurait eu le droit d'y mettre) qu'ils seraient tenus de faire le placement des sommes reçues *sur d'autres facultés.*

» Comment d'ailleurs supposer que le législateur, qui connaissait tout ce que l'ancienne législation avait causé d'interminables procès en permettant la vente de la dot immobilière à la charge d'emploi, et qui, pour parer à cet inconvénient, a fait de l'inaliénabilité absolue de la dot la base du régime dotal, aurait-il voulu prescrire le remploi de sommes mobilières qui pouvaient avoir le caractère de dotalité à l'époque du remboursement, mais qui n'étaient pas dotales lorsque le débiteur a contracté l'obligation de les payer?

» Soumettre ce débiteur à la condition du remploi, c'eût été, dans le fait, l'empêcher d'éteindre son obligation par le paiement (puisque cette obligation subsisterait dans la nécessité de rester garant de la validité du remploi qui en serait fait), et le priver ainsi du droit qui lui avait été acquis au temps du contrat, et sur la foi duquel il avait contracté.

BIU Cujas

» Au reste, je n'ai pas à examiner si le législateur aurait pu ou dû prendre des précautions pour soustraire la dot mobilière, reçue par le mari pendant le mariage, ou par la femme après sa séparation, aux suites d'une mauvaise administration.

» Je n'ai pas à examiner davantage si l'emploi qui a été fait par la dame Vernet des 10,000 francs, montant de l'obligation que j'ai remboursée, a été légal ou seulement utile; il me suffit, pour obtenir la cassation de l'arrêt qui m'a condamné à payer une seconde fois, que la cour royale ait arbitrairement subordonné l'extinction de ma dette à une condition de remploi dont le législateur ne m'a pas averti, qu'il n'a pas introduite dans le régime dotal qu'il a créé, et que les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'y ajouter. »

Sur ces raisons, sur celles qu'y ajoute le défenseur du sieur Chabas à l'appui de son second moyen de cassation, et malgré tous les efforts des sieur et dame Vernet pour combattre les unes et les autres, arrêt du 25 janvier 1826, au rapport de M. Poriquet, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier, par lequel, après en avoir délibéré dans la chambre du conseil,

« Vu les art. 1234, 1444, 1449, 1559 et 1563 du Code civil, et l'art. 771 du Code de procédure;

» Attendu que, depuis la publication de la loi du 30 ventôse an 12, le Code civil est l'unique loi à laquelle il soit permis de recourir en tout ce qui est relatif au mode d'extinction des obligations, au rachat des rentes constituées en perpétuel, et au régime dotal;

» Attendu que l'art. 1509 de ce Code confie au mari, pendant le mariage, l'administration des biens dotaux, et qu'aux termes de l'art. 1449, auquel renvoie l'art. 1563, la femme en reprend la libre administration après sa séparation;

» Attendu que ledit art. 1549 place, sans aucune restriction, la faculté de recevoir les capitaux de la dot, au rang des actes d'administration, et n'impose pas à celui qui en fait le remboursement l'obligation de veiller à ce qu'il soit fait un remploi, ou, comme l'a dit la cour royale, *un placement sur d'autres facultés*;

» Attendu que, loin de modifier, par une semblable condition, la faculté indéfinie que l'art. 1234 accorde à tout débiteur d'éteindre ses obligations par le paiement, le Code civil dispose, art. 1550, que le mari n'est pas tenu de fournir caution pour la réception de la dot, s'il n'a pas été assujéti par le contrat de mariage; disposition de laquelle il résulte évidemment que celui qui rembourse la dot mobilière dont il est débiteur, n'est pas tenu, et n'aurait pas même le droit, de contraindre l'administrateur qui la reçoit, à en faire le remploi;

» Attendu que le jugement d'adjudication et le jugement intervenu dans l'instance d'ordre, ne prescrivaient, pas plus que le Code civil, au sieur Chabas de veiller à l'emploi de la portion de son prix, dont le paiement a éteint son obligation, et qu'en appliquant cette observation au deuxième moyen, fondé sur la violation de l'art. 771 du Code de procédure civile, qui déclarait le bordereau de collocation délivrée à la dame Vernet, exécutoire contre le sieur Chabas, il en résulte de plus fort qu'en sa qualité d'adjudicataire, il avait été valablement libéré de son obligation par le paiement des sommes dont la dame Vernet, autorisée par son mari, lui avait donné quittance;

» Attendu enfin que, si la dame Vernet a consenti la radiation de son inscription sur la maison acquise par le sieur Chabas, ainsi que cela lui était ordonné par l'art. 772 du Code de procédure, ce consentement forcé ne peut être considéré comme une aliénation, puisque l'hypothèque créée pour lui assurer le capital de sa dot, a dû cesser, à l'égard du débiteur, à l'instant où il a remis ce capital entre les mains de la dame Vernet, qui avait capacité pour recevoir et donner quittance d'un capital dont l'hypothèque n'était que l'accessoire;

» Que de tout ce qui précède, il suit que la cour royale a commis un excès de pouvoir, en subordonnant la validité du paiement fait par le sieur Chabas, à une condition qui n'aurait pu lui être imposée qu'en vertu d'une disposition expresse du Code civil, et a violé formellement les articles ci-dessus cités du Code civil et du Code de procédure, en condamnant le sieur Chabas à payer une seconde fois les sommes portées au bordereau dont il s'agit;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt de la cour royale d'Aix, du 6 décembre 1822.... (1). »

§. XI. *De ce que l'art.* 1435 *du Code civil exige pour l'efficacité du remploi fait au profit de la femme, et accepté par elle, qu'il soit exprimé dans l'acte dressé à cet effet*, que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme, *s'ensuit-il que, s'il est ensuite prouvé que ce n'est pas des deniers de la femme que l'immeuble acquis a été payé, la déclaration de remploi est nulle, et que le mari peut faire entrer l'immeuble acquis dans la communauté?*

La négative est évidente, et voici une espèce

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 28, page 29.

BIU Cujas

dans laquelle la cour de cassation l'a formellement consacrée.

Le 11 ventôse an 8, contrat notarié par lequel le sieur Voitier achète, conjointement avec le sieur Hunout, son beau-père, et le sieur Pothier, une maison nationale, avec déclaration expresse, acceptée par sa femme, que le tiers indivis qu'il en acquiert, appartiendra à celle-ci, comme remploi de ses deniers dotaux qu'il a entre les mains.

A l'échéance du terme accordé par le contrat aux acquéreurs pour le paiement du prix, le sieur Voitier n'en paie point sa part, et le sieur Hunout est contraint de la payer pour lui.

Le 7 janvier 1813, le sieur Hunout se pourvoit contre son gendre et sa fille, devant le tribunal de première instance du département de la Seine, pour les faire condamner au remboursement de la somme qu'il a payée à leur acquit.

En défendant à cette demande, le sieur Voitier conclud incidemment, en son nom seul, à la licitation de la maison acquise en commun par lui, le sieur Hunout et le sieur Pothier.

Le sieur Hunout répond que le sieur Voitier est non-recevable à prendre de pareilles conclusions sans le concours de sa femme, parceque, d'après la déclaration de remploi consignée dans le contrat d'acquisition du 11 ventôse an 8, c'est à elle, et non à son mari, qu'appartient le tiers indivis de la maison.

Le sieur Voitier réplique que toutes les conditions requises pour la validité du remploi n'ont pas été remplies dans l'acte du 11 ventôse an 8; qu'ainsi, sa femme n'est point propriétaire du tiers indivis de la maison dont il s'agit; qu'en effet, aux termes de l'art. 1435 du Code civil, il ne suffit pas, pour former un remploi, ni que le mari déclare que l'immeuble acquis est destiné à tenir lieu de remploi à la femme, ni que la femme accepte cette déclaration; qu'il faut encore et qu'il faut surtout que le prix de l'immeuble acquis soit payé des deniers de la femme; que, dans l'espèce, le sieur Hunout peut moins que tout autre prétendre que le tiers du prix de la maison acquise le 11 ventôse an 8, a été payé des deniers de la dame Voitier, puisque c'est lui-même qui l'a payé pour son gendre et sa fille, et qu'il en réclame contre eux le remboursement.

Le 17 mars 1817, jugement qui, après avoir condamné les sieur et dame Voitier à rembourser au sieur Hunout la somme qu'il a payée pour leur portion du prix de la maison acquise en commun, rejette la demande personnelle du sieur Voitier en licitation de cette maison, *attendu qu'elle ne pourrait être valablement formée que par la dame Voitier, puisque le sieur Voitier a déclaré acquérir l'immeuble pour tenir lieu de remploi à sa femme; que cette dernière, intervenue au contrat, a accepté le remploi, et qu'ainsi l'immeuble est la propriété exclusive de la femme.*

Appel de ce jugement de la part du sieur Voitier.

Le 15 janvier 1818, arrêt qui, *adoptant les motifs des premiers juges, met l'appellation au néant.*

Le sieur Voitier se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant l'art. 1435 du Code civil.

Mais par arrêt contradictoire du 6 décembre 1819, au rapport de M. Legonidec, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Attendu que le contrat de mariage des sieur et dame Voitier, et le contrat d'acquisition de la maison commune, qui forment la base du litige, sont antérieurs à la publication du Code civil; que la coutume de Paris, sous l'empire de laquelle ces actes ont eu lieu, ne contenait aucune disposition précise sur les conditions exigées pour la validité du remploi; que la doctrine des auteurs et la jurisprudence avaient seuls suppléé à ce silence; qu'il en résulte qu'il ne peut y avoir, dans l'espèce, violation expresse d'un texte de la loi, ni, par suite, matière à cassation;

» Que, quand on voudrait appliquer à la cause les dispositions du Code civil, l'arrêt attaqué n'en devrait pas moins être maintenu: en effet, l'acquisition de la maison litigieuse n'a pas été faite pour le compte de la communauté, puisque le mari a lui-même expressément déclaré au contrat, qu'il la faisait pour servir de remploi aux deniers dotaux de la dame Hunout, sa femme, et il est établi au procès qu'il existait entre ses mains des deniers de cette nature; ce que reconnaissait, au reste implicitement, sa propre déclaration; enfin, la dame Voitier est intervenue à ce contrat sous l'autorisation de son mari, et a accepté ledit remploi; qu'ainsi s'est trouvée remplie la disposition de l'art. 1435 du Code civil; qu'il n'a pu, dès-lors, dépendre du mari seul de porter atteinte à la validité d'un engagement synallagmatique, en se refusant à acquitter avec les deniers existant dans ses mains;

» Qu'une fois la validité du remploi reconnue, la conséquence nécessaire a été que la dame Voitier était la vraie co-propriétaire de l'immeuble acquis en commun, et, par suite, que le sieur Voitier, seul, sans son concours, et même contre son gré, n'a pu en provoquer le partage ou la licitation;

» Qu'en le décidant ainsi, l'arrêt attaqué, bien loin de violer aucune loi, s'est conformé aux principes reconnus tant par l'ancienne jurisprudence que par la nouvelle législation;

BIU Cujas

» La cour rejette le pourvoi... (1). »

RENONCIATION. *Page* 324, *col.* 1, *après la ligne* 23 (2), *ajoutez ce qui suit :*

§. VI. *La renonciation à un droit ouvert, mais non encore accepté ou exercé, doit-elle être considérée comme une donation faite indirectement à celui au profit duquel elle a pour but d'opérer la dévolution de ce droit; et est-elle en conséquence soumise à toutes les règles concernant les dotations proprement dites ?*

Elle ne l'est certainement pas aux règles qui portent sur la forme des donations; car, si une pareille renonciation doit être considérée comme une donation proprement dite, elle ne peut du moins l'être que comme une donation déguisée; et il est très-constant, comme je l'ai prouvé au mot *Donation*, §. 5, qu'une donation déguisée ne laisse pas d'être valable, quoiqu'elle soit dénuée des formalités auxquelles les art. 931 et suivans du Code civil assujétissent *les actes portant donation. V.* la consultation du 15 octobre 1819, rapportée au mot *Légitimité*, §. 7, *deuxième proposition.*

Mais en est-il de même des règles qui portent sur le fond des donations proprement dites? Par exemple, un mari qui, ayant des enfans, a déjà fait à sa femme tous les avantages dont la loi lui permet de la gratifier, peut-il, en renonçant, soit à un legs qui lui a été fait, soit à une succession qui lui est déférée conjointement avec elle, lui faire passer, au préjudice de ses enfans, la totalité du legs ou de la succession? Un père qui a déjà donné, soit à l'un de ses enfans, soit à un étranger, toute la portion disponible de ses biens, peut-il encore, par sa renonciation à un legs ou à une succession auxquels il est appelé concurremment avec son donataire, lui transmettre la part qu'il ne tient qu'à lui de prendre dans le legs ou dans la succession? Lorsqu'un père, ayant plusieurs enfans, renonce à un legs ou à une succession auxquels il est appelé conjointement avec l'un d'eux, l'enfant qui, par l'effet de cette renonciation, recueille la part du père dans la succession ou dans le legs, est-il, de plein droit, dispensé de la rapporter à la succession paternelle?

L'affirmative serait incontestable, si l'on s'en tenait, sur cette matière, au principe du droit romain, que la prohibition de donner ou d'aliéner n'est point enfreinte par l'omission d'acquérir, quoique cette omission ait lieu dans la vue de favoriser la personne à laquelle en est dévolue le bénéfice.

Ainsi, disait la loi 5, §. 13 et 14, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, le mari qui renonce à une succession, pour la faire passer sur la tête de sa femme, soit comme substituée vulgairement, soit comme héritière *ab intestat*, ne contrevient point, en lui donnant par cette voie, à la prohibition des avantages entre époux, parcequ'il ne se dépouille de rien, et qu'il omet seulement d'acquérir : *neque enim pauperior fit qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit;* et par la même raison, rien n'empêche le mari de répudier, dans la vue d'avantager la femme, le legs qu'elle est appelée à recueillir à son défaut : *simili modo, et si legatum repudiet, placet nobis valere donationem, si mulier substituta sit in legato.*

Ainsi, disait également la loi 6, §. 2, D. *quæ in fraudem creditorum*, les créanciers de celui qui a renoncé à une succession, soit qu'elle lui fût déférée par testament, soit qu'il y fût appelé par la loi, attaqueraient vainement sa renonciation par l'action pauliane, sous le prétexte qu'il l'a faite en fraude de leurs droits; car il n'a pas diminué son patrimoine à leur préjudice; il n'a fait que s'abstenir de l'augmenter : *proindè et qui repudiavit hereditatem, vel legitimam, vel testamentariam, non est in eâ causâ ut huic edicto locum faciat; noluit enim acquirere, non suum proprium patrimonium diminuit.*

Mais ces lois ne reposaient que sur une vaine subtilité. C'est le jugement qu'en portaient, avant le Code civil, les jurisconsultes les plus éclairés et les plus judicieux, notamment Rodenburg, *de jure conjugum*, tit. 2, chap. 4, n° 30, et Pothier, dans son *Traité des donations entre mari et femme*, n° 88 :

Et certè (disait le premier au sujet de la loi 5, §. 13 et 14, D. *de donationibus inter virum et uxorem*), *si verum amamus, arguta magis quàm vera juris ista doctrina est; cùm enim maritus expressim proponatur id egisse donationis causâ, id est, ut uxori lucrum accederet* (*dicto* §. 13), *utique pugnat illa repudiatio cùm ratione adeòque animæ prohibitoriæ legis quæ propterea inhibuit gratificationem inter conjuges quo consuleret familiæ ac legitimis heredibus..... Proindè non vererer dicere species omnes antè dictas, tanquàm manifestè gratificatorias, in prohibitionem impingere, undècunque enim non habeo quod habiturus essem, quâ vel ipsâ ratione alibi donationem improbant iidem jurisconsulti, in lege* 56, D. *de donationibus inter virum et uxorem.*

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 20, page 108.

(2) *Tome* 6, *page* 66, *col.* 2, *ligne* 52 (2e édition).

BIU Cujas

La raison (disait également Pothier, en parlant de la même loi) *sur laquelle est fondée la décision des jurisconsultes romains*, neque enim pauperior fit qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit, *me paraît avoir plus de subtilité que de solidité. Il est vrai que les choses même qui composaient la succession à laquelle j'ai renoncé, ou le legs que j'ai répudié, ne m'ont jamais appartenu; mais le droit de recueillir cette succession ou ce legs, est un droit qui m'a appartenu, lorsque la succession ou le legs m'ont été déférés; ce droit était de même valeur que les choses qui en faisaient l'objet; il faisait partie de mon bien; et en le perdant volontairement, par la répudiation que j'en ai faite, j'ai diminué mon bien d'autant; cette répudiation est donc un avantage qui enrichit la femme aux dépens du mari.*

Aussi Mornac, dans ses Observations sur le même texte et sur la loi 68, D. *pro socio*, attestait-il qu'au moment où il écrivait, c'est-à-dire, il y a plus de deux siècles, il y avait déjà long-temps que la jurisprudence avait fait justice de cette inique subtilité du droit romain.

Ce que disait ce dernier auteur de la loi 5, §. 13 et 14, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, il le disait également (dans ses observations sur la loi 1, C. *quandò fiscus vel privatus*) de la loi 6, §. 2, D. *quæ in fraudem creditorum*: il la présentait comme abrogée par la jurisprudence, et il en faisait remonter l'abrogation à une époque bien reculée, puisqu'il la fondait, non seulement sur les arrêts qu'il avait vu rendre au parlement de Paris, mais encore sur le témoignage de Pierre Favre, l'un de nos plus anciens jurisconsultes, qui écrivait plus de deux cents ans avant lui: *Joannes Faber* (disait-il) *notat debitorem cogi posse cedere jus suum, si noluerit hereditatem sibi delatam adire in fraudem creditorum, contrà Ulpianum: undè jurisprudentia hujus regni hac in parte à romana valdè dissentit.*

Et il ne faut pas croire que le parlement de Paris fût le seul qui jugeât de la sorte. La même jurisprudence avait prévalu au parlement de Toulouse sur la loi romaine. Catellan, liv. 2, chap. 69, en rapporte deux arrêts de 1665 et 1678. C'était même, comme l'observait Furgole, sur l'art. 38 du tit. 1er de l'ordonnance des substitutions, du mois d'août 1747, en supposant cette jurisprudence commune à tout le royaume, quoiqu'elle ne fût pas admise par le parlement de Douai (1), c'était en supposant « que » les créanciers peuvent demander d'être reçus à accepter un droit négligé ou répudié par leur débiteur, lorsque la négligence ou la répudiation leur est » préjudiciable, » qu'à la suite de l'art. 37 de cette » loi, portant que: « lorsque le grevé de substitution » aurait renoncé à la disposition faite en sa faveur, » sans s'être immiscé dans les biens substitués, ou » qu'il serait mort sans l'avoir acceptée, ni expressément ni tacitement, il ne serait point censé avoir » rempli un degré, et que celui qui serait appelé après » lui, prendrait sa place »; l'art. 38 ajoutait qu'il en serait tout autrement « dans le cas où les créanciers » du grevé auraient été admis à accepter la disposition faite à son profit, pour jouir pendant sa vie » des biens substitués. »

Cette jurisprudence était trop fondée en raison pour que le Code civil ne l'érigeât pas en loi; et c'est ce qu'il a fait, en décidant, art. 788, que *les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place.*

Par cette disposition, le Code civil condamne bien évidemment le principe du droit romain qui servait de base, tant à la loi 6, D. *quæ in fraudem creditorum*, qu'à la loi 5, §. 13 et 14, D. *de donationibus inter virum et uxorem*; et dès-là, nul doute que l'on ne doive aujourd'hui, comme on le devait dans l'ancienne jurisprudence, à l'exception du ressort du parlement de Douai, considérer la renonciation à un droit ouvert, mais non encore accepté ou exercé, comme une donation faite indirectement à celui au profit duquel elle a pour but d'opérer la dévolution de ce droit; nul doute, par conséquent, qu'elle ne soit, quant au fond, soumise à toutes les règles concernant les donations proprement dites.

C'est, au surplus, ce que M. Chabot a parfaitement démontré dans son commentaire sur le titre *des Successions* du Code civil, art. 843, n° 22.

Même page et même col., après la ligne 25 (1), ajoutez ce qui suit:

RENONCIATION A UNE SUCCESSION ÉCHUE, §. I. *Pour pouvir actionner en justice l'héritier appelé par la loi à une succession, faut-il prouver qu'il a accepté cette succession, ou ne suffit-il pas qu'il ne prouve point y avoir renoncé?*

V. les articles *Héritier*, §. 1, et *Succession*, §. 1.

(1) *V. Le Répertoire de jurisprudence*, au mot *Héritier*, sect. 2, §. 2, n° 2.

(1) *Page* 335, *col.* 1, *ligne* 26 (2e édition).

BIU Cujas

§. II. 1° *Avant le Code civil, et dans la coutume de Liége, le mari, institué par son contrat de mariage, héritier d'un tiers, pouvait-il, après la mort de l'instituant, renoncer à la succession de celui-ci sans le consentement de sa femme?*

2° *Le peut-il sous le Code civil?*

V. le plaidoyer et l'arrêt rapportés à l'article *Substitution fidéicommissaire*, §. 12.

§. III. *De ce qu'aux termes de l'art. 784 du Code civil, la renonciation à une succession ne peut être faite qu'au greffe du tribunal du lieu où le défunt était domicilié, s'ensuit-il qu'un héritier présomptif ne peut pas, par un acte extrajudiciaire, renoncer à une partie de ses droits successifs au profit d'un prétendant au droit d'en partager la totalité avec lui?*

J'ai établi la négative dans une consultation du 15 octobre 1819, rapportée au mot *Légitimité*, §. 7, *troisième proposition*.

§. IV. *Résulte-t-il du même article, que l'on doit considérer comme nul l'acte extrajudiciaire par lequel un successible s'oblige envers ses co-successibles, à ne pas se porter héritier d'une succession qui leur est échue en commun?*

Non: c'est la conséquence naturelle des principes exposés dans la consultation citée au §. précédent; et c'est, comme on le verra aux mots *Renonciation à une succession future*, §. 1, ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation du 11 août 1825.

§. V. *L'héritier dont la renonciation a été déclarée nulle à la poursuite de quelques créanciers, sur le fondement qu'il avait précédemment accepté la succession, rentre-t-il dans tous ses droits successifs, et peut-il, en conséquence, évincer les héritiers du degré subséquent qui ont pris sa place?*

L'affirmative a été adoptée par un arrêt du parlement de Flandre, du 7 novembre 1704, rapporté dans le recueil du président Desjaunaux, tome 3, §. 66; et elle ne paraît susceptible d'aucun doute.

En effet, l'héritier qui répudie, après avoir accepté, ne se dégage point, par sa renonciation, des obligations qu'il a contractées envers les créanciers de la succession; et ceux-ci conservant toutes leurs actions contre lui, il faut bien que, de son côté, il conserve aussi, pour y faire face, tous les droits qu'il avait acquis par son acceptation. C'est d'ailleurs ce que décide nettement la loi 4, C. *de repudiandâ hereditate: Sicut major viginti quinque annis, antequàm adeat, delatam repudians successionem, post quærere non potest, ita quæsitam renuntiando* NIHIL AGIT, SED JUS QUOD HABUIT RETINET.

RENONCIATION A UNE SUCCESSION FUTURE, §. I. *La renonciation faite à une succession future, soit par contrat de mariage, depuis la loi du 5 brumaire an 2, soit par tout autre acte, en quelque temps que ce soit, est-elle validée par l'obligation que le renonçant contracte envers ses co-successibles, après l'ouverture de cette succession, de ne pas se porter héritier?*

Oui sans doute, puisqu'alors elle prend le caractère de renonciation à une succession échue; et c'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante:

Les sieur et dame Bevy, père et mère de deux fils et de cinq filles, en mariant les deux premiers sous l'ancienne législation, leur donnent des immeubles de la même valeur.

En 1796, décès du sieur Bevy père, laissant un testament par lequel il institue tous ses enfans héritiers par égales portions.

Le 13 ventôse an 5, transaction par laquelle les deux fils, pour se dispenser de rapporter à leurs sœurs les biens qu'ils ont reçus par leur contrat de mariage, déclarent renoncer tant à la succession de leur père, qu'à celle de leur mère encore vivante.

Le 27 mai 1820, décès de la dame Bevy.

Le 18 juillet suivant, seconde transaction par laquelle les sieurs Bevy renouvellent, au profit de leurs sœurs, la renonciation qu'ils ont faite, par la première, à la succession de leur mère.

En 1821, le sieur Bevy aîné fait assigner ses sœurs devant le tribunal de première instance de Bourg, pour voir dire que, sans avoir égard à l'acte du 13 ventôse an 5, qui sera déclaré nul, comme pacte sur une succession future, ni à celui du 18 juillet 1820, qui sera également annulé, comme contraire, dans la forme, à l'art. 784 du Code civil, et, au besoin, rescindé pour cause de lésion, en vertu de l'art. 888 du même Code; qu'il sera procédé entre eux tous au partage de la succession de leur mère.

Le 19 juillet de la même année, jugement qui annulle la transaction du 13 ventôse an 5, et avant faire droit sur les conclusions relatives à celle du 18 juillet 1820, ordonne diverses opérations par experts.

Appel de la part des demoiselles Bevy; et le 23 août 1823, arrêt de la cour royale de Lyon, qui

BIU Cujas

infirme le jugement du tribunal de Bourg, et ordonne l'exécution des actes des 13 ventôse an 5 et 18 juillet 1820.

Les héritiers du sieur Bevy, décédé pendant l'instance, se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'attaquent,

1° Comme violant l'art. 888, en ce que les actes des 13 ventôse an 3 et 18 juillet 1820 devaient, considérés comme *partage*, être rescindés pour cause de lésion;

2° Comme violant les art. 791, 1130 et 1600, en ce que le premier de ces mêmes actes, considéré comme renonciation, était nul, parcequ'il portait sur une succession non encore ouverte, et que le second n'a pu en réparer le vice;

3° Comme violant l'art. 784, en ce qu'en admettant que l'acte du 18 juillet 1820 ne fût pas infecté du même vice que celui du 13 ventôse an 5, il était du moins nul, pour n'avoir pas été fait au greffe du tribunal de première instance.

Mais par arrêt du 11 août 1825, au rapport de M. Lasagni, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Sur la première partie du moyen,

» Attendu, en droit, que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785 du Code civil), et que, par conséquent, les lois qui régissent les partages entre les cohéritiers lui demeurent tout-à-fait étrangères;

» Et attendu qu'il a été reconnu, en fait, que, par deux transactions ou pactes de famille solennels, le premier, du 13 ventôse an 5, le second, du 18 juillet 1820, les demandeurs en cassation, ou leur auteur, ont formellement renoncé à la succession de Catherine Bernollin, leur mère, que d'après cela, l'arrêt attaqué devait (comme il l'a fait) déclarer les demandeurs non-recevables à invoquer lesdites lois relatives aux partages entre cohéritiers;

» Sur la seconde partie du moyen,

» Attendu que Catherine Bernollin, mère, est décédée le 27 mai 1820, et que ce n'est que le 18 juillet suivant (1820) que les demandeurs en cassation, ou leur auteur, ont, par une seconde transaction ou pacte de famille, renoncé de nouveau à la succession;

» Qu'ainsi, la loi qui défend de renoncer à une succession non ouverte n'était aucunement applicable à l'espèce.

» Sur la troisième partie du moyen,

» Attendu, en droit, que, si la renonciation à une succession ne peut plus être faite qu'au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte, sur un registre particulier tenu à cet effet (art. 784), il n'est nullement défendu à l'un ou plusieurs des successibles de s'obliger, en vertu de contrats particuliers, et notamment par voie de *transaction*, envers les autres successibles, de ne pas se porter héritiers; et que, l'ayant ainsi jugé, l'arrêt attaqué ne s'est mis en contradiction avec aucune loi;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (1). »

§. II. *Le successible qui, dans les dix ans écoulés depuis l'ouverture de la succession à laquelle il avait renoncé par contrat de mariage, avant qu'elle fût ouverte, n'a pas réclamé contre sa renonciation, est-il, soit d'après l'art. 134 de l'ordonnance de 1539, soit d'après l'art. 1304 du Code civil, déchu du droit de demander le partage de cette succession?*

Nul doute sur l'affirmative, si la succession a été ouverte avant la loi du 5 brumaire an 2; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation du 7 août 1810, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Renonciation à une succession future*, §. 5.

Mais il en serait autrement, s'il s'agissait d'une succession ouverte depuis la loi du 5 brumaire an 2; et c'est ce qu'explique très-bien, en cassant un arrêt de la cour royale d'Agen, du 9 juin 1825, qui avait jugé le contraire, un arrêt de la cour de cassation, du 2 juillet 1828, rendu au rapport de M. Bonnet, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier:

« Vu (porte-t-il) les art. 9 et 14 de la loi du 5 brumaire an 2, 9 et 11 de celle du 17 nivôse an 2;

» Vu aussi les art. 10 de la loi du 18 pluviôse an 5, et 791 du Code civil;

» Considérant que les lois de brumaire et de nivôse an 2 ont disposé que les renonciations à succession ne pourront être opposées aux renonçans qui se présenteraient aux successions pour obtenir un partage égal;

» Qu'à la vérité, ces lois étaient rétroactives, en ce qu'elles disposaient pour les successions ouvertes depuis 1789 jusqu'au 5 brumaire an 2; mais que la loi du 18 pluviôse an 5, qui a rapporté cet effet rétroactif, a confirmé virtuellement la disposition des lois de l'an 2, pour les renonciations antérieures à ces lois, et faites à toutes les successions ouvertes depuis le 5 brumaire de cette année;

» Attendu que l'art. 791 du Code civil, en disposant qu'on ne peut renoncer à la succession d'un homme vivant, a pris les choses dans l'état où elles étaient, et a nécessairement laissé subsister les dispositions des lois de l'an 2 et de l'an 5, pour toutes

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1825, page 407.

BIU Cujas

les successions qui s'ouvriraient postérieurement au 5 brumaire an 2;

» Attendu que le motif de prescription de dix ans, tiré des anciennes ordonnances et de l'art. 1304 du Code civil, n'est point applicable à l'espèce, puisqu'il s'agissait d'une demande en partage qui ne se prescrit que par trente ans, et qu'il n'y avait pas lieu à demande en nullité, la loi ayant elle-même aboli les renonciations, en déclarant expressément que ces renonciations ne pourraient être opposées aux renonçans;

» Attendu que l'arrêt de la cour royale d'Agen, en rejetant la demande en partage des sieur et dame Pigeonné, qui réclamaient leur part égale dans la succession de leur mère et belle-mère, a violé les articles précités des lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2, l'art. 10 de la loi du 18 pluviôse an 5; et par suite, l'art. 791 du Code civil;

» La cour casse et annulle l'arrêt du 9 juin 1825, rendu par la cour royale d'Agen... (1). »

RENOUVELLEMENT D'INSCRIPTION HYPOTHÉCAIRE, §. I. *L'adjudication définitive sur expropriation forcée, dispense-t-elle les créanciers hypothécaires ou privilégiés de renouveler leurs inscriptions, alors même que les dix années par le laps desquelles l'art. 2154 du Code civil les déclare périmées, expirent avant l'ouverture de l'ordre?*

En me prononçant pour la négative dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Inscription hypothécaire*, §. 8 *bis*, n° 5, je me suis fondé sur le dernier motif de l'arrêt de la cour de cassation, du 9 août 1821, qui y est transcrit; et je persiste à croire que cette opinion est la seule qui puisse s'accorder avec la lettre et l'esprit de l'art. 2154 du Code civil.

Elle a cependant été rejetée par un arrêt de la cour royale de Riom, du 4 mars 1822, qui est rapporté par M. Grenier, dans son *Traité des hypothèques*, n° 108, et dont les motifs sont,

« Qu'il y a, sur cette matière, un principe constant, établi par les arrêts de la cour de cassation, que le renouvellement de l'inscription devient inutile, du moment qu'elle a atteint son effet légal (2);

» Que, lorsqu'il s'agit d'expropriation des biens du débiteur, l'inscription a nécessairement atteint cet effet légal, dès l'instant de l'adjudication; que c'est justement jusque-là que doit continuer l'exercice de l'hypothèque de la part des créanciers;

» Qu'en effet, la vente judiciaire sur expropriation est l'unique but de l'hypothèque; que, dès le moment de cette vente, l'immeuble est purgé de toutes les hypothèques, qui se convertissent en actions sur le prix;

» Que l'ordre pour la distribution de ce prix, à quelque époque qu'il ait lieu, n'est que l'exécution de l'adjudication, lors de laquelle tout est consommé;

» Que, si, à l'époque de l'ordre, il s'agit de déterminer le montant des créances, cette détermination se fait d'après les droits acquis à chacun des créanciers, au moment de l'adjudication, lors de laquelle ces droits sont irrévocablement fixés;

» Qu'on ne conçoit pas la nécessité de s'inscrire sur un débiteur qui a cessé d'être propriétaire de l'immeuble hypothéqué, lequel a passé sur la tête de l'adjudicataire, qui en est propriétaire pour et au nom des créanciers qui doivent et ne peuvent que s'en partager le prix. »

Mais la question s'étant représentée, l'année suivante, devant la cour supérieure de justice de Liége, y a été jugée conformément à mon opinion, par un arrêt du 29 décembre 1823,

» Attendu que l'accomplissement des formalités relatives à l'inscription des priviléges et hypothèques, est rigoureusement prescrit, et qu'on ne peut en être dispensé que dans les cas spécialement prévus par la loi; que la plus importante de ces formalités est celle du renouvellement dans les dix ans, qui est ordonné par l'art. 2154 du Code civil; que l'omission de cette formalité entraîne la perte du rang hypothécaire; et qu'aucune disposition de la loi ne dispense expressément ni implicitement le créancier inscrit de cette obligation, avant l'ouverture de l'ordre, régulateur du prix de l'immeuble vendu sur saisie;

» Attendu que l'art. 752 du Code de procédure civile vient singulièrement à l'appui de ce système, puisqu'il ordonne qu'au procès-verbal d'ouverture d'ordre, il soit annexé un extrait de toutes les *inscriptions existantes*, délivré par le conservateur des hypothèques, qui ne peut faire mention que de celles non périmées par le laps de dix ans;

» Que cette explication devient d'autant plus plausible, que l'inscription hypothécaire prise sur un immeuble, n'a pas encore produit tous ses effets lors de l'adjudication définitive par expropriation forcée, vu qu'il y a des cas où cette adjudication peut être annulée, soit par la voie de l'appel ou de la sur-enchère, soit par celle de folle-enchère;

» Qu'il est bien vrai que le créancier hypothé-

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 30, page 161.

(2) *V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 5 avril 1808, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'article *Inscription hypothécaire*, §. 9.

BIU Cujas

caire du saisi n'est pas habile à prendre une inscription sur l'immeuble, après l'adjudication définitive, pour l'acquisition du droit réel d'hypothèque, puisque le débiteur, à cette époque, a cessé d'être propriétaire de cet immeuble; mais qu'il ne suit pas de là que le droit réel d'une hypothèque préexistante ne doive pas être conservé, après cette adjudication, par le renouvellement, dans les dix ans, de l'inscription antérieure (1).

Malheureusement pour la partie en faveur de laquelle cet arrêt a été rendu, il donnait prise, par deux de ses motifs, à une juste critique.

D'une part, en invoquant l'art. 752 du Code de procédure, il en prenait les mots *inscriptions existantes* comme synonymes des mots *inscriptions encore en vigueur*; et considérant le conservateur des hypothèques comme compétent pour se dispenser lui-même de comprendre dans l'extrait qu'il délivre aux créanciers poursuivant l'ordre, les inscriptions qui lui paraissent périmées, il en concluait que, dans cet extrait, ne devaient pas entrer les inscriptions dont la dixième année était expirée depuis l'adjudication; ce qui amenait tout naturellement la conséquence ultérieure, que l'adjudication n'empêche pas les inscriptions qui existent au moment où elle se prononce, de se périmer avant l'ouverture de l'ordre. Mais en raisonnant ainsi, cet arrêt partait d'une supposition manifestement fausse; il supposait que le conservateur peut se constituer juge de la péremption ou non péremption des inscriptions qu'il trouve dans ses registres, et c'était une grande erreur; car il est évident que l'art. 752 du Code de procédure n'entend par *inscriptions existantes*, que les inscriptions qui existent matériellement dans les registres du conservateur, que les inscriptions qui ne sont pas rayées en vertu de jugemens ou d'actes constatant le consentement des créanciers inscrits à leur radiation; qu'ainsi, le conservateur doit comprendre dans l'extrait dont il s'agit, les inscriptions qui sont périmées, comme celles qui ne le sont pas; et par conséquent, qu'il n'y a aucune induction à tirer de cet article pour la solution de notre question.

D'un autre côté, comment cet arrêt prouvait-il « que l'inscription hypothécaire prise sur un im» meuble n'a pas encore produit tous ses effets lors » de l'adjudication définitive par expropriation for» cée? *En disant* « qu'il y a des cas où elle peut être » annulée, soit par la voie de l'appel ou de la sur» enchère, soit par celle de la folle-enchère; » et c'était encore raisonner fort mal: car, dans l'espèce dont il s'agissait, il n'y avait eu ni appel, ni sur-enchère, ni folle-enchère, et l'adjudication avait eu tout son effet.

Des motifs aussi irréfléchis ont fait espérer à la partie qui avait succombé, qu'elle n'attaquerait pas inutilement l'arrêt qu'ils déparaient, et qu'en les réfutant, elle parviendrait à faire perdre de vue le motif irréfragable auquel ils ne servaient que d'auxiliaires, et son espérance n'a pas été trompée: sur un recours en cassation porté, suivant la forme provisoirement établie dans le royaume des Pays-Bas, devant les deux chambres de la cour de Liége qui n'avaient pas connu de l'affaire, cet arrêt a été cassé le 24 mars 1825,

« Attendu qu'un jugement d'adjudication définitive a tous ses effets du jour de sa prononciation, dès qu'il n'y a pas eu de sur-enchère ou de folle-enchère dans les délais prescrits par les art. 710 et 715 du Code de procédure; de même que tout jugement rendu en premier ressort, dont il n'y a pas eu d'appel qui en eût suspendu les effets;

» Attendu qu'un tel jugement ayant ainsi acquis force de chose jugée, l'adjudicataire est, du jour de la prononciation, propriétaire de l'immeuble exproprié, et en conséquence libéré de tout privilége et hypothèque, en payant le prix de l'adjudication aux créanciers qui sont en ordre de recevoir, ou en le consignant, aux termes de l'art. 2186 du Code civil, qui ne dispose, à la vérité, que pour la purge civile, mais qu'il y a même raison de décider pour l'expropriation forcée, lorsque, dans l'une et l'autre espèce, la sur-enchère n'a pas eu lieu;

» Attendu que le prix d'adjudication ne peut, à cause de sa nature mobilière, être susceptible d'hypothèque; que les droits de préférence et de priorité entre les créanciers leur sont irrévocablement acquis par leurs inscriptions existantes lors de l'adjudication définitive, tellement que tout renouvellement postérieur d'une inscription est superflu et sans objet (1). »

Mais il s'en faut beaucoup que cet arrêt détruise, par ces motifs, le premier de ceux qu'il casse.

D'abord, en effet, qu'importe que l'adjudication définitive, qui n'est suivie ni d'appel ni de sur-enchère, ni de folle-enchère, assure à l'adjudicataire la propriété de l'immeuble vendu par suite d'une saisie immobilière?

Ce premier motif serait insignifiant, si, en substance, il ne revenait au même que celui de la cour royale de Riom, du 24 mars 1822, lequel se réduit à dire que l'inscription *a atteint son effet légal* du moment où l'adjudication définitive est prononcée; et que, par conséquent, il devient dès-lors inutile

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1824, tome 2, page 380.

(1) *Ibid.*, année 1825, tome 2, page 344.

BIU Cujas

de la renouveler. Or, ainsi entendu, ce motif est-il bien exact?

Quel est le but de l'hypothèque, et par conséquent de l'inscription qui en est à la fois le signe et la condition *sine quâ non*? Ce n'est pas seulement de poursuivre ou surveiller la vente de l'immeuble hypothéqué, c'est encore, et c'est principalement de recevoir, sur le prix qui en proviendra, le paiement de la créance hypothécaire : donc il ne suffit pas, pour atteindre ce but, que l'immeuble hypothéqué soit vendu et que la vente en soit irrévocable; il faut encore que soient remplies, après la vente, les formalités prescrites par la loi, pour assurer au créancier hypothécaire le paiement de sa créance : donc, tant que ces formalités ne sont pas remplies, l'effet de l'inscription reste nécessairement incomplet; donc si, avant que ces formalités soient remplies, ou, en d'autres termes, avant que l'ordre soit ouvert et que l'inscription y soit produite avec le titre en vertu duquel elle a été prise, l'inscription atteint sa dixième année révolue sans avoir été renouvelée, elle est périmée de plein droit.

Eh! comment peut-on soutenir le contraire en présence de l'art. 2154 du Code civil, qui, par cela seul qu'il ne détermine aucune époque à laquelle cesse l'obligation de renouveler l'inscription avant la fin de sa dixième année, fait évidemment durer cette obligation aussi long-temps qu'il reste au créancier quelque chose à faire pour obtenir l'entier effet de son hypothèque? Ce n'est pas seulement s'élever au-dessus du texte littéral de la loi, c'est encore en méconnaître l'esprit; car, dit fort bien le rédacteur du *Journal des audiences de la cour de cassation*, année 1821, *l'une des causes principales qui ont déterminé les auteurs du Code civil à soumettre les inscriptions au renouvellement décennal, c'est la facilité que des registres trop volumineux et trop anciens auraient pu donner d'y intercaler frauduleusement des inscriptions qui ne seraient pas sincères.* (Voyez les conférences du Code civil sur l'art. 2134, tome 7, pages 204 et suivantes). *La loi tient pour suspecte toute inscription dont la date remonte à plus de dix ans. Or, cette sage prévoyance du législateur serait trompée, si l'on décidait que l'inscription est affranchie du renouvellement dès le jour de la vente ou de l'adjudication de l'immeuble hypothéqué, puisqu'il pourrait arriver que l'ordre ne s'ouvrît que long-temps après l'aliénation, et qu'ainsi, un créancier se présenterait à l'ordre avec une inscription qui daterait de quinze, vingt ou trente ans.*

En second lieu, l'arrêt du 24 mars 1825 est-il mieux fondé à dire qu'il est impossible de renouveler une inscription contre un débiteur qui a cessé d'être propriétaire, et dont la propriété a passé sur la tête de l'adjudicataire? Non, évidemment non.

Sans doute, après l'adjudication, toute inscription nouvelle de la part des créanciers du débiteur exproprié, est impossible, parcequ'elle ne pourrait porter ni sur l'immeuble qui est passé dans les mains de l'adjudicataire, ni sur le prix qui, soit que l'adjudicataire le doive encore, soit qu'il l'ait consigné, ne peut plus, du débiteur aux créanciers non inscrits, être considéré que tel qu'il est par sa nature, c'est-à-dire, comme une chose mobilière, non-susceptible d'hypothèque.

Mais il n'est certainement pas impossible qu'un créancier inscrit avant l'inscription, renouvelle, avant l'ouverture de l'ordre, l'inscription dont il est porteur, et qui touche au terme de sa durée; car, de deux choses l'une : ou le prix de l'adjudication est encore dû par l'adjudicataire, et dans ce cas, l'immeuble reste soumis à toutes les hypothèques dont il était grevé entre les mains du débiteur; ou l'adjudicataire a consigné le prix de l'adjudication, et alors ce prix est subrogé, dans l'intérêt des créanciers inscrits, à l'immeuble même; il le représente en tout point; et par conséquent, le renouvellement qui est fait sur l'immeuble, d'une inscription prête d'expirer, se reporte de plein droit sur le prix.

Vainement, au surplus, pour prouver que, ni l'arrêt de la cour royale de Riom, du 4 mars 1822, ni celui de la cour de Liége, du 24 mars 1825, ne sont contraires à l'esprit dans lequel a été rédigé le dernier motif de l'arrêt de la cour de cassation, du 9 août 1821, dirait-on avec M. Grenier, que, dans l'espèce de celui-ci, la cour de cassation n'avait pas à juger si l'inscription atteint son entier effet par l'adjudication définitive, ou si elle ne l'atteint que par la production qui en est faite à l'ordre.

Non, elle n'avait pas précisément à juger cette question; mais en est-il moins vrai qu'elle l'a jugée virtuellement? C'est trop peu dire : en est-il moins vrai qu'elle a dû la juger de cette manière, pour empêcher que l'on ne tirât de la confirmation qu'elle faisait de l'arrêt de la cour royale de Paris, du 19 août 1820, une conséquence qu'elle désavouait et devait désavouer? Reportons-nous à cet arrêt même;

« Considérant (y était-il dit) que c'est uniquement à l'ordre et sur l'extrait délivré au poursuivant ordre de toutes les inscriptions existantes au moment de l'adjudication, comme le veut l'art. 752 du Code de procédure civile, *que les inscriptions produisent leur effet légal et définitif*, par l'examen et la discussion que chaque inscription y subit; de même que c'est avec le concours de tous les créanciers inscrits, et en connaissance de cause, que le droit de chacun à la distribution, et son rang dans cette distribution, sont alors irrévocablement réglés et fixés par la justice;

BIU Cujas

» Considérant que, dans l'espèce, l'inscription de l'agent du trésor, en date du 24 juillet 1806, n'ayant point été renouvelée avant l'expiration des dix années de sa date, s'est trouvée périmée, et comme n'ayant jamais existé *à l'epoque du jugement d'adjudication du 5 février 1818 et de l'ouverture de l'ordre du 15 mai suivant;* et que c'est en se conformant à la disposition impérieuse et sainement entendue de la loi sur le renouvellement des inscriptions, que les premiers juges ont rejeté de l'ordre la créance dont l'agent judiciaire du trésor demandait la collocation (1). »

On voit que cet arrêt, tout en convenant que l'inscription ne produit son effet légal et définitif qu'au moment de l'ouverture de l'ordre, laissait cependant douter si l'obligation de la renouveler ne cessait qu'en ce moment même, ou si elle ne cessait pas dès celui de l'adjudication, puisqu'il ne rejetait l'inscription du trésor public que parcequ'elle avait plus de dix années de date, tant au moment de l'adjudication qu'à celui de l'ouverture de l'ordre.

Que serait-il donc arrivé, si la cour de cassation, en confirmant cet arrêt, ne se fût pas expliquée sur l'époque précise où cesse l'obligation de renouveler l'inscription hypothécaire qui touche au terme de sa durée légale? On en aurait conclu qu'elle approuvait le doute que cet arrêt laissait là-dessus; et elle a dû aller au-devant de cette conséquence, elle a dû la prévenir, parcequ'elle trouvait dans l'art. 2154 du Code civil une disposition qui, par sa généralité, la condamnait ouvertement.

§. II. 1° *Dans le cas d'une aliénation volontaire, la notification que l'acquéreur fait de son contrat aux créanciers inscrits, à l'effet de purger leurs hypothèques, conformément à l'art.* 2183 *du Code civil, dispense-t-elle du renouvellement les inscriptions qui alors touchent à la fin de la dixième année de leur date, et empêche-t-elle qu'elles ne se périment avant l'ouverture de l'ordre pour la distribution du prix de l'immeuble?*

2° *Produit-elle l'un et l'autre effet, lorsque, sans qu'elle ait été suivie de l'ouverture d'un ordre, l'immeuble passe, quelque temps après, dans les mains d'un second acquéreur, par une revente sur le seul prix de laquelle un ordre est ouvert?*

Sur la première question, la négative est, comme je l'ai prouvé dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Inscription hypothécaire*, §. 8 *bis*, n° 6, la conséquence nécessaire de la doctrine que je viens d'établir dans le paragraphe précédent.

Et c'est assez dire qu'elle est, à plus forte raison, au-dessus de tout doute sur la seconde question.

Voici cependant une espèce dans laquelle on a soutenu très-sérieusement, et d'abord avec succès, que, sur celle-ci, c'était l'affirmative qui devait prévaloir.

Le 26 prairial an 7 (14 juin 1799), les héritiers du sieur Vimal du Bouchet, créanciers hypothécaires du sieur Vimal de la Boissonnie, s'inscrivent sur les biens de leur débiteur pour une somme de 38,000 francs.

Le 1er floréal an 12 (21 avril 1804), les enfans et les héritiers du sieur Benoît Vimal de la Boissonnie vendent au sieur George Fénerolles, moyennant la somme de 52,800 francs, les biens sur lesquels porte l'inscription des héritiers Vimal du Bouchet.

Ce contrat est revêtu de la formalité de la transcription; et le 31 décembre 1806, l'acquéreur le fait notifier aux créanciers inscrits.

Point de sur-enchère de la part de ceux-ci, et il n'est point ouvert d'ordre pour la distribution du prix de la vente.

Le 2 janvier 1807, l'acquéreur hypothèque ces biens au sieur Jean Decroix pour une somme de 19,920 francs.

Le 12 du même mois, le sieur Jean Decroix fait inscrire son hypothèque.

Le 12 décembre de la même année, il achète de George Fénerolles, et conjointement avec le sieur Touzet, la majeure partie des mêmes biens, moyennant la somme de 29,629 francs 62 centimes.

Le contrat de cette acquisition est transcrit le même jour; mais il n'est notifié aux créanciers inscrits qu'en décembre 1816; et il ne l'est que par suite d'une sommation faite au sieur Jean Decroix et au sieur Artaud, cessionnaire du sieur Touzet, son co-acquéreur, à la requête des héritiers Vimal du Bouchet, qui cependant n'avaient pas renouvelé, en juin 1809, leur inscription du 14 juin 1799, et par conséquent ne pouvaient plus s'en prévaloir contre des acquéreurs dont le titre avait reçu, depuis neuf ans, la formalité de la transcription.

D'après ces notifications, et à défaut de surenchère, un ordre est ouvert pour la distribution du prix du contrat de revente du 12 décembre 1807, devant le tribunal de première instance de Thiers.

Là, une question de priorité s'élève entre les héritiers Vimal du Bouchet, créanciers des vendeurs de George Fénerolles, et Jean Decroix, créancier de celui-ci. Les premiers réclament la préférence sur le second, parceque leur inscription est antérieure

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 21, partie 2, page 182.

BIU Cujas

à la sienne; et le second la réclame sur les premiers, parceque son inscription est encore dans toute sa vigueur, tandis que la leur est périmée, faute d'avoir été renouvelée en juin 1809.

Le juge-commissaire prononce en faveur des héritiers Vimal du Bouchet; mais sur l'opposition du sieur Jean Decroix, le tribunal de Thiers colloque celui-ci à leur exclusion.

Appel de la part des héritiers Vimal du Bouchet, et le 8 février 1825, arrêt de la cour royale de Riom, qui, en infirmant le jugement de première instance, maintient la collocation qu'ils ont obtenue du juge-commissaire,

« Attendu que l'inscription prise par les héritiers Vimal du Bouchet sur les biens immeubles appartenant aux Vimal de la Boissonnie, le 26 prairial an 7, en vertu des titres qui leur conféraient une hypothèque, était dans toute sa vigueur, lorsque, par acte du 1er floréal an 12, les Vimal de la Boissonnie ont vendu à George Fénerolles les immeubles grevés;

» Attendu que Fénerolles, devenu acquéreur, pour parvenir à purger les hypothèques qui grevaient les immeubles par lui acquis, a fait transcrire son contrat de vente le 8 floréal an 12, et l'a ensuite fait notifier aux créanciers inscrits, par acte du 31 décembre 1806, temps auquel l'inscription prise par les Vimal du Bouchet conserva toute sa force, et était susceptible de produire tous les effets qui lui étaient attribués par la loi;

» Attendu que, lors de cette notification, Fénerolles a offert de payer le prix de la vente aux créanciers inscrits; qu'il s'est, à cet instant même, formé un contrat judiciaire entre l'acquéreur qui notifiait, et les créanciers dont les inscriptions étaient encore en vigueur; que, par suite de ce contrat judiciaire, les inscriptions avaient produit *tout leur effet légal* (1); qu'il ne s'agissait plus que de régler le rang des créanciers entre eux, et qu'ils étaient dès-lors dispensés de renouveler des inscriptions, afin de conserver sur les immeubles vendus des hypothèques qui se trouvaient complétement réalisées, et se trouvaient changées en actions sur le prix;

» Attendu que cette action sur le prix des immeubles vendus ne pouvait, dans aucun cas, devenir contre l'acquéreur une simple action personnelle tout-à-fait indépendante de l'action hypothécaire; qu'elle était une suite immédiate de l'hypothèque conférée par le précédent propriétaire, et conservée par une inscription, seul mode exigé par la loi;

» Attendu qu'il y avait bien, à la vérité, une action personnelle contre l'acquéreur qui avait fait notifier son contrat, pour le forcer à rapporter le prix de la vente qui lui avait été consentie; que cette action, résultant du contrat judiciaire qui s'était formé par l'acte de notification, pouvait s'exercer, non seulement sur les biens par lui acquis, mais encore sur tous ceux qui pouvaient lui appartenir, quelle que fût leur origine; mais qu'elle ne pouvait pas néanmoins changer la position des créanciers, relativement aux droits qu'ils avaient conservés sur les immeubles, et au prix qui avait été irrévocablement fixé par le silence qu'ils avaient gardé pendant le délai qui leur avait été accordé pour faire une surenchère;

» Attendu que George Fénerolles, devenu acquéreur des immeubles de la Boissonnie, ayant pris les mesures indiquées par la loi pour purger les hypothèques qui les grevaient, a bien pu, de son chef, contracter des obligations et grever les mêmes immeubles d'hypothèques qui lui fussent personnelles; mais, dans aucun cas, elles ne pouvaient devenir utiles, et être exercées qu'après une distraction préalable du prix qu'il s'était engagé de payer aux créanciers inscrits sur le précédent propriétaire;

» Attendu que la propriété qui réside sur la tête d'un acquéreur, doit bien être considérée comme pleine et entière, quant aux droits de disposer de la chose ainsi que bon lui semble, mais sous la condition toutefois d'en acquitter le prix entre les mains du vendeur; car, si la principale obligation de celui-ci est de délivrer la chose vendue, celle de payer le prix est une condition tellement impérative, que la vente est toujours résoluble tant qu'elle n'est pas accomplie, et qu'il ne s'est pas écoulé un temps suffisant pour la prescription; que tel est le résultat des art. 1654 et 2182 du Code civil;

» Attendu que, si le vendeur, qui se trouverait toujours exposé aux poursuites de ses créanciers qui auraient été désintéressés, en recevant de la part de l'acquéreur le prix de la vente qu'il aurait consentie, formait une demande en résolution de vente, faute de paiement du prix, la propriété rentrerait néces-

---

(1) La cour royale de Riom applique ici, comme l'on voit, à la notification d'un contrat de vente volontaire, le motif sur lequel, dans son arrêt du 4 mars 1822, transcrit dans le §. précédent, elle s'était fondée pour décider que l'adjudication sur expropriation forcée remplit tout le but des inscriptions hypothécaires, et fait cesser, à l'égard de celles qui touchent alors au terme de leur durée, l'obligation de les renouveler avant l'ouverture de l'ordre. Mais si, comme je crois l'avoir prouvé, ce motif est en opposition directe avec la lettre et l'esprit de l'art. 2154 du Code civil, pour les cas d'expropriation forcée, il est impossible qu'il soit en harmonie avec le même article pour les cas d'aliénation volontaire.

BIU Cujas

sairement dans ses mains, dégagée de toutes les hypothèques dont son acquéreur aurait pu la grever, et redeviendrait alors le gage de ses créanciers, sans qu'il pût exister aucune concurrence entre les créanciers de ce vendeur qui aurait fait prononcer la résolution de la vente, et ceux de l'acquéreur contre lequel elle aurait été prononcée;

» Attendu que, si la publicité est la base principale du régime hypothécaire établi par le Code civil, elle ne peut être considérée que respectivement aux personnes qui se trouvent intéressées à ce qu'elle existe, quant aux biens qui font l'objet des constitutions d'hypothèques, ou qui sont aliénés; que, dans l'espèce, elle existait parfaitement, puisque l'inscription des Vimal du Bouchet était en pleine vigueur lors de l'obligation consentie par Fénerolles au profit de Decroix, le 2 janvier 1807, ainsi que lors de la vente du 12 décembre de la même année, et encore lors de la transcription de cet acte, le 17 du même mois de décembre;

» Attendu que Decroix, en achetant de Fénerolles, a dû s'assurer, non seulement des hypothèques qui pouvaient grever les biens qu'il vendait de son chef, mais encore du chef des précédens propriétaires, et s'assurer des titres de propriété qui avaient opéré la transmission de ces biens entre les mains de son vendeur, puisque, sans cette précaution, il devait toujours avoir à craindre, ou l'exercice des hypothèques des créanciers inscrits, ou la demande en résolution de la part des vendeurs;

» Attendu, dès-lors, soit que l'on considère la position des parties en point de fait, soit que l'on s'arrête au point de droit, que les parties de Devissac (les héritiers Vimal du Bouchet) doivent obtenir la préférence sur le prix de la vente de la Boissonnie, respectivement aux créanciers personnels de Fénerolles (1). »

Mais le sieur Decroix s'étant pourvu en cassation, arrêt est intervenu, le 29 juillet 1828, au rapport de M. Jourde, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert, par lequel,

« Vu les art. 2134, 2154 et 2166 du Code civil;

» Attendu 1° qu'il ne s'est point agi dans la cause, de la distribution du prix de la vente consentie, le 21 avril 1804, par les enfans de Benoît Vimal de la Boissonnie, au profit de George Fénerolles, dont le contrat fut notifié, en décembre 1806, aux divers créanciers inscrits, parmi lesquels se trouvaient les héritiers Vimal du Bouchet; qu'il a été reconnu au procès qu'aucune ouverture d'ordre n'avait été provoquée sur ce prix; que l'arrêt attaqué a statué uniquement sur un ordre ouvert, le 10 mars 1817, pour la distribution du prix d'une vente consentie, le 12 décembre 1807, par Fénerolles, premier acquéreur, au profit de Decroix et de Touzet, vente qui n'a été notifiée aux créanciers inscrits qu'en 1816, à une époque où l'inscription des héritiers Vimal du Bouchet, du 12 juin 1799, avait plus de dix années de date, et n'avait point été renouvelée, selon que le prescrit l'art. 2154;

» 2° Que l'art. 2166, en donnant aux créanciers qui ont une hypothèque inscrite sur un immeuble, le droit de le suivre en quelques mains qu'il passe, n'a évidemment entendu parler que d'une inscription régulière, et non périmée;

» 3° Que, pour maintenir, au profit des héritiers Vimal du Bouchet, le rang de leur inscription à la date de 1799, quoique non-renouvelée, et leur droit de préférence comme créanciers de Benoît Vimal de la Boissonnie, père des vendeurs primitifs, la cour royale de Riom a cru pouvoir s'aider des effets de l'action résolutoire; mais qu'aucune demande sur ce point n'existait au procès, et aucunes conclusions n'avaient été prises à ce sujet, ni en première instance ni en appel;

» De tout quoi résulte que l'arrêt attaqué a expressément violé les articles de la loi ci-dessus cités;

« Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt rendu par la cour royale de Riom, le 8 février 1825 (1). »

RENTE. *Page* 326, *col.* 2, *après la ligne* 28 (2), *ajoutez ce qui suit:*

§. II. *Quels sont les moyens de prouver que l'on est créancier d'une rente, lorsque l'on ne peut en représenter ni le titre constitutif, ni aucun acte récognitif?*

I. Que l'on puisse suppléer au défaut de titre constitutif ou récognitif d'une rente par la preuve que l'on est depuis trente ans en possession de la percevoir, c'est ce que j'ai établi dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Prescription*, sect. 3, §. 2, art. 1.

Il est seulement à remarquer, et c'est ce que j'ai déjà fait au même endroit, sect. 1, §. 5, art. 3, n° 9, que, si le capital de la rente s'élève au-dessus de 150 francs, la preuve de la possession dans laquelle on est de la percevoir, ne peut, d'après les

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 28, page 327.

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 30, page 196.

(2) *Page* 337, *col.* 2, *ligne* 27 (2e édition).

BIU Cujas

art. 1341 et 1347 du Code civil, être faite par témoins qu'autant qu'il en existe un commencement de preuve par écrit.

II. Mais peut-on également, lorsque le capital de la rente excède 150 francs, suppléer à l'absence d'un titre qui l'ait constituée ou reconnue, par la preuve qu'on en a perçu les arrérages pendant un nombre d'années inférieur à celui de trente?

Il semble, à la première vue, que, si les paiemens faits pendant moins de trente années, ne suffisent pas pour établir que la rente est due, ils suffisent du moins pour le faire présumer jusqu'à la preuve du contraire; car (peut-on dire) payer une rente, c'est reconnaître qu'on la doit, et par conséquent se placer dans la nécessité d'en continuer le paiement, à moins que l'on ne soit en état de prouver qu'on ne la doit pas.

Cependant de tous les auteurs qui ont écrit sur cette question avant le Code civil, il n'en est pas un seul qui ne convienne que les paiemens faits pendant moins de dix années successives, n'emportent pas l'obligation de les continuer jusqu'à ce qu'on ait prouvé qu'ils ont été faits indûment; et c'est ce que paraît justifier clairement la loi 7, C. *de usuris: creditor* (y est-il dit) *instrumentis suis probare debet quæ intendit, et usuras se stipulatum, si potest; nec enim si aliquandò ex consensu præstitæ sunt, obligationem constituunt.*

Mais le même accord n'existe pas entre eux à l'égard du cas où la rente a été payée pendant dix années successives.

Les uns, tels que Dumoulin, soutiennent, d'après la loi 6, D. *de usuris*, et la loi 20, C. *de agricolis et censitis*, que la rente est présumée due jusqu'à la preuve du contraire.

Les autres, tels que Pothier et Dunod, repoussent cette présomption comme fondée uniquement sur des lois purement arbitraires, et qui ne peuvent pas avoir parmi nous même l'autorité de raison écrite.

Je me suis déjà prononcé pour l'opinion de ceux-ci (1), et je persiste à croire qu'elle ne doit aujourd'hui éprouver aucune espèce de difficulté.

En effet, qu'importe, relativement aux conséquences à tirer du paiement d'une rente dont il n'existe point de titre, que ce paiement ait été fait pendant dix années consécutives, ou seulement pendant une ou deux années?

On convient généralement que, dans le second de ces deux cas, la rente n'est pas présumée due jusqu'à la preuve du contraire. On est donc généralement d'accord que payer un ou deux termes échus d'une rente, ce n'est pas nécessairement reconnaître que l'on en doit le fonds; comme souffrir sur son terrain, pendant une ou deux années, l'exercice d'une servitude apparente et continue, ce n'est pas nécessairement reconnaître qu'on y est assujéti; et la raison en est simple: c'est qu'en vous payant aujourd'hui une rente qu'aucun titre ne vous autorise à exiger de moi, je sais que je fais une chose sans conséquence pour l'avenir, parcequ'il n'y a qu'une possession de trente ans qui puisse remplacer contre moi le titre qui vous manque; comme en souffrant aujourd'hui, de votre part, une servitude prescriptible pour laquelle vous n'avez point de titre, je sais que j'ai encore vingt-neuf ans pour m'opposer à ce que vous continuiez d'exercer sur mon terrain des droits que vous n'avez pas.

Mais, dès-lors, quelle différence y a-t-il entre le cas où je n'ai payé qu'une ou deux années de la rente, et le cas où j'en ai payé dix? Point d'autre, si ce n'est qu'après avoir reçu de moi dix termes échus de la rente, vous êtes plus avancé dans le chemin de la prescription que vous ne l'étiez après en avoir reçu seulement un ou deux. Est-ce une raison pour faire rejeter sur moi la preuve que la rente ne vous est pas due? La loi peut dire: oui; mais elle seule a le droit de le dire. Que les lois romaines sur lesquelles s'appuie Dumoulin, l'aient dit effectivement, je veux bien le supposer; mais elles sont abrogées par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12; et comme elles étaient, suivant l'expression de Pothier, purement *arbitraires*, on ne peut plus les invoquer même comme raison écrite.

III. Mais que faudra-t-il décider, si, outre la preuve des paiemens que je vous ai faits de la rente pendant une, deux, ou même neuf années, vous avez à m'opposer des énonciations contenues dans des actes que vous ou vos auteurs avez passés avec des tiers, et dans lesquels ni mes auteurs, ni moi n'avons été parties?

La même chose, parceque, suivant un principe de l'ancien droit, expressément renouvelé par les art. 1165 et 1320 du Code civil, les énonciations contenues dans un acte passé entre deux parties, ne font aucune foi contre des tiers.

Et inutilement viendriez-vous dire que les actes dont vous vous prévalez sont anciens; inutilement ajouteriez-vous que, dans l'ancienne jurisprudence, le principe que les énonciations contenues dans des actes passés entre deux parties, ne font pas foi contre des tiers, admettait une exception à l'égard des actes anciens, et qu'il doit encore l'admettre aujourd'hui, surtout s'il s'agit d'actes antérieurs au Code civil.

Je vous répondrai victorieusement qu'à la vérité,

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Prescription*, sect. 2, §. 13, n° 7.

BIU Cujas

c'était, avant le Code civil, une maxime généralement reçue, que, *in antiquis enunciativa probant*; mais qu'elle était subordonnée à une condition essentielle; qu'il fallait, pour la rendre applicable, que les énonciations contenues dans d'anciens actes, fussent soutenues d'une longue possession, et que l'on ne considérait comme longue *possession* que celle qui embrassait au moins un espace de dix ans; que vous ne m'opposez qu'une possession de neuf années au plus; qu'ainsi, vous rentrez nécessairement dans la règle générale.

En serait-il de même, si, aux énonciations contenues dans vos anciens actes, vous ajoutiez la preuve que vous avez reçu de moi ou de mes auteurs le paiement de la rente pendant dix années au moins?

Oui, et vous devriez encore succomber, parceque, non-recevable, aux termes de l'art. 1341 du Code civil, à prouver par témoins l'existence de la rente, vous le seriez également, d'après l'art. 1353, à la prouver par des présomptions non établies par la loi, et qu'il est impossible de considérer autrement que comme une présomption non établie par la loi, l'exception admise par les docteurs, relativement aux énonciations des actes anciens soutenues d'une longue possession.

IV. J'ai supposé jusqu'à présent que le capital de la rente réclamée sans titre constitutif ou récognitif, s'élève au-dessus de 150 francs; mais que serait-ce s'il n'excédait pas ce taux?

Il faudrait alors en revenir à la règle générale qui permet de prouver par témoins, et par conséquent aussi par des présomptions non établies par la loi, toute obligation dont l'objet n'excède pas la valeur de 150 francs. Ainsi, dans ce cas, le sort de la contestation dépendrait de la prudence du juge, toujours maître d'accueillir ou de rejeter la preuve par témoins et les présomptions purement morales, suivant les circonstances.

V. Ici se place naturellement un arrêt de la cour de cassation qui se rattache aux questions que je viens de traiter.

Le 9 mai 1816, le sieur Chuando fait assigner le sieur Inchauspé devant le tribunal de première instance de Saint-Palais, pour voir dire qu'il lui doit sur la maison dont il est propriétaire, une rente foncière de deux conques ou huit décalitres de froment, dont il a, depuis 1788, interrompu la prestation, et se voir en conséquence condamner à lui payer cette rente avec les arrérages échus depuis cinq ans.

Le sieur Inchauspé comparaît sur cette assignation, et interpelle le sieur Chuando de représenter les titres sur lesquels il fonde sa demande.

Le sieur Chuando produit des contrats des 28 novembre 1594, 7 janvier 1595, 26 novembre 1680 et 24 août 1759, par lesquels ses auteurs ont successivement acquis une rente foncière de deux conques de froment assise sur la maison appartenant au chef de la famille Inchauspé.

Le sieur Inchauspé répond qu'aucun de ses propres auteurs n'a été partie dans ces contrats; qu'ainsi, il ne peut résulter des énonciations qu'ils contiennent aucune espèce de preuve contre lui.

Le sieur Chuando réplique que ces contrats étant anciens, c'est le cas de la maxime, *in antiquis enunciativa probant*; et il offre de prouver par témoins que les arrérages de la rente lui ont été payés avant 1788, pendant trois ou quatre années successives.

Le sieur Inchauspé objecte en vain que le capital de la rente dont il s'agit s'élevant au-dessus de 150 francs, la preuve par témoins des paiemens que le sieur Chuando prétend en avoir reçus, ne peut pas être admise sans un commencement de preuve par écrit; que, dans l'espèce, un commencement de preuve par écrit ne pourrait, aux termes de l'art. 1347 du Code civil, résulter que d'actes signés de lui ou de ses auteurs; et qu'encore une fois, ni lui ni ses auteurs n'ont signé les contrats produits par le sieur Chuando.

Il n'en intervient pas moins un jugement qui admet le sieur Chuando à prouver par témoins *qu'Inchauspé et ses auteurs ont servi la rente de deux conques de froment énoncée dans les divers contrats produits au procès, dans les années antérieures* (dont il ne fixe pas le nombre) *à celle de* 1788.

Appel de ce jugement à la cour royale de Pau de la part du sieur Inchauspé.

Le sieur Chuando meurt peu de temps après; et le sieur Madron, son héritier, reprend l'instance.

Le 5 juillet 1823, arrêt par lequel,

« Attendu que l'on pourrait soutenir, en thèse générale, que l'on ne peut opposer à la maison d'Inchauspé les actes (produits) qui lui furent étrangers; mais qu'il est de principe que, lorsqu'une partie est dans l'impossibilité de produire le titre d'une obligation quelconque, elle peut le remplacer par des énonciations contenues dans des actes anciens, pourvu que les présomptions résultant de ces actes soient fortifiées par l'exécution même de l'obligation;

» Que les énonciations contenues dans les actes produits au procès, renferment la plus grande présomption que la maison d'Inchauspé contracta anciennement l'obligation de servir la rente dont il s'agit; que le sieur de Madron offre de prouver qu'avant 1788 la maison d'Inchauspé servait cette rente; que cette preuve n'a pas pour objet d'établir

BIU Cujas

que le sieur de Mandron l'a acquise par la prescription, mais que l'obligation de servir la rente a été exécutée; qu'il n'est pas nécessaire que le service de cette rente remonte à quarante et un ans, ni même à trente ans; que, s'il est justifié qu'elle fut payée en 1787, 1788, et pour quelques années antérieures, il faudrait en conclure que la maison d'Inchauspé s'est obligée à servir la rente;

» La cour met l'appellation au néant.... »

Mais le sieur Inchauspé se pourvoit en cassation; et après une discussion contradictoire, arrêt du 14 mars 1827, au rapport de M. Zangiacomi, et sur les conclusions de M. Joubert, premier avocat-général, ainsi conçu :

« Vu les art. 1315, 1341, 1165 et 1320 du Code civil;

» Considérant qu'aux termes de l'art. 1315, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver;

» Que, d'après l'art. 1341, cette preuve ne peut résulter, lorsqu'il s'agit de choses excédant la valeur de 150 francs, que d'un acte authentique ou sous seing-privé passé entre les parties ou leurs auteurs; et que cet acte ne peut être suppléé par la preuve testimoniale, à moins (art. 1347) qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit;

» Que, dans l'espèce, le sieur de Mandron a prétendu que le sieur Inchauspé était obligé de lui payer annuellement une rente d'une valeur, en capital, de plus de 150 francs, et qu'il lui en a demandé le service;

» Qu'à l'appui de cette demande, et en preuve de cette obligation, il n'a produit ni titre constitutif, ni acte récognitif, ni commencement de preuve par écrit, émanés du sieur Inchauspé ou de ses auteurs; qu'il ne s'est prévalu que des énonciations d'anciens contrats dans lesquels les sieurs Inchauspé n'avaient pas été parties, et dont la teneur, bien moins encore les énonciations, ne pouvaient leur être opposées, d'après les art. 1165 et 1320 du Code civil;

» Que cependant l'arrêt attaqué a ordonné une preuve testimoniale, à l'effet de constater que la rente réclamée par le sieur de Mandron, lui avait été payée, non pas pendant un temps suffisant pour qu'il en eût prescrit l'acquisition, mais quelques années seulement;

» Que de plus il a décidé que, si cette preuve était faite, il faudrait en conclure que la maison d'Inchauspé s'était obligée au service de cette rente;

» Qu'ainsi, d'une part, il a, contrairement à l'art. 1341 du Code civil, fait dépendre l'existence d'une obligation des résultats d'une preuve testimoniale; d'autre part, qu'il s'est fondé sur des actes qui, d'après les art. 1165 et 1320, ne pouvaient être pris en considération dans cette affaire, et par conséquent qu'il a violé ces lois;

» La cour casse et annulle l'arrêt de la cour royale de Pau, du 5 juillet 1823.... »

Le rédacteur du *Bulletin civil de la cour de cassation*, tome 29, page 365, présente, dans sa *table*, cet arrêt comme jugeant 1° *qu'il ne suffit pas, pour établir qu'on est créancier d'une rente, de s'appuyer sur d'anciens contrats qui l'énoncent, mais dans lesquels ni le débiteur ni ses auteurs n'ont été partie;* 2° *que les tribunaux ne peuvent pas, pour établir qu'une rente excédant 150 francs est due à tel individu qui la réclame, admettre la preuve par témoins qu'elle lui a été payée pendant quelques années*, si le nombre de ces années n'est pas suffisant pour opérer la prescription.

Je n'ai rien à dire sur le premier point, il est parfaitement d'accord avec le texte de l'arrêt et celui de la loi.

Mais la manière dont le second est rédigé, pourrait faire croire, si l'on s'y tenait aveuglément, qu'il est jugé par l'arrêt que, si le sieur Chuando eût offert de prouver par témoins que la rente lui avait été payée pendant trente ans, son offre aurait dû ou pu être admise; et assurément il s'en faut beaucoup que l'arrêt soit entaché d'une erreur aussi grave.

D'une part, en effet, il commence par établir que, d'après l'art. 1341 du Code civil, le sieur Chuando, représenté par le sieur de Mandron, n'aurait pu justifier sa demande que par la production d'un titre, soit constitutif, soit récognitif, ou par un commencement de preuve par écrit, corroboré par une preuve testimoniale.

De l'autre, s'il reproche à la cour royale de Pau d'avoir, sans commencement de preuve par écrit, *ordonné une preuve testimoniale à l'effet de constater que la rente réclamée par le sieur de Mandron, lui avait été payée, non pas pendant un temps suffisant pour qu'il en eût prescrit l'acquisition, mais quelques années seulement*, ce n'est évidemment pas pour faire entendre que la preuve testimoniale aurait été admissible, si elle eût eu pour objet d'établir que la rente avait été payée pendant trente ans; mais uniquement pour dire que cette preuve avait été admise d'autant plus mal à propos, qu'elle était purement frustratoire, en ce que l'existence de la rente n'aurait pu être justifiée, à défaut de titre constitutif ou récognitif, que par la preuve légale qu'elle avait été payée *pendant un temps suffisant pour en prescrire l'acquisition.*

BIU Cujas

RENTE CONSTITUÉE. §. XI, n° I. *Page* 328, *col.* 2, *ligne* 48 (1), *après les mots* ou d'habitation, *ajoutez :*

Cela est encore vrai en ce sens que chacun des époux peut avoir acquis, avant le mariage, par un bail emphytéotique de quatre-vingt-dix-neuf ans au plus, la propriété temporaire d'un immeuble dont il paie la concession par une redevance annuelle (2).

Ces sortes, etc.

Page 329, *col.* 1, *lignes* 2 *et* 3 (3), *ajoutez en note* (4) :

Même page et même col., ligne 8 (5), *supprimez la note et ce qui s'y réfère, et substituez-y celle-ci :*

V. l'article *Emphytéose*, §. 5, n° 4.

RENTE FONCIÈRE, RENTE SEIGNEURIALE. *Page* 331, *col.* 2, *après la ligne* 36 (6), *ajoutez ce qui suit :*

3° *Quelle est aujourd'hui la nature des rentes foncières qui ont été créées sous l'ancienne jurisprudence?*

Page 335, *col.* 1, *après la dernière ligne* (7), *ajoutez :*

III. Quant à la troisième question, je l'ai traitée à l'article *Emphytéose*, §. 5.

J'y ai prouvé, n° 4, qu'il n'existe plus aujourd'hui de rentes perpétuelles qui soient véritablement foncières; que celles qui ont été créées sous ce nom avant la loi du 11 brumaire an 7, ne sont plus aujourd'hui que des créances privilégiées et hypothécaires; qu'elles sont sujettes à inscription, et qu'à défaut d'inscription prise en temps utile, elles cessent d'affecter les immeubles dont elles ont originairement formé le prix.

Mais j'y ai prouvé en même temps, n°s 6 et 8, que l'on doit encore considérer comme véritablement foncières les redevances qui forment le prix de baux emphytéotiques dont la durée n'excède pas 99 ans.

§. XI. *Page* 376, *col.* 1, *ligne* 38 (1), *supprimez la note et ce qui s'y réfère, et substituez-y celle-ci :*

En m'expliquant ainsi, j'avais perdu de vue l'art 7 de la loi du 11 brumaire an 7, qui, en déclarant que les rentes foncières et les autres prestations soumises par la loi du 18-29 décembre 1790 à un rachat toujours facultatif, ne pourraient plus à l'avenir être frappées d'hypothèque, avait implicitement, comme je l'ai prouvé depuis, au mot *Emphytéose*, §. 5, rendu impossible, dans les actes d'aliénation qualifiés d'emphytéose perpétuelle, la séparation du domaine direct d'avec le domaine utile. Mais cela est indifférent à la question traitée dans mes conclusions, et jugée par l'arrêt qui les a adoptées.

§. XIII. *Page* 376, *col.* 2, *ligne* 43 (2), *après le mot* Seigneuriaux, *ajoutez : Et, en général, la disposition de l'art.* 1er *de la loi du* 17 *juillet* 1793 *est-elle applicable aux prestations qui, d'après les actes de concession par lesquels elles ont été réservées, soit avec la dénomination expresse ou équipollente de rentes seigneuriales, soit avec des accessoires tenant à la féodalité, n'avaient pu être valablement stipulées que comme purement foncières?*

2° *Pour soustraire à l'application de l'art.* 1er *de la loi du* 17 *juillet* 1793 *une rente qui, par l'acte de concession de fonds dont elle forme le prix, a été réservée, soit avec la dénomination expresse ou équipollente de redevance seigneuriale, soit avec des accessoires tenant à la féodalité, suffit-il de prouver que l'auteur de la concession n'était pas seigneur du lieu de la situation de l'immeuble concédé?*

3° *Suffit-il au moins pour cela de prouver non seulement que l'auteur de la concession n'était pas seigneur du lieu de la situation de cet immeuble, mais encore qu'il ne possédait pas cet immeuble noblement?*

I. La première de ces questions s'est présentée, etc.

N° I. *Page* 380, *col.* 2, *ligne* 53 (3), *après les mots* de la rente, *ajoutez en note :*

Lorsque la cour de cassation s'exprimait ainsi, c'est-à dire, le 4 vendémiaire an 10, elle n'avait pas

(1) *Tome* 6, *page* 668, *col.* 2, *ligne* 11 (2e édition.

(2) *V.* l'article *Emphytéose*, §. 5 et 6.

(3) *Tome* 6, *page* 658, *col.* 2, *lignes* 26 et 27 (2e édition).

(4) *V.* l'article *Meubles*, §. 6.

(5) *Tome* 6, *page* 668, *col* 2, *ligne* 32 (2e édition).

(6) *Page* 339, *col.* 1, *ligne* 23 (2e édition).

(7) *Page* 341, *col.* 2, *ligne* 32 (2e édition).

(1) *Page* 381, *col.* 2, *ligne* 37 (2e édition).

(2) *Page* 382, *col.* 1, *ligne* 37 (2e édition).

(3) *Page* 386, *col.* 1, *ligne* 19 (2e édition).

BIU Cujas

encore examiné la question de savoir si, pour qu'une rente foncière stipulée dans un acte d'inféodation ou d'accensement, soit abolie par la loi du 17 juillet 1793, il est nécessaire que la stipulation en ait été faite dans le même membre de phrase que celle du droit censuel ou féodal réservé par l'acte d'accensement ou d'inféodation; et elle aurait certainement évité de pareilles expressions, si, à cette époque, elle eût déjà rendu les arrêts qui sont rapportés ci-dessus, §. 9.

Page 381, *supprimez les* 21 *dernières lignes de la colonne* 1, *ainsi que les* 27 *premières* (1) *de la col.* 2, *et substituez-y ce qui suit :*

Le tribunal rejette le pourvoi.

Pourrait-on encore juger comme l'a fait cet arrêt (et comme l'avait fait précédemment celui du 4 ventôse an 9, cité dans mes conclusions) depuis qu'a été inséré au *Bulletin des lois*, dans le premier semestre de 1807, un avis du conseil-d'état, du 13 messidor an 13, approuvé le 28 du même mois, où il est dit que, *lorsque le titre de la redevance ne présente aucune ambiguité, celui auquel ce titre est opposé ne peut pas être admis à soutenir qu'il n'avait pas de seigneurie?*

Je n'entrevois aucune raison d'en douter.

D'une part, en effet, quel était l'objet de cet avis? Ce n'était point d'ériger en règle générale le prétendu principe qu'il a pris pour base de sa décision; c'était uniquement, comme on peut le voir dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Cens*, §. 8, n° 2, de statuer sur un rapport du ministre des finances, dans lequel il s'agissait de savoir si la régie des domaines devait être autorisée à poursuivre comme redevables de rentes purement foncières, des particuliers qui avaient pris *à cens seigneurial* les fonds dont ces rentes étaient le prix, et sans que, dans les actes d'accensement, on trouvât aucune expression, aucune circonstance, qui pût faire douter que le bailleur, aux droits duquel le fisc avait succédé, ne fût réellement seigneur. Le conseil-d'état a pensé qu'il n'y avait pas lieu d'autoriser les poursuites, parceque, du moment que les titres d'accensement ne présentaient *aucune ambiguité*, il fallait s'y tenir, et ne pas permettre au fisc de nier et contredire la qualité de seigneur que le bailleur s'y était arrogée. Mais qu'a fait le chef du gouvernement par l'approbation dont il a revêtu cet avis? Rien autre chose que de statuer sur une affaire particulière, que rendre une sorte de jugement. Il n'a donc ni entendu ni pu entendre fixer (par une de ces interprétations législatives qu'il s'était mis en possession de donner même de son propre mouvement, et hors du cas déterminé par la loi du 16 septembre 1807) le sens dans lequel devait être prise et appliquée la disposition de l'art. 1er de la loi du 17 juillet 1793; et c'est ce que je crois avoir prouvé dans des conclusions du 14 juillet 1814, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Rente seigneuriale*, §. 2, n° 6 *bis*.

D'un autre côté, quand même le prétendu principe sur lequel s'est fondé le conseil-d'état dans son avis du 13 messidor an 13 serait une loi pour les tribunaux, il n'en résulterait pas que les arrêts de la cour de cassation, des 4 ventôse an 9 et 29 thermidor an 10, ne dussent plus actuellement servir de règle dans des cas semblables; car, dans l'espèce de l'un, comme dans celle de l'autre, le bailleur avait lui-même déclaré que les fonds qu'il concédait étaient dans la directe d'un autre seigneur. On ne pouvait donc pas dire qu'à son égard le titre ne présentait *aucune ambiguité :* il était, au contraire, bien évident, par le titre même, que la rente qu'il s'était réservée comme seigneuriale, ne pouvait être que foncière.

II. Sur la seconde question, voici un arrêt de la cour de cassation, qui juge que du seul fait prouvé ou reconnu que le bailleur d'un fonds, avec réserve de la seigneurie directe, n'était pas, au moment de la concession, seigneur du lieu où ce fonds est situé, on doit conclure que la rente qui en a formé originairement le prix, n'est pas seigneuriale, et qu'elle a survécu à la loi du 17 juillet 1793.

En 1687 et 1695, actes notariés par lesquels le sieur de Brancas, prenant la qualité de seigneur de différens lieux, concède à Esprit Perrin, à Charles Brunet et à Henri Brunet, plusieurs *éminées* de terres situées dans le territoire de l'Ile, comtat d'Avignon, en s'y réservant *une cense annuelle d'un gros denier par éminée, ainsi que la directe et majeure seigneurie, droit d'enlauzer et investir, retenir par droit de prélation et avantage, donner et prendre par commise et autres droits, prérogatives et prééminences au droit seigneurial contenues et comprises.*

La redevance réservée par cet acte, est exactement payée aux successeurs du sieur de Brancas, jusqu'en 1787; mais, à cette époque, la perception en est interrompue jusqu'en 1802.

En 1802, les successeurs du sieur de Brancas poursuivent la dame Genet, détentrice actuelle des terres accensées par les actes de 1687 et 1695, pour la contraindre à leur payer les arrérages échus de cette redevance.

La dame Genet répond que cette redevance porte, d'après les titres mêmes qui l'ont constituée, le caractère d'une prestation manifestement seigneuriale,

(1) *Page* 386, *col.* 2, *ligne* 3 (2e édition).

BIU Cujas

et que, dès-lors, on ne peut douter qu'elle ne soit abolie par la loi du 17 juillet 1793.

Les successeurs du sieur de Brancas répliquent que la redevance n'a jamais été seigneuriale que de nom; et ils prouvent qu'en effet leur auteur n'a jamais été seigneur d'aucune partie du territoire de la commune de l'Ile, dont le pape était, en 1687 et 1695, le seul seigneur en même temps que le souverain.

Le 12 nivôse an 12, jugement en dernier ressort, par lequel le tribunal civil d'Avignon déclare que la rente est entachée de féodalité, et qu'en conséquence elle est abolie.

Mais sur le recours en cassation des successeurs du sieur de Brancas, arrêt du 19 février 1806, au rapport de M. Vasse, et sur les conclusions de M. Jourde, par lequel,

« Vu les art. 1 et 2 de la loi du 17 juillet 1793, ainsi conçus....:

» Attendu que la nature d'une redevance est indépendante de toute qualification, et se détermine par la substance même de l'acte constitutif de la rente;

» Qu'en concédant des biens dépendans de sa seigneurie, un seigneur pouvait bien, par les actes de concession, se constituer des redevances féodales proprement dites; mais que le propriétaire d'une roture, ni même un seigneur étranger ne pouvaient, en stipulant des rentes ainsi qualifiées, lier les redevables par aucun rapport féodal ni censuel;

» Que la loi n'a aboli que les redevances qui appartenaient à la féodalité, et non celles qui, étant le prix d'une concession de fonds, auraient été, dans les actes de concession, qualifiées de cens ou de rentes seigneuriales, ou créées avec mélange de droits réputés féodaux, mais qui ne pouvaient recevoir de ces actes le caractère de féodalité;

» Attendu que les demandeurs ont soutenu, et qu'il n'a pas été méconnu que leur auteur, en faveur de qui les rentes dont il s'agit ont été constituées en 1687 et 1695, n'était pas seigneur du territoire où sont situées les portions de terre de la concession desquelles ces rentes étaient le prix, ce territoire dépendant de la seigneurie du pape, alors souverain du comtat;

» Qu'ainsi, le bailleur de fonds n'avait pu imprimer à ces rentes aucun caractère féodal, et qu'elles ne peuvent être considérées que comme purement foncières; d'où il suit que le tribunal d'Avignon, en déclarant abolies les rentes réclamées par les demandeurs, a faussement appliqué les dispositions de l'art. 1er de la loi du 17 juillet 1793, et violé l'art. 2 de cette loi;

» La cour a cassé et annulé, casse et annulle le jugement du tribunal d'arrondissement d'Avignon, du 12 nivôse an 12... (1). »

Mais cet arrêt a-t-il bien jugé? En proclamant de nouveau le principe incontestable, et non encore ébranlé, au moment où il a été rendu, par la publication de l'avis du conseil-d'état du 13 messidor an 13, que *la loi n'a aboli que les redevances qui appartenaient à la féodalité, et non celles qui, étant le prix d'une concession de fonds, auraient été, dans les actes de concession, qualifiées de cens ou de rentes seigneuriales, ou créées avec mélange de droits réputés féodaux, mais qui ne pouvaient recevoir de ces actes le caractère de féodalité*, n'en a-t-il pas tiré une fausse conséquence?

Le sieur de Brancas, quoique non seigneur du territoire de l'Ile en 1687 et 1695, pouvait néanmoins avoir, dans une partie de ce territoire, un principe de seigneurie; car il était possible qu'il tînt en fief, sous la mouvance du pape, les terres qu'il y possédait; et tout propriétaire de biens féodaux pouvait alors devenir seigneur direct par la voie du jeu de fief, c'est-à-dire, soit par la sous-inféodation qui lui donnait un vassal, soit par l'accensement qui lui donnait un censitaire (2). Or, pouvait-on présumer, en 1806, que le sieur de Brancas avait fait, en 1687 et 1695, ce qu'il n'eût pas pu faire à ces époques? Pouvait-on présumer, en 1806, que, s'il n'eût pas, en 1687 et 1695, possédé comme féodaux les immeubles qu'il avait aliénés au profit des auteurs de la dame Genet, il eût pris, pour les transférer à ceux-ci, la voie du jeu de fief par accensement, ou, en d'autres termes, qu'il les leur eût concédés moyennant une redevance seigneuriale et sous d'autres charges portant le même caractère? Non certainement: en les aliénant par jeu de fief, il avait reconnu qu'il les possédait comme féodaux; et la foi due à cette reconnaissance, avait contre ses successeurs la même force qu'elle avait eue originairement contre lui.

III. Mais supposons que les successeurs du sieur de Brancas eussent entrepris de prouver que c'était comme rotures qu'il possédait, en 1687 et 1695, les immeubles qu'il avait alors aliénés par le jeu de fief, y auraient-ils été recevables? Et s'ils l'avaient prouvé en effet, la redevance qu'ils réclamaient, aurait-elle échappé à l'abolition prononcée par la loi du 17 juillet 1793?

L'affirmative ne peut pas être douteuse, si l'on s'en rapporte au principe consacré par les quatre

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 8, page 65.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Jeu de fief*.

BIU Cujas

arrêts de la cour de cassation des 4 ventôse an 9, 4 vendémiaire an 10, 29 thermidor de la même année et 19 février 1806, qui sont rappelés dans les deux numéros précédens, qu'*il n'appartenait qu'aux possesseurs de fiefs de se constituer des rentes féodales sur les domaines dépendans de leurs fiefs*, et que l'on ne peut considérer que comme purement foncières les prestations nominalement seigneuriales que les possesseurs de rotures s'y sont réservées, en les aliénant par des actes indûment qualifiés de baux à fief ou à cens. C'est même par l'application de ce principe, que le second des arrêts cités a jugé que, de cela seul qu'il était reconnu que Pierre Laxaque n'avait jamais possédé comme fiefs les biens qu'il avait aliénés moyennant une rente payable en *froment de fief*, et sous la réserve du *retrait féodal* en cas de vente, il résultait que cette rente n'avait aucun caractère ni mélange de féodalité, et que, par suite, elle avait survécu à la loi du 17 juillet 1793.

Mais la publication qui a été faite en 1807 de l'avis du conseil-d'état du 13 messidor an 13, et la fausse idée que, quoiqu'il n'eût prononcé que sur une affaire particulière, il était obligatoire pour les tribunaux, ont porté à cette jurisprudence, justement conservatrice des droits de propriété, une atteinte funeste, et ont (comme on peut le voir au paragraphe suivant, et dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Rente seigneuriale*, §. 2, n° 6) amené, en 1808, 1809, 1810, 1811 et 1813, un assez grand nombre d'arrêts qui ont jugé le contraire.

J'aime à croire que l'autorité de ces arrêts cédera tôt ou tard à la démonstration faite dans mes conclusions du 14 juillet 1814, que l'avis du conseil-d'état ne doit pas faire la loi aux tribunaux; et déjà la cour de cassation a fait, par un arrêt du 15 mars 1824, que l'on trouvera au n° 2 du paragraphe suivant, un grand pas vers le retour à son ancienne jurisprudence; mais en attendant, les jurisconsultes ont à gémir d'un arrêt qui, échappé à ses lumières en 1818, n'a pas même respecté la limite que l'avis du conseil-d'état avait mise à l'étrange maxime qu'il avait créée.

Voici l'espèce de cet arrêt:

Le 8 décembre 1420, acte par lequel Antoine Martin, se qualifiant de gentilhomme et de seigneur de la Planque, *nobilis vir, dominus de Planca*, concède à perpétuité, par bail à cens seigneurial, *ad primum censum et acapitum et pagesiam perpetuam*, des immeubles situés dans la paroisse de Pradinesie, qu'il avait aliénés au même titre en 1417, mais dans lesquels il venait de rentrer, par suite du déguerpissement qu'en avait fait le preneur; et il s'y réserve, *ratione censûs et dominii*, diverses redevances en grains et en cire, une poule et demie par chaque feu que les concessionnaires auront *in dicto territorio*, un droit d'arrière-acapte, *retrò-acapitum*, et enfin un droit de lods et ventes, *cùm vendis et laudimiis*.

Ces redevances sont exactement acquittées jusqu'en 1792; mais à cette époque, les sieurs Rigal et consorts, successeurs des concessionnaires primitifs, en refusent le paiement au sieur de la Raffinie, successeur d'Antoine Martin.

Le 27 brumaire an 10, le sieur de la Raffinie fait assigner les sieurs Rigal et consorts au tribunal de première instance de Rhodez, en paiement des arrérages qu'il prétend lui être dus.

Les défendeurs répondent que ces redevances étaient, les unes féodales, les autres mélangées de féodalité, et que par conséquent elles sont toutes abolies par la loi du 17 juillet 1793.

Le 7 floréal an 12, jugement qui renvoie les défendeurs des conclusions prises contre eux.

Appel de la part du sieur de la Raffinie à la cour royale de Montpellier.

Pour justifier son appel, il soutient que les redevances dont il s'agit peuvent bien être nominalement féodales ou mélangées de féodalité, mais qu'elles ne le sont pas réellement; qu'en effet, elles ne pourraient en avoir le caractère, qu'autant qu'Antoine Martin, bailleur des fonds qui en sont grevés, les eût possédés noblement en 1420, au moment où il les avait accensés; mais que ces fonds, en supposant qu'ils eussent précédemment existé dans ses mains comme biens féodaux, ne pouvaient plus, en 1420, y exister que comme rotures, puisqu'il les avait nécessairement arroturés par le bail à cens qu'il en avait fait en 1417; qu'à la vérité, il en était redevenu propriétaire par le déguerpissement du preneur; mais qu'ils n'avaient pas repris dans ses mains leur nature primitive de biens nobles; qu'ils n'y étaient rentrés, suivant la jurisprudence constante du Languedoc, que comme biens roturiers, et par suite sujets, comme tels, à la taille; que d'ailleurs, l'acte du 8 décembre 1420 plaçait ces fonds, non pas précisément dans le territoire du domaine de la Planque, mais dans celui de la paroisse de Pradinesie.

Le sieur de la Raffinie déclare, au surplus, renoncer à la redevance d'une poule et demie par feu.

Par arrêt du 17 janvier 1816,

« Considérant qu'il résulte du titre primitif de 1420, que la rente dont il s'agit a été constituée *in traditione fundi*; qu'Antoine Martin, qu'il fût ou ne fût pas seigneur des fonds concédés, ne pouvait les avoir eus dans les mains que nécessairement arroturés par la relaxation que lui en avaient faite les premiers

BIU Cujas

concessionnaires, suivant l'acte énoncé de 1417; que, dès-lors, il n'a pu établir des droits féodaux, mais bien de simples redevances foncières;

» Que, bien que l'on trouve dans les titres postérieurs des expressions féodales, elles ne sauraient vicier le titre primitif, puisque ce titre primitif lui-même renferme, non seulement ambiguité sur la qualité du bailleur, aux termes de l'avis du conseil-d'état, du 13 messidor an 13, mais même la preuve complète que le bailleur ne tenait les fonds grevés qu'en simple rôture, »

La cour royale de Montpellier réforme le jugement du tribunal de Rhodez, et condamne les sieurs Rigal et consorts à payer les redevances réclamées par le sieur de la Raffinie.

Mais sur le recours en cassation des sieurs Rigal et consorts, arrêt du 4 novembre 1818, au rapport de M. Carnot, sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert, et après un délibéré en la chambre du conseil, par lequel,

« Vu l'art. 5 de la loi du 25 août 1792..., l'art. 1er du décret du 17 juillet 1794..., le décret du 2 octobre 1793..., et le décret du 7 ventôse an 2....;

» Attendu que le bail à cens du 8 décembre 1420 est le titre constitutif de la redevance dont il s'agit, et qu'étant représenté dans une forme probante, c'est à ses dispositions qne l'on doit s'en rapporter;

» Attendu que les fonds accensés par cet acte, se trouvaient situés, au moins en partie, sur le territoire de la Planque, et que le bailleur y prit la qualification de *nobilis vir, dominus de Plancâ;* qu'il y fût stipulé, à son profit, un premier cens, *primum censum* et *acapitum*, des lods et ventes à chaque mutation, et un droit de feu, *pro quolibet foco in dicto territorio;*

« Que ces redevances étaient seigneuriales et féodales de leur nature; qu'elles étaient, dans tous les cas, mélangées de féodalité, caractère inhérent à la qualité de premier cens stipulé au profit du seigneur du territoire, et au droit de feu que l'art. 5 de la loi du 25 août 1792 a déclaré féodal sans restriction, et comme tel aboli sans indemnité;

» Que ce mélange de féodalité suffisait pour que toutes les redevances établies par l'acte du 8 décembre 1420, fussent déclarées supprimées; que cela résulte d'une manière claire et précise des dispositions de la loi du 7 ventôse an 2;

» Que l'on ne peut équivoquer sur la qualité de seigneur qui fut prise par le bailleur dans l'acte dudit jour 8 décembre 1420; que le bailleur ne se borna pas, en effet, à se qualifier de *nobilis vir*, de *dominus;* qu'il se qualifia de *dominus de Plancâ*, ce qui ne pouvait avoir d'autre signification que celle de seigneur de la Planque;

» Qu'il serait au surplus fort indifférent que le bailleur ne fût pas seigneur de la Planque, lorsqu'il passa le bail du 8 décembre 1420; qu'il suffisait, pour faire prononcer l'abolition des redevances stipulées audit acte, qu'elles fussent mélangées de féodalité, attendu que des redevances féodales auraient pu être aussi valablement stipulées au profit d'un particulier non seigneur, que du seigneur lui-même; que les lois de 1792, 1793 et de l'an 2 en ont prononcé la suppression sans réserve; *qu'elles n'ont pris en considération ni la qualité du bailleur*, NI LA NATURE PRIMITIVE DES FONDS ACCENSÉS; que cela résulte nécessairement de la loi du 7 ventôse an 2, qui parle en général du mélange ou autre signe de seigneurie ou féodalité, ce qui comprend toutes les redevances, qu'elles fussent seigneuriales ou simplement féodales;

» La cour casse et annule... (1). »

Je conçois très-bien que cet arrêt eût prononcé comme il l'a fait, si la cour de cassation avait déclaré que la cour royale de Montpellier avait violé quelque loi en décidant que la résolution du bail à cens de 1417, opérée par le déguerpissement du preneur, n'avait pas fait cesser l'arroturement des biens compris dans ce bail, et qu'en conséquence ils n'étaient pas redevenus féodaux dans les mains du bailleur au moment où, en 1420, il les avait accensés de nouveau. Dans cette hypothèse, en effet, les redevances stipulées par le bail à cens de 1420, auraient été nécessairement seigneuriales; et la cour royale de Montpellier eût violé la loi du 17 juillet 1793, en les jugeant purement foncières.

Mais qu'en laissant subsister le chef de l'arrêt de la cour royale de Montpellier, qui déclarait que les biens concédés par le bail à cens de 1420, étaient possédés roturièrement par le bailleur au moment même de la concession, la cour de cassation ait jugé seigneuriales les redevances stipulées par cet acte, c'est, je l'avoue, ce que je ne puis concevoir.

Si elle s'en était simplement rapporté, comme elle l'avait fait tant et trop de fois, à l'avis du conseil-d'état du 13 messidor an 13, elle aurait nécessairement senti qu'il devait la conduire à un résultat tout différent, puisqu'il excepte lui-même du prétendu principe qu'il met en avant, le cas où il y a *ambiguité* dans les titres, et que, dans l'espèce, le bail à cens de 1420, non seulement permettait de douter si les biens qu'il avait pour objet étaient possédés noblement par le bailleur, mais même prouvait clairement, d'après l'effet (non censuré)

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 19, page 259. Jurisprudence de la cour de cassation, année 1819, page 37.

BIU Cujas

qu'avait donné la cour royale de Montpellier au bail à cens de 1417, tout résolu qu'il avait été par le déguerpissement du preneur, que le bailleur ne les possédait que comme rotures.

Mais, au lieu de raisonner ainsi d'après l'avis du 13 messidor an 13, pris en son entier, elle l'a divisé; elle a laissé de côté l'exception par laquelle il limite son prétendu principe, et elle a fait de son prétendu principe la base de l'arrêt du 4 novembre 1818.

En effet, comment cet arrêt prouve-t-il *qu'il suffisait pour faire prononcer l'abolition des redevances stipulées audit acte, qu'elles fussent mélangées de féodalité ?*

Il établit d'abord *que des redevances féodales auraient pu être aussi valablement stipulées au profit d'un particulier non seigneur, que du seigneur lui-même ;* assertion parfaitement exacte, si on la restreint au particulier possesseur d'un fief, qui, sans doute, tant qu'il le possédait intégralement, n'en était pas *seigneur*, et ne pouvait pas en prendre la qualité, mais seulement celle de *sieur*, c'est-à-dire, de propriétaire (1), et cependant pouvait s'en jouer par sous-inféodation ou bail à cens, et par là devenir seigneur de ses vassaux ou censitaires; mais souverainement fausse, si on l'étend au simple possesseur de biens qui, précédemment féodaux, ont été depuis arroturés par la voie du jeu de fief.

Et il ajoute (en répétant ce qu'avaient déjà dit, comme conséquence de l'avis du 13 messidor an 13, l'arrêt du 27 février 1809, rapporté ci-dessus, §. 10, n° 2, et celui du 20 juin 1810, rapporté ci-après, §. 14, n° 2) que les lois des 26 août 1792, 17 juillet 1793 et 7 ventôse an 2, ont supprimé *sans réserve* toutes les redevances mélangées de féodalité, et *qu'elles n'ont pris en considération ni la qualité du bailleur, ni la nature primitive des biens accensés ;* comme si, de ce que ces lois n'ont pas expressément limité leur disposition aux redevances qui avaient été stipulées au profit de possesseurs de fiefs par des actes de concession de biens féodaux, il s'ensuivait qu'elle doit être appliquée aux redevances qui avaient été stipulées, avec la qualification de seigneuriales, au profit de possesseurs de rotures par des actes de concession de biens roturiers !

Assurément, ces lois n'ont pas eu pour objet, et leur intention n'a pas été de faire la guerre aux mots; elles ne se sont occupées que des choses; elles n'ont donc pas entendu supprimer les redevances qui, seigneuriales de nom seulement, ne l'étaient point en effet.

Cela est si vrai, qu'il a fallu une loi spéciale et expressément introductive d'un droit nouveau, celle du 1er brumaire an 2, pour défendre *à tout propriétaire dont les métayers, colons ou fermiers exploitent... en vertu de baux postérieurs aux décrets portant suppression des droits ci-après dénommés, d'exiger ni recevoir d'eux, soit en nature, soit en équivalent, aucun droit de... rentes seigneuriales ou autres redevances, soit féodales, soit censuelles ;*

Cela est si vrai, que cette loi a été *rapportée*, comme rétroactive *quant aux baux et stipulations consenties avant sa publication*, par celle du 27 brumaire an 5 (1);

Cela est si vrai, que, par un arrêt du gouvernement consulaire, du 11 messidor an 10, et par un arrêt de la cour de cassation, du 29 thermidor de la même année, il a été décidé que les rentes qualifiées féodales qui formaient le prix d'emphytéoses temporaires, n'étant féodales que de nom, n'avaient reçu aucune atteinte par la loi du 17 juillet 1793 (2);

Cela est si vrai enfin, que, conformément à la doctrine que j'avais établie dans des conclusions du 18 mars 1811, deux arrêts de la cour de cassation, des 24 mars et 26 mai 1813, ont jugé que la disposition de l'art. 1er de la loi du 17 juillet 1793 était absolument inapplicable à des rentes constituées à prix d'argent, qui se trouvaient mélangées de stipulations féodales (3).

Or, qu'étaient les redevances qui avaient été stipulées avec la qualification expresse ou implicite de seigneuriales, au profit des possesseurs de rotures et par des actes de concession de biens roturiers ?

Elles n'étaient et ne pouvaient être, nonobstant les couleurs seigneuriales dont les bailleurs avaient cherché à les revêtir, que des rentes purement foncières;

Comme les redevances stipulées avec la qualification expresse ou implicite de seigneuriales, par des baux à ferme ou par des emphytéoses temporaires, ne pouvaient être que des fermages;

Comme les redevances stipulées avec la qualifica-

---

(1) *V.* les arrêts du parlement d'Aix, des 27 janvier 1639 et 21 mai 1649, cités dans les conclusions du 3 mars 1806, rapportées à l'article *Sieur, Sieurie*, du *Répertoire de jurisprudence.*

(1) *V.* l'article *Emphytéose*, §. 2.

(2) *Ibid.*

(3) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Désistement d'appel*, §. 1, et *Rente seigneuriale*, §. 2, n° 15.

BIU Cujas

tion expresse ou implicite de seigneuriales, par des contrats de constitution à prix d'argent, ne pouvaient être que des rentes personnelles,

Parceque, suivant un principe élémentaire et écrit dans tous nos livres, on ne pouvait pas plus inféoder ou accenser un bien roturier (1), que l'on ne pouvait en inféoder ou accenser le simple louage, que l'on ne pouvait inféoder ou accenser l'emphytéose à temps, même d'un bien féodal, que l'on ne pouvait inféoder ou accenser un prêt d'argent.

Enfin, l'arrêt du 4 novembre 1818, après avoir dit que les lois des 25 août 1792, 17 juillet 1793 et 7 ventôse an 2, *n'ont pris en considération, ni la qualité du bailleur, ni la nature des fonds accensés*, cherche à le prouver, en disant *que cela résulte nécessairement de la loi du 7 ventôse an 2, qui parle en général du mélange ou autre signe de seigneurie ou féodalité, ce qui comprend toutes les redevances, soit qu'elles fussent seigneuriales ou simplement féodales.* Mais j'ai beau méditer cette phrase, il m'est impossible de comprendre la liaison prétendue *nécessaire* qu'il établit entre la loi (ou plutôt le décret de *il n'y a lieu à délibérer*) du 7 ventôse an 2, et la conséquence qu'il en tire. Sans doute, ce décret *parle en général* du mélange ou autre signe de SEIGNEURIE OU FÉODALITÉ; sans doute, il comprend dans ces termes *toutes les redevances*, soit qu'elles fussent *seigneuriales* ou simplement *féodales;* mais quelle différence y avait-il, sous l'ancien régime, entre les redevances *féodales* et les redevances *seigneuriales*? Point d'autre que celle qui existe entre l'espèce et le genre. En effet, toutes les redevances *féodales* qui avaient leur principe dans une concession de fonds, étaient, par cela seul, *seigneuriales;* et pourquoi? Parceque ceux qui s'en trouvaient grevés étaient devenus de plein droit, et par le seul effet des concessions qu'ils avaient acceptées, les vassaux ou les censitaires de leur bailleur, comme leur bailleur était, par là même et de plein droit, devenu leur seigneur. Mais toutes les redevances *seigneuriales* n'étaient pas *féodales*, il y en avait un très-grand nombre qui dérivaient uniquement de la *justice;* et c'est par cette raison que l'assemblée constituante a divisé en deux lois séparées les développemens qu'elle avait à donner aux art. 1 et 4 des décrets du 4 août 1789; qu'elle a d'abord réglé, par celle du 15-28 mars 1790, le sort des droits dérivant de la féodalité, et qu'elle s'est ensuite occupée, dans la loi du 13-20 avril 1791, de celui des droits dépendans de la justice seigneuriale. Qu'a donc voulu dire le décret du 7 ventôse an 2, en comprenant dans sa décision les redevances dans lesquelles il y avait *mélange ou autre signe de féodalité*, en même temps que les redevances dans lesquelles il y avait *mélange ou autre signe de seigneurie?* Rien autre chose, si ce n'est que la loi du 17 juillet 1793 avait aboli tout à la fois et les rentes foncières mélangées de droits dérivant de la féodalité, tels que le cens, les lods et ventes, le retrait féodal, le retrait censuel, et les rentes foncières mélangées de droits dépendans de la justice, tels que celui de déshérence (1) et celui de Blaire (2). C'est donc abuser étrangement de ce décret, que d'en inférer, comme le fait l'arrêt du 4 novembre 1818, qu'il a été dans l'esprit des lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793, d'abolir toutes les redevances mélangées de droits, soit simplement seigneuriaux, soit simultanément seigneuriaux et féodaux, quand même elles auraient été stipulées au profit de possesseurs de rotures et pour prix de la concession de biens roturiers, c'est-à-dire, quand même elles n'auraient été seigneuriales ou féodales que de nom; et cette manière de raisonner paraît encore bien plus extraordinaire, lorsqu'on en considère le but, lorsqu'on réfléchit qu'elle est employée pour donner à la plus défavorable de toutes les lois (3) une interprétation contraire à la grande maxime, *favores ampliandi, odia restringenda.*

Vainement, au surplus, prétendrait-on que le possesseur de biens roturiers qui, en les accensant sous le régime de la féodalité, les a grevés d'une rente qu'il a qualifiée, soit expressément, soit implicitement, de seigneuriale, n'est plus recevable aujourd'hui à alléguer, pour la soustraire à la disposition de l'art. 1er de la loi du 17 juillet 1793, que ces biens n'avaient dans ses mains aucun caractère féodal, et que par conséquent le bail à cens qu'il en a fait, n'a pu valoir que comme bail à rente foncière.

Qu'il ne soit pas recevable à l'alléguer sans preuve, cela est tout simple, et c'est ce que j'ai moi-même soutenu plus haut, n° 2.

Mais pourquoi ne serait-il pas recevable à le prouver, soit par le titre même de sa concession, soit par d'autres actes?

Qu'il le soit, lorsque c'est par erreur de fait que,

---

(1) *V.* le passage transcrit ci-dessus, n° 1., de M. Henrion de Pansey, dans l'article *Cens* du *Répertoire de jurisprudence*, et les auteurs du *Nouveau Denisart*, aux mots *Bail à Cens*, §. 19.

(1) Comme dans le cas de l'arrêt de la cour de cassation du 16 février 1813, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Rente seigneuriale*, §. 2, n° 6-4°.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Blairie*.

(3) *V.* ci-après, §. 14, n° 2, à la fin.

BIU Cujas

dans l'acte de concession, il s'est annoncé comme possédant en fief les biens qui en ont été l'objet, cela n'est pas douteux, puisque l'art. 1356 du Code civil permet de révoquer même l'aveu fait en justice, et à plus forte raison l'aveu extrajudiciaire, *en prouvant qu'il a été la suite d'une erreur de fait.*

La chose est également claire, lorsque c'est par erreur de droit qu'il a baillé à cens seigneurial des biens qu'il ne possédait que comme censuels. A la vérité, l'article cité du Code civil porte que l'aveu judiciaire *ne pourrait être révoqué sous prétexte d'erreur de droit;* mais il est généralement reconnu que cette disposition n'est pas applicable à l'aveu extrajudiciaire, et c'est ce que j'ai notamment établi dans des conclusions du 9 novembre 1814, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 5, n° 3.

Comment d'ailleurs pourrait-on refuser aujourd'hui au bailleur la faculté de prouver une erreur à la preuve de laquelle le preneur, qui bien certainement l'a partagée dans l'acte de concession, aurait été infailliblement admis sous l'ancien régime, si, après avoir cessé pendant 30 ans de payer la rente, et pour établir qu'il en était libéré par la prescription, nonobstant le principe presque universellement reçu de l'imprescriptibilité du cens, il était venu dire que la rente n'était seigneuriale que de nom? Comme je le disais dans les conclusions du 19 nivôse an 12, rapportées au §. suivant, n° 1, et comme je le répétais dans celles du 10 février 1806, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Cens*, §. 2, n° 3, *il serait trop injuste, trop bizarre, que le créancier ne pût pas aujourd'hui faire valoir, pour conserver sa rente, un moyen qu'on aurait pu lui opposer avant* 1793, *pour la faire déclarer éteinte.*

§. XIV. n° I. *Page* 388, *col.* 2, *ligne* 5 (1), *il y a ici, après les mots* 17 juillet 1793, *une note qui, à l'exception des* 16 *premières lignes et des* 28 *dernières, est refondue dans le n° suivant.*

Page 391, *col.* 2, *après la ligne* 46 (2), *ajoutez:*

Que juge cet arrêt? Les motifs en sont, comme l'on voit, rédigés avec une extrême précision; mais, en les méditant bien, et en se reportant aux questions qui, dans cette affaire, étaient agitées devant la cour de cassation, il est facile de distinguer ce qu'il décide d'avec ce qu'il laisse de côté.

Fixons-nous d'abord sur l'idée que l'arrêt attache aux mots, *les rentes dont il est question.*

Que demandait l'hospice de Dax à Jean Lartigue fils? Ce n'était pas la rente qualifiée seigneuriale que Jean Lartigue père s'était obligé, par l'acte du 29 mai 1776, de payer à Jean-Nicolas Delalande, pour prix des fonds qui lui avaient été concédés par celui-ci à *titre de fief, cens ou rente directe;* c'était uniquement la rente de cinquante-six mesures de froment dont ces fonds étaient grevés envers l'évêché de Dax, et que Jean-Nicolas Delalande avait déclaré à Jean Lartigue père en former une charge réelle.

Il semblerait dès-lors qu'il n'eût dû être question au procès que de celle-ci.

Cependant l'arrêt, en mettant le mot *rentes* au pluriel, annonce très-clairement qu'il y était question en même temps de celle-là.

Et en effet, Jean Lartigue fils, par la manière dont il présentait ses deux moyens de cassation, mettait évidemment en question, et la nature de la rente que son père s'était obligé, par l'acte du 29 mai 1776, de payer à Jean-Nicolas Delalande, et la nature de la rente dont le même acte l'avait chargé envers l'évêque de Dax.

Il disait par le premier : la rente réservée par l'acte du 29 mai 1776, au profit de Jean-Nicolas Delalande, était seigneuriale, non seulement de nom, mais encore en effet, puisqu'elle était le prix d'un bail à cens. Donc elle est abolie par la loi du 17 juillet 1793; donc la rente de 56 mesures de froment dont ce même acte me charge envers l'évêque de Dax, l'est également, puisque c'est additionnellement à une rente seigneuriale que cet acte m'en charge.

Et il disait par le second : quand même la rente de 56 mesures de froment ne serait pas abolie par cela seul qu'elle m'a été imposée additionnellement à une rente seigneuriale qui s'en trouverait ainsi mélangée, elle le serait parcequ'elle était, pour l'évêque de Dax, le prix de la concession qu'il avait précédemment faite aux auteurs de Jean-Nicolas Delalande, et qu'il était présumé, de droit, leur avoir faite comme seigneur du lieu de la situation des biens.

Le second de ces moyens eût été bon à employer, soit devant le tribunal de première instance, soit devant la cour d'appel, sauf à en discuter le mérite au fond. Mais Jean Lartigue ne l'avait employé ni devant l'un ni devant l'autre. Il avait supposé, devant l'un comme devant l'autre, que la rente de 56 mesures de froment n'avait été due à l'évêque de Dax qu'à titre de prestation purement foncière; ce n'était que devant la cour de cassation qu'il avait produit les pièces à l'aide desquelles il cherchait à

(1) *Page* 393, *col.* 1, *ligne* 33 (2e édition).
(2) *Page* 396, *col.* 1, *ligne* 34 (2e édition).

BIU Cujas

établir qu'elle avait été originairement constituée comme seigneuriale au profit de l'évêque de Dax; et il était clair que la cour de cassation ne pouvait avoir aucun égard à ces pièces.

Le second moyen de cassation de Jean Lartigue était donc évidemment non-recevable, sans compter qu'il se trouvait en contradiction manifeste avec le premier, puisque, si Jean-Nicolas Delalande eût tenu à cens de l'évêque de Dax les biens qu'il avait concédés par l'acte du 27 mai 1776, il eût été légalement impossible qu'il les grevât, à son profit personnel, de prestations qui eussent véritablement le caractère de redevances seigneuriales.

Mais restait le premier moyen, et il donnait lieu à deux questions : l'une principale, si la rente réservée par l'acte du 29 mai 1776, au profit de Jean-Nicolas Delalande, avait été valablement stipulée seigneuriale, et si en conséquence elle était abolie par la loi du 17 juillet 1793; l'autre, subsidiaire, si, en supposant l'affirmative, il en résultait que la loi du 17 juillet 1793 avait également aboli, d'après l'interprétation que lui avaient donnée les décrets des 2 octobre suivant et 7 ventôse an 2, la rente de 56 mesures de froment originairement due à l'évêque de Dax.

J'ai traité successivement ces deux questions, et j'ai prouvé qu'elles devaient, l'une comme l'autre, être résolues contre le demandeur en cassation; mais ce n'a été que bien surabondamment que je me suis occupé de la seconde; car, de ce que l'acte du 29 mai 1776 eût formé un bail à cens proprement dit, et de ce que, par suite, la rente réservée par cet acte au profit de Jean-Nicolas Delalande, eût été véritablement seigneuriale, on n'aurait nullement pu inférer, comme je l'ai établi dans mes conclusions, et comme l'a jugé formellement l'arrêt de la cour de cassation du 4 février 1810, rapporté ci-dessus en note, que l'on dût réputer seigneuriale la rente de 56 mesures de froment dont les biens nominalement accensés par cet acte, étaient précédemment grevés envers l'évêché de Dax.

La cour de cassation aurait donc pu, en restreignant son examen à la seconde question, se borner à la décider contre Jean Lartigue. Mais soit qu'elle y ait entrevu alors des difficultés dont elle a bien prouvé depuis, par son arrêt du 4 février 1810, qu'elle n'était pas réellement susceptible, soit qu'elle ait trouvé la première plus simple et plus facile à résoudre, elle s'en est tenue à celle-ci; et elle a rejeté la requête de Jean Lartigue, *attendu qu'il résulte des faits et des circonstances de l'affaire, que les rentes dont il est question, n'ont pas pu être légalement constituées féodales*, termes qui sont évidemment synonymes de ceux-ci: *attendu, d'une part, que la rente réservée par l'acte du 29 mai 1776, au profit de Jean-Nicolas Delalande, n'a pas pu être stipulée seigneuriale, parceque Jean-Nicolas Delalande ne possédait ni en fief ni en franc-alleu noble, les biens de la concession desquels elle a formé le prix; et que, d'un autre côté, la rente de 56 mesures de froment dont le même acte déclare ces biens grevés envers l'évêque de Dax, n'a pu être constituée originairement que comme foncière, puisque le jugement de première instance, confirmé par l'arrêt attaqué, déclare, en fait, que l'évêque de Dax* N'AVAIT AUCUNE SEIGNEURIE *dans le lieu de la situation de ces mêmes biens.*

Ainsi, des trois premières questions qui sont posées en tête de ce paragraphe, l'arrêt du 19 nivôse an 12 n'a évidemment jugé que celle de savoir si les redevances que le propriétaire d'un franc-alleu roturier s'est réservées en concédant ce bien, et qu'il a, par l'acte de concession, qualifiées de *cens* ou de *rentes seigneuriales*, sont abolies par la loi du 17 juillet 1793; mais il l'a jugée d'une manière non équivoque pour la négative, quoiqu'il eût pu, ainsi qu'on le verra au n° suivant, dans une note sur le réquisitoire qui y est rapporté, maintenir, comme ne violant aucune loi, un arrêt qui eût jugé le contraire pour des pays où n'avaient été publiés ni l'édit du mois d'août 1692, ni la déclaration du 2 janvier 1769.

Quant à la seconde, elle est, comme je l'ai déjà dit, jugée dans le même sens par l'arrêt de cassation du 4 février 1810.

Et à l'égard de la troisième, je crois avoir prouvé dans mes conclusions qu'elle ne peut également être résolue que pour la négative.

N° II. *Page* 391, *col.* 2, *lignes* 47 *et* 48 (1), *supprimez les mots* du réquisitoire et de l'arrêt suivant, *et substituez-y ce qui suit :* d'un réquisitoire que j'ai fait, et d'un arrêt qui a été rendu sous l'influence des fausses idées que la cour de cassation s'était faites de l'avis du conseil-d'état du 13 messidor an 13, et dans lesquels il s'est en conséquence glissé quelques erreurs fort graves. L'un et l'autre sont ainsi conçus :

Le procureur-général, etc.

Page 396, *col.* 1, *ligne* 18 (2), *après les mots* c'est-à-dire, ou, *ajoutez :* conformément à la loi 2, C. *de jure emphyteutico*, elle, etc.

---

(1) *Page* 396, *col.* 1, *lignes* 36 *et* 37 ((2e édition.)

(2) *Page* 400, *col.* 2, *ligne* 3 (2e édition).

BIU Cujas

Même page et même col., ligne 29 (1), *après les mots* de lods, *ajoutez :* ou à remplacer ces stipulations par d'autres du même genre, etc.

Page 398, *col.* 2, *ligne* 18 (2), *après les mots* à cens, *ajoutez en note :*

Erreur. La loi 2, C. *de jure emphyteutico*, n'excluait pas de l'emphytéose proprement dite la stipulation d'un droit de mutation par décès. *V.* ci-après la 2e note sur la cour de cassation, du 5 juillet 1809.

Page 471, *col.* 1, *à la fin de la ligne* 19 (3), *ajoutez en note :*

Voyez le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Cens*, §. 8.

Même page et même col., à la fin de la ligne 57 (4), *ajoutez en note :*

Cela eût été bon, si cet avis avait eu le caractère d'une décision législative ; mais il ne l'avait certainement pas (*V.* ci-dessus, §. 13, nº 1).

J'aurais donc dû dire, non pas que cet avis s'opposait à ce que le chapitre d'Aoste prouvât, par des pièces intrinsèques à l'acte du 13 août 1388, qu'il ne possédait pas comme allodial le bien qu'il avait concédé à Pierre de Pallène, mais que, dans le fait, il ne le prouvait pas, et que d'ailleurs l'eût-il prouvé, les art. 2 et 3 du chap. 26 de la coutume d'Aost auraient rendu sa preuve frustratoire.

Du reste, sur la question de savoir si une rente réservée comme seigneuriale par l'acte d'accensement d'un bien que cet acte même ou d'autres titres prouvent n'avoir été possédé par le bailleur qu'en franc-alleu roturier, peut, sans violer l'art. 1 de la loi du 17 juillet 1793, être jugée non abolie, il y a une distinction à faire entre les différens pays où ce bien peut être situé.

S'il est situé dans un pays où il n'existait pas, sous le régime féodal, de disposition législative ou coutumière qui permît ou défendît au propriétaire d'un franc-alleu roturier de l'inféoder ou de le bailler à cens proprement dit, l'art. 1 de la loi du 17 juillet 1793 ne serait violé ni par un arrêt qui jugerait la rente abolie, ni par un arrêt qui la jugerait maintenue par l'art. 2 de la même loi.

Si le bien est situé dans un pays tel que la ci-devant Provence, où, sous le régime féodal, la loi défendait expressément l'inféodation et le bail à cens proprement dit à tout propriétaire d'un franc-alleu roturier, nul doute que l'arrêt qui jugerait la rente abolie, ne dût être cassé, comme violant l'art. 2, et appliquant à faux l'art. 1 de la loi dont il s'agit.

Enfin, si le bien est situé dans un pays dont la coutume, approuvée par le souverain, permettait expressément l'inféodation ou le bail à cens proprement dit des francs-alleux roturiers, il est clair, et c'est un point nettement décidé par l'arrêt que l'on trouvera à la suite de ce réquisitoire, que juger la rente non abolie, ce serait à la fois appliquer à faux l'art. 2 et violer l'art. 1 de cette loi.

Page 402, *col.* 1, *ligne* 53 (1), *après les mots* Bulletin des lois, *ajoutez en note :*

Il est aussi rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Rente seigneuriale*, §. 2, nº 6-2º ; il est à remarquer qu'il se fonde expressément sur l'avis du conseil-d'état du 13 messidor an 13.

Page 404, *col.* 2, *après la ligne* 17 (2), *ajoutez ce qui suit :*

Cet arrêt a certainement bien jugé, en cassant celui de la cour d'appel de Turin qui avait confirmé le jugement du tribunal de première instance d'Aoste, par lequel la redevance dont il s'agissait avait été déclarée non abolie par la loi du 17 juillet 1793.

En effet, il est démontré dans mon réquisitoire que la coutume d'Aoste n'entendait par les mots *fief non hommagé*, que ce qu'on entendait, dans le droit commun coutumier, par le mot *censive* ; et dès-là il est clair que si, par l'acte du 5 août 1388, le chapitre d'Aoste, en concédant les immeubles qui y étaient désignés, à Pierre de Pallène, pour les tenir *en fief direct et perpétuel*, n'en avait pas fait une *inféodation* proprement dite et emportant foi-hommage, il en avait du moins fait un véritable *accensement*, en prenant ce terme dans l'acception que lui donnaient la plupart de nos coutumes, et notamment celle de Paris.

Cela posé, il ne reste plus qu'à savoir si le chapitre d'Aoste, au moment où il avait concédé ces immeubles à Pierre de Pallène, pouvait les *accenser* réellement, ou, en d'autres termes, les convertir en *censives* proprement dites.

Il ne l'aurait pas pu sans doute, si c'eût été comme *censives* proprement dites, qu'il les eût possédés lui-même (3). Mais par cela seul qu'il les avait réellement *accensés*, il avait reconnu qu'il pouvait le faire ; et sa reconnaissance formait contre lui une présomption légale de la faculté qu'il en avait eue (4). Or, cette présomption, il ne l'avait détruite par aucune preuve contraire, il n'avait même pas cherché à la combattre. Elle conservait donc contre lui toute sa force ; et par conséquent il était impossible de supposer qu'il eût possédé ces biens, à l'é-

(1) *Même page et même col., ligne* 14 (2e édition).
(2) *Page* 403, *col.* 1, *ligne* 2 (2e édition).
(3) *Page* 405, *col.* 1, *ligne* 53 (2e édition).
(4) *Même page, col.* 2, *ligne* 50 (2e édition).

(1) *Page* 406, *col.* 2, *ligne* 27 (2e édition).
(2) *Page* 408, *col.* 2, *ligne* 36 (2e édition).
(3) *V.* ci-dessus, §. 13, nº 1.
(4) *V.* ci-dessus, §. 13, nº 2.

BIU Cujas

poque de la concession, comme *censives* proprement dites.

Mais, dès-lors, il reste nécessairement à dire de deux choses l'une : ou qu'il les possédait, soit à titre de *fief hommagé*, soit en franc-alleu noble, ou qu'il les tenait en franc-alleu roturier.

Au premier cas, nul doute qu'il ne pût les bailler à cens véritablement seigneurial, et par conséquent les convertir en *censives* proprement dites.

La chose n'était pas plus douteuse au second cas, puisque les art. 2 et 3 du chap. 26 de la coutume d'Aoste autorisaient expressément *l'inféodation*, c'est-à-dire, d'après l'acception qu'elle attachait à ce mot pris isolément, l'accensement seigneurial des francs-alleux roturiers.

Donc, dans l'une et l'autre hypothèse, les redevances stipulées par l'acte de concession du 4 août 1388, étaient seigneuriales.

Donc, dans l'une et l'autre hypothèse, l'arrêt de la cour d'appel de Turin qui les avait jugées non abolies, avaient violé l'art. 1er de la loi du 17 juillet 1793.

Donc, dans l'une et l'autre hypothèse, cet arrêt a dû être cassé.

J'aurais dû, pour en provoquer la cassation, me renfermer dans ces raisonnemens simples et péremptoires; mais, préoccupé de la fausse idée que l'avis du conseil-d'état du 13 messidor an 13 était une loi pour les tribunaux, et m'abandonnant, par suite, en aveugle à toutes les conséquences qu'en avaient tirées, non seulement le décret du 23 avril 1807 qui en avait proclamé de nouveau le principe fondamental (1), mais encore d'autres avis du conseil-d'état que j'ai cités dans mon réquisitoire, comme des décisions véritablement législatives, j'ai été jusqu'à dire que, pour que la rente maintenue par la cour d'appel de Turin, dût être considérée comme abolie par la loi du 17 juillet 1793, il suffisait que l'acte du 4 août 1388 imposât au concessionnaire un droit de *plait* ou de lods par chaque mutation, à quelque titre que la concession eût été faite, à quelque titre que le concédant eût possédé les immeubles qui en étaient l'objet.

Et la cour de cassation, qui déjà avait prouvé par plusieurs arrêts qu'elle partageait mon erreur sur le caractère de l'avis du conseil-d'état du 13 messidor an 13, est partie de là pour motiver en première ligne la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Turin, sur le prétendu principe que, *des lois abolitives de la féodalité, il résulte que la qualité du bailleur à cens ne peut être prise en aucune considération, non plus que la qualité des fonds accensés, pour juger la question de savoir si les redevances imposées sont supprimées sans indemnité; qu'il suffit d'examiner si elles ont été qualifiées féodales, ou si elles se trouvent entachées de quelques signes de féodalité; que, dans ces deux cas, elles rentrent nécessairement dans les dispositions abolitives desdites lois.*

Je ne reproduirai pas ici la réfutation que je viens de faire, dans le §. 13, n° 3, de ce prétendu principe; mais je dois signaler la funeste influence qu'il a eue sur l'une des plus graves atteintes qui aient été portées par des décisions administratives et par des arrêts de la cour de cassation, au droit de propriété.

Tout le monde sait qu'il n'y avait ni ne pouvait y avoir rien de féodal dans l'emphytéose du droit romain, quoiqu'elle contînt essentiellement la réserve du domaine direct au profit du bailleur, et qu'elle emportât de plein droit l'assujettissement du preneur, en cas d'aliénation de son domaine utile, soit à un droit de prélation, soit à un droit de lods, au choix du bailleur, indépendamment de la redevance annuelle qu'elle lui imposait, et des autres droits que la loi 2, C. de *jure emphyteutico*, permettait d'y ajouter par des stipulations expresses.

Il résulte nécessairement de là que les redevances emphytéotiques ne devaient ni ne pouvaient, dans les contrées régies par les lois romaines, être considérées comme abolies par l'art. 1er de la loi du 17 juillet 1793, et qu'au contraire, elles étaient expressément maintenues, en qualité de rentes purement foncières, par l'art. 2 de cette loi.

En effet, qu'y a-t-il d'aboli par l'art. 1er de cette loi? Rien autre chose que les *redevances seigneuriales, et les droits féodaux fixes ou casuels, même ceux conservés par le décret du 25 août* 1792. L'abolition prononcée par cet article, porte sans doute sur les redevances créées par des actes qui, sous la dénomination de baux emphytéotiques, n'étaient substantiellement que des baux à cens seigneurial. Mais celles qui ont été créées par des emphytéoses proprement dites, comment pourraient-elles en être frappées? Il faudrait pour cela que les lois antérieures en eussent changé le caractère, en déclarant que toute rente serait réputée seigneuriale, par cela seul qu'elle était emphytéotique. Or, pas un mot de cela dans les lois antérieures; et bien loin de là, celle du 18-29 décembre 1790, concernant le rachat des rentes foncières et emphytéotiques, dit précisément tout le contraire : *Lorsque les baux à rente ou emphytéose perpétuelle et non seigneuriale* (porte-t-elle, tit. 3, art. 5), *contiendront la condition expresse imposée au preneur et à ses successeurs, de payer au bailleur un droit de lods, ou autres droits*

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Cens*, §. 8, n° 2.

BIU Cujas

casuels quelconques, en cas de mutation..., le possesseur qui voudra racheter la rente foncière ou emphytéotique, sera tenu, outre le capital de la rente, de racheter les droits casuels dus aux mutations. En s'expliquant ainsi, le législateur reconnaît bien clairement qu'il y a des emphytéoses perpétuelles qui ne sont pas seigneuriales; il reconnaît donc aussi qu'il n'y a rien de seigneurial dans les redevances créées par ces emhytéoses.

Et qu'on ne dise pas que l'art. 5 de la loi du 25 août 1792 abolit, non seulement les rentes *seigneuriales*, mais encore les rentes *emphytéotiques*, à moins qu'il ne soit justifié par titres primitifs, qu'elles ont eu pour cause une concession de fonds. Il suffit de lire cet article en entier, pour se convaincre qu'il n'abolit, avec cette modification, que les rentes qui sont à la fois emphytéotiques et seigneuriales, ou, en d'autres termes, que les rentes crées par des baux à cens seigneurial, improprement qualifiés d'emphytéoses : *tous les droits féodaux ou censuels utiles, toutes les redevances seigneuriales annuelles..., servis sous la dénomination de cens, censives...., rentes seigneuriales* ET *emphythéotiques, champart.... et généralement tous les droits seigneuriaux, tant féodaux que censuels, conservés ou déclarés rachetables par les lois antérieures...., sont abolis sans indemnité, à moins.....* On voit que cet article ne comprend pas dans sa disposition les rentes qui sont simplement emphytéotiques, mais seulement les *rentes seigneuriales* ET *emphytéotiques*, c'est-à-dire, les rentes qui joignent à la dénomination d'*emphytéotiques* celle de *seigneuriales;* et ce qui ne permet pas d'en douter, c'est qu'il ne place les *rentes seigneuriales et emphytéotiques* qu'au nombre des exemples qu'il donne de ce qu'il entend, à son début, par les mots, *tous les droits féodaux ou censuels;* et, dans sa dernière phrase, par les mots *tous les droits seigneuriaux, tant féodaux que censuels, conservés ou déclarés rachetables par les lois antérieures.*

Il est donc clair que les redevances créées par de simples emphytéoses du droit romain, avaient conservé, avant la loi du 17 juillet 1793, leur caractère de rentes purement foncières, et par conséquent que cette loi, bien loin de les abolir par son premier article, les a maintenues par le deuxième.

C'est effectivement ce qu'a décidé, sur un rapport du ministre des finances, un décret du 25 nivôse an 13, au sujet des redevances que le chapitre de l'église d'Aix s'était réservées par un bail emphytéotique de biens qu'il possédait comme allodiaux, et sur l'abolition ou non abolition desquelles il y avait contestation entre les redevables et la régie des domaines. Les redevables prétendaient que la loi du 17 juillet 1793 lesavait libérés, et ils cherchaient à le prouver en disant que le bail emphytéotique qui leur avait imposé ces redevances, contenant, de la part du chapitre, la réserve expresse de la *seigneurie directe* des fonds concédés, ne pouvait être considéré que comme un bail à cens seigneurial. La régie répondait que la seigneurie directe réservée par le chapitre, n'était pas autre chose que le *domaine direct* du droit romain, et que par conséquent elle n'avait aucun caractère de féodalité. Qu'a fait le décret cité? Il a ordonné que les redevances continueraient *d'être servies comme emphytéotiques.*

Mais on n'a pas tardé à s'apercevoir que ce décret se contredisait lui-même, en ce que, tout en déclarant que les redevances étaient maintenues, il affranchissait les redevables de *la charge des lods et demi-lods qui y avait été ajoutée indûment et sans titre par les bailleurs.* En effet, il était évident que, si les bailleurs avaient pu se réserver des redevances récognitives de leur *dominium directum*, qui, bien qu'il fût traduit en français par les mots *seigneurie directe*, n'avait cependant rien de féodal, ils avaient également pu, sans y mêler rien qui sentît la féodalité, y ajouter le *laudinium* du droit romain; et la déclaration du 2 janvier 1769, visée dans le décret, bien loin de dire le contraire, le confirmait implicitement par la défense qu'elle faisait aux notaires, comme on l'a vu plus haut, n° 1, d'insérer dans les baux emphytéotiques par lesquels les bailleurs se réservaient des droits de lods et ventes, aucune clause qui qualifiât les redevances créées par ces actes, *de directes, nobles et féodales, de fiefs et seigneuries.*

Mais qu'est-il résulté de la découverte de cette contradiction? Au lieu d'en conclure, comme on devait évidemment le faire, ainsi que je l'ai observé dans mes conclusions du 14 juillet 1814, que les droits de lods stipulés par de véritables emphytéoses, étaient toujours dus; au lieu de fortifier cette conséquence par la disposition expresse de l'art. 5 du tit. 3 de la loi du 18-29 décembre 1790, rapporté ci-dessus, on en a inféré que les redevances emphytéotiques auxquelles étaient ajoutés des droits de lods, étaient elles-mêmes abolies, et que c'était par erreur que le décret du 25 nivôse an 13 en avait décidé autrement; et voici comment on a raisonné.

Le droit de lods était essentiellement féodal; et c'est parcequ'il en avait le caractère, que le décret du 25 nivôse an 13 a déclaré qu'il avait été *indûment* ajouté aux redevances dont il s'agissait. Donc tout bail emphytéotique qui réserve au bailleur un droit de lods, n'est, malgré la dénomination que les parties lui ont donnée, qu'un bail à cens seigneurial; donc les redevances créées par un acte de cette nature, sont mélangées de droits féodaux; donc elles

BIU Cujas

sont abolies d'après le sens dans lequel les décrets des 2 octobre 1793 et 7 ventôse an 2 ont déclaré que devait être interprété l'art. 1er de la loi du 17 juillet. Et vainement le bailleur vient-il prétendre que, n'étant ni seigneur ni possesseur de fonds dont l'accensement pût lui en conférer la qualité, il n'a pas pu ériger en prestations seigneuriales des redevances qui ne pouvaient être que foncières : il n'y est pas recevable : c'est la décision expresse de l'avis du conseil-d'état du 13 messidor an 13.

Ce raisonnement, tout vicieux qu'il était, a déterminé d'abord le décret du 23 avril 1807, qui est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Directe;* ensuite les avis du conseil-d'état des 17 janvier, 8 avril et 22 juillet 1809, qui sont cités dans mon réquisitoire.

Malheureusement ces actes d'administration, qui ne portaient que sur des affaires particulières, ont été, comme l'avis du 13 messidor an 13, dont ils n'étaient que la conséquence, pris par la cour de cassation pour des décisions législatives; et de là sont venus les arrêts des 2 et 30 mai 1808, 5 et 12 juillet 1809, 17 juillet 1811 et 16 février 1813, qui ont déclaré abolies par la loi du 17 juillet 1793 des redevances stipulées au profit de particuliers non possesseurs de biens nobles, par des baux emphytéotiques contenant réserve, ou du *domaine direct*, ou de la *seigneurie directe*, et de droits de lods et ventes.

Le premier, le cinquième et le sixième de ces arrêts sont rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Rente seigneuriale*, §. 2, et n° 6-1° et 3°. Le second est retracé en ces termes dans la notice qu'en avait rédigée M. le rapporteur, pour être insérée au *Bulletin civil*, mais qui y a été omise par l'inadvertance des imprimeurs :

Il s'agissait d'une demande, etc. (*Ceci est la note de la page* 388, *sauf les corrections indiquées.*)

Le troisième arrêt, c'est-à-dire, celui du 5 juillet 1809, se trouve dans le *Bulletin civil*, à l'ordre de sa date :

« Le 8 mars 1682 (y est-il dit), le collége des jésuites de Porentruy a donné à titre d'emphytéose à un nommé Morel plusieurs héritages, sous une redevance en grains.

» Le collége est reconnu seigneur direct dans ce bail, où se trouve souvent répété le mot *fief*(1).

» Le preneur s'y oblige à reprendre ces héritages des mains du bailleur, à chaque changement par décès, et de payer pour la reprise une somme convenue.

» Cette redevance, devenue nationale par la réunion du Porentruy à la France, et par la suppression des corporations ecclésiastiques, a été transférée, le 16 frimaire an 11, à Welter et Lecomte.

» Le débiteur ne la payant pas, ceux-ci l'ont assigné au tribunal de Porentruy, qui l'a condamné, le 22 pluviôse an 12, à en faire le service.

» Appel et arrêt rendu, le 22 ventôse an 13, par la cour d'appel séant à Colmar, qui confirme.

» Contravention aux lois des 18 juin 1792, art. 1er et 17 juillet 1793, art. 1er, aux décrets des 23 avril 1807 et 8 mars 1808, et aux avis du conseil-d'état dûment approuvés, les 28 messidor an 13, 2 février et 17 avril 1809, rendus en interprétation, qui suppriment sans indemnité, non seulement les redevances seigneuriales, mais encore celles mélangées de féodalité, encore bien que ceux au profit desquels elles sont constituées, ne fussent point seigneurs des héritages grevés de ces redevances.

» Cette contravention a été réprimée par l'arrêt suivant :

» Ouï le rapport de M. Babille, l'un des juges, et les conclusions de M. Daniels, substitut du procureur général;

» Vu la loi du 18 juin 1792, art. 1er, et celle du 17 juillet 1793, art. 1er;

» Vu aussi les différens avis du conseil-d'état, dûment approuvés, des 28 messidor an 13, 2 février et 13 avril 1809, et le décret du 23 avril 1807, aux termes desquels toute redevance, quelle qu'elle soit, seigneuriale ou non, est supprimée sans indemnité, quand elle est mélangée de féodalité, et quelle que soit d'ailleurs la qualité de celui au profit duquel elle a été constituée, et quand même il ne serait pas seigneur de l'héritage grevé de cette redevance;

» Et attendu que, d'après les lois susdatées, ainsi que d'après les avis du conseil-d'état et le décret rendu en interprétation, même pour le ci-devant pays de Porentruy, il est évident que toute redevance emphytéotique créée à perpétuité, quoique indûment qualifiée *seigneuriale*, est supprimée

(1) Ce mot était fort indifférent, parceque, dans le pays de Porentruy comme dans toute l'Allemagne, il ne désigne pas, lorsqu'il est employé isolément et séparé de tout ce qui caractérise la foi et hommage, un bien véritablement féodal, mais seulement un bien concédé moyennant une redevance annuelle. C'est ce que j'ai établi dans mon réquisitoire du 20 juin 1810, et ce qu'avait précédemment jugé un arrêt de la cour de cassation du 10 février 1806, rapporté avec le *Mémoire sur délibéré* qui l'avait précédé de ma part, dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Fief*, sect. 2, §. 7.

BIU Cujas

sans indemnité, tout aussi bien que la redevance vraiment seigneuriale de sa nature;

» Et que cette suppression frappe également sur toute redevance, quelle qu'elle soit, fût-elle même foncière, quand elle se trouve mélangée avec des droits entachés de féodalité;

» Attendu que la redevance emphytéotique dont il s'agit est assise sur des héritages rappelés sous la dénomination de *fief* dans le bail du 8 mars 1682;

» Quelle est dite due au collége des jésuites, comme *seigneur direct;*

» Qu'elle est surtout accompagnée d'un droit de relief dû à chaque changement de main par décès, qui, d'après le style des cours féodales du pays, d'après les jurisconsultes allemands, et suivant la jurisprudence locale, constitue un droit de relief proprement dit, qui, dans le langage des lois françaises, était un droit féodal (1);

» Et que, dans cet état, et en admettant que cette redevance ne fût pas seigneuriale de sa nature, elle était du moins mélangée de signes de féodalité;

» Attendu que, dans de pareilles circonstances, cette redevance était dans le cas de la suppression prononcée par ces lois, et notamment d'après ce décret et cet avis du conseil-d'état dûment approuvés, rendus en interprétation;

» Que la suppression en devait par conséquent être prononcée;

» Et qu'en ordonnant, au contraire, la continuation du service de cette redevance, la cour d'appel de Colmar a violé l'art. 1er de la loi du 18 juin 1792, l'art. 1er de celle du 17 juillet 1793, le décret et les avis du conseil-d'état susdatés;

» Par ces motifs, la cour casse et annule l'arrêt rendu le 22 ventôse an 13, par la cour d'appel séant à Colmar.... »

C'est également dans le *Bulletin civil* que nous puisons le quatrième arrêt, c'est-à-dire, celui du 12 juillet 1809.

« Le sieur Clay (y est-il dit), prêtre titulaire d'une chapelle, sous l'invocation de Sainte-Anne, dans l'église paroissiale de Porentruy, communément appelée la *Vieille-Image*, désirant faire une disposition pour ses successeurs audit bénéfice, donna, laissa et prêta en fief ou emphytéose perpétuelle, à Georges Chariotte, demandeur, pour lui et ses enfans légitimes, mâles et femelles, un corps de biens situés au finage de Porentruy, dont le détail est exprimé dans l'acte.

» Les conditions remarquables de cette concession sont:

» Que l'emphytéote et ses descendans paieront pour canon annuel soixante-quatre pennaux espontes;

» Que le défaut de paiement de deux canons leur fera encourir la peine de commise et de caducité, en sorte qu'ils pourront être privés du fief;

» Que l'emphytéote ne pourra vendre ni hypothéquer sans le consentement du chapelain, et que, quand celui-ci consentira à la vente, les deniers du consentement se paieront à cinq pour cent;

» Que toutes les fois que la main changera du côté du porteur, soit par décès ou autrement, son successeur sera obligé de faire, dans le délai de six semaines, une reprise, et de payer six pennaux espointes, et ce à peine de commise;

» Que le preneur et ses successeurs paieront les rentes colongères dues à....., sur certaines pièces de terre;

» Qu'ils feront le devoir de bons et fidèles emphytéotes, et rempliront exactement les conditions ci-dessus, à peine de commise.

» La rente annuelle de soixante-quatre pennaux espontes, créée par ce titre, étant devenue nationale, le gouvernement l'a vendue et transportée au sieur Beichaux par acte du 1er nivôse an 11.

» Chariotte n'ayant pas voulu payer l'année dernière, fut assigné en paiement, le 19 brumaire an 12, au tribunal de Porentruy, lequel, par sentence du 15 frimaire suivant, condamna Chariotte à payer, attendu qu'aucune loi n'avait supprimé la rente en question, qui était purement foncière et non entachée de féodalité. Ce jugement a été confirmé par l'arrêt attaqué.

» Chariotte proposait pour moyens de cassation que, d'après divers décrets et avis du conseil-d'état, approuvés par S. M., la concession du 17 juillet 1788 est infectée de mélange de féodalité, et qu'ainsi la rente est tombée sous la suppression prononcée par la loi du 17 juillet 1793.

» Il résulte de celui du 13 messidor an 13 que, quand le bailleur a stipulé comme seigneur, l'acte est infecté de féodalité, et que le bailleur ne peut

---

(1) Oui, il était féodal, lorsqu'il était dû à raison d'un véritable fief, c'est-à-dire, d'un bien concédé à charge de la foi-hommage; mais il était purement emphytéotique dans le sens des lois romaines, lorsqu'il était dû à raison d'une emphytéose. C'est ce que j'ai démontré dans le *Mémoire sur délibéré*, qui est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Fief*, sect. 7; et c'est ce qu'a formellement jugé, en conséquence, pour le Porentruy même, l'arrêt de la cour de cassation du 10 février 1806, qui est cité dans la note précédente.

BIU Cujas

être écouté à alléguer qu'il n'avait point de seigneurie.

» Le décret du 23 avril 1807 a déclaré supprimées des redevances créées par l'abbaye de Saint-Bénigne à Dijon, à titre de cens annuel, emportant lods et ventes, quoique l'abbaye ne fût pas seigneur des terrains concédés : la stipulation de lods et ventes était celle d'un droit féodal.

» L'avis du 17 janvier 1809, approuvé le 2 février, a répété, sur la réclamation des hospices d'Aix, que les redevances perpétuelles établies par des titres qui portent en même temps stipulation de lods et ventes, ou demi-lods, sont comprises dans les abolitions sans indemnité prononcées par les lois antérieures.

» L'avis des 8 et 13 février 1809 a fait l'application particulière et spécifique des mêmes principes aux emphytéoses existantes dans le pays de Porentruy.

» Le défendeur répondait que, dans l'acte du 17 juillet 1788, le chapelain de *la Vieille-Image* n'avait point stipulé comme seigneur; que les droits par lui imposés convenaient à la simple emphytéose; qu'il avait même exprimé n'exiger des preneurs que le devoir de bons et fidèles emphytéotes.

» Sur quoi, ouï le rapport de M. Gandon, juge à cette fin commis; les observations de Leroy de Neufvillette pour le demandeur, et de Bouquet pour le défendeur; ensemble les conclusions de M. Daniels, substitut du procureur-général;

» Vu la loi du 17 juillet 1793, portant: *toutes redevances ci-devant seigneuriales, droits féodaux, censuels, fixes et casuels, même ceux conservés par le décret du 25 août dernier, sont supprimés sans indemnité;*

» Vu pareillement les décrets, les avis du conseil, approuvés par S. M., des 13 messidor an 13, 23 avril 1807, 17 janvier et 2 février 1809, 8 et 13 avril même année;

» Considérant qu'il résulte de la loi du 17 juillet 1793, des décrets et des avis du conseil-d'état, approuvés par S. M., ci-devant cités, et notamment de celui des 8 et 13 avril 1809, que les emphytéoses perpétuelles dans le pays de Porentruy, établies avec stipulation des droits de consentement aux mutations par vente, des droits de relief et de peine de commise, sont comprises dans l'abolition de la féodalité;

» La cour casse l'arrêt de la cour d'appel de Colmar, du 28 mars 1806.... »

Tous ces arrêts forment assurément, par leur ensemble, une autorité imposante; mais de quel poids peuvent-ils être aujourd'hui qu'est dissipé le prestige qui leur a servi de base; aujourd'hui qu'il est bien reconnu que ni l'avis du conseil-d'état, du 13 messidor an 13, ni le décret du 23 avril 1807, ni les autres décisions particulières du gouvernement qui s'en sont ensuivies, ne peuvent lier les tribunaux; aujourd'hui, par conséquent, que rien n'empêche ni ne dispense les tribunaux de juger comme ils le faisaient avant cet avis, ce décret, ces décisions?

Disons-le sans hésiter, ces arrêts ne peuvent plus être considérés que comme des aberrations passagères; et, voués à l'oubli, ils ne peuvent plus faire jurisprudence.

Aussi la cour de cassation est-elle revenue aux vrais principes par un arrêt du 15 mars 1824, que le *Bulletin civil* nous retrace en ces termes :

« Il s'agissait, dans l'espèce, d'un acte d'accensement passé en Franche-Comté le 28 octobre 1766.

» Par cet acte, le sieur Jeannin de l'Étoile, écuyer et conseiller du roi, commissaire à la réformation des bois affectés aux salines de Montmorot, donna, à titre d'accensement perpétuel ou de bail à rente perpétuelle, à Claude Savoye, vigneron, trois quarts de journal trente-quatre perches de terre situés sur le territoire de la commune de Quintigny, dont le marquis de Mailly était seigneur, à la charge par le preneur de planter ledit terrain en vignes Les cinq premières années étaient laissées au preneur franches de toute redevance; durant les dix années suivantes, il devait donner au bailleur le tiers des fruits de la plantation; et, après ces dix années, la moitié à perpétuité, plus une paire de poulets de cens, avec lods, amende, seigneurie et droits de retenue. En cas de vente, le preneur était tenu de déclarer son intention de vendre, sous peine de commise.

» Les mariés d'Arçon avaient succédé à Jeannin de l'Étoile.

» Le 27 février 1819, ils vendirent au sieur Bidot huit ouvrées de vignes, avec le droit de percevoir les redevances imposées par l'acte du 28 octobre 1766.

» Le sieur Bidot demanda titre nouvel aux successeurs de Claude Savoye. Ceux-ci s'y refusèrent, en alléguant que les redevances imposées avaient été supprimées par les lois abolitives de la féodalité.

» Le 18 juin, le tribunal de première instance de Lons-le-Saulnier déclara que l'acte du 28 octobre 1766 n'était pas entaché de féodalité, et condamna les représentans du preneur à servir les redevances et à passer le titre nouvel demandé.

» Le 9 mars 1820, la cour royale de Besançon annula ce jugement, et déclara les redevances sti-

BIU Cujas

pulées au profit de Jeannin de l'Étoile, ou de ses ayant-cause, éteintes et supprimées sans indemnité.

» Cet arrêt était dénoncé à la cour, comme ayant violé l'art. 2 de la loi du 17 juillet 1793, et faussement appliqué l'art. 1er de la même loi.

» Les demandeurs soutenaient que les redevances litigieuses étaient purement foncières, et que l'acte par lequel elles sont stipulées, constituait un bail emphytéotique proprement dit, et non un bail à cens seigneurial. Le bail à cens seigneurial, disaient-ils, est né de l'emphytéose perpétuelle; il a été introduit à son imitation dans le droit des fiefs; mais il n'en est pas moins distinct de ce contrat dont l'origine remonte aux premiers âges du droit romain; et dans les contrées allodiales, ou pays de droit écrit, l'emphytéose est toujours demeurée étrangère à la féodalité. Aussi, dans le ci-devant comté de Bourgogne, que le droit romain régissait, les seigneurs seuls pouvaient imprimer un caractère féodal aux stipulations de cens, de directe, de seigneurie, de lods, droits de retenue et amende, qui étaient communes aux baux emphytéotiques et aux baux à cens seigneurial: c'est ce qu'indique suffisamment *l'art. 4, titre* du Cens, *de la coutume de cette province*. Or, Jeannin de l'Étoile n'étant pas seigneur de Quintigny, n'a pu se constituer, sur des vignes situées dans cette commune, une directe féodale et des droits féodaux; il ne dépendait pas de lui d'établir à son profit un petit cens récognitif de seigneurie sur des héritages qu'il ne possédait pas noblement, ou dont il n'avait pas la seigneurie. Aussi la cour de cassation a-t-elle jugé, jusqu'en 1808, qu'en pays de franc-alleu, quelles que pussent être d'ailleurs les expressions employées dans le contrat d'emphytéose, il fallait le distinguer soigneusement du bail à cens féodal, toutes les fois que les conventions qu'il renfermait n'impliquaient pas nécessairement les rapports du vassal au seigneur. Si cette jurisprudence a fléchi postérieurement devant les avis du conseil d'état des 1er mars 1808 et 17 janvier 1809, rendus dans des espèces particulières, et qui avaient décidé que des prestations purement foncières étaient supprimées, quand elles étaient mélangées de clauses qui imitaient les clauses féodales, ce fut par l'effet d'une méprise qui attribua à ces avis un caractère et une autorité qu'ils n'avaient pas. C'est ce qui a été déclaré en plein conseil-d'état par le chef du gouvernement lui-même, vers le mois de mars 1813. Il fut reconnu, à cette époque, que ces avis du conseil-d'état et même un décret qui s'y était conformé, n'avaient pas le caractère d'actes interprétatifs de la loi; qu'ils n'auraient pu être considérés comme tels, que s'ils étaient intervenus sur un rapport du ministre de la justice, renvoyé à la section de législation, et discuté par elle avant d'être soumis au conseil-d'état, tandis qu'ils avaient été provoqués par un rapport du ministre et de la section des finances. Aussi, depuis cette époque, la cour de cassation est-elle revenue à ses anciens principes, et a-t-elle constamment jugé que, lorsque les droits de lods, retenue, et autres stipulés dans un bail à cens, dérivaient d'une loi municipale, telle que le droit romain, tout-à-fait étrangère à la féodalité, ces stipulations ne pouvaient être réputées appartenir au régime féodal (arrêts des 13 et 25 décembre 1820). L'arrêt attaqué ne saurait donc, continuaient les demandeurs, tirer aucune force de la jurisprudence de la cour de cassation, lors même qu'un arrêt rendu par cette cour, le 4 novembre 1818, invoqué par la cour royale de Besançon, serait favorable au système qu'elle a embrassé. Mais il suffit d'examiner ce dernier arrêt, pour se convaincre qu'il est entièrement inapplicable à l'espèce. En effet, dans la cause sur laquelle il a statué, il n'était pas même allégué que l'héritage accensé fût situé dans un pays allodial (1); le concédant avait pris, non seulement la qualité de noble, mais le titre de seigneur, et il l'était en réalité (2); l'acte contenait des stipulations féodales de leur nature, telles que les *droits de feu* (3); c'est l'exception qui confirme la règle. Dès-lors, il est évident, disaient les demandeurs en se résumant, que la loi qui excepte de l'abolition les redevances purement foncières et non féodales, autorise suffisamment les tribunaux à rechercher la nature des redevances contestées, et à s'enquérir de la qualité des personnes qui les ont stipulées et consenties, de la condition des fonds accensés, et des relations politiques qui pouvaient subsister en-

---

(1) Si cela n'était pas allégué, c'était du moins une chose notoire. L'allodialité du Languedoc était reconnue par des lois expresses, et plusieurs arrêts du conseil l'avaient mise au-dessus de toute espèce de doute. *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Franc-alleu*, §. 28.

(2) Oui, il était, comme on l'a vu plus haut, §. 13, n° 3, seigneur de la Planque, *dominus de Planca*; mais cela était indifférent, parce que le bail à cens qu'il avait fait en 1420, laissait des doutes sur le point de savoir si les immeubles qui en étaient l'objet étaient situés dans le territoire des seigneuries.

(3) Cette circonstance eût pu être de quelque poids dans le cas où le sort de l'affaire eût dépendu du point de savoir si l'acte dont il s'agissait, était véritablement, dans l'intention des parties qui l'avaient souscrit, un bail à cens seigneurial; mais il n'y avait là-dessus aucun doute, et la seule difficulté était de savoir s'il l'était effectivement, comme il en avait toutes les couleurs; question qui n'avait rien de commun avec celle qui était agitée dans la cause jugée par l'arrêt de la cour royale de Besançon, du 9 mars 1820.

BIU Cujas

tre le bailleur et le preneur, puisque ce sont ces circonstances qui seules peuvent éclairer les juges sur la féodalité ou la non-féodalité de ces redevances. La cour royale de Besançon l'a reconnu elle-même; car, dans un de ses arrêts du 1er juin 1820, elle a admis, dans une cause toute semblable à celle des mariés d'Arçon, une doctrine parfaitement conforme à celle qu'ils invoquent contre son arrêt du 9 mars 1820.

» Les défendeurs convenaient qu'il était hors de doute que tout propriétaire, qu'il fût ou non seigneur; pouvait autrefois, en Franche-Comté, quand il concédait à perpétuité une portion de terre moyennant une prestation annuelle en fruits ou en argent, stipuler valablement des droits de retenue, de lods ou de vente et de commise, et la réserve de seigneurie; mais ils soutenaient que, lors même que le bailleur n'était en ce cas ni noble ni seigneur, et que par conséquent le preneur n'était pas son vassal, il se formait néanmoins entre eux, et de leur consentement mutuel, une sorte de relation nouvelle et de lien particulier qui avait les mêmes effets relativement à la convention dont il s'agissait, que s'il avait, en réalité, existé entre eux postérieurement des rapports de seigneurie et de vassalité. C'est ainsi que, dans la pratique, on joignait souvent à la stipulation d'une rente foncière *une seconde redevance connue sous le nom de* PETIT CENS, *laquelle était généralement considérée par les auteurs les plus accrédités de la province, comme récognitive de la seigneurie.* Or, ajoutaient les défendeurs, les lois des 28 août 1792 et 17 juillet 1793, en supprimant toutes les redevances féodales ou mélangées de féodalité, n'ont fait aucune distinction entre celles qui avaient été établies à raison de la qualité des personnes et de la condition des biens, et celles qui avaient été stipulées par la vanité et consenties par complaisance. C'est en ce sens que les avis du conseil-d'état des 30 pluviôse an 11, 13 messidor an 13, 1er mars 1808, 17 janvier et 12 juillet 1809, ont décidé que, lorsque le titre de la créance n'offre aucune ambiguité dans les termes, nul ne peut être admis à soutenir qu'il n'a pas été féodal en réalité. C'est encore en ce sens que les arrêts de la cour de cassation ont décidé que quiconque, n'étant ni noble ni seigneur, avait voulu s'approprier les honneurs de la noblesse et les prérogatives de la seigneurie, devait subir les conséquences de son propre fait, et supporter les pertes qu'il s'était attirées par ses imprudentes prétentions (1). Dans l'espèce, continuaient les défendeurs, Jeannin de l'Étoile, loin de se contenter d'une redevance roturière, a stipulé dans l'acte d'accensement un cens de deux poulets, livrables et payables chaque année en son hôtel; et cette redevance de deux poulets, accessoires à la redevance foncière, constitue précisément le petit cens récognitif de la seigneurie réservée. Il suffisait de cette seule stipulation pour vicier tout le contrat, lors même que les droits de lods et amende qui y sont pareillement stipulés, ne l'auraient pas entaché de féodalité.

» C'est sur ce débat qu'est intervenu l'arrêt suivant :

» Ouï le rapport fait par M. le conseiller Portalis, les observations de Champion, avocat des demandeurs, celles de Guillemin, avocat des défendeurs, et les conclusions de M. l'avocat-général Cahier;

» Vu les art. 1 et 2 de la loi du 17 juillet 1793;

» Attendu que Jeannin de l'Étoile, qui a établi sur les ouvrées de vignes dont il s'agit au procès, le cens dont elles sont affectées, non seulement n'était pas seigneur du territoire de Quintigny, dans lequel elles sont situées, mais encore qu'il ne s'est pas attribué cette qualité dans l'acte d'accensement;

» Attendu qu'il n'a été stipulé dans cet acte aucune redevance qui puisse être réputée exclusivement féodale, puisque les droits de cens, commise, amende, lods et retenues, pouvaient, aux termes du droit romain, loi municipale de l'ancienne Franche-Comté, lieu de la situation du fonds accensé, être imposés aux preneurs de baux emphytéotiques proprement dits, et l'étaient en effet formellement;

» Que, dès-lors, de telles stipulations, quoiqu'elles fussent également usitées dans les baux à cens seigneurial, sorte de contrats que le droit des fiefs avait emprunté au droit romain, à l'imitation de l'emphytéose perpétuelle, ne pouvaient par elles-mêmes, dans un pays allodial et soumis à la maxime, *nul seigneur sans titre*, vicier les actes qui les contenaient, si les circonstances particulières de la transaction n'établissaient d'ailleurs sa nature féodale, ou mélangée de féodalité;

» Que, dans l'espèce, la redevance de deux poulets, stipulée au contrat, n'y est point qualifiée de *petit cens*, et n'en a point les caractères (1);

---

(1) Comme si un acte de vanité pouvait de lui-même, et sans disposition formelle de la loi, faire encourir la perte de la propriété au sujet de laquelle on se l'est permis! Comme si les tribunaux pouvaient plus en matière civile qu'ils ne le peuvent en matière criminelle, décerner arbitrairement des peines dont la loi ne leur commande pas expressément l'application!

(1) Que serait-il donc arrivé, si cette redevance eût été expressément qualifiée de *petit cens*, ou, ce qui revenait au même dans le langage du pays, de *cens récognitif d'une seigneurie féodale?* L'arrêt ne s'ex-

BIU Cujas

« Qu'il suit de là que les redevances litigieuses sont du nombre de celles qui ont été maintenues par l'art. 2 de la loi du 17 juillet 1793, et qu'en jugeant le contraire, la cour royale de Besançon a formellement violé les dispositions de cet article, et faussement appliqué l'art. 1er de la même loi ;

» Par ces motifs, la cour casse et annule l'arrêt rendu par la cour royale de Besançon, le 9 mars 1820... »

Qu'il me soit permis d'ajouter aux motifs de cet arrêt une considération qui n'est pas sans quelque importance.

Les redevances qui forment le prix d'une concession de fonds, ne sont pas moins la *propriété* du concédant, que les fonds eux-mêmes ne sont la propriété du concessionnaire.

Les unes sont donc garanties au concédant, comme les autres le sont au concessionnaire, par le grand principe qui était écrit dans le code éternel du droit des gens, avant qu'il le fût dans l'art. 9 de la charte constitutionnelle du 4 juin 1814, que toutes *les propriétés sont inviolables*.

La loi peut sans doute changer la nature *civile* des unes comme des autres ; elle peut sans doute aussi, moyennant une juste et préalable indemnité, éteindre les unes au préjudice du concédant, comme elle peut, sous la même condition, ôter les autres au concessionnaire.

Mais elle ne peut pas plus, par une disposition absolue, priver le concédant de la propriété de ses redevances, qu'elle ne peut, par une disposition du même genre, priver le concessionnaire de la propriété des fonds dont elles sont le prix.

Ainsi, les lois du 4 août 1789 et du 15-28 mars 1790 ont bien pu convertir les rentes seigneuriales créées pour concession de fonds, en rentes purement foncières, et les immeubles possédés comme féodaux ou censuels, en francs-alleux, comme le Code civil a pu convertir en meubles fictifs, des objets qui précédemment étaient considérés comme immobiliers.

Elles ont bien pu aussi déclarer rachetables, et les rentes qui n'étaient originairement que foncières, et les rentes qui, originairement seigneuriales, devenaient purement foncières par l'effet de leurs dispositions, comme l'État a pu, dans tous les temps, pour l'utilité publique, contraindre les propriétaires des biens-fonds à les lui abandonner, en leur en payant préalablement la valeur.

Mais de même qu'elles n'auraient pas pu, sans violer scandaleusement le droit de propriété, ôter les fiefs et les censives à ceux qui les possédaient, pour les rendre à ceux qui les leur avaient concédés, elles n'ont pas pu davantage libérer gratuitement les possesseurs de ces biens, des droits et des redevances moyennant lesquels ils en avaient obtenu la concession.

Aussi ne l'ont-elles pas fait ; et je puis certifier personnellement qu'il n'a été avancé dans l'assemblée constituante aucune proposition qui tendît même indirectement à ce but.

Cependant qu'est-il arrivé ? A l'esprit de sagesse et de justice qui avait présidé à la rédaction de ces lois, a bientôt succédé, dans une foule de têtes, une exaltation produite par l'apparition des armées étrangères sur tous les points du territoire de la patrie ; et de là sont venues, de toutes parts, des réclamations pour l'abolition absolue et sans indemnité de tous les droits ci-devant féodaux et de toutes les redevances ci-devant seigneuriales, que l'assemblée constituante avait simplement déclarés rachetables.

Ces réclamations n'ont eu dans l'assemblée législative qu'un demi-succès ; la loi du 25 août 1792 s'est bornée à l'abolition de ceux de ces droits et de ces redevances que des titres primitifs, représentés en bonne forme, ne prouveraient pas être le prix de concessions de fonds.

Mais la convention nationale a été plus loin, et, par la loi du 17 juillet 1793, elle a aboli sans indemnité jusqu'aux droits ci-devant féodaux et aux redevances ci-devant seigneuriales, que celles du 25 août 1792 avaient conservés.

Assurément une loi aussi injuste et aussi peu réfléchie, une loi qui, par la brèche qu'elle faisait au droit de propriété, exposait les imprudens qui l'avaient provoquée par leurs clameurs, à être eux-mêmes un jour dépouillés par une nouvelle loi faite dans le même esprit, des biens dont ils avaient obtenu la concession à la charge des droits et des redevances qu'elle éteignait ; une loi que je n'ai pas craint de qualifier dans mes conclusions du 12 germinal an 12, rapportées ci-dessus, §. 9, de *loi de colère* ; une loi dont le rapport, sollicité successivement par un message du directoire exécutif, en 1799, et par une proposition formelle du gouvernement consulaire, en 1800, n'a été empêchée que par des considérations politiques ; une pareille loi n'aurait jamais dû, même sous le prétexte de l'ana-

---

plique point là-dessus : mais il me semble qu'il aurait fallu revenir au principe établi plus haut, §. 13, n° 2, présumer en conséquence, faute de preuve contraire, que Jeannin de l'Étoile possédait noblement les immeubles qu'il avait concédés par l'acte du 28 octobre 1756, et, par suite, juger, en maintenant l'arrêt de la cour royale de Besançon, qu'il avait fait valablement de ces immeubles la matière d'un bail à cens féodal.

BIU Cujas

logie la plus parfaite, être étendue au-delà de ses termes précis : *Quod contrà rationem juris receptum est*, disaient les sages législateurs de l'ancienne Rome, *non est producendum ad consequentias* (1).

C'était donc par la plus grave de toutes les erreurs que des avis du conseil-d'état, des décrets et des arrêts avaient appliqué cette loi aux redevances créées par des emphytéoses qui ne dégénéraient pas évidemment, soit en inféodations proprement dites, soit en baux à cens seigneurial; et c'est assez dire que, d'après l'arrêt de la cour de cassation du 15 mars 1824, il n'est plus à craindre que cette erreur se renouvelle jamais.

§. XXII. *Page* 423, *col.* 1, *supprimez tout ce qui suit les mots* l'effet *de la ligne* 36 (2), *jusques et y compris la ligne* 42, *et substituez-y ce qui suit : d'un titre nouvel, passé depuis l'abolition des rentes de cette nature, et par lequel celui qui la devait originairement, a reconnu la devoir encore?*

3° *Quel est celui d'une transaction passée entre le créancier et le débiteur d'une pareille rente, postérieurement à la loi du* 17 *juillet* 1793, *et par laquelle, pour prévenir un procès prêt à s'élever, ou éteindre un procès déjà élevé entre eux, sur la question de savoir si cette rente était ou non abolie, le débiteur s'est soumis à en continuer le paiement?*

4° *Pour qu'un acte passé, depuis la publication de la loi du* 17 *juillet* 1793, *entre le créancier et le débiteur d'une rente foncière mélangée de féodalité, ait le caractère et l'effet, non d'une simple reconnaissance qui ne pourrait en purger les vices, mais d'une véritable transaction, est-il absolument nécessaire d'y exprimer que le procès auquel il met fin, roulait précisément sur la question de savoir si cette rente était ou non abolie?*

5° *Pour qu'un pareil acte, considéré même comme transaction, puisse soustraire la rente à l'abolition prononcée par la loi du* 17 *juillet* 1793, *est-il absolument nécessaire qu'il contienne, de la part du créancier, une renonciation expresse aux droits féodaux dont elle était originairement mélangée? Ne suffit-il pas que, tout en confirmant les titres constitutifs et récognitifs de la rente, sans en rappeler les clauses féodales, il fasse clairement entendre, et que de l'exécution dont il a été suivi, il résulte clairement que cette renonciation a été dans l'intention commune des parties?*

I. Voici une espèce dans laquelle j'ai traité les trois premières de ces questions.

Par acte notarié, etc.

N° I. *Page* 427, *col.* 1, *à la fin de la ligne* 18 (1), *ajoutez en note :*

La question s'est représentée depuis devant la cour royale de Caen elle-même, qui, cette fois, oubliant son arrêt du 2 frimaire an 3, l'a jugée dans le sens directement contraire; mais la cour de cassation était là, et l'infraction faite à la loi a été réprimée. Voici les faits :

Le 3 mars 1789, acte notarié par lequel le sieur Delessard, seigneur de Giel, cède au sieur Pierre-André Gallot, à titre de *bail à fieffe* (termes synonymes, en Normandie, de *bail à rente*) un moulin banal et quelques pièces de terre qui font partie du gros de sa seigneurie, moyennant une *rente seigneuriale et foncière* de 1,100 francs et de deux canards.

Peu de temps après, paraissent les décrets du 4 août de la même année, qui abolissent le régime féodal, et ils sont suivis de la loi du 15-28 mars 1790, qui maintient, comme purement foncières et dégagées de toute empreinte de féodalité, les rentes constituées, avec le caractère de seigneuriales, pour cause de concession de fonds.

Le 14 septembre 1792, la dame de Caulaincourt acquiert des héritiers du sieur Delessart la terre de Giel, avec toutes ses dépendances, parmi lesquelles est nommément comprise la rente de 1,100 francs et de deux canards dus par le sieur Gallot, à raison du moulin et des pièces de terre qui lui ont été fieffées en 1789.

Survient la loi du 17 juillet 1793, qui supprime même les rentes ci-devant seigneuriales qui ont pour cause des concessions de fonds prouvées par titres primitifs.

Cependant le sieur Gallot continue encore pendant quelques années le paiement de la rente de 1,100 francs et de deux canards; puis, il cède à Jacques-André Gallot, son frère, le moulin et les autres immeubles dont elle a formé originairement le prix, sous la seule charge de l'acquitter des obligations écrites dans le bail à fieffe de 1789.

Jacques-André Gallot meurt bientôt après, et ses enfans se refusent au paiement de la rente.

Les héritiers de la dame de Caulaincourt les font assigner devant le tribunal civil d'Argentan, et soutiennent que la rente a survécu à la loi du 17 juillet 1793, parcequ'elle n'était plus seigneuriale à l'épo-

(1) Loi 14, D. *legibus*.
(2) *Page* 426, *col.* 2, *ligne* 35 (2e édition).

(1) *Page* 430, *col.* 1, *ligne pénultième* (2e édition).

BIU Cujas

que de l'acquisition que leur auteur en avait faite, et que par conséquent c'était le cas des arrêts de la cour de cassation des 10 nivôse an 14, 6 juillet 1807 et 2 janvier 1809, rappelés ci-dessus.

Le 6 mai 1812, jugement qui, en rejetant ce système, déclare la rente abolie par la loi du 17 juillet 1793.

Les héritiers de la dame de Caulaincourt appellent de ce jugement; et, par arrêt du 22 juin 1814, la cour royale de Caen le réforme,

« Attendu que la rente dont il s'agit au procès a été vendue en 1792 à la dame de Caulaincourt, qui n'était pas et ne pouvait pas être acquéreur du fief auquel cette rente avait été jadis annexée; qu'il est constant et universellement reconnu que les rentes foncières mélangées de féodalité, qui avaient passé avant 1789 dans les mains de particuliers non-seigneurs des fiefs auxquels elles avaient été attachées, n'ont pas été atteintes par la suppression que prononce l'art. 1 de la loi du 17 juillet 1793;

» Que cependant les intimés soutiennent qu'il en doit être autrement pour les rentes de cette nature qui ont été mises par aliénation hors de la main de l'ancien seigneur du fief avant la loi de suppression, mais postérieurement à la loi du 4 août 1789;

» Que cette distinction, basée sur des raisonnemens purement métaphysiques, ne résulte ni *du sens grammatical*, ni *de l'esprit de la loi* du 17 juillet 1793;

» *Du sens grammatical :* les mots *ci-devant seigneuriales* dont on argumente, atteindraient aussi bien les rentes arroturées en 1788 ou 1789, que celles qui n'avaient cessé d'être seigneuriales que par l'abolition des seigneuries; les unes et les autres avaient été *autrefois seigneuriales*, et le mot *ci-devant*, qui peint cette idée, ne présente aucune distinction entre les causes qui ont pu faire changer leur état primitif;

» *De l'esprit de la loi :* il résulte de l'ensemble de toutes les lois, tant sur le régime féodal que sur les biens communaux et autres semblables, qu'elles ont été rendues en haine des ci-devant seigneurs, et que la volonté et le but du législateur, en frappant ces choses, n'ont cependant été que d'atteindre le possesseur féodal, et non les simples particuliers; que même, en se mettant à la place du législateur de 1793, il serait absurde de rendre le sort des particuliers qui, après le 4 août 1789, ont acheté d'un ci-devant seigneur une rente laissée dans le commerce, et assimilée en tout aux autres rentes, pire que le sort de ceux qui auraient acheté des rentes de cette nature, tandis qu'elles portaient l'empreinte publique et légale de la féodalité :

» Que, qui peut le plus peut le moins; et que, si la vente faite avant 1789 à un particulier non-seigneur, a tellement dépouillé la rente de tout caractère de féodalité, qu'elle ait dû être conservée, comme on avoue qu'elle l'a été par la loi de 1793, la vente faite depuis 1789 a dû, à plus forte raison, enlever à la rente la tache de féodalité que le législateur a nécessairement reconnu exister encore dans les autres rentes de cette nature, pour pouvoir en prononcer l'abolition en 1793;

» Que le véritable esprit des lois contre la féodalité a été signalé et consacré dans les motifs préliminaires de l'arrêt rendu par la cour de cassation, le 10 ventôse an 14, entre Lemaître et Sezée, et que, si cette cour paraît avoir rendu d'autres arrêts dans un autre sens, ils peuvent tenir à des circonstances particulières et impérieuses;

» Qu'au surplus, des décrets tels que ceux dont il s'agit, rendus par des considérations purement politiques, sont des lois rigoureuses qu'il est du devoir des magistrats, pour lesquels la voie de l'équité est la loi suprême, de restreindre soigneusement à l'effet qu'il est absolument impossible de leur refuser, plutôt que de les étendre, ainsi que le voudraient les intimés;

» Que, s'il est inique de vouloir faire perdre à l'appelante une rente de 1,100 cent francs que sa mère a acquise en 1772 sur la foi des lois du temps, et créée quatre mois avant la révolution, pour prix de la cession d'un moulin que l'on articule valoir aujourd'hui bien davantage, il ne serait pas moins révoltant de faire profiter de cette suppression les intimés, qui n'ont pas même le prétexte de pouvoir dire qu'ayant traité avec un seigneur de fief, ils ont pu être influencés par la puissance féodale, puisqu'ils ont acquis ce moulin du fief fataire originaire en 1793, et sans autre prix ou charge que celle de payer la rente, alors purement foncière, de 1,100 francs, condition qu'ils ont exécutée pendant nombre d'années. »

Mais les héritiers de Jacques-André Gallot se pourvoient en cassation; et après une discussion contradictoire, arrêt du 11 novembre 1816, au rapport de M. Zangiacomi, sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert, et après un délibéré en la chambre du conseil, par lequel,

« Vu l'art. 1er de la loi du 17 juillet 1793;

» Considérant que la rente dont il s'agit a été *ci-devant seigneuriale* et du nombre de celles conservées par le décret du 25 août 1792; par conséquent qu'elle est supprimée par la loi ci-dessus; que cette loi est conçue en termes généraux qui n'admettent aucune exception; que celle que l'on imagine en faveur de simples particuliers qui n'ont jamais été seigneurs, est d'ailleurs proscrite par l'art. 5 de la même loi;

» La cour casse et annule.... »

(*Journal des audiences de la cour de cassation*, année 1816, page 587.)

Page 430, *supprimez les trois pénultièmes lignes* (1) *de la col.* 1, *ainsi que les mots* au surplus *de la dernière, et substituez-y ce qui suit :*

On voit que cet arrêt, laissant de côté les deux premières questions posées en tête de ce paragraphe,

(1) *Tome* 6, *page* 672, *col.* 2, *ligne* 1 (2e édition).

BIU Cujas

ne prononce que sur la troisième, mais qu'il la décide nettement en faveur du créancier de la rente ci-devant seigneuriale, à la continuation de laquelle le débiteur s'était soumis par une transaction postérieure à la loi du 17 juillet 1793.

On peut voir à l'article *Mines*, §. 1, n° 2, un arrêt de la cour de cassation de Bruxelles, du 8 juin 1818, qui est fondé sur le même principe, comme le sont également deux arrêts de la cour de cassation de France, des 15 février et 26 juillet 1823, que l'on trouvera au n° suivant.

II. La quatrième et la cinquième questions se sont présentées dans l'espèce suivante :

Le 18 juillet 1616, acte par lequel le sieur Maurice Barthon de Lamotte, en qualité de mari et maître des biens dotaux d'Anne Armand, sa femme, cède, à titre d'emphytéose perpétuelle, au sieur Mazeyras un moulin à blé et un petit pré situés dans la justice de Vic-le-Comte, et régis par la coutume d'Auvergne.

L'acte porte que *le bail d'emphytéose est fait moyennant la quantité de six septiers émine blé, à savoir, moitié froment, et l'autre moitié pamoule, mesure de Vic-le-Comte*, de cens et rente annuel et perpétuel, en tous droits de directe seigneurie et USAGE DE CHEVALIER, droits de lods et ventes, et autres usages accoutumés, *à raison de* 3 *sous et* 4 *deniers par livre, toutes les fois et quantes ventes et muages y écherront, lequel sens ledit Mazeyras a promis payer annuellement et perpétuellement à chaque fête de Saint-Julien.*

Il est dit encore que *le preneur ne pourra mettre ni imposer sur lesdits moulin et pré aucun autre cens, sous peine de confiscation dudit surcens, ni avouer d'autres seigneuries directes.*

En 1686 et 1781, actes récognitifs, par lesquels les détenteurs de ces immeubles déclarent aux héritiers de la dame Barthon les tenir *en cens*, CENSIVE (1) *et directe seigneurie.*

La rente est exactement payée jusqu'à la publication des premières lois relatives à l'abolition du régime féodal; mais à cette époque, les sieurs Hardy et Guyot, détenteurs actuels du moulin et du petit pré, en refusent le paiement.

Le 5 floréal an 11, le sieur Cisterne-Delorme, successeur de la dame Barthon, les cite en conciliation sur sa demande en paiement des cinq dernières années échues et en passation de titre nouvel.

Les sieurs Hardy et Guyot se présentent sur cette citation, soutiennent que la redevance réclamée est abolie par la loi, et se refusent à toute conciliation.

L'affaire est en conséquence portée devant le tribunal civil de Clermont-Ferrand.

Le sieur Cisterne-Delorme produit un mémoire dans lequel, pour justifier sa demande, il fait observer qu'il résulte de l'acte constitutif de la rente, que les bailleurs n'étaient point seigneurs du lieu de la situation des biens dont elle formait le prix; que, dans la coutume d'Auvergne, pays allodial, le mot *cens* était synonyme de *rente foncière*, comme les mots *seigneurie directe* l'étaient de *dominité* ou *propriété*; et qu'à l'égard des *lods*, on s'y conformait au droit romain qui en faisait un attribut du bail emphytéotique.

Les sieurs Hardy et Guyot se bornent à répondre que la demande formée contre eux *n'est ni établie ni fondée.*

L'instance est poursuivie avec lenteur. Le dernier acte de procédure est du 23 ventôse an 13.

Le 9 floréal de la même année, les parties se rapprochent, et passent devant notaire un acte dont voici le résumé :

Il commence par dire qu'il a été fait aux parties lecture du bail du 18 juillet 1616. Il énonce les dispositions substantielles de ce bail, les immeubles qui en sont l'objet, leur situation, la rente promise, les noms du bailleur et du preneur; mais il ne reproduit aucune des stipulations qui, dans le bail prétendu emphytéotique, pouvaient présenter quelque apparence de féodalité. Il rappelle aussi, en les qualifiant d'actes de ratification, les titres récognitifs de 1686 et 1781, mais toujours sans aucune mention des clauses de ces titres qui pourraient paraître féodales.

Et à la suite de cet exposé, les sieurs Hardy et Guyot déclarent qu'en leur qualité de détenteurs des immeubles cédés au sieur Mazeyras par l'acte du 18 juillet 1616, *ils approuvent, ratifient, et confirment, en faveur du sieur Cisterne-Delorme, acquéreur, tant ledit contrat de bail emphytéotique que les actes de ratification qui en ont suivi, consentant qu'ils soient exécutoires contre eux, tout ainsi et de même qu'ils l'étaient envers et contre ceux qui les ont consentis. En conséquence, ils promettent et s'obligent solidairement, les uns pour les autres, sans division ni discussion, de payer et porter à Vic-le-Comte, audit sieur De-*

---

(1) De la combinaison de ce terme avec les mots *et usage de chevalier*, qui se trouvaient dans le titre primitif, il paraissait résulter clairement que celui-ci n'était, sous le nom de bail emphytéotique, qu'un bail à cens féodal, et que par conséquent il n'avait rien de commun avec le bail à cens purement emphytéotique du 7 septembre 1756, dont il s'agissait dans l'espèce de l'arrêt de la cour de cassation, du 21 brumaire an 14, dont j'ai parlé dans le réquisitoire du 20 juin 1810, rapporté ci-dessus, §. 14, n° 2.

BIU Cujas

lorme, la quantité de six septiers émine blés, moitié froment, moitié pamoule, bon grain, le 10 fructidor de chaque année, à commencer le premier paiement le 10 fructidor lors prochain, et ainsi continuer chaque année, tant qu'ils seront en possession des immeubles asservis à ladite rente.

Les parties se règlent ensuite sur les arrérages. Elles reconnaissent qu'ils sont dus depuis 1790; mais il est convenu qu'ils demeureront réduits à la somme de 400 francs payables en deux termes.

Il est encore stipulé que désormais la rente sera payée sans retenue.

Les détenteurs se chargent de tous les frais de l'instance pendante devant le tribunal civil de Clermont-Ferrand.

Et enfin, pour sûreté des engagemens qu'ils contractent envers le sieur Cisterne-Delorme, ils obligent par privilége le moulin et le petit pré.

Toutes ces conventions sont d'abord exécutées ponctuellement : les détenteurs paient les frais de l'instance et les 400 francs auxquels ont été réduits les arrérages; ils paient même pendant cinq années consécutives la rente qu'ils ont reconnue; et dans cet intervalle, l'un d'eux, en vendant une partie des fonds qui en sont grevés, charge les acquéreurs d'en payer leur part proportionnelle.

Mais en 1811, les choses changent de face. Tout paiement ultérieur de la rente est refusé, et ce refus donne lieu, de la part du sieur Cisterne-Delorme, à un commandement et à des poursuites.

De là s'ensuit, devant le tribunal civil de Clermont-Ferrand, une nouvelle instance dans laquelle les détenteurs soutiennent que la rente était originairement féodale, et que l'acte du 9 floréal an 13 n'a pas pu le purger de ce vice.

Le 24 juin 1812, jugement qui, sans apprécier la nature primitive de la rente, et se fondant uniquement sur l'acte du 9 floréal an 13 qu'il qualifie de transaction, ainsi que sur l'exécution volontaire dont il a été suivi pendant cinq ans, rejette la prétention des détenteurs.

Appel de la part de ceux-ci à la cour de Riom; et là, il intervient, le 17 février 1813, un arrêt qui,

Attendu que la rente stipulée par l'acte du 18 juillet 1616, était mélangée de féodalité; que l'acte du 9 floréal an 13 n'était qu'une ratification du titre primitif; que ce n'était point une transaction; qu'il y était seulement fait mention d'un procès dont les détenteurs se chargeaient de payer les frais; qu'on n'y énonçait pas l'objet de ce procès; qu'on n'y disait pas que la rente ne serait plus payée que comme foncière; que, pour juger que les parties avaient eu l'intention de traiter sur le procès et sur la féodalité de la rente, il aurait fallu au moins que les pièces du procès eussent été annexées à l'acte;

Déclare nul l'acte du 9 floréal an 13, et fait défense au sieur Cisterne-Delorme de le mettre à exécution.

Le sieur Cisterne-Delorme se pourvoit en cassation; et, par arrêt du 15 février 1815, au rapport de M. Vergès, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lecoutour,

« Vu les art. 2044 et 2052 du Code civil et les art. 1 et 2 de la loi du 17 juillet 1793;

» Considérant qu'antérieurement au contrat authentique du 9 floréal an 13, les parties ont été en procès, pendant près de deux ans, sur la question de savoir si la rente réclamée par le demandeur était ou n'était pas féodale;

» Qu'afin d'établir que ladite rente était purement foncière, le demandeur invoquait, dans ce procès, quelques dispositions de la coutume d'Auvergne, et des arrêts qu'il soutenait être applicables à sa prétention;

» Que les défendeurs soutenaient, au contraire, que ladite rente était féodale, et par conséquent comprise dans la suppression ordonnée par les lois;

» Que les parties se rapprochèrent et souscrivirent le contrat authentique du 9 floréal an 13;

» Qu'il résulte d'une clause expresse de ce contrat qu'il y avait eu à Clermont-Ferrand une instance entre les parties;

» Que, par la même clause, les défendeurs se soumirent à payer au demandeur les frais de cette instance;

» Que la cour d'appel de Riom, tout en reconnaissant l'existence de cette clause, qui caractérise la transaction, a néanmoins décidé que le contrat ne contenait pas une transaction, soit parceque l'objet du procès n'y était pas rappelé, soit parcequ'on n'avait pas annexé à cet acte les pièces de ce procès;

» Considérant que n'étant pas contesté, étant reconnu, au contraire, qu'il n'y a eu entre les parties d'autre procès que celui qui a été terminé par ledit contrat, l'objet de ce procès était bien positivement déterminé;

» Considérant que la loi ne fait pas dépendre le sort d'une transaction de l'annexe des pièces du procès au contrat, mais bien uniquement de la fin que les parties mettent au procès pendant entre elles;

» Considérant, en outre, que la clause par la-

BIU Cujas

quelle les défendeurs se sont soumis, tant en exécution des anciens contrats, qu'en vertu de la transaction, à payer annuellement la quantité de six septiers de blé, ne contient aucune obligation féodale;

» Qu'en effet le résultat de cette soumission n'a produit qu'une obligation de payer purement et simplement une rente annuelle de six septiers de blé évidemment foncière, circonstance qui, bien loin d'imprimer à la transaction un caractère de féodalité, l'a dégagée, au contraire, de tout ce que les anciens contrats pouvaient contenir de féodal;

» Considérant enfin que les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée, et ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit; et qu'un avis du conseil-d'état, des 15 et 23 septembre 1810, a consacré en principe que les transactions sur procès au sujet de rentes mélangées de féodalité, devaient être pleinement exécutées;

» Que par conséquent la cour d'appel de Riom a violé les art. 2044 et 2052 du Code civil, l'art. 2 du décret du 17 juillet 1793, et faussement appliqué l'art. 1er de ce décret;

» La cour casse et annule.... (1). »

En exécution de cet arrêt, la cause est reportée devant la cour royale de Lyon.

Après de nouvelles plaidoiries, cette cour rend, le 27 décembre 1828, un arrêt conforme à celui du 17 février 1812; et pour prononcer ainsi, elle considère

Que l'acte primitif du 18 février 1616 contenait des stipulations féodales;

Que l'acte du 9 floréal an 13 n'est point une transaction; qu'il ne saurait en exister, aux termes de la loi 38, C. *de transactionibus*, là où l'une des parties ne cède et ne promet rien; que cet acte n'aurait pu recevoir le titre de transaction qu'autant que le sieur Cisterne-Delorme se serait désisté des droits de *directe seigneurie*, et aurait déclaré qu'il n'entendait exiger que la rente; que cette déclaration ne s'y trouve pas; que l'acte n'est donc, dans la vérité, qu'une simple reconnaissance, pareille à celle de 1781;

Que, pût-on le considérer comme une transaction, il serait nul, d'après les art. 1131 et 1133 du Code civil, comme contenant une clause illicite; que cette clause est celle par laquelle les détenteurs déclarent qu'ils approuvent et ratifient le titre primordial et les actes de ratification ultérieurs, consentant qu'ils soient exécutoires contre eux comme ils l'étaient contre ceux qui les avaient consentis; que, par cette clause, ils ont fait revivre les stipulations féodales du titre primitif et des reconnaissances postérieures;

Et que, si l'acte contient ensuite une obligation plus spéciale, de leur part, de payer la rente, cette spécialité ne déroge point à l'obligation déjà contractée.

Nouveau recours en cassation de la part des héritiers du sieur Cisterne-Delorme; et l'affaire portée en conséquence devant les sections réunies sous la présidence de M. le garde-des-sceaux, ministre de la justice, ils soutiennent notamment,

Que l'arrêt attaqué viole les art. 2044 et 2052 du Code civil, dont l'un définit la transaction, et l'autre en règle les effets;

Qu'en refusant à l'acte du 9 floréal an 13 le caractère de transaction, sous le prétexte qu'il ne contenait aucun sacrifice de la part du sieur Cisterne-Delorme, la cour royale de Lyon est tombée à la fois dans une erreur de droit et dans une erreur de fait;

Qu'elle est tombée dans une erreur de droit, parceque, d'après l'art. 2044 du Code civil, tout contrat qui termine une contestation née, ou prévient une contestation à naître, est une transaction, et qu'il est constant que l'objet de cet acte a été de terminer un procès qui était pendant entre les parties;

Qu'elle est tombée dans une erreur de fait, parcequ'il résulte de cet acte même que le sieur Cisterne-Delorme y a réduit les arrérages qui lui étaient dus, à une somme fort inférieure à celle qu'il pouvait exiger, et qu'il en a attermoyé le paiement, et que d'ailleurs il a substitué à l'hypothèque générale qu'il pouvait, d'après ses titres, prétendre sur tous les biens de ses débiteurs, une hypothèque spéciale sur les immeubles asservis à la rente;

Que l'acte du 9 floréal an 13 étant reconnu pour une véritable transaction, il doit avoir, entre les parties, d'après l'art. 2052 du Code civil, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort; que le litige terminé par cet acte avait pris sa source dans la prétention des détenteurs, que la rente dont il s'agit était supprimée par les lois nouvelles; que c'est pour mettre fin à ce litige qu'a été contractée l'obligation de payer la rente; que cette obligation a donc toute la force d'un arrêt qui aurait décidé que la rente n'était pas abolie;

Que l'approbation des anciens titres, insérée dans l'acte du 9 floréal an 13, ne peut s'entendre que des dispositions de ces titres qui y sont rappelés; qu'on a

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 17, page 46.

BIU Cujas

eu soin d'en élaguer tout ce qui pouvait présenter quelque apparence de féodalité; que ces dispositions ne mentionnant que la rente pure et simple, sans aucun accessoire féodal, c'est à la rente ainsi énoncée que se réduit l'obligation contractée par les détenteurs; et qu'en effet, c'est le seul résultat de l'acte, la seule *conséquence* qui y est tirée de l'exposé par lequel il débute;

Que c'est ainsi d'ailleurs que cette obligation a été exécutée, puisque, pendant les cinq années dont elle a été suivie, il n'a été demandé ni payé autre chose que la rente;

Que, quelqu'étendu que puisse être le pouvoir laissé aux tribunaux d'interpréter les actes, ce pouvoir reconnaît des bornes au-delà desquelles il est soumis à l'examen et à la censure de la cour de cassation;

Que, lorsque la loi a déterminé, par les caractères qu'elle désigne, la nature d'un acte, les tribunaux, en méconnaissant cette nature, malgré l'existence de ces caractères, violent la loi qui a caractérisé l'acte, et tombent par conséquent sous la juridiction de la cour instituée pour les ramener à l'exacte observation des lois;

Qu'il en est de même lorsqu'il s'agit de matières où, comme dans les questions d'enregistrement et de féodalité, l'intérêt de la loi se trouve lié à celui des parties, où la loi est ou n'est pas violée selon que la convention est déclarée avoir tel ou tel caractère; que, dans ce cas, la cour de cassation est nécessairement autorisée à entrer elle-même dans l'examen de la substance et de l'objet de la convention; car autrement, sur le prétexte d'interprétation, le sort de la loi sera abandonné sans réserve à l'arbitraire des tribunaux :

« Ouï le rapport fait par M. le conseiller Trinquelague, les observations de Garnier, avocat des héritiers Cisterne-Delorme; celles de Naylies, avocat des héritiers Hardy, et celles de Cressac, avocat de Guyot; ensemble les conclusions de M. Mourre, procureur général du roi, et après qu'il en a été délibéré en la chambre du conseil :

» Vu les art. 2044 et 2052 du Code civil, l'art. 2 de la loi du 17 juillet 1793, et les art. 1131, 1133 et 2054 du même Code civil;

» Attendu que la cour de cassation a le droit d'apprécier le mérite des arrêts des cours royales, lorsque ces arrêts déterminent le caractère des contrats dans ses rapports avec les lois qui en assurent la validité;

» Qu'il serait contraire au but de son institution qu'elle dût s'abstenir d'annuler ces arrêts, lorsque, ayant donné de fausses qualifications aux contrats, et les ayant placés dans une classe à laquelle ils ne devraient pas appartenir, ils les auraient affranchis des règles spéciales auxquelles ils étaient soumis, ou les auraient soumis à des règles qui ne pouvaient pas leur être appliquées;

» Attendu que l'acte du 9 floréal an 13 a les caractères d'une véritable transaction;

» Que non seulement il avait pour objet de terminer une contestation existante, mais qu'en outre le sieur Delorme y réduisit les arrérages qu'il réclamait, y accorda des délais à ses débiteurs, et substitua une hypothèque spéciale à l'hypothèque générale qui résultait pour lui de ses premiers titres;

» Que le contrat ne saurait être assimilé à un acte récognitif, ni se confondre par conséquent avec l'obligation primitive, puisqu'il contient des stipulations différentes pour la solidarité, pour la retenue et pour l'hypothèque, et qu'il ne renouvelle, d'ailleurs, qu'une partie des engagemens contractés dans ce premier acte;

» Que les termes généraux par lesquels les parties expriment l'intention de confirmer le titre originaire, sont évidemment expliqués et restreints par la clause destinée à spécifier les obligations qu'elles se proposaient de maintenir;

» Qu'il n'est pas plus permis d'induire de la généralité de ces expressions, qu'on a stipulé la conservation des anciennes redevances féodales, qu'il ne le serait d'en conclure qu'on a constitué de nouveau l'hypothèque générale qui résultait des premiers titres;

» Que l'exécution de l'acte achève d'ailleurs de prouver que la rente foncière était l'unique objet des conventions qu'il constate, puisque, pendant les cinq années qui en ont suivi la rédaction, et qui ont précédé le procès actuel, les paiemens qui ont été volontairement effectués par les débiteurs, ont toujours été bornés au prix de cette rente, et que les créanciers, à leur tour, n'ont jamais rien exigé de plus;

» Que le contrat dont il s'agit ne peut être considéré comme illicite, puisqu'il n'impose l'obligation d'aucune redevance féodale;

» Qu'il le peut d'autant moins, que les contrats doivent être jugés selon les principes en vigueur à l'époque où ils ont été souscrits, et qu'il a été fait sous l'empire de la jurisprudence qui s'était établie antérieurement à l'avis du conseil-d'état du 8 avril 1809;

» Qu'il suit de là qu'en refusant d'attribuer à l'acte du 9 floréal an 13 le caractère et les effets d'une transaction, et en décidant qu'il devrait, dans tous les cas, être annulé, parcequ'en supposant qu'il constituât une transaction, elle serait illicite, la cour royale de Lyon a fait une fausse application

BIU Cujas

des art. 1131, 1133 et 2054 du Code civil, et a directement violé les art. 2044 et 2052 du même Code, et l'art. 2 de la loi du 17 juillet 1793;

» La cour casse et annulle l'arrêt de la cour royale de Lyon, du 27 décembre 1820 (1). »

§. XXIII. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles *Emphytéose*, etc.

RÉPARATION CIVILE, §. I. *Page* 433, *supprimez la dernière ligne de la col.* 2 (2), *ainsi que les* 5 *premières de la page* 434, *col.* 1, *et substituez-y ce qui suit :*

Sur cette question, la négative est la conséquence nécessaire du principe (établi implicitement, comme je l'ai démontré au mot *Faux*, §. 6, n° 7, par l'art. 3 du Code d'instruction criminelle) que, par cela seul que l'action criminelle est préjudicielle à l'action civile, le jugement par lequel il est déclaré, contradictoirement avec le ministère public, qu'un fait qualifié par la loi de crime ou de délit, est constant, et que l'accusé ou le prévenu en est l'auteur, a l'autorité de la chose jugée, non seulement entre les mêmes parties, et quant à la vindicte publique, mais encore envers et contre tous et quant aux intérêts purement civils.

Telle est effectivement la décision expresse d'un arrêt de la cour de cassation, du 5 mai 1818, dont on trouvera l'espèce à l'endroit cité; et c'est ce que juge également, dans les circonstances suivantes, un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles.

Le 22 mars 1815, etc.

Page 434, *col.* 2, *ligne* 48 (3), *après le mot* appartiendra, *ajoutez* (4):

C'est ce que décide encore un arrêt de la même cour, du 13 mai 1820, dont les motifs font suffisamment connaître l'espèce :

« Attendu (y est-il dit) que l'action publique a pour objet la poursuite des crimes et délits; qu'elle tend à faire constater, dans l'intérêt de la société, les faits répréhensibles; que, dès-lors que ces faits sont déclarés constans dans l'intérêt général de la société, personne ne peut plus être admis à contester leur existence dans un intérêt privé; que c'est ainsi que l'action publique est préjudicielle à l'action civile; qu'elle surseoit à statuer sur celle-ci jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur la première; que l'action civile, soit qu'elle se trouve jointe à l'action publique, soit qu'elle se poursuive par instance séparée, ne peut être regardée que comme accessoire à l'action publique; que, de ce qui précède, il résulte que les décisions rendues sur la poursuite du ministère public, mandataire de la société, sont irréfragables pour tous les membres de la société qui peuvent avoir quelque intérêt dans ces décisions, et qu'ainsi elles acquièrent contre eux la force de chose jugée;

» Attendu que la cour d'assises de la province de la Flandre orientale a déclaré, le 23 juin 1818, qu'il est constant que Jacques-François M... était coupable d'avoir, le 9 février 1818, en sa qualité de maire de la commune de..., et au moment qu'il exerçait les fonctions d'officier de police judiciaire, attenté à la liberté individuelle de Jean-Baptiste Vandenpoel, sans ordre de ses supérieurs ou d'une autorité quelconque à laquelle il dût obéissance hiérarchique; d'où il suit que ledit M.... ne pouvait plus contester la vérité ni l'existence de ces faits devant le juge civil, et que, de ce chef, l'appelant était fondé à demander des dommages et intérêts; que, pour déterminer la *hauteur* de ces dommages et intérêts, les circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi l'arrestation arbitraire, la durée, ainsi que les mauvais traitemens, doivent nécessairement avoir sur la fixation une influence majeure; d'où il suit que, dans l'espèce, il échet d'ordonner une preuve ultérieure;

» Que l'appelant, dans son exploit introductif d'instance, a articulé des faits qui ont été déniés par l'intimé; qu'en appel, l'appelant en a offert la preuve, et que lesdits faits articulés et déniés sont pertinens dans la cause;

» Par ces motifs, la cour, M. l'avocat-général de Stoop entendu et de son avis, met au néant le jugement dont est appel, en ce que le tribunal de Gand a déclaré que la décision de la cour d'assises, à charge de l'intimé, n'avait pas l'autorité de la chose jugée dans l'instance ayant pour objet la condamnation aux dommages-intérêts; renvoie les faits articulés par l'appelant, savoir, qu'il a été emprisonné, lié et garrotté avec des cordes dans une cave humide, jusqu'au lendemain 10 février, à midi, et que, par l'impression des cordes, il a eu les bras et toutes les parties du corps sur lesquelles les cordes avaient passé, meurtris et ensanglantés; sauf la preuve contraire, pour être statué par ledit tribunal sur les dommages-intérêts demandés; condamne

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 25, page 320.

(2) *Tome* 6, *page* 672, *col.* 2, *ligne* 20 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 673, *col.* 2, *ligne* 11 (2e édition).

(4) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1818, tome 1, page 207.

BIU Cujas

l'intimé aux dépens des deux instances; ordonne la restitution de l'amende, etc. (1). »

On verra, etc.

§. II. *Page* 434, *col.* 2, *supprimez-en les deux dernières lignes* (2), *ainsi que les sept premières de la page* 435, *et substituez-y ce qui suit :*

2° *Quels sont, dans le cas où elle y est encore recevable, les juges compétens pour connaître de sa demande?*

I. La demande en réparation civile n'est certainement plus recevable de la part de la personne prétendue lésée, lorsque l'accusé ou le prévenu a été acquitté ou absous, soit sur le fondement que le fait qui lui était imputé à délit ou crime, n'avait pas été commis, soit sur le fondement qu'il n'en était pas l'auteur, et qu'il n'y avait participé en aucune manière. En effet, si, comme on l'a vu au §. précédent, du principe que l'action criminelle est préjudicielle à l'action civile, il résulte que le jugement par lequel il est déclaré, contradictoirement avec le ministère public, que le crime ou délit imputé à l'accusé ou au prévenu, est constant, et que l'accusé ou le prévenu en est coupable, a l'autorité de la chose jugée dans les actions civiles auxquelles le même fait donne ensuite lieu, il en résulte nécessairement aussi que l'on doit attribuer la même autorité au jugement par lequel il est déclaré, contradictoirement avec le ministère public, soit que le fait imputé à délit ou crime, n'a pas été commis, soit que l'accusé ou le prévenu n'en est pas l'auteur et n'y a pris aucune part. *V.* l'article *Faux*, §. 6, n°s 2 et 3.

II. Mais en est-il, à cet égard, d'un jugement qui acquitte ou absout l'accusé ou le prévenu, sur le fondement que le fait à raison duquel il est poursuivi *n'est pas constant*, comme d'un jugement qui motive l'acquittement ou l'absolution de l'accusé ou du prévenu, sur le fondement que le fait n'existe pas ou n'a pas été commis?

Voici un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, qui adopte l'affirmative.

Le 27 septembre 1815, etc.

Page 435, *colonne* 2, *supprimez-en les* 26 *premières lignes* (3), *la première col. ainsi que les* 38 *premières lignes de la col.* 2 *de la page* 436, *et substituez-y ce qui suit:*

Cet arrêt aurait sans doute bien jugé quant au chef relatif aux dommages-intérêts prétendus contre Vosch à raison de la mort de Vandevelde, si la cour d'assises eût décidé positivement que la mort de Vandevelde n'avait pas été la suite de la blessure qu'il avait reçue de Vosch. Dans cette hypothèse, en effet, il ne serait resté à la veuve du blessé ni moyen ni prétexte pour faire juger civilement que Vosch avait contribué d'une manière quelconque à la mort de son mari. Mais ce n'était point là ce qu'avait décidé la cour d'assises : elle avait seulement déclaré qu'il n'était *pas constant* que ce fût le coup de fourche porté par Vosch à Vandevelde qui avait causé la mort de celui-ci.

Sans doute, si la veuve Vandevelde eût été partie civile au procès criminel, cette déclaration aurait suffi pour l'empêcher de venir ensuite prouver civilement que la mort de son mari avait été la suite du coup de fourche.

Dans ce cas, en effet, de deux choses l'une : ou la veuve Vandevelde aurait pris, avant l'arrêt de la cour d'assises, des conclusions en dommages-intérêts contre Vosch pour la mort de son mari, ou elle ne l'eût pas fait.

Si elle ne l'eût pas fait, elle eût été non-recevable à le faire ensuite devant le tribunal civil; car l'art. 359 du Code d'instruction criminelle dit en toutes lettres, que *les demandes en dommages-intérêts formées, soit par l'accusé...., contre la partie civile, soit par la partie civile contre l'accusé ou le condamné, seront portées à la cour d'assises;* que *la partie civile est tenue de former sa demande en dommages-intérêts avant le jugement;* que *plus tard elle sera non-recevable.* Et, comme l'observe très-bien M. Carnot, dans son commentaire sur cet article, n° 33, *cette déchéance est absolue; elle ne laisserait pas même la faculté d'exercer une action par la voie civile.*

Si, au contraire, la veuve Vandevelde eût pris ces conclusions avant l'arrêt de la cour d'assises, elle en eût été virtuellement déboutée par la disposition de cet arrêt, qui, en conséquence de la déclaration qu'il n'était pas constant que Vandevelde fût mort par suite du coup de fourche, avait acquitté Vosch de l'accusation de meurtre, et ne l'avait condamné que comme coupable de blessures. Comment donc aurait-elle pu reproduire les mêmes conclusions devant le tribunal civil, sous le prétexte qu'elle n'avait pas succombé, devant la cour d'assises, sur sa demande en dommages-intérêts pour la mort de son mari, que parceque la cour d'assises avait déclaré *non constant* le fait qui en formait la base, et que maintenant elle avait acquis la preuve

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1820, tome 2, page 61.

(2) *Tome* 6, *page* 673, *col.* 2, *ligne* 21 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 674, *col.* 2, *ligne* 3 (2e édition).

BIU Cujas

de ce fait? Il est de principe qu'un jugement en dernier ressort ne perd rien de son autorité par la production que fait la partie contre laquelle il a été rendu, de la preuve dont l'absence a déterminé sa décision. C'est la disposition expresse de la loi 4, C. *de re judicatâ*, et c'est dans cet esprit qu'a été rédigé le n° 10 de l'art. 480 du Code de procédure civile (1).

Mais la veuve Vandevelde n'avait pas été partie civile dans le procès criminel; et comment, dès-lors, l'arrêt qui avait déclaré *non constant* le fait que la mort de son mari avait été la suite du coup de fourche qu'il avait reçu de Vosch, l'aurait-il rendue non-recevable à prouver ce fait par la voie civile?

C'est, a dit la cour supérieure de justice de Bruxelles, parcequ'elle avait été représentée dans le procès criminel par le ministère public; parcequ'elle était dès-lors censée y avoir été partie.

Oui, elle eût été censée y avoir été partie, oui, elle y eût été représentée par le ministère public, si l'arrêt de la cour d'assises eût déclaré qu'il était constant, ou que la mort de Vandevelde avait été la suite du coup de fourche, ou qu'elle ne l'avait pas été. Mais l'arrêt de la cour d'assises n'avait fait ni l'un ni l'autre; il avait laissé la question indécise; et si nous voulons nous convaincre que par là il avait rendu inapplicable à la veuve Vandevelde le principe que le ministère public est censé représenter dans les procès criminels tous les particuliers qui ont intérêt au fait qu'il poursuit, nous n'avons qu'à remonter à la source et à la raison fondamentale de ce principe.

Ce principe dérive de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, et voici comment.

De la disposition de cet article par laquelle il est dit que *l'exercice de l'action civile est suspendue tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique*, il résulte nécessairement, comme je l'ai prouvé à l'article *Faux*, §. 6, n° 7, que le jugement de l'action publique intentée sur un fait qualifié de crime, de délit ou de contravention, doit exercer une influence sur le jugement de l'action civile intentée pour le même fait, et qu'il l'exerce, non seulement lorsque les parties privées qui figurent dans l'action civile sont intervenues dans l'action publique, mais encore lorsqu'elles y sont restées tout-à-fait étrangères.

Et cette conséquence en amène non moins nécessairement une autre à défaut du concours de laquelle il serait impossible de l'admettre, sans fouler aux pieds la grande règle écrite dans l'art. 1351 du Code civil, que, pour qu'il y ait *autorité de la chose jugée*, il faut que les parties soient les mêmes: c'est que, comme le dit encore l'arrêt que je viens de rappeler, le ministère public, *seule partie capable pour poursuivre les crimes et délits, les poursuit aux péril, risque et fortune de tous ceux qui y sont intéressés, lorsqu'ils ne se rendent pas parties civiles*; c'est, en d'autres termes, qu'en déclarant l'action publique préjudicielle à l'action privée, la loi est censée déclarer qu'à ses yeux, il y a identité de parties entre les deux actions; c'est, en un mot, que le ministère public représente, dans l'action qu'il intente pour l'intérêt de la société, les parties privées qu'elle intéresse personnellement.

Mais de là même il suit que la fiction de la loi qui répute représentée par le ministère public dans un procès criminel, la partie privée qui n'y a figuré en rien, quoiqu'elle y eût intérêt, ne peut pas être indéfinie, et qu'elle doit, au contraire, être restreinte dans les mêmes bornes que l'influence du jugement de l'action publique sur le jugement de l'action civile.

Or, cette influence jusqu'où s'étend-elle? Bien évidemment elle ne peut pas s'étendre au-delà de l'objet pour lequel la loi veut que l'action publique soit préjudicielle à l'action civile; et cet objet n'est pas équivoque: c'est uniquement de prévenir le scandale qui résulterait d'un jugement civil par lequel seraient déclarés chimériques et controuvés, des faits qu'un jugement criminel aurait précédemment déclarés constans, ou constans des faits qu'un jugement criminel aurait précédemment déclarés chimériques et controuvés. Mais comme ce scandale ne pourrait avoir lieu, si la loi n'y pourvoyait, que dans le cas où le jugement criminel décide positivement que les faits servant de base à l'action publique, ou sont constans, ou n'existent pas, il est clair que ce cas est le seul où le jugement de l'action publique peut et doit influer sur le jugement de l'action privée; il est clair par conséquent que, si le jugement de l'action publique laisse indécise la question de l'existence ou de la non existence des faits sur lesquels cette action est fondée, la loi n'a plus de motif pour feindre que les parties privées sont représentées dans cette action par le ministère public: il est clair, par une conséquence ultérieure, que la grande règle, *res inter alios judicata, aliis neque prodesse neque nocere debet*, reprend toute sa force; et par conséquent encore il est clair que le tribunal civil, devant lequel est ensuite portée l'action privée à laquelle les mêmes faits donnent lieu, doit la juger avec la même liberté que si ces faits n'avaient pas été précédemment déférés à un tribunal de répression.

(1) *V.* les conclusions du 27 juin 1808, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Succession*, sect. 1, §. 2, art. 3, n° 4.

BIU Cujas

III. Que sera-ce si, sans aucune explication sur l'existence ou la non existence des faits qui servent de base à l'action publique, il a été statué sur cette action, par la simple déclaration que l'accusé *n'est pas coupable?* La personne lésée par le prétendu crime ou délit qui a été l'objet de cette action, est-elle encore recevable à réclamer des dommages-intérêts? Et si elle l'est encore, quelle est la voie qui lui est ouverte à cet effet?

Sur ces questions (qui ne peuvent, comme l'on voit, s'élever que dans les procès de grand criminel, parceque ce sont les seuls où la déclaration de non-culpabilité n'est ni ne doit être motivée), il faut distinguer entre le cas où la personne lésée par le prétendu crime n'a pris aucune part à l'action publique, et le cas où elle s'y est rendue partie civile.

Dans le premier cas, la question de savoir si elle est encore recevable à réclamer des dommages-intérêts, se confond nécessairement avec celle de savoir quelle est la voie qu'elle doit prendre à cet effet; car il est bien clair que, si son action en dommages-intérêts survit à la déclaration de la non culpabilité de l'accusé, c'est devant le tribunal civil qu'elle doit la porter.

Examinons donc si, par la simple déclaration de la non-culpabilité de l'accusé, l'action en dommages-intérêts de la personne lésée par le fait qui a donné lieu au procès criminel, est éteinte, ou ne l'est pas.

J'ai fait, dans des conclusions du 22 juin 1813, qui sont rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Réparation civile*, §. 7, n° 2, des raisonnemens qui, s'ils étaient fondés, conduiraient directement à la conséquence qu'elle est éteinte. Mais les développemens dans lesquels je viens d'entrer sur les bornes de l'influence que le jugement de l'action publique doit exercer sur le jugement de l'action civile, prouve que je me suis complétement trompé.

En effet, déclarer que l'accusé n'est pas coupable, ce n'est pas nécessairement décider, ou que le fait n'existe pas, ou que l'accusé n'en est pas l'auteur; c'est seulement décider que l'accusé n'est pas, relativement à ce fait, convaincu de torts suffisans pour attirer sur lui la peine dont l'application est le but de l'action intentée par le ministère public; et cette décision peut être déterminée, ou par la preuve que le fait n'existe pas, ou par le défaut de preuve de l'existence du fait, ou par le défaut de preuve que l'accusé en soit l'auteur, ou par la preuve que le fait existe, et que l'accusé en est l'auteur, mais que l'accusé ne l'a pas commis volontairement et avec une intention criminelle.

Il est vrai, comme je l'ai dit dans les conclusions citées, et comme je l'ai répété à l'article *Faux*, §. 6, n° 4, que, par un arrêt de la cour de cassation, du 29 octobre 1812, il a été jugé, dans une affaire où il s'agissait de meurtre, que, malgré le vague d'une pareille déclaration, et encore qu'il fût possible que l'accusé eût été acquitté, non à raison de ce que le fait n'était pas constant, non à raison de ce que l'accusé n'en était pas l'auteur, mais à raison de ce que le fait avait paru au jury dépouillé du caractère de criminalité que lui prêtait l'acte d'accusation, le ministère public n'était plus recevable à poursuivre correctionnellement l'accusé comme auteur du même fait, reproduit sous la qualification d'homicide commis involontairement, mais par imprudence; parceque cette déclaration, toute vague, toute équivoque qu'elle était, devait être interprétée dans le sens le plus favorable à l'accusé, et par conséquent être considérée comme portant à la fois sur le fait matériel et sur toutes les nuances de culpabilité qui pouvaient s'y rattacher.

Mais quelle conséquence peut-on tirer ici de cet arrêt? De ce que, pour soustraire à une nouvelle action publique fondée sur le même fait, l'accusé acquitté par une déclaration vague de non-culpabilité, il part de la maxime *in dubio pro reo respondendum*, s'ensuit-il que l'on puisse partir de la même maxime pour prononcer sur une action civile entre le demandeur en réparation du dommage qu'il prétend avoir souffert, et le défendeur précédemment acquitté d'une action publique en termes qui laissent indécise la question de savoir si le fait qui a causé le dommage prétendu, existe ou n'existe pas? C'est comme si l'on disait: de ce qu'en vertu de cette maxime, l'accusé est acquitté de l'action publique par le seul effet du partage d'opinions sur sa culpabilité, s'ensuit-il qu'il doit également être déchargé de l'action civile en dommages-intérêts, par cela seul que, parmi les juges appelés à statuer sur cette action, il y a autant de voix pour que contre lui? Assurément il n'est personne qui, interrogé là-dessus, ne s'empresse de répondre: non; et pourquoi? Parceque si, dans l'action publique, l'humanité veut qu'en cas de doute, l'accusé soit acquitté, la justice veut que, dans l'action civile, le défendeur ne soit renvoyé que par un jugement formé à la majorité des voix; parcequ'entre deux particuliers qui plaident pour leurs intérêts privés, ce n'est pas ce qu'il y a de plus humain, mais ce qu'il y a de plus juste que l'on doit considérer; parcequ'alors, *suum cuique tribuere* est le devoir impérieux du juge. Donc, par la même raison, lorsque, dans l'action civile en réparation du dommage causé par un fait qualifié de crime ou délit qui a déjà été la matière d'une action publique, il y a doute sur la question de savoir si ce fait a ou n'a pas été précédemment jugé ne pas exister, ce n'est point à la maxime *in dubio pro reo respondendum*, que l'on doit s'attacher, mais à la grande règle que la chose jugée ne se présume pas, qu'il en est de l'exception qu'elle produit, comme de toutes les autres exceptions, qu'il

BIU Cujas

faut qu'elles soient prouvées par la partie qui s'en prévaut, et que, faute de preuve, elle doit être rejetée.

Aussi lisons-nous dans deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 11 octobre 1817, que l'on trouvera au n° suivant; l'autre, du 5 novembre 1818, cité en note, au n° 5, que, *si la déclaration du jury, rendue conformément à la formule des art.* 337 *et* 345 *du Code d'instruction criminelle, exclut le crime de l'accusation, elle ne décide point nécessairement en faveur de l'accusé les faits ou les circonstances qui peuvent le soumettre à des réparations; qu'ainsi, à l'occasion de l'action en réparations civiles, les tribunaux civils peuvent examiner ces faits et ces circonstances, y trouver un quasi-délit, et fixer les dommages-intérêts qui en ont pu résulter au préjudice de la partie civile.*

IV. Dans le second cas, c'est-à-dire, si la personne lésée par le prétendu fait qui a donné lieu au procès criminel, y a été partie civile, il faut sous-distinguer :

Ou elle a pris dans ce procès, et avant l'ordonnance d'acquittement (1) prononcée d'après la déclaration du jury, des conclusions en dommages-intérêts, ou elle n'en a point pris.

Lorsqu'elle n'en a point pris, nul doute que, si elle vient ensuite réclamer des dommages-intérêts devant un tribunal civil, elle ne doive être déclarée purement et simplement non-recevable : c'est, comme on l'a vu au n° 2, la disposition expresse de l'art. 359 du Code d'instruction criminelle (2).

Mais dans le cas contraire, la demande en dommages-intérêts qu'elle aura formée avant l'ordonnance d'acquittement, ne sera-t-elle pas écartée par cette ordonnance?

Et si elle survit à cette ordonnance, qui est-ce qui statuera? Sera-ce la cour d'assises? Ou bien cette cour devra-t-elle en renvoyer le jugement au tribunal civil du domicile de l'accusé?

La première question n'en est point une. Il est bien clair, d'après ce qui est dit au n° précédent, que, ni la déclaration du jury portant que l'accusé n'est pas coupable, ni l'ordonnance d'acquittement qui s'en est ensuivie, ne peuvent faire obstacle à ce que la partie civile reproduise sa demande en dommages-intérêts : c'est d'ailleurs ce qui résulte évidemment de ces termes de l'art. 358 du Code d'instruction criminelle : *La cour statuera* ENSUITE (c'est-à-dire, immédiatement après l'ordonnance d'acquittement) *sur les dommages-intérêts* RESPECTIVEMENT *prétendus.*

La seconde question est également résolue par le même article en faveur de la compétence de la cour d'assises.

Et c'est ainsi que les deux questions ont été jugées formellement par quatre arrêts de la cour de cassation.

Le premier a été rendu le 22 juin 1813, sur les conclusions du même jour qui sont rappelées au n° précédent.

Le second est, etc.

N° IV. *Page* 438, *col.* 2, *ligne* 9 (1), *après les mots* le pourvoi, *ajoutez en note :*

Voyez ce que je dis sur cet arrêt dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'article *Motifs des jugemens*, n° 16-5°.

Le quatrième arrêt, qui est du 29 juin 1827, est rapporté à l'article *Duel*, §. 3.

Page 439 (2), *placez en note à la fin de la dernière ligne de la col.* 1, *la* 2e *colonne de cette page, la page* 440 *en entier, et les* 35 *premières lignes de la col.* 1 *de la page* 441, *à l'exception des mots* avait écarté, *lesquels doivent être supprimés, ainsi que tout le reste de cette colonne, et les* 13 *premières lignes de la col.* 2 *de la même page; après quoi ajoutez au texte ce qui suit :*

VI. Lorsque, sur une accusation de coups et de blessures graves, le jury déclare que l'accusé a effectivement porté les coups et les blessures, mais qu'il y a été forcé par la nécessité d'une légitime défense, la cour d'assises peut-elle, en vertu de l'art. 358 du Code d'instruction criminelle, condamner l'accusé à des dommages-intérêts au profit du blessé?

Un arrêt de la cour d'assises du département des Bouches-du-Rhône, du 23 août 1817, avait supposé l'affirmative en condamnant Joseph Chamanier à 4,000 francs de dommages-intérêts envers le sieur Court, auquel le jury avait déclaré qu'il était constant qu'il avait porté des coups, desquels étaient ré-

(1) Sur ces mots, *avant l'ordonnance d'acquittement*, *V.* ci-après, §. 5.

(2) On verra cependant ci-après, n° 5, à la note, que l'arrêt de la cour de cassation, du 5 novembre 1818, dont je viens de parler, paraît, sinon juger, du moins supposer le contraire. Mais la loi est trop formelle à cet égard, pour qu'un arrêt puisse l'emporter sur sa disposition.

(1) *Tome* 6, *page* 677, *col.* 1, *ligne* 43 (2e édition).

(2) *Tome* 6, *page* 678, *col.* 1, *ligne* 37 (2e édition).

BIU Cujas

sultées des blessures qui l'avaient rendu incapable de toute espèce de travail pendant plus de vingt jours, mais en ajoutant que les coups avaient été *commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.*

Joseph Chamanie s'est pourvu en cassation contre cet arrêt, et l'a attaqué comme violant l'art. 328 du Code pénal, portant *qu'il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.*

« Je commence (disait son défenseur) par rendre hommage au principe que les cours d'assises peuvent, en certains cas, malgré l'absolution ou l'acquittement de l'accusé, le condamner à des dommages-intérêts envers la partie civile. Mais dans quel cas les cours d'assises ont-elles ce pouvoir? C'est lorsque la déclaration, excluant seulement l'existence du crime, n'exclut point celle d'une faute qui suffit pour donner lieu à des dommages-intérêts. Un individu est accusé de meurtre ou de blessures; le jury le déclare non coupable, mais il n'ajoute rien à sa déclaration. Tout ce qui résulte de cette réponse faite à une question unique et complexe, qui embrasse tout à la fois le fait moral et le fait matériel, c'est que l'accusé n'est point coupable du fait moral; mais il ne s'ensuit nullement qu'il ne soit point auteur du fait matériel, et qu'il n'y ait point de sa part, dans ce fait matériel, une faute qu'il est tenu de réparer. Nul doute donc que la cour d'assises ne puisse, dans ce cas, apprécier elle-même, relativement aux intérêts civils, le fait imputé à l'accusé, et prononcer contre lui une condamnation en dommages-intérêts.

» Mais il ne s'agit point ici d'une déclaration de non culpabilité rendue d'une manière vague et générale, et d'après laquelle on ne puisse prendre une décision sur le fait matériel.

» Dans l'espèce, le jury a reconnu l'accusé auteur du fait matériel, mais en même temps il a qualifié ce fait; il a déclaré que les coups portés par l'accusé étaient commandés *par la nécessité actuelle de la légitime défense de lui-même ou d'autrui.*

» Le fait matériel, ainsi qualifié et précisé, peut-il servir de base à une condamnation en dommages-intérêts? Non, sans doute; et l'art. 328 du Code pénal le décide formellement : il n'y a ni crime ni délit, porte cet article; donc il n'y a aucune espèce de faute; car s'il y avait faute quelconque, l'homicide, les blessures et les coups prendraient le caractère de délit, aux termes des art. 319 et 320 du même Code; donc il n'existe, en ce cas, qu'un fait *légitime;* et c'est ce que la loi confirme par ces mots *légitime défense;* donc il ne peut intervenir, pour ce fait, aucune condamnation en dommages-intérêts; car ni la raison ni l'équité ne peuvent tolérer qu'une condamnation soit prononcée pour un fait autorisé par la loi. »

Et sur ces moyens, arrêt du 19 décembre 1817, qui, en adoptant les conclusions de M. l'avocat-général Giraud-Duplessis, casse celui de la cour d'assises :

« Vu l'art. 328 du Code pénal...., et l'art. 1382 du Code civil.... ;

» Attendu, en principe général, que, pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts, il faut qu'il y ait faute; que la loi ne répute pas en faute celui qui fait ce qu'il a droit de faire, à moins qu'il ne le fasse pour nuire à autrui et sans intérêt pour lui-même; que la défense de soi-même est de droit naturel; qu'aux termes de l'art. 328 du Code pénal, ci-dessus cité, elle exclut tout crime et délit; qu'étant autorisée par la loi positive, comme par la loi naturelle, elle exclut également toute faute; qu'il ne peut donc en résulter une action en dommages et intérêts en faveur de celui qui l'a rendue nécessaire par son agression;

» Et attendu que le jury a déclaré que les coups portés et les blessures faites à Court par Chamanier fils, l'avaient été dans la nécessité de légitime défense de soi ou d'autrui; que cette déclaration précise et absolue était, pour la cour d'assises du département des Bouches-du-Rhône, une règle dont elle ne pouvait s'écarter dans le jugement qu'elle avait à rendre, conformément à l'art. 366 du Code d'instruction criminelle sur les dommages-intérêts dont la demande avait été formée devant elle par Court, partie civile, contre Chamanier fils, accusé absous; que, d'après cette déclaration, cette demande devait être rejetée; que néanmoins la cour d'assises l'a accueillie, et a condamné ledit Chamanier à 4,000 francs de dommages et intérêts et aux frais envers ledit Court; en quoi il y a eu violation de l'art. 1872 du Code civil et 328 du Code pénal (1). »

VII. Dans tout ce que je viens de dire depuis le n° 4 inclusivement, j'ai supposé que c'était directement sur le fait énoncé comme crime dans le résumé de l'acte d'accusation, et dont l'accusé a été déclaré non coupable par le jury, que portait la demande en dommages-intérêts formée, soit devant le tribunal civil par la personne lésée qui est restée étrangère au procès criminel, soit devant la cour d'assises par la partie civile; et je ne me suis pas occupé du cas où cette demande porte, non sur le fait énoncé comme crime dans le résumé de l'acte d'ac-

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 34, page 314.

BIU Cujas

cusation, mais sur une circonstance qui peut en être détachée, et forme à elle seule un délit: que faut-il décider dans ce cas, et par rapport à la recevabilité de la demande formée devant le tribunal civil par la personne lésée qui n'a pris aucune part au procès criminel, et par rapport à la compétence de la cour d'assises pour prononcer sur la demande formée devant elle par la partie civile?

Sur le premier point, nulle difficulté. Si, comme on l'a vu au n° 4, la personne lésée qui n'a pas été partie dans le procès criminel, est encore, après la déclaration de la non-culpabilité de l'accusé, recevable à demander des dommages-intérêts par la voie civile, pour le fait énoncé comme crime dans le résumé de l'acte d'accusation, à plus forte raison l'est-elle encore à en demander par la même voie pour la circonstance de ce fait qui, pouvant en être détachée, constitue à elle seule un délit. En effet, ce délit n'est pas couvert par l'acquittement de l'accusé (1); il peut donc encore être poursuivi par la personne lésée, comme par le ministère public; et dès que la personne lésée est encore recevable à le poursuivre par voie de plainte et avec le concours du ministère public, il faut bien qu'elle le soit aussi à le poursuivre, en cas de silence du ministère public, par action civile.

Le second point ne présente pas plus d'embarras que le premier. La cour d'assises pourrait-elle, après que l'accusé a été déclaré par le jury non coupable du fait énoncé comme crime dans le résumé de l'acte d'accusation, prononcer contre lui une peine correctionnelle à raison de la circonstance de ce fait qui porte le caractère de délit, et sur laquelle il n'a été ni posé de question par le président, ni fait de réponse par le jury? Non, et c'est ce qu'a jugé formellement un arrêt de la cour de cassation, du 30 mai 1812, rapporté dans les conclusions du 29 octobre de la même année, qui sont citées dans la note précédente; c'est aussi ce que reconnaît et prouve démonstrativement l'arrêt rendu sur ces mêmes conclusions. La cour d'assises n'est donc pas saisie de cette circonstance; elle ne peut donc pas plus faire de cette circonstance la base d'une condamnation à des dommages-intérêts, qu'elle ne peut en faire la base d'une condamnation à des peines correctionnelles.

VIII. Il me reste à parler du cas où, ne s'agissant que d'un délit ou d'une contravention, le prévenu est déclaré, soit par le tribunal correctionnel, soit par le tribunal de police, auteur ou complice du fait à raison duquel il est poursuivi, et cependant acquitté, soit parceque ce fait n'est atteint par aucune loi pénale, soit parcequ'il a été commis dans des circonstances qui le mettent à l'abri de toute peine, et où néanmoins, parmi les circonstances qui l'ont précédé, accompagné ou suivi, il s'en trouve une qui peut donner lieu à des condamnations civiles au profit de la personne que ce fait a lésée.

Dans ce cas, la personne lésée pourra-t-elle, nonobstant le jugement qui a acquitté le prévenu, se pourvoir en dommages-intérêts devant le tribunal civil?

Elle le pourra incontestablement, si elle n'a pas été partie civile dans l'action publique; c'est la conséquence nécessaire et *à fortiori* des principes établis ci-dessus, n° 4.

Elle le pourra également, si elle s'est jointe au ministère public pour poursuivre le prévenu, n'importe que, devant le tribunal de répression, elle ait ou n'ait pas pris de conclusions en dommages-intérêts.

En effet, que lui aurait-il servi de prendre de pareilles conclusions? Le tribunal correctionnel ou de police aurait été incompétent pour y statuer.

Il l'aurait été, parceque la disposition de l'art. 358 du Code d'instruction criminelle qui confère aux cours d'assises le pouvoir de condamner à des dommages-intérêts envers la partie civile, l'accusé que le jury a déclaré non coupable, constitue, comme le dit l'arrêt de la cour de cassation, du 12 octobre 1817, rapporté ci-dessus, n° 5, *une attribution dérogatoire au droit commun*, et que, dès-lors, elle ne peut pas être étendue aux tribunaux correctionnels et de police, même sous le prétexte d'identité de motifs (1).

Il l'aurait été surtout, parceque de la combinaison des art. 159 et 212 du même Code, il résulte évidemment que les tribunaux correctionnels et de police ne peuvent pas, en acquittant un prévenu, le condamner à des dommages-intérêts envers la partie civile.

Et c'est ce qu'ont effectivement jugé trois arrêts de la cour de cassation, des 27 juin 1812, 30 avril 1813 et 3 mars 1814.

Les deux premiers sont, etc.

Page 440, *supprimez les* 28 *dernières lignes* (2)

---

(1) *V.* l'article *Délit*, §. 2, n°s 3 et 6, et les conclusions du 29 octobre 1812, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *non bis in idem*, n° 5 *bis*.

(1) *Quod contrà rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*, dit la loi 41, D. *de legibus*. *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Loi*, §. 10, n° 2.

(2) *Tome* 6, *page* 679, *col.* 1, *ligne* 11 (2e édition.

BIU Cujas

de la col. 1, *ainsi que les* 6 *premières de la col.* 2, *et substituez-y ce qui suit :*

Cet arrêt aurait incontestablement bien jugé, si la veuve Gosse n'avait pas été partie civile dans le procès criminel; mais elle l'avait été; et, dès-là, comment le sieur Rolland a-t-il pu succomber dans son recours en cassation ?

Page 443, *supprimez les quatre dernières lignes* (1) *de la col.* 1, *ainsi que les douze premières de la col.* 2, *après quoi continuez ainsi :*

§. III. 1° *La partie, etc.*

Même page, col. 2, *supprimez les lignes* 21 *à* 45 (2), *et substituez-y ce qui suit :*

2° *Y est-elle recevable dès le moment où expire, soit le délai de l'opposition à l'ordonnance de la chambre du conseil, soit le délai du recours en cassation contre l'arrêt de la chambre d'accusation ?*

I. Pour résoudre ces questions, il faut se reporter à deux principes consacrés, l'un implicitement (comme on l'a vu plus haut, §. 2, n°s 2 et 3), l'autre en termes exprès, par l'art. 3 du Code d'instruction criminelle : le premier, que le jugement de l'action publique influe sur le jugement de l'action civile, lorsqu'il statue positivement sur l'existence ou la non-existence des faits qui servent de base à l'une et à l'autre action, mais qu'il n'y influe que dans ce cas; le second, que l'exercice de l'action civile est *suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique.*

Il faut ensuite combiner ces deux principes avec la manière dont est motivée la mise hors de prévention; et à cet égard, il peut se présenter quatre cas différens :

Ou la mise hors de prévention est motivée sur la prescription de l'action publique, à laquelle le fait dénoncé a donné lieu;

Ou elle est motivée sur ce que le fait dénoncé ne constitue, par sa nature, ni un crime, ni un délit, ni une contravention;

Ou elle est motivée sur le défaut de preuve ou de commencement de preuve, soit que le fait dénoncé ait été commis, soit qu'il l'ait été par le prévenu, soit qu'il l'ait été dans des circonstances propres à lui imprimer le caractère de crime, de délit ou de contravention;

Ou enfin elle est motivée sur la preuve, soit que le fait dénoncé n'a pas été commis, soit que le prévenu n'en est pas l'auteur, soit qu'il ne l'a commis ou n'y a pris part que dans des circonstances qui le mettent à l'abri de toute espèce de reproche.

II. Au premier cas, c'est-à-dire, si le jugement de mise hors de prévention est motivé sur la prescription du fait imputé au prévenu, il est d'abord certain qu'il prononce *définitivement* sur l'action publique, qu'il l'éteint absolument, et qu'il forme un obstacle invincible à ce que le ministère public poursuive de nouveau le prévenu, à raison du même fait.

Vainement, en effet, le ministère public viendrait-il dire que c'est par erreur que le fait a été déclaré prescrit, soit par l'ordonnance, soit par l'arrêt de *il n'y a lieu à suivre;* vainement le prouverait-il par des pièces décisives, et invoquerait-il l'art. 246 du Code d'instruction criminelle, qui, à l'exemple de l'art. 255 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, décide que la mise hors de prévention n'empêche pas que le prévenu ne soit poursuivi de nouveau, lorsqu'il survient contre lui de nouvelles charges. On lui répondrait victorieusement avec l'arrêt de la cour de cassation du 9 mai 1812, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence,* aux mots *non bis in idem,* n° 14, que le jugement de mise hors de prévention *n'a pas statué sur une question relative à l'état des charges lorsqu'il a été rendu, et conséquemment sur une question dont la décision pût être modifiée d'après de nouvelles preuves qui auraient pu être découvertes; que ce jugement a prononcé sur une exception péremptoire indépendante des charges produites et de celles qui pourraient l'être postérieurement, sur une exception qui anéantissait tout droit de poursuite contre le fait de la plainte, et lui ôtait conséquemment la qualification de crime; qu'il ne peut donc y avoir lieu à de nouvelles poursuites sur ce fait, sous le prétexte de nouvelles charges.*

Mais tout ce qui résulte de là, c'est que l'état de sursis dans lequel l'action publique avait placé l'action civile, est levé par le jugement de mise hors de prévention; et il reste à savoir si l'action civile survit à ce jugement.

Elle ne peut évidemment pas lui survivre, si la personne prétendue lésée par le fait qu'il a déclaré prescrit, a figuré comme partie civile dans les poursuites et dans l'instruction qui l'ont précédée, puisqu'alors ce n'est pas seulement contre le ministère public, mais encore contre la partie civile, que la prescription est jugée acquise.

Lui survit-elle du moins lorsque le ministère public a figuré seul dans les poursuites et dans l'instruction? La négative serait incontestable, si la

---

(1) *Tome* 6, *page* 682, *col.* 1, *ligne* 41 (2e édition).

(2) *Tome* 6, *page* 682, *col.* 2, *ligne* 12 (2e édition).

BIU Cujas

personne lésée pouvait être censée avoir été représentée dans le jugement de mise hors de prévention par le ministère public. Mais déjà nous avons vu, §. 2, n° 2, que la fiction de la loi qui répute représenté par le ministère public dans un procès criminel, le particulier qui n'y a figuré en rien, quoiqu'il y eût intérêt, est limitée au cas où le jugement rendu sur l'action publique, décide positivement que le fait servant de base à cette action, ou est constant, ou n'existe pas. Or, le jugement de mise hors de prévention, qui a déclaré prescrit le fait imputé au prévenu, n'a prononcé, ni sur l'existence, ni sur la non-existence de ce fait. Il n'y a donc pas lieu de feindre que la personne lésée par ce fait, et qui n'a figuré en rien dans ce jugement, y a été représentée par le ministère public; et, dès-là, nul prétexte pour la déclarer non-recevable à faire juger par le tribunal civil que son action privée n'est pas prescrite.

III. Le second cas, c'est-à-dire, celui où le jugement de *il n'y a lieu à suivre*, est motivé sur ce que le fait imputé au prévenu, ne constitue, *par sa nature* (1), ni un crime, ni un délit, ni une contravention, rentre, sous un rapport, dans le premier; mais il en diffère sur un point important.

Les deux cas se ressemblent, en ce que, dans l'un comme dans l'autre, le jugement de mise hors de prévention statue définitivement sur l'action publique, et l'éteint absolument. Écoutons M. Carnot, dans son commentaire sur le Code d'instruction criminelle, art. 246, n° 5, et art. 247, n° 10 :

« Si la chambre d'accusation avait prononcé *qu'il n'y a lieu à suivre*, sur le motif que le fait imputé au prévenu, n'est pas de nature à constituer un crime, un délit ou une contravention, l'arrêt serait *définitif*; de sorte que, s'il n'avait pas été attaqué par la voie de la cassation, il y aurait chose *irrévocablement* jugée. Ce ne serait plus le cas de l'application de l'art. 246.

» Le Code d'instruction criminelle ne fait pas cette distinction; mais elle résulte des principes généraux, qui ne permettent pas que ce qui a été définitivement et irrévocablement jugé, puisse être remis de nouveau en question.

» A quoi pourrait aboutir la survenance de nouvelles charges sur un fait qui ne constituerait réellement ni crime, ni délit, ni contravention?

» Avant d'examiner si les charges sont suffisantes pour faire présumer la culpabilité du prévenu, il faut s'assurer qu'il y a un crime, un délit ou une contravention à réprimer; de sorte que, s'il est jugé qu'il n'existe ni crime, ni délit, ni contravention, tout examen des charges devient sans objet...

» La survenance de nouvelles charges ne pourrait produire l'effet d'autoriser des poursuites contre un prévenu mis en liberté par la chambre d'accusation, sur le motif que le fait qui lui est imputé ne constitue ni crime, ni délit, ni contravention : car *de nouvelles charges ne peuvent changer la nature du fait* (1), déjà irrévocablement apprécié par la chambre d'accusation. »

Il est donc clair que le jugement qui déclare qu'il n'y a lieu à suivre, sur le fondement que le fait dénoncé n'a, par sa nature, le caractère ni de crime, ni de délit, ni de contravention, a cela de commun avec le jugement qui déclare la même chose sur le fondement que le fait dénoncé est prescrit, qu'il statue également d'une manière définitive sur l'action publique, qu'il éteint également cette action, et que, par conséquent, il fait également cesser l'état de sursis dans lequel cette action avait placé l'action privée.

Et dès-lors, nul obstacle à ce que l'action privée soit portée devant le tribunal civil, non seulement lorsque la personne prétendue lésée est restée étrangère à l'action publique, mais encore (et c'est en quoi le second cas, dont il est question dans ce moment, diffère du premier) lorsqu'elle s'y est jointe comme partie civile. En effet, déclarer que le fait imputé au prévenu n'est ni un crime, ni un délit, ni une contravention, c'est, en d'autres termes, déclarer la juridiction criminelle incompétente pour connaître de ce fait; c'est par conséquent la même chose que renvoyer la partie civile qui s'est pourvue mal à propos, pour raison de ce fait, devant la juridiction criminelle, à se pourvoir devant le tribunal civil à qui appartient la connaissance de ce fait.

IV. Arrivant aux troisième et quatrième cas, je commence par me demander si le jugement de mise hors de prévention est définitif dans l'un et l'autre, comme il l'est dans le premier et le second, et si, en conséquence, il éteint l'action publique dans l'un et l'autre, comme on vient de voir qu'il l'éteint lorsqu'il est motivé, soit sur la prescription du fait

(1) Je dis, *par sa nature*, et l'on verra, dans la note suivante, pourquoi j'ajoute ces mots.

(1) Il résulte clairement de ces termes que M. Carnot n'a en vue dans tout ceci, que le fait qui, *par sa nature*, comme je l'ai dit plus haut, ne constitue ni un crime, ni un délit, ni une contravention. Il en serait, en effet, tout autrement du fait, qui ne serait aux yeux de la chambre du conseil ou de la chambre d'accusation, dépouillé du caractère, soit de crime, soit de délit, soit de contravention, que par ces circonstances.

BIU Cujas

imputé au prévenu, soit sur la considération que ce fait ne constitue, par sa nature, ni un crime, ni un délit, ni une contravention.

La négative est incontestable par rapport au troisième cas, c'est-à-dire, à celui où la mise hors de prévention est motivée sur le défaut de preuve ou de commencement de preuve, soit que le fait dénoncé ait été commis, soit qu'il l'ait été par le prévenu, soit qu'il l'ait été dans des circonstances propres à lui imprimer le caractère de crime, de délit ou de contravention, puisqu'elle ne forme, aux termes de l'art. 245 du Code d'instruction criminelle, aucun obstacle à ce que les poursuites soient reprises contre le prévenu, d'après les nouvelles charges qui peuvent survenir.

Mais en est-il de même dans le quatrième cas, c'est-à-dire, dans celui où la mise hors de prévention est motivée sur les preuves résultant de l'instruction, soit que le fait dénoncé n'a pas été commis, soit que le prévenu n'en est pas l'auteur, soit qu'il ne l'a commis ou n'y a pris part que dans des circonstances qui le mettent à l'abri de tout reproche?

Il semblerait à la première vue que non, et qu'alors le jugement de *il n'y a lieu à suivre* dût être considéré comme définitif, puisque ce n'est pas faute de preuves ou de commencement de preuve, mais, au contraire, d'après des preuves positives, qu'il fait cesser les poursuites exercées contre le prévenu.

Mais ce qui est décisif pour l'opinion contraire, ce qui doit faire entièrement assimiler le quatrième cas au troisième, c'est la généralité de la disposition par laquelle l'art. 246 du Code d'instruction criminelle établit que la mise hors de prévention n'exclud pas les poursuites ultérieures que de nouvelles charges peuvent amener; c'est surtout la définition que donne l'art. 247, aux mots *nouvelles charges : sont considérées comme charges nouvelles* (y est-il dit), *les dépositions des témoins, pièces et procès-verbaux qui, n'ayant pu être soumis à l'examen de la cour royale, sont cependant de nature, soit à fortifier les preuves que la cour aurait trouvées trop faibles*, soit à donner aux faits de nouveaux développemens utiles à la manifestation de la vérité. Il résulte, en effet, de ces derniers termes, que l'on doit accueillir comme charges nouvelles, non seulement tout ce qui peut fortifier les preuves que la chambre d'accusation a trouvées trop faibles, mais encore tout ce qui peut atténuer ou détruire les renseignemens auxquels la chambre d'accusation a attribué mal à propos le caractère de preuve.

Cela posé, il est clair que, dans le quatrième cas comme dans le troisième, la mise hors de prévention laisse dans l'incertitude, et l'existence ou la non-existence du fait qui a donné lieu à l'action publique, et la culpabilité ou non-culpabilité du prévenu. Il est clair par conséquent qu'elle ne peut pas empêcher que l'une et l'autre ne soient remises en question par l'action civile, puisque, comme je l'ai établi ci-dessus, le jugement rendu sur l'action publique ne peut influer sur le jugement de l'action civile, qu'autant qu'il prononce d'une manière positive sur l'existence ou la non-existence du fait imputé au prévenu, et sur la culpabilité ou non-culpabilité de celui-ci; et c'est ce que suppose clairement l'arrêt de la cour de cassation, du 21 thermidor an 7, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Non bis in idem*, n° 5, lorsqu'il dit qu'après une déclaration négative du jury d'accusation (qui, n'étant et ne pouvant pas être motivée, laissait ignorer si le fait était constant ou non, et si le prévenu en était ou non l'auteur), l'action en dommages-intérêts de la partie lésée *devait nécessairement rentrer dans la connaissance des tribunaux civils*.

Mais de ce que, dans ces deux cas, la mise hors de prévention laisse subsister contre le prévenu l'action civile en dommages-intérêts, s'ensuit-il que cette action peut être intentée immédiatement après l'expiration du délai, soit de l'opposition à l'ordonnance de la chambre du conseil, soit du recours en cassation contre l'arrêt de la chambre d'accusation?

La négative ne serait suceptible d'aucun doute, si l'on devait s'en tenir strictement au texte de la loi.

D'une part, en effet, l'art. 3 du Code d'instruction criminelle porte, en copiant l'art. 8 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, que *l'exercice de l'action civile est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé* DÉFIVITIVEMENT *sur l'action publique*.

De l'autre, il est certain que, dans les deux cas dont il s'agit, le jugement qui prononce la mise hors de prévention, ne statue pas définitivement sur l'action publique, puisqu'il laisse le prévenu en butte aux nouvelles poursuites que la survenance de nouvelles charges pourra amener contre lui. Comment donc ce jugement ne prolongerait-il pas, jusqu'au moment où, de nouvelles charges étant survenues, il aura été statué sur l'action publique par un jugement de condamnation ou d'acquittement, l'état de sursis dans lequel l'action publique a placé l'action civile? Pour lui refuser cet effet, il faudrait ajouter à l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, comme il aurait fallu précédemment ajouter à l'art. 8 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, une exception que le législateur n'a insérée ni dans ces deux articles, ni dans aucun autre; et c'est à quoi paraissent s'opposer, non seulement la

BIU Cujas

grande maxime, *lege non distinguente, nec nos distinguere debemus*, mais encore la considération que le législateur a pu se déterminer à ne pas admettre une pareille exception, par la possibilité que, si le prévenu était poursuivi de nouveau d'après de nouvelles charges survenues contre lui, le procès fût terminé définitivement à son avantage par un jugement qui déclarerait, ou que le fait qui lui est imputé n'a pas été commis, ou qu'il n'en est ni l'auteur ni le complice, ou que les circonstances dans lesquelles il l'a commis, le mettent à l'abri de toute espèce de reproche; et qu'alors ce jugement se trouverait scandaleusement en opposition avec le jugement civil qui, dans l'intervalle, aurait déclaré le prévenu coupable de ce fait, et l'aurait condamné, comme tel, à des dommages-intérêts.

Ainsi, je le répète, si l'on devait s'en tenir strictement au texte de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, comme à celui de l'art. 8 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, il ne serait pas douteux que l'action civile en dommages-intérêts, quoique non éteinte par la mise hors de prévention motivée de l'une des deux manières dont je m'occupe ici, ne dût être déclarée non-recevable quant à présent.

Mais est-ce bien dans son sens littéral que le mot *définitivement* doit être entendu dans l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, et qu'il devait l'être dans l'art. 8 du Code du 3 brumaire an 4? Que résulterait-il de cette manière de l'entendre dans l'un et l'autre articles? Une chose absurde, une injustice révoltante : c'est que, si, comme il arrive le plus souvent, et même presque toujours, il s'écoulait, après le jugement de mise hors de prévention, et sans qu'il survînt de nouvelles charges, un temps suffisant pour prescrire l'action publique, la prescription de celle-ci entraînerait inévitablement la prescription de l'action civile, puisqu'il n'y aurait, pour la partie lésée, aucun moyen d'en interrompre le cours; et qu'ainsi l'action civile, que ce jugement aurait cependant laissée indécise, se trouverait irrévocablement éteinte. Or, peut-on raisonnablement supposer que le législateur se soit laissé aller de sang-froid à une pareille absurdité, à une pareille injustice? Non; lui prêter l'une et l'autre, ce serait ouvertement insulter à sa sagesse; ce serait par conséquent violer substantiellement la loi dont on respecterait en apparence la disposition littérale (1). On est donc forcé, par la nature des choses, de suppléer, dans l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, comme dans l'art. 8 du Code du 3 brumaire an 4, une exception qui n'y est pas écrite, mais qui y est nécessairement sous-entendue, et de reconnaître qu'il est dans l'esprit de ces deux articles de considérer comme définitif sur l'action publique, en ce qui concerne l'effet qu'elle a de tenir l'action civile en état, le jugement qui, faute de charges suffisantes, déclare qu'il n'y a pas lieu à la suivre. Et en effet, vouloir qu'à défaut de charges suffisantes, il soit déclaré qu'il n'y a pas lieu à suivre l'action publique, c'est évidemment vouloir qu'il soit déclaré, en d'autres termes, que la juridiction criminelle est, quant à présent, incompétente pour connaître du fait imputé au prévenu; c'est par conséquent vouloir qu'il soit déclaré que, quant à présent, rien ne s'oppose à ce que ce fait soit déféré aux tribunaux civils.

Qu'importe la possibilité qu'à la suite du jugement civil qui aura, d'après cette matière d'entendre le mot *définitivement* dans l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, condamné le prévenu, comme auteur du fait à raison duquel il a été poursuivi par le ministère public, à des dommages-intérêts envers la partie lésée, le prévenu soit traduit de nouveau, d'après de nouvelles charges, devant la juridiction criminelle, et qu'il y soit acquitté sur le fondement que ce fait n'a pas été commis, ou que ce n'est pas par lui qu'il l'a été? C'est un inconvénient grave sans doute, mais qui ne peut arriver que très-rarement, et devant lequel par conséquent le législateur n'a pas dû reculer pour se rejeter dans le système contraire, qui offrirait des inconvéniens à la fois plus graves et presque journaliers: *jura constitui oportet, ut dixit Theophrastus* (dit la loi 3, D. *de legibus*), *in his quæ ut plurimùm accidunt, non quæ ex inopinato. Ex his quæ fortè uno aliquo casu accidere possunt*, dit encore la loi 4 du même titre, *jura non constituuntur. Nam*, ajoute la loi 5, *ad ea potiùs aptari debet jus quæ et frequenter; et facilè, quàm quæ perrarò eveniunt. Quod enim*, continue la loi 6, *semel aut bis existit, ut ait Theophrastus prætereunt legislatores.*

C'est ainsi, au surplus, que l'ont jugé ou présupposé plusieurs arrêts rendus tant sous le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, que sous le Code d'instruction criminelle, sans que l'on puisse en citer un seul qui ait jugé ou présupposé le contraire.

A la tête de ceux qui ont été rendus à la première de ces époques, se place celui de la cour de cassation du 21 thermidor an 7, dont je parlais tout à l'heure; car, en disant qu'après la déclaration négative du jury d'accusation, l'action en dommages-intérêts de la partie lésée par le fait qui a donné lieu aux poursuites du ministère public, doit *nécessairement rentrer dans la connaissance des tribunaux civils*, il fait clairement entendre que cette

(1) *V.* les conclusions et l'arrêt du 22 brumaire an 9, rapportés à l'article *Déclaration de command*, §. 1.

BIU Cujas

action est ouverte du moment où est prononcée la déclaration négative du jury d'accusation, puisqu'il ajoute que cette déclaration a *éteint l'action publique*, termes qui, pris à la lettre, seraient en contradiction manifeste avec l'art. 255 du Code du 3 brumaire an 4, renouvelé par l'art. 246 du Code d'instruction criminelle, mais qui, entendus comme ils doivent l'être, *secundùm subjectam materiam*, signifient évidemment que, si la déclaration négative du jury d'accusation n'a pas éteint l'action publique d'une manière absolue, elle l'a du moins éteinte relativement à l'action civile, et quant à l'effet qu'elle avait de suspendre l'exercice de celle-ci.

Ce que cet arrêt ne faisait qu'énoncer dans ses motifs, a été depuis, et encore sous le Code du 3 brumaire an 4, jugé formellement par la cour d'appel de Colmar dans l'espèce suivante.

Le 30 brumaire an 10, déclaration du jury, portant qu'il n'y a pas lieu à accusation contre les sieurs Schwartz et autres, prévenus par une plainte des sieurs Fischer et consorts, de voies de fait graves commises sur leurs personnes.

Les sieurs Fischer et consorts, se fondant sur l'incertitude dans laquelle cette déclaration laisse l'existence ou la non-existence des voies de fait articulées par leur plainte, et concluant de là qu'elle n'a pas contre eux à cet égard l'autorité de la chose jugée, se pourvoient en dommages-intérêts devant le tribunal civil de Colmar.

Les sieurs Schwartz et consorts soutiennent qu'ils sont non-recevables, parcequ'ils ont exercé leur action civile concurremment avec l'action publique; que le jury, en déclarant qu'il n'y avait pas lieu à accusation, a prononcé sur les deux actions à la fois, et que par conséquent il les a rejetées toutes deux.

Le 22 prairial an 12, jugement qui, adoptant cette défense, déclare les demandeurs non-recevables.

Mais, sur l'appel, arrêt du 15 février 1806, par lequel,

« Vu l'art. 8 du Code du 3 brumaire an 4;

» Vu aussi les art. 428, 429, 430 et 432 du même Code;

» Considérant que les juges *à quo* ont erré, principalement en supposant que l'action civile des appelans avait concouru déjà avec l'instruction de l'action publique, de sorte que la déclaration négative du jury d'accusation avait éteint à la fois et l'action civile et l'action publique;

» Considérant que la déclaration négative du jury d'accusation, a l'effet de faire cesser la poursuite de l'action publique; qu'alors même il ne peut plus y avoir lieu à la poursuite correctionnelle ou de police simple; mais il résulte évidemment des dispositions des articles du Code des délits et des peines ci-dessus rapportés, que, quoique la déclaration négative du jury d'accusation ait éteint l'action publique, l'action civile n'est pas éteinte. En effet, cette action n'est pas soumise au jury d'accusation, qui n'est institué que pour déclarer si une action publique doit être admise ou non; l'action civile ne peut être introduite devant le tribunal criminel que lorsqu'elle a concouru avec l'action publique, et seulement après le jugement définitif (1); d'où il suit nécessairement que le jury d'accusation n'a à s'occuper que de l'action publique, et que, si sa déclaration est négative, ce n'est que cette dernière action qu'elle anéantit, et non l'action civile, laquelle, ne pouvant plus concourir avec l'autre, ne saurait plus être suivie devant la cour criminelle, mais rentrer dans la connaissance ordinaire des tribunaux civils;

» Considérant que c'est le cas où se trouvent les parties; qu'ainsi, les premiers juges ont mal jugé en décidant que les appelans étaient non-recevables en leur demande en dommages-intérêts; il y a donc lieu, en infirmant, d'écarter la fin de non-recevoir, et dès-lors, faisant ce qu'ils auraient dû faire, de vérifier si cette demande est fondée;

» Par ces motifs, la cour (d'appel de Colmar) dit qu'il a été mal jugé, bien appelé; émendant, sans s'arrêter à la fin de non-recevoir...., avant faire droit sur la demande en dommages-intérêts, admet les parties à la preuve de leurs faits (2). »

A cet arrêt en ont succédé, sous le Code d'instruction criminelle, deux de la cour supérieure de justice Bruxelles, un de la cour royale de Pau et un de la cour de cassation, qui ont, sinon jugé

---

(1) La preuve que, sous le Code du 3 brumaire an 4, l'action civile concourait, même devant le jury d'accusation, avec l'action publique, c'est qu'aux termes des art. 226 et 227 de ce Code, la partie civile devait s'entendre avec le directeur du jury pour dresser l'acte d'accusation qui devait être présenté aux jurés, et que s'ils ne pouvaient pas s'accorder, chacun d'eux devait rédiger séparément son acte d'accusation. L'arrêt que je rapporte ici ne devait donc pas dire que l'action civile survivait à la déclaration négative du jury d'accusation, parcequ'elle n'avait pas concouru devant le jury d'accusation avec l'action publique; il devait dire tout simplement qu'elle lui survivait, parceque le fait qui en était la base, était resté incertain d'après la déclaration du jury, et que par conséquent la déclaration du jury ne pouvait avoir jugé, ni qu'il existait ni qu'il n'existait pas.

(2) Jurisprudence générale du royaume, par M. Dalloz, aux mots *chose jugée*, — *influence du criminel sur le civil*, sect. 2.

BIU Cujas

positivement, du moins présupposé nécessairement la même chose.

Voici les deux premiers.

En novembre 1811, etc.

N° IV. *Page 444, supprimez les cinq dernières lignes* (1) *de la col.* 1, *ainsi que les* 23 *premières de la col.* 2, *et substituez-y ce qui suit :*

Le 6 octobre 1826, ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de première instance de Bruxelles, qui, sur le rapport de l'instruction faite à la requête du ministère public contre Guillaume Vanleemput, cocher du sieur V...., prévenu d'avoir, en conduisant la voiture de son maître, causé la mort du sieur S..., déclare, attendu le défaut de charges suffisantes, qu'il n'y a pas lieu à suivre.

Le ministère public, seule partie dans le procès, ne forme point opposition à cette ordonnance.

Les choses en cet état, la veuve du sieur S.... fait assigner le sieur V...., pour se voir condamner, comme responsable du fait de son cocher, à la réparation du dommage que celui-ci lui a causé en écrasant son mari.

Le sieur V.... répond que la mort du sieur S... ne peut être imputée à Vanleemput; que c'est un point jugé par l'ordonnance de la chambre du conseil; qu'ainsi, Vanleemput ne peut plus être actionné civilement en dommages-intérêts, et qu'une action qui n'est plus recevable à son égard, ne peut pas rejaillir contre son maître.

Jugement qui rejette l'exception de chose jugée, et interloque sur le fond.

Appel de la part du sieur V....; et, le 29 novembre 1827, arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, ainsi conçu :

« Attendu que, par son ordonnance du 6 octobre 1826, la chambre du conseil du tribunal de première instance de Bruxelles s'est bornée à déclarer qu'il n'y avait pas lieu à suivre sur l'action intentée par le ministère public contre Guillaume Vanleemput, cocher de l'appelant, non pas parcequ'il n'y aurait eu de sa part ni maladresse, ni imprudence, ni défaut d'attention, ni négligence, ni inobservation des réglemens, mais seulement parcequ'il n'y avait pas de charges suffisantes;

» Que l'examen dont cette décision a été la suite, ayant eu pour objet unique l'application des peines correctionnelles prononcées par l'art. 319 du Code pénal, il ne peut en résulter l'exclusion d'un examen ultérieur dans l'intérêt de celui qui, en vertu des art. 1383, 1384 et 1385 du Code civil, réclame des dommages-intérêts; d'autant moins que, *si de nouvelles charges étaient découvertes contre Vanleemput, le ministère public pourrait poursuivre* contre lui l'action tendant à l'application des dispositions du Code pénal;

» Et qu'ainsi l'exception de chose jugée proposée par l'appelant n'est pas fondée;

» Au fond, attendu que l'appelant n'a point nié, en fait, ce qui d'ailleurs est de notoriété publique, que le mari de l'intimée a perdu la vie, le 2 septembre de l'année précédente, parcequ'un cheval et un cabriolet appartenant à l'appelant, et conduit par ledit Guillaume Vanleemput, lui avaient passé sur le corps; que seulement il l'a nié en ce qui concerne la responsabilité pour le dommage que l'intimée en a éprouvé, et dont elle a demandé la réparation, en vertu des art. 1383, 1384 et 1385 du Code civil; que l'existence desdits faits n'étant point contestée entre les parties, il est indifférent, pour la décision de la question, d'examiner si c'est l'art. 1384 ou l'art. 1385 qui est applicable au fait...;

» Par ces motifs, la cour met au néant le jugement dont est appel en ce qui concerne la disposition relative à la preuve à faire et à la contre-preuve; émendant à cet égard, ordonne à l'appelant de prouver, par tous les moyens de droit, que l'événement dont il s'agit, et qui a occasionné la mort du mari de l'appelante, n'a pas eu pour cause le fait d'une personne dont il serait responsable d'après les art. 1383, 1384 et 1385 du Code civil, ou qu'il a eu lieu par force majeure ou par quelque autre fait ou circonstance, tel qu'il en résulterait qu'il n'y a eu, de sa part, ni de celle de son cocher Vanleemput, ni négligence, ni faute, même la plus légère, sauf la preuve contraire réservée à l'intimée.... (1). »

Quant à l'arrêt de la cour royale de Pau et à celui de la cour de cassation que j'ai annoncés, voici comment l'espèce en est rapportée par M. Dalloz :

« M. C... avait ordonné de rassembler, pour les enlever, les copeaux ou débris de charpente et de la menuiserie d'une maison qu'il avait fait construire, lorsqu'il apprit que des enfans venaient habituellement les voler.

» Il se trouvait lui-même dans son chantier, dans la journée du 10 juin 1819, au moment où trois enfans, au nombre desquels était le petit Bourdette, arrivèrent avec des corbeilles pour prendre leur provision accoutumée.

---

(1) *Tome* 6, *page* 683, *col.*, 1, *ligne* 41 (2e édition).

(1) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche-Laporte, année 1829, tome 1, page 307.

BIU Cujas

» M. C.... les expulsa du chantier, et s'il faut en croire les père et mère du petit Bourdette, il exerça sur ces enfans des voies de fait.

» Quoi qu'il en soit, il paraît que la terreur s'étant emparée de ce dernier enfant, âgé d'environ six ans et infirme, elle produisit sur lui un effet tel qu'il est resté plus de deux ans dans son lit, frappé d'une maladie grave.

» Au mois de juin 1819, ses père et mère ont porté plainte contre M. C...., devant le procureur du roi, mais sans se rendre parties civiles. Une ordonnance de la chambre du conseil, du 31 août, confirmé sur l'appel du ministère public, par arrêt du 3 septembre 1819, a déclaré n'y avoir lieu à suivre.

» Alors les mariés Bourdette ont formé contre M. C.... une demande de 3,000 francs en dommages-intérêts, devant le tribunal civil de Tarbes, pour indemnités des dépenses que leur avait occasionnées et devait leur occasionner encore la maladie de leur enfant, provenue des coups que M. C.... lui avait donnés.

» M. C.... a opposé à cette action l'arrêt de la cour royale, confirmatif de l'ordonnance de la chambre du conseil, qui avait déclaré n'y avoir lieu à suivre contre lui.

» Mais cette exception a été successivement écartée par jugement du tribunal civil de Tarbes, et par arrêt de la cour royale de Pau, du 9 décembre 1820. La cour royale a considéré que les mariés Bourdette ne s'étant point portés parties civiles lors de leur plainte, ni sur la poursuite criminelle dirigée par le ministère public contre M. C...., l'ordonnance de la chambre du conseil, ni l'arrêt qui l'avait confirmée, ne pouvaient leur être opposés.

» Pourvoi en cassation de la part de M. C....

» Par arrêt (du 10 avril 1822, au rapport de M. Lefessier de Grandprey, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau),

» *Attendu que l'arrêt attaqué n'a porté aucune atteinte à l'autorité de la chose jugée par l'arrêt de la chambre d'accusation de la cour royale de Pau, du 3 septembre 1819, parceque, d'une part, ledit arrêt rendu* SANS PARTIE CIVILE (1), *n'a statué que sur un fait portant le caractère de crime et de délit;*

» *Que, d'autre part, l'action intentée contre le demandeur porte uniquement sur un quasi-délit, de la nature de ceux indiqués par les art.* 1383 *et* 1384 *du Code civil;*

» *Qu'ainsi, tous les caractères de la chose jugée échappaient, dans l'espèce à laquelle il a été fait une juste application desdits art.* 1383 *et* 1384;

La cour (section des requêtes) *rejette le pourvoi....* »

Assurément, dans cette espèce, le sieur C.... n'avait pu être mis hors de prévention, ni sur le fondement que l'action publique intentée contre lui était prescrite, ni sur le fondement que les voies de fait à raison desquelles il était poursuivi, excluaient, *par leur nature*, toute idée de crime, de délit ou de contravention; il n'avait pu l'être que par un motif qui le plaçait, soit dans le troisième, soit dans le quatrième des cas dont je m'occupe ici, c'est-à-dire, par un motif qui l'exposait à de nouvelles poursuites de la part du ministère public, en cas qu'il survînt contre lui de nouvelles charges, et conséquemment par un motif qui empêchait que sa mise hors de prévention eût l'effet d'un jugement définitif sur l'action publique.

Comment, dès-lors, la cour royale de Pau aurait-elle dû statuer sur l'action civile des père et mère de l'enfant Bourdette, si le mot *définitivement* devait être pris au pied de la lettre dans l'art. 3 du Code d'instruction criminelle? Elle aurait dû, sans doute, décider que cette action n'était pas éteinte par l'ordonnance et l'arrêt de *il n'y a lieu à suivre;* mais elle aurait dû déclarer en même temps que cette action devait rester en suspens, et qu'elle le devait d'autant plus, qu'il était possible que de nouvelles charges amenant de nouvelles poursuites contre le sieur C...., amenassent aussi un jugement définitif duquel il serait résulté qu'il n'avait commis aucune voie de fait contre l'enfant.

Cependant elle a jugé que cette action était recevable dans l'état actuel des choses; elle y a statué comme si l'art. 3 du Code d'instruction criminelle n'y eût apporté aucun obstacle, et la cour de cassation a confirmé son arrêt. La cour de cassation a donc nécessairement supposé, avec la cour royale de Pau, que le jugement de mise hors de prévention du sieur C...., quoique non définitif sur l'action publique, en ce sens qu'il n'excluait pas de nouvelles poursuites en cas de survenance de nouvelles charges, devait cependant être considéré comme tel, en ce sens qu'il déclarait implicitement que la juridiction criminelle était incompétente, dans l'état actuel des choses, pour connaître des faits imputés au sieur C...., et que la connaissance de ces faits ne pouvait, quant à présent, appartenir qu'aux tribunaux civils.

La même conséquence résulte évidemment de l'arrêt de la cour de cassation, du 24 novembre 1824, dont l'espèce est rapportée au mot *Faux*, §. 6, n° 9.

(1) Sur ces mots, *sans partie civile*, *V.* le n° suivant.

BIU Cujas

Dans cette espèce, en effet, la dame Fourmentin aurait dû, si le mot *définitivement* devait être pris au pied de la lettre dans l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, être déclarée non-recevable, quant à présent, dans sa demande en inscription de faux incident contre le testament du sieur Gorlay; elle aurait dû l'être, parcequ'il avait été rendu précédemment, sur la plainte en faux principal qu'elle avait portée contre le notaire rédacteur de cet acte, un arrêt de *il n'y a lieu à suivre*, motivé sur ce que *les circonstances dont l'affaire était environnée, et les précautions multipliées prises par cet officier pour s'assurer des intentions du testateur et manifester son intention aux témoins, repoussait toute idée de culpabilité de sa part;* elle aurait dû l'être surtout parcequ'il était possible que le notaire fût poursuivi de nouveau d'après de nouvelles charges, et qu'il fût définitivement acquitté en termes exprimant qu'il n'y avait aucune ombre de faux dans le testament du sieur Gorlay, tandis que, dans l'intervalle, il aurait pu intervenir sur l'inscription de faux incident de la dame Fourmentin, un jugement civil qui eût déclaré cet acte faux. Cependant l'arrêt cité a confirmé celui de la cour royale de Paris qui avait admis l'inscription de faux incident de la dame Fourmentin. La cour de cassation et la cour royale de Paris ont donc jugé implicitement, dans cette espèce, que ce n'est pas littéralement, mais dans le sens indiqué ci-dessus, que doivent être entendus, dans l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, les termes *tant qu'il n'a pas été statué définitivement sur l'action publique.*

V. On vient de voir que l'arrêt de la cour de cassation, du 10 avril 1822, motive le rejet du recours du sieur C.... contre l'arrêt de la cour royale de Pau, du 9 décembre 1820, notamment sur le fait que les père et mère de l'enfant Bourdette ne s'étaient pas rendus parties civiles au procès dans lequel le sieur C.... avait été mis hors de prévention. Ce motif était-il bien nécessaire pour justifier l'arrêt de la cour royale de Pau; et peut-on en conclure, par argument *à contrario*, que cet arrêt eût dû être cassé, si les père et mère de l'enfant Bourdette eussent figuré comme parties civiles, soit dans l'ordonnance, soit dans l'arrêt de *il n'y a lieu à suivre*? Non-certainement, et j'en ai donné une raison sans réplique au n° précédent, dans la note sur l'arrêt de la cour royale de Colmar, du 15 février 1806.

§. IV. *Questions sur l'art.* 136 *du Code d'instruction criminelle.*

Cet article porte sur le cas où le prévenu a été mis en liberté par un arrêt de la chambre d'accusation, rendu sur l'opposition formée par la partie civile à l'ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de première instance, qui avait déclaré qu'il n'y avait pas lieu à donner de suites ultérieures à la plainte; et il déclare que *la partie civile qui succombera dans son opposition, sera condamnée aux dommages-intérêts envers le prévenu.*

De là naissent trois questions.

1° Est-ce par la chambre d'accusation, et par l'arrêt même qui rejette l'opposition de la partie civile, qu'il doit être adjugé des dommages-intérêts au prévenu; ou bien faut-il que, pour les obtenir, le prévenu se pourvoie devant le tribunal civil par action ordinaire?

Le contexte de l'art. 136 fait assez entendre que l'adjudication des dommages-intérêts est la conséquence du rejet de l'opposition, qu'elle n'en doit pas être séparée, et que par conséquent la chambre d'accusation, essentiellement compétente pour rejeter l'opposition, l'est aussi pour adjuger les dommages-intérêts.

C'est l'opinion de M. Carnot, dans son commentaire sur le Code d'instruction criminelle, art. 229, n° 35; et voici une espèce dans laquelle un arrêt de la cour de cassation l'a solennellement confirmée.

Le 28 février 1811, arrêt de la cour de justice criminelle de Mayence, qui condamne par contumace à quinze années de fers François-Xavier Rossée, ex-receveur des domaines à Grundstadt, pour soustraction de deniers publics dont il avait été dépositaire à raison de ses fonctions.

Par suite de cet arrêt, François Béchaud, Philibert Rossée et Henri Ilgen, qui avaient été commis de François-Xavier Rossée, et avaient, en cettte qualité, quittancé différentes sommes qu'ils avaient touchées en son nom, sont signalés à l'administration de l'enregistrement et des domaines, comme prévenus de s'être approprié ces sommes, et de s'être par là rendus complices du crime de péculat commis par leur chef.

Là-dessus, ordre de l'administration, portant qu'il leur sera fait commandement de restituer, dans le délai d'un mois, avec intérêts, les sommes qu'ils ont reçues et quittancées au nom de leur chef, et que, ce délai passé, ils seront poursuivis conformément au Code pénal.

Le commandement leur est signifié le 29 novembre 1812; ils y forment opposition le 28 décembre suivant.

Le 4 janvier 1813, le directeur de l'enregistrement et des domaines de Mayence les dénonce au procureur général de la cour d'appel de Trèves, et demande acte de sa *dénonciation.*

En conséquence, un mandat d'amener est dé-

BIU Cujas

cerné contre eux; et ils sont traduits devant le juge d'instruction du tribunal de première instance de Spire.

Le 8 février suivant, ce magistrat les interroge, et ne trouvant rien à leur charge, il ordonne que provisoirement ils seront mis en liberté.

Le 19 mars, il fait le rapport de l'affaire à la chambre du conseil; et là intervient, conformément aux réquisitions du ministère public, une ordonnance portant qu'il n'y a pas lieu à suivre sur la dénonciation.

Le 12 et le 14 avril, le directeur de l'enregistrement et des domaines de Mayence, agissant au nom de son administration, *en qualité de partie civile*, fait signifier aux prévenus et au greffe du tribunal une opposition à cette ordonnance.

Les pièces transmises à la chambre d'accusation de la cour d'appel de Trèves, les prévenus fournissent devant elle un mémoire dans lequel ils concluent à ce que l'opposition soit déclarée non-recevable, et à ce que l'administration soit condamnée à 18,000 francs de dommages-intérêts.

Le procureur général requiert qu'en effet l'opposition soit déclarée non-recevable, *attendu qu'aucune disposition de la loi n'autorise les administrations, dans les affaires abandonnées par elles aux soins et à l'action du ministère public, de se pourvoir par opposition contre les ordonnances passées en force de chose jugée entre les parties seules en litige.*

Mais il requiert en même temps le rejet de la demande des prévenus en dommages-intérêts, *attendu que l'administration n'ayant figuré dans la procédure que par la dénonciation d'office, l'art. 358 du Code d'instruction criminelle la décharge de la demande en dommages-intérêts qui pourrait être formée contre elle à raison de cette dénonciation.*

Le 5 mai 1813, arrêt qui,

« Attendu que l'administration des domaines et de l'enregistrement n'ayant figuré au procès que comme dénonciatrice, il en suit qu'il n'y avait de parties en litige que le ministère public et les trois prévenus; que donc la partie publique n'ayant point usé du droit à elle conféré par l'art. 135 du Code d'instruction criminelle, l'ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de Spire, du 19 mars dernier, est passée en force de chose jugée;

» Attendu qu'il résulte encore de ce que l'administration ne peut être regardée que comme dénonciatrice d'office, que, conformément aux dispositions de l'art. 358 du Code d'instruction criminelle, la demande en dommages-intérêts, telle qu'elle est formée par les prévenus, ne saurait être accueillie; que seulement il y a lieu à leur adjuger les dommages-intérêts occasionnés par l'administration, *en s'opposant, en qualité de partie civile*, dit-elle, à l'ordonnance du premier juge, passée alors irrévocablement en force de chose jugée; et ce, d'après les dispositions de l'art. 136 du même Code d'instruction criminelle, et comme conséquence nécessaire du débouté de l'opposition;

» Sans s'arrêter à l'opposition formée par le directeur des domaines et de l'enregistrement, au nom de son administration, à l'ordonnance du 19 mars dernier;

» Ordonne que la susdite ordonnance sera exécutée selon sa forme et teneur; donne acte auxdits Béchaud, Rossée et Ilgen, de ce que l'administration des domaines et de l'enregistrement a déclaré, dans son acte d'opposition, agir contre eux comme partie civile; condamne l'administration des domaines et de l'enregistrement aux dommages-intérêts, seulement à dater du jour de l'opposition; ces dommages-intérêts fixés à la somme de 150 francs envers chacun desdits Béchand, Rossée et Ilgen. »

Le procureur général se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et fonde son recours sur deux moyens: 1° incompétence de la chambre d'accusation pour appliquer l'art. 136 du Code d'instruction criminelle; 2° fausse application de cet article à l'espèce, en supposant même la compétence de la chambre d'accusation.

« Pour établir (dit-il) l'incompétence de la chambre d'accusation, il suffit de faire remarquer que l'art. 136 ne fait point partie des règles qui sont prescrites à la chambre d'accusation, et qui sont consignées dans le chap. 1er, tit. 2, liv. 2, du Code d'instruction criminelle; il en est entièrement séparé, et forme la dernière disposition du dernier chapitre, titre dernier du premier livre. Cet art. 136 fait suite à l'art. 135 qui donne au ministère public et à la partie civile la faculté de former opposition aux ordonnances de mise en liberté des prévenus.

» Il porte, à la vérité, que *la partie civile qui succombera dans son opposition, sera condamnée aux dommages-intérêts envers le prévenu.* Mais c'est là un principe général que le prévenu peut invoquer, si bon lui semble, par une action civile séparée, mais dont la chambre d'accusation n'est point autorisée à faire l'application; sans quoi, ce principe se trouverait bien certainement énoncé dans le chapitre qui détermine les règles à observer par cette chambre.

» Or, que l'on parcoure tout le chapitre *des mises en accusation*, on n'y trouvera pas une seule disposition qui autorise la chambre d'accusation à con-

BIU Cujas

damner la partie civile qui succombera dans son opposition, à des dommages-intérêts.

» Si le législateur eût voulu donner une pareille attribution à cette chambre, ne l'eût-il pas exprimée à l'art. 229? Cependant la deuxième disposition de cet article porte uniquement que, *lorsque la cour statuera sur une opposition à la mise en liberté du prévenu, prononcée par les premiers juges, elle confirmera leur ordonnance.* Certes, c'était bien ici le cas de rappeler la disposition de l'art. 136. Le législateur ne l'a pas fait; pourquoi? C'est que la chambre d'accusation, essentiellement établie pour remplacer le jury d'accusation, ne peut prononcer aucune espèce de condamnation.

» Sur les pièces et mémoires qui lui sont présentés, elle décide s'il y a ou non des charges suffisantes, s'il y a ou non lieu à poursuivre; et elle renvoie, en cas de l'affirmative, devant qui de droit. Mais elle sort des bornes de ses attributions, du moment qu'elle prononce une condamnation quelconque. Non seulement elle contrevient alors aux règles qui lui sont prescrites par la loi et par l'objet de son institution, mais encore elle viole ce principe d'éternelle justice, que nul ne peut être condamné, s'il n'est pas mis à même de contredire la demande qui tend à sa condamnation.

» En effet, le cas qui se présente ici offre un exemple frappant de la violation de ce principe, et semble prouver jusqu'à l'évidence l'erreur dans laquelle est tombé M. Carnot.

» Le directeur de l'enregistrement et des domaines de Mayence, persuadé (sans doute à tort) que son administration pouvait être considérée comme partie civile dans les poursuites exercées contre les prévenus, forme opposition à l'ordonnance par laquelle le tribunal de Spire a déclaré qu'il n'y avait pas lieu à poursuivre. Les pièces sont envoyées au procureur général, en vertu de l'art. 135 du Code d'instruction criminelle; et ce magistrat, en exécution de l'art. 217, met l'affaire en état et fait son rapport à la chambre d'accusation. Pendant ce temps, les prévenus profitent de la faculté qui leur est donnée par le même art. 217, et fournissent un mémoire par lequel, non seulement ils concluent au débouté de l'opposition, mais encore forment contre l'administration de l'enregistrement et des domaines une demande tendant à la faire condamner à 18,000 francs de dommages-intérêts.

» L'administration n'a eu ni pu avoir aucune connaissance de ce mémoire. Si l'on s'était borné à y établir le mal fondé de son opposition, ou son défaut de qualité pour la former, elle n'aurait eu nul besoin de le connaître, et la cour eût prononcé conformément à l'art. 229. Mais la demande véritablement incidente en dommages-intérêts..., comment concevoir que, par un renversement total des règles les plus ordinaires observées dans tous les tribunaux du monde, la cour ait pu y faire droit, sans que l'administration en ait eu la moindre connaissance?

» Et qu'on ne dise pas que les dommages intérêts étant une suite nécessaire du débouté de l'opposition, il était fort inutile que l'administration connût la demande qui en était formée.

» Mais toujours, dans tous les tribunaux, les demandes incidentes en dommages-intérêts ne sont que la suite d'une autre action; et cependant toujours, dans tous les tribunaux, ces demandes sont dûment notifiées aux parties contre lesquelles elles sont dirigées, ou bien elles sont formées en leur présence; et toujours ces parties sont à même d'y fournir des contredits. Ici, au contraire, impossible à l'administration de l'enregistrement et des domaines de se défendre sur la demande en dommages-intérêts. »

Peut-être, en insistant, dira-t-on que les prévenus n'avaient pas besoin de conclure aux dommages-intérêts, et que, puisqu'aux termes de l'art. 136, les dommages-intérêts sont une suite nécessaire du débouté d'opposition, la cour était suffisamment autorisée, par cet article, à les allouer, sans qu'ils fussent demandés; que, dès-lors, nul besoin de faire connaître à la partie civile opposante les conclusions qui tendaient à la faire condamner à des dommages-intérêts résultant de son opposition. Mais (et c'est ici que le vice du système que combat l'exposant, va être mis dans toute son évidence) vous voulez donc que la chambre d'accusation puisse fixer arbitrairement la quotité de dommages-intérêts dus par la partie civile qui succombe dans son opposition! Vous voulez donc que cette chambre puisse, selon son bon plaisir, et sans que sa religion ait pu être éclairée par aucune discussion des parties intéressées, condamner souverainement, en premier et dernier ressort, et sans aucun recours, aux dommages-intérêts le plus exorbitans! Tandis qu'il est si facile de concevoir qu'alors même qu'une partie civile serait mal fondée ou non-recevable dans son opposition, elle pourrait néanmoins, par les moyens qu'elle ferait valoir, ou se soustraire aux dommages-intérêts réclamés, ou au moins les faire réduire à la juste valeur du dommage souffert par l'opposition.

» L'exposant s'arrête là, persuadé que ces simples observations, livrées à la sagacité de la cour suprême, lui suffiront pour la convaincre que, si la loi n'a pas expressément autorisé la chambre d'accusation à condamner aux dommages-intérêts la partie civile qui succombe dans son opposition,

BIU Cujas

c'est que cette chambre, par l'objet même de son institution, par la nature de ses attributions, et par les règles de procéder qui lui sont prescrites, ne peut prononcer aucune espèce de condamnation.

» La chambre d'accusation de la cour de Trèves a donc excédé ses pouvoirs et les bornes de sa compétence, en condamnant l'administration de l'enregistrement et des domaines à des dommages-intérêts envers les prévenus Béchaud, Rossée et Ilgen. »

Ces raisonnemens étaient spécieux; mais ils attaquaient plutôt la disposition de la loi qu'ils n'en prouvaient la violation. Par arrêt du 10 juin 1813, au rapport de M. Busschop, le recours en cassation du procureur général a été rejeté : *attendu que les chambres de mises en accusation étant compétentes pour prononcer sur les oppositions aux ordonnances des chambres de conseil des tribunaux de première instance, elles sont également compétentes pour prononcer sur les dommages-intérêts que l'art.* 136 *du Code d'instruction criminelle accorde au prévenu comme une suite du débouté de l'opposition de la partie civile.*

2°. La disposition de l'art. 136 est-elle limitée au cas où le prévenu est *mis en liberté* par l'ordonnance de la chambre du conseil, à laquelle il est formé opposition; ou bien est-elle aussi applicable au cas où le prévenu n'étant pas arrêté ou ayant obtenu sa liberté provisoire, l'ordonnance de la chambre du conseil déclare simplement qu'il n'y a pas lieu à poursuivre?

Il est constant, et une foule d'arrêts rapportés aux mots *Opposition à une ordonnance de la chambre du conseil*, n° 2, ont jugé que la disposition de l'art. 135 est commune aux deux cas, bien qu'il n'y soit expressément parlé que du premier.

Or, la disposition de l'art. 136 n'est que la suite de celle de l'art. 135; elle doit donc, comme celle de l'art. 135, être appliquée au second cas comme au premier.

Et c'est ce qu'a formellement décidé l'arrêt dont je viens de rendre compte sur la question précédente.

J'ai déjà dit que, dans l'espèce de cet arrêt, le procureur général de la cour d'appel de Trèves soutenait, pour second moyen de cassation, que la chambre d'accusation de cette cour avait fait une fausse application de l'art. 136.

« Cet article (disait-il) fait suite à l'art. 135, qui donne au ministère public et à la partie civile le droit de former opposition *à la mise en liberté du prévenu.*

» Lorsque l'art. 136 porte que la partie civile qui succombera dans son opposition sera condamnée aux dommages-intérêts envers le prévenu, il suppose donc que c'est véritablement *à la mise en liberté du prévenu* que l'opposition a été formée; il suppose un dommage occasionné au prévenu par ce retard apporté à sa mise en liberté; il suppose enfin une opposition dans le sens littéral de l'article 135.

» Mais ce n'est pas d'une pareille opposition qu'il s'agit ici. Les prévenus n'ont point été arrêtés; leur mise en liberté n'a pas été, n'a pas pu être ordonnée par l'ordonnance de la chambre du conseil. L'opposition formée par le directeur des domaines n'a porté aucune atteinte à la liberté des prévenus; cette oposition n'a eu pour objet que de faire infirmer une ordonnance qui avait déclaré qu'il n'y avait pas lieu à poursuivre.

» Il est vrai que, d'après la jurisprudence de la cour de cassation, on peut, en vertu de l'art. 135, former opposition aux ordonnances de la chambre du conseil, quand bien même les prévenus n'étant pas arrêtés, leur mise en liberté n'aurait pas été ordonnée.

» Cette jurisprudence est assurément très-conforme à l'esprit de l'art. 135 du Code d'instruction criminelle; mais il n'en serait pas de même si on voulait l'étendre à l'art. 136. L'individu à la mise en liberté duquel on s'est opposé, a, sans contredit, droit à un dédommagement, quand il est reconnu que c'est injustement qu'on a prolongé sa détention par l'opposition dans laquelle on succombe. Voilà ce qui a déterminé la disposition de l'art. 136. Mais si le prévenu n'est pas arrêté, si sa mise en liberté n'a pas été ordonnée, s'il n'y a pas été formé opposition, quelle indemnité pourrait-il prétendre en raison d'une opposition qui n'a fait que prolonger sa prévention, sans porter atteinte à sa liberté, sans lui causer aucun nouveau dommage?

» Dans ce cas, l'art. 136 devient sans application, parceque cet article ne se rapporte qu'à une opposition formée *à la mise en liberté du prévenu.* »

L'arrêt de la cour de cassation, du 10 juin 1813, a rejeté ce moyen comme le précédent,

« Attendu que le cas de mise en liberté du prévenu n'est énoncé dans l'art. 135 dudit Code que dans un sens démonstratif, et non pas dans un sens limitatif; que l'opposition aux ordonnances des chambres d'instruction doit être jugée par les chambres d'accusation, soit que le prévenu ait été arrêté, soit qu'il ne l'ait pas été, et soit que sa mise en liberté ait été prononcée ou refusée par la chambre d'instruction : d'où il suit que, dans tous ces

BIU Cujas

différens cas, l'art. 136, qui est corrélatif avec l'art. 135, peut recevoir son application;

» Attendu, dans l'espèce, que, dans son acte d'opposition à l'ordonnance de la chambre d'instruction du tribunal de Spire, du 19 mars 1813, l'administration des domaines et de l'enregistrement a expressément pris la qualité de partie civile; qu'ainsi elle a pu être condamnée, en cette qualité, à des dommages-intérêts envers les prévenus en faveur de qui ladite ordonnance avait été rendue, encore bien que ceux-ci n'eussent point été arrêtés. »

3°. La chambre d'accusation peut-elle, doit-elle, même d'office, et sans qu'il y ait une demande formée à cet égard par le prévenu, condamner à des dommages-intérêts la partie civile dont elle rejette l'opposition?

On a déjà vu, §. 1, n° 3, qu'en thèse générale, les dommages-intérêts dus, soit à la partie civile par l'accusé, soit à l'accusé par la partie civile, ne peuvent être adjugés qu'autant que la demande en a été formée expressément.

La question se réduit donc à savoir si l'art. 136 du Code d'instruction criminelle fait exception à cette règle.

Et M. Carnot n'hésite pas à la résoudre pour l'affirmative.

« Une remarque essentielle à faire sur cet article (dit-il), c'est qu'il renferme une disposition impérative.

» La partie civile qui succombera doit nécessairement être condamnée aux dommages-intérêts envers le prévenu; ce qui a pour objet d'empêcher que la partie civile n'emploie trop légèrement une pareille mesure, qui est vexatoire et attentatoire à la liberté individuelle, lorsqu'elle n'est pas fondée.

» Mais pour adjuger des dommages-intérêts au prévenu, faut-il qu'il en ait formé la demande?

» Le Code d'instruction n'en impose pas l'obligation au prévenu; la condamnation de la partie civile aux dommages-intérêts est la conséquence nécessaire du débouté d'opposition. »

C'est effectivement ce que fait entendre assez clairement l'arrêt de la cour de cassation du 10 juin 1813, rapporté sur la première question; et en voici un plus récent qui le juge de la manière la plus positive.

Le 3 septembre 1822, le sieur Brière rend contre le sieur Guérard, greffier du tribunal de commerce de Tinchebray, une plainte en faux et en concussion.

Le 4 décembre de la même année, ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de première instance de Domfront, qui déclare n'y avoir lieu à poursuivre ultérieurement le sieur Guérard, soit criminellement, soit correctionnellement.

Le 8 avril 1823, le sieur Guérard fait citer le sieur Brière devant le tribunal correctionnel, en réparation des diffamations qu'il vient de publier contre lui dans un mémoire imprimé.

Le 12 du même mois, le sieur Brière, pour justifier les nouveaux excès qu'il impute au sieur Guérard, rend contre lui une seconde plainte dans laquelle il se rend partie civile.

Le 24 du même mois, nouvelle ordonnance par laquelle le tribunal de Domfront déclare n'y avoir lieu à suivre.

Opposition à cette ordonnance de la part du sieur Brière.

Et le 23 mai suivant, arrêt de la chambre d'accusation de la cour royale de Caen, qui, en déclarant cette opposition mal fondée, condamne le sieur Brière, en vertu de l'art. 136 du Code d'instruction criminelle, à 200 francs de dommages-intérêts et aux dépens.

Le sieur Brière se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et voici comment il expose ses moyens:

« C'est un principe constant que les tribunaux ne peuvent connaître d'une affaire que lorsqu'ils en sont légalement saisis. Vainement rendraient-ils une décision sur une affaire qui ne leur serait pas soumise; cette décision, viciée dans son principe, frappée d'une nullité radicale, ne pourrait produire aucun effet; la partie au profit de laquelle elle aurait été rendue, ne pourrait en poursuivre l'exécution, parceque le juge n'avait pas le pouvoir de prononcer.

» Ainsi, lorsque le juge prononce sur une difficulté, même de sa compétence, qui ne lui est pas soumise, sa décision est sans force. Comment pourrait-elle être exécutée, lorsque l'objet sur lequel il a rendu un jugement se trouve hors des limites de sa compétence ordinaire?

» Les juges criminels, institués pour la punition des crimes et délits, ne peuvent en connaître que lorsqu'ils leur sont dénoncés, soit par le ministère public, soit par la partie lésée. Vainement les désordres les plus graves se commettraient sous leurs yeux: ils sortiraient de leurs attributions; ils se rendraient coupables d'abus de pouvoir, d'excès d'autorité, s'ils voulaient les réprimer d'office. Leurs fonctions se bornent à punir les délits lorsqu'ils leur ont été dénoncés; et lorsqu'ils ont prononcé sur les plaintes qui sont portées devant eux, leur rôle est terminé.

» Cependant, comme les affaires criminelles donnent souvent naissance à des discussions civiles,

BIU Cujas

relativement aux dommages-intérêts qui peuvent être dus, soit à la partie plaignante, en réparation du délit dont elle a été la victime, soit au prévenu, à raison des poursuites trop légèrement dirigées contre lui, le législateur a cru devoir, dans l'intérêt public, éviter aux uns et aux autres les débats d'un nouveau procès, en permettant aux juges criminels de prononcer les condamnations résultant expressément de la décision rendue sur l'existence ou la non-existence du délit. Le législateur a considéré que les juges devant qui avaient eu lieu les débats, qui avaient une parfaite connaissance d'une affaire sur laquelle ils venaient de prononcer, pouvaient mieux que tous autres vider les contestations purement civiles qui pouvaient s'élever entre le plaignant et le prévenu.

» Mais pour qu'ils puissent prononcer, il est bien évident qu'il faut qu'il y ait contestation; car s'il n'y a point de contestation, il n'y a point de procès, point de décision à rendre; et quand il serait vrai, ce qui est inexact, que toutes les fois que le prévenu est renvoyé de la plainte il a droit à des dommages-intérêts contre la partie plaignante, il n'en résulterait en faveur du prévenu qu'un droit qu'il serait libre d'exercer ou d'abandonner, puisque tout le monde peut renoncer à ses droits.

» Ainsi, qu'il soit dû des dommages-intérêts au sieur Guérard par l'exposant qui a rendu plainte contre lui, que cette plainte ait été légèrement portée, ce n'était pas ce qu'il s'agissait de juger, puisqu'en supposant que des dommages fussent dus, il fallait nécessairement que le sieur Guérard les réclamât et saisît les juges de sa demande. Tant que le prévenu n'avait pas pris, à cet égard, des conclusions formelles, ils étaient frappés d'une incompétence absolue, et ne pouvaient rendre qu'une décision qu'il était impossible d'exécuter; car, s'ils avaient de fait le droit de prononcer contre la partie civile une condamnation à des dommages-intérêts envers le prévenu, il n'était pas en leur pouvoir de forcer le prévenu qui avait renoncé au droit de les exiger, de les recevoir; d'où il suit que les juges n'auraient rendu qu'une décision inutile.

» Que si, après avoir renoncé à son droit, le prévenu veut maintenant l'exercer, il est bien évident que sa renonciation lui en ôte la faculté. Soutiendra-t-il que cette renonciation n'a pas été expresse? Mais qu'importe? Ne suffit-il pas qu'elle ait été faite? Tant que les juges n'avaient pas prononcé, il lui était libre de demander des dommages-intérêts, s'il croyait qu'il dût lui en être accordé; mais dès qu'il a laissé intervenir la décision sans avoir manifesté aucune intention d'exercer son droit, il y a nécessairement renoncé. Il ne peut être admis à en exciper, parceque c'est à lui de s'imputer de ne l'avoir pas exercé en temps utile.

» Opposera-t-on l'art. 136 du Code d'instruction criminelle qui veut que la partie civile soit condamnée à des dommages-intérêts envers le prévenu, lorsqu'elle a succombé dans son opposition?

» Nous répondrons que cet article doit être renfermé dans ses justes limites; qu'il en résulte bien que le juge ne peut se dispenser, dans ce cas, de prononcer cette condamnation; mais il n'en résulte pas qu'elle doive être prononcée dans tous les cas, même lorsque le prévenu ne les demande pas. C'est la conséquence nécessaire de l'art. 412 du même Code qui porte: *dans aucun cas, la partie civile ne pourra poursuivre l'annulation d'une ordonnance d'acquittement ou d'un arrêt d'absolution; mais si l'arrêt prononce contre elle des condamnations civiles supérieures aux demandes de la partie acquittée ou absoute, cette disposition de l'arrêt pourra être annulée sur la demande de la partie civile.* Ainsi, la partie civile ne peut poursuivre l'annulation d'une ordonnance d'acquittement; aussi l'exposant n'attaque-t-il pas la disposition de l'arrêt qui renvoie le prévenu; mais ce ce qu'il attaque, ce qu'il a droit d'attaquer et ce qui doit être annulé, c'est la disposition qui a prononcé contre lui des condamnations, non pas *supérieures aux demandes* de la partie acquittée, mais qui ne pouvaient reposer sur aucun motif, puisque le prévenu n'avait rien demandé. »

A ces moyens de cassation, le défenseur du sieur Guérard oppose qu'en fait il est constant que des dommages-intérêts ont été demandés par un mémoire imprimé et publié avant l'arrêt de la chambre d'accusation.

« Mais (ajoute-t-il) on examinera, en droit, si la chambre d'accusation, en rejetant l'opposition formée à l'ordonnance de la chambre du conseil qui mettait le sieur Guérard hors de prévention, a pu condamner le dénonciateur à des dommages-intérêts sans qu'ils eussent été demandés.

» L'art. 136 du Code d'instruction criminelle répond suffisamment à cette question: *la partie civile qui succombera dans son opposition sera condamnée aux dommages-intérêts envers le prévenu.*

» Cette disposition est absolue; la condamnation n'est subordonnée à aucune condition; c'est une peine infligée par la loi elle-même au calomniateur téméraire. Ce qui justifie la volonté du législateur, c'est la différence qui existe entre cet article et tous les autres du même Code, où il est question de dommages-intérêts.

» Dans ces articles (159, 161, 191, 192, 212, 213, 358, §. 4; 359, 366, 584, 585 et 587), il est dit que le tribunal correctionnel, ou la cour d'assises, ou la cour spéciale, prononceront sur les

BIU Cujas

demandes en dommages-intérêts, sur les dommages-intérêts *prétendus*, sur les *demandes* en dommages-intérêts *formées*.

» Dans tous les cas prévus par ces articles, il faut nécessairement une demande. Le législateur l'a exigé; mais dans le cas de l'art. 136, il a prescrit aux juges l'obligation de condamner aux dommages-intérêts.

» Peut-être a-t-il pensé que l'accusé s'occupant davantage de sa défense que d'une semblable demande, il fallait lui faire obtenir de droit ce qu'il aurait pu réclamer.

» Peut-être encore que le prévenu ne connaissant pas l'opposition formée, puisque l'art. 136 n'ordonne pas qu'elle lui soit signifiée, on a prévu qu'il ne pourrait rien demander, puisqu'il serait absent.

» Enfin, il ne faut pas sortir du texte de la loi : la condamnation est de droit, de même que la condamnation aux dépens est également de droit sans qu'elle ait été demandée (art. 130 du Code de procédure, 162, 194 et 361 du Code d'instruction criminelle), et de même que la condamnation à l'indemnité, en cas de rejet d'un pourvoi en cassation, est également prononcée au profit du défendeur, sans qu'il en ait formé la demande (art. 436).

» Il ne paraît pas que la cour de cassation ait déjà prononcé sur la question actuelle; mais cependant elle a eu à s'occuper de l'interprétation de ce même art. 126 : il s'agissait de savoir si les chambres d'accusation pouvaient elles-mêmes prononcer sur les dommages-intérêts. Par son arrêt du 10 juin 1813, au rapport de M. Busschop, la cour a jugé pour l'affirmative, *Attendu que les chambres des mises en accusation des cours royales, étant compétentes pour prononcer sur les oppositions aux ordonnances des chambres du conseil des tribunaux de première instance, elles sont également compétentes pour prononcer sur les dommages-intérêts que l'art.* 136 *du Code d'instruction criminelle accorde au prévenu comme une suite du débouté de l'opposition de la partie civile.*

» Ces derniers mots sont remarquables. Il en résulte clairement que la condamnation aux dommages-intérêts est une suite nécessaire du rejet de l'opposition, comme la condamnation aux dépens et à l'indemnité est une suite du rejet du pourvoi en cassation. »

Par arrêt du 6 novembre 1823, au rapport de M. Aumont,

« Attendu, sur le moyen de cassation proposé par le demandeur, que l'art. 136 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu.... ;

» Que cette disposition du Code est claire, précise et impérative; qu'elle rend indispensable la condamnation de la partie civile aux dommages-interêts, lors même que celui-ci n'en a pas formé la demande;

» Attendu que, dans l'espèce, l'opposition de Brière à l'ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de première instance de Domfront, ayant été rejetée par la chambre d'accusation de la cour royale de Caen, cette cour s'est conformée à l'art. 136 du Code d'instruction criminelle, et n'a pu violer l'art. 212 du même Code, dont la disposition est étrangère au cas dudit art. 136, en adjugeant des dommages-intérêts à Guérard contre Brière;

» Attendu d'ailleurs la régularité de l'arrêt dans la forme;

» La cour reçoit l'intervention de Guérard, et y faisant droit ainsi que sur le pourvoi de Brière, rejette ledit pourvoi.... »

§. V. *Questions sur les dispositions de l'art.* 359 *du Code d'instruction criminelle concernant les dommages-intérêts prétendus par l'accusé déclaré non coupable par le jury, contre son dénonciateur.*

1° Si le dénonciateur, qui a été cité devant la cour d'assises et y a comparu comme témoin, s'est retiré de l'audience avant que l'accusé, déclaré non coupable par les jurés, eût pris contre lui des conclusions en dommages-intérêts, la cour d'assises est-elle encore compétente pour statuer sur ces conclusions?

2° N'aurait-il pas fallu pour cela que ces conclusions eussent été prises avant la déclaration du jury?

Ces deux questions se sont présentées dans l'espèce rapportée dans le *Répertoire de Jurisprudence*, à l'article *Autorisation maritale*, sect. 7, n° 18.

Dans cette espèce, la dame Rogier, indépendamment des moyens de cassation dont on a vu à l'article cité qu'elle se prévalait, en employait deux autres, lesquels consistaient à dire que l'art. 259 du Code d'instruction criminelle avait été doublement violé par l'arrêt de la cour d'assises du département de l'Hérault, qui l'avait condamnée à 10,000 francs de dommages-intérêts envers la fille Moulin.

« Suivant cet article (disait-elle), *l'accusé est tenu de former sa demande en dommages-intérêts avant le jugement.... , s'il a connu son dénonciateur.*

» Dans l'espèce actuelle, l'accusée connaissait sa dénonciatrice, puisqu'elle était présente aux débats. Sa demande en dommages-intérêts devait donc être formée *avant le jugement*. Or, ce n'est qu'après la déclaration du jury que cette demande a été présentée; mais il était alors évidemment trop tard; car c'est réellement la déclaration du jury qui constitue *le jugement*, et non l'ordonnance d'acquittement de la cour d'assises, qui n'est qu'une pure formalité.

BIU Cujas

» Le même article se trouve encore violé, en ce que la fille Moulin n'a formé sa demande en dommages-intérêts que par une simple réquisition à l'audience, au lieu d'employer les formes de l'assignation, formes qui sont également nécessaires, soit que la demande en dommages-intérêts soit intentée devant la cour d'assises ou devant les tribunaux civils. C'est ce que suppose évidemment l'art. 359 du Code d'instruction criminelle, en disant que les demandes en dommages-interêts, soit de la partie civile, soit de l'accusé, quand il connaît son dénonciateur, SERONT PORTÉES DEVANT LA COUR D'ASSISES. *Porter une demande*, ne peut pas signifier *une simple réquisition faite à l'audience.* Ces mots, en matière criminelle, supposent nécessairement un exploit introductif d'instance. »

La fille Moulin, intervenant pour défendre l'arrêt de la cour d'assises, répondait,

Au premier de ces moyens, que ce n'est pas la déclaration, même favorable du jury, qui constitue le jugement; qu'il n'y a jugement sur l'accusation, même reconnue non fondée par le jury, que lorsque le président a prononcé son ordonnance d'acquittement;

Au second, que l'art. 359 n'exige nullement que la demande en dommages-intérêts soit formée par assignation, et que M. Carnot, dans son commentaire sur ce Code, enseigne positivement que la cour d'assises en est valablement saisie par une simple réquisition faite à l'audience.

Par arrêt du 31 mai 1816, au rapport de M. Audier-Massillon, la cour de cassation a rejeté les deux moyens dont il s'agit,

Attendu que la loi ne donne pas la qualification de *jugement* à la déclaration du jury, mais seulement à l'acte émané du magistrat qui fait l'application de la loi au fait constaté par le jury; d'où il suit que Colombe Moulin ayant formé sa demande en dommages-intérêts immédiatement après la lecture de la déclaration du jury, et avant que le président eût prononcé l'acquittement, elle s'est conformée à la loi et a fait sa demande avant le jugement;

» Attendu que la loi n'ayant prescrit aucune forme particulière pour les demandes en dommages-intérêts que l'accusé doit porter devant la cour d'assises contre son dénonciateur, lorsqu'il est connu avant le jugement, l'intervenante a été autorisée à la former par une simple réquisition à l'audience. »

§. VI. *Existait-il en France*, etc.

RÉPARATION D'INJURES, §. II. *Pages* 455, *à la fin de la ligne* 40 (1), *ajoutez en note*:

Cette manière de prononcer du tribunal d'appel serait aujourd'hui justifiée par la seconde disposition de l'art. 528 du Code de procédure civile. *V.* l'article *Appel*, §. 14, art. 1, nº 12.

RÉPÉTITION DE PAIEMENT. *Page* 456, *col.* 1, *après la ligne* 21 (1), *ajoutez*:

§. V. *L'annulation d'un jugement en dernier ressort, en vertu duquel on a été contraint de payer une somme d'argent, emporte-t-elle, avec le droit de répéter cette somme* (2), *celui d'en exiger les intérêts?*

L'art. 1378 du Code civil porte que, *s'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu* (indûment), *il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement.*

La question proposée se réduit donc à savoir si l'on est censé recevoir de bonne foi le paiement d'une somme qui n'était pas due, lorsqu'on le reçoit en vertu d'un jugement qui avait décidé qu'elle était due réellement, mais qui était exposé aux chances, soit de l'appel, soit de la requête civile, soit du recours en cassation; et pour peu qu'on y réfléchisse, on sentira que la négative est incontestable.

Aux termes de l'art. 550 du Code civil, le possesseur de la chose d'autrui n'est présumé de bonne foi, et n'est dispensé en conséquence d'en restituer les fruits au propriétaire qui la revendique, qu'autant qu'il la possède *en vertu d'un titre translatif de propriété, dont il ignore les vices; il cesse d'être de bonne foi*, et il est, par suite, tenu de restituer les fruits à compter *du moment où ces vices lui sont connus.* Or, quel est le moment où il est censé connaître les vices du titre en vertu duquel il possède? C'est précisément celui où ce titre est mis en litige; et voilà pourquoi il est toujours condamné à la restitution des fruits du jour où lui est signifiée la demande en revendication du propriétaire.

Donc, par la même raison, celui qui se fait payer indûment un capital en vertu d'un jugement exposé aux chances de l'appel, de la requête civile ou du recours en cassation, et par conséquent en vertu d'un titre litigieux, est censé connaître les vices de ce jugement. Donc il ne peut pas posséder ce capital de bonne foi; donc il en doit les intérêts, lorsque, par suite de l'annulation du jugement en vertu duquel il l'a reçu, il est condamné à le restituer; et c'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante:

Le 23 mai 1822, arrêt de la cour royale de

(1) *Page* 446, *col.* 2, *ligne* 20 (2e édition).

(1) *Tome* 6, *page* 683, *col.* 2, *ligne* 30 (2e édition).

(2) *V.* l'article *Cassation*, §. 31.

BIU Cujas

Paris, qui condamne le sieur Coutte à payer au sieur de Longchamp une somme d'environ 27,000 francs.

Poursuivi en exécution de cet arrêt, le sieur Coutte paie la somme, mais déclare ne la payer que comme *contraint et forcé*, et annonce qu'il va se pourvoir en cassation.

Il se pourvoit en effet, et il obtient, le 11 août 1824, un arrêt qui casse celui de la cour royale de Paris, avec renvoi du fond à la cour royale d'Orléans.

Là, il intervient, le 9 décembre 1825, un arrêt qui condamne le sieur de Longchamp, non seulement à restituer la somme qu'il a touchée en exécution de l'arrêt cassé, mais encore à en payer les intérêts sur le pied de cinq pour cent, à partir du jour où cette somme lui a été comptée.

Le sieur de Longchamp se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant les art. 1146 et 1153 du Code civil.

Mais, par arrêt contradictoire, du 11 novembre 1828, au rapport de M. Legonidec, sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert, et après un délibéré en la chambre du conseil,

« Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué, que le défendeur n'a payé que comme contraint et forcé, et sous la réserve expresse de se pourvoir en cassation; que, dès-lors, le demandeur n'a pu exécuter qu'à ses risques et périls un titre susceptible de résolution; et dont il était averti que l'on poursuivait l'anéantissement par les voies de droit;

» Qu'en déduisant de ces faits et de ces circonstances que l'exécution forcée de l'arrêt attaqué, et la privation de ses fonds pendant plusieurs années, ayant causé au défendeur un préjudice qu'il eût dépendu du demandeur de lui éviter, il était juste d'en accorder au défendeur la réparation par une indemnité réduite aux intérêts ordinaires fixés par la loi, la cour royale n'a violé aucune loi;

» La cour rejette le pourvoi.... (1).

REPRISE D'INSTANCE, §. I. *Page* 457, *col.* 1, *après la ligne* 13 (2), *ajoutez ce qui suit:*

La même décision s'applique naturellement à toutes les affaires dont la loi ordonne l'instruction par écrit, c'est-à-dire, à celles qui concernent les droits d'enregistrement, de timbre et de greffe, à celles qui sont relatives aux contributions indirectes, et dans lesquelles le fond du droit est contesté, et enfin à celles qui, en matière contentieuse, sont portées devant le conseil-d'état. Il est même à remarquer, relativement à ces dernières, que le décret du 22 juillet 1806 contient, art. 22 et 23, des dispositions calquées sur celles du réglement de 1738 qui sont citées dans l'arrêt de la cour de cassation, du 19 ventôse an 9.

Au surplus, on retrouve les mêmes dispositions dans l'art. 343 du Code de procédure civile, au sujet des affaires dont l'instruction par écrit est ordonnée par des jugemens rendus après qu'elles ont été plaidées à l'audience.

REQUÊTE CIVILE, §. I, N° II. *Page* 458, *col.* 1, *ligne* 1 (1), *supprimez tout ce qui suit les mots* que les particuliers, *jusqu'à la fin de l'alinéa, et substituez-y ce qui suit:* Que, dans cet article le mot *prescriptions* doive s'entendre de la déchéance d'un droit ou d'une faculté par le laps du délai à la durée duquel la loi en limite l'exercice, c'est ce que je crois avoir prouvé dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Prescription*, sect. 1, §. 1, n° 3, et *Péremption*, sect. 2, §. 1, n° 11.

Il résulte donc de cet article que l'État, les communes et les établissemens publics sont soumis, en ce qui concerne le délai de la requête civile, aux mêmes règles que les *particuliers*, c'est-à-dire, les individus isolés. Or, quel est, à l'égard des individus isolés, le délai de la requête civile? L'art. 483 du Code de procédure le fixe, pour les *majeurs*, à trois mois, qui se comptent du jour de la signification du jugement à personne ou domicile; et la preuve que tel est le droit commun, c'est que les art. 484 et 485 en exceptent seulement les mineurs et les absens pour le service de l'État. Mais de ces deux exceptions on est forcé de convenir que la seconde n'est applicable ni à l'Etat, ni aux communes, ni aux établissemens publics; et comment pourrait-on leur appliquer la seconde?

D'une part, etc.

Même page et même col., après la ligne 42 (2), *ajoutez ce qui suit:*

D'un autre côté, l'art. 484 forme un tout indivisible, et l'on ne peut pas séparer de l'exception qu'il apporte au droit commun écrit dans l'art. 483, la disposition par laquelle il veut que les mi-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 28, page 409.

(2) *Page* 448, *col.* 1, *ligne* 29 (2e édition).

(1) *Page* 448, *col.* 2, *ligne dernière* (2e édition).

(2) *Page* 449, *col.* 1, *ligne* 41 (2e édition).

BIU Cujas

neurs rentrent dans le droit commun à leur majorité. Si donc il est impossible d'appliquer cette disposition à l'État, aux communes et aux établissemens publics, il faut bien qu'il le soit également de leur appliquer l'exception à laquelle cette disposition est ajoutée.

2° L'État, les communes, etc.

Même page et col., après la ligne 41 (1), *ajoutez ce qui suit :*

Vainement dirait-on que les mineurs aussi sont assujettis, pour l'appel et le recours en cassation, aux mêmes délais que les particuliers majeurs, et que cependant ils jouissent d'un bien plus long délai pour la voie extraordinaire de la requête civile. Encore une fois, ce n'est là qu'une exception, une exception limitée aux mineurs, et par conséquent une exception qui peut d'autant moins être étendue à l'État, aux communes et aux établissemens publics, qu'il est impossible, comme je viens de le dire, de leur adapter la disposition de l'art. 484 qui en est inséparable.

3° L'art. 7 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667 plaçait, relativement au délai de la requête civile, les communes et les établissemens publics sur la même ligne que les absens pour le service de l'État : il leur accordait, comme à ceux-ci, une année entière à compter de la signification du jugement. Or, l'art. 485 du Code de procédure ne conserve cette disposition qu'en faveur des absens pour le service de l'État. Il l'abroge donc à l'égard des communes et des établissemens publics; et certainement il ne l'abroge à leur égard que pour les faire rentrer dans le droit commun, que pour les assujettir au délai de trois mois; car, s'il était dans son intention, en l'abrogeant, d'étendre à trente ans, en faveur des unes et des autres, un délai qui précédemment n'était que d'une année, il ne manquerait pas de le dire : une innovation aussi extraordinaire ne peut pas être le résultat du seul silence du législateur.

RESCISION, §. V. *Page* 485, *col.* 2, *après la ligne* 26 (2), *ajoutez ce qui suit :*

§. V. *La prescription de dix ans qui, à l'égard d'une action en nullité ou rescision, a commencé à courir contre un majeur, est-elle suspendue par la minorité de son héritier ?*

M. Toullier, tome 7, n° 615, soutient que non.

Il convient cependant que, dans le droit romain, le mineur qui succédait à un majeur, avait, *pour demander la restitution après sa majorité* (du chef de celui-ci), *le même temps qui restait au défunt au moment de sa mort*, tempus quod habuit is cui heres extitit; et c'est ce que j'ai démontré dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Rescision*, n° 5 *bis*.

Mais, ajoute-t-il, *le Code civil a suivi d'autres principes, afin de ne pas prolonger l'incertitude des transactions. Ce n'est qu'à l'égard des actes* faits par les mineurs, *ou par les interdits, et non à l'égard des actes* faits par ceux *auxquels ils succèdent, que l'art.* 1304 *ordonne que le temps ne courra que du jour de la majorité, ou de la levée de l'interdiction; et de plus, l'art.* 1676 *porte expressément que le délai donné pour la rescision, court contre les absens*, les interdits et les mineurs venant du chef d'un majeur. *Cet article est relatif à la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, dont l'action ne dure que deux ans. Il y a donc, non seulement identité de raison, mais une raison de plus pour appliquer cette disposition aux autres actions en rescision ou nullité, dont la durée est de dix ans. D'ailleurs, sa disposition est dans une parfaite harmonie avec le texte même de l'art.* 1304.

J'avoue que je ne comprends rien à cette doctrine. D'une part, en effet, l'art. 1304, bien loin de la justifier, la détruit au contraire complétement, par sa combinaison nécessaire avec l'art. 2252; et de l'autre, l'art. 1676 en met la fausseté dans un nouveau jour, par la disposition qu'il contient.

Fixons-nous d'abord sur l'art. 1304.

Il est divisé en deux parties.

Il établit par la première que, *dans tous les cas où l'action en nullité ou rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans ;*

Et il détermine par la seconde le point de départ du délai qu'il accorde : *ce temps* (dit-il) *ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts; et pour les actes passés par les femmes mariées, non autorisées, du jour de la dissolution du mariage. Le temps ne court, à l'égard des actes faits par des interdits, que du jour où l'interdiction est levée; et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité.*

Mais en réglant ainsi le point de départ de la durée de l'action en nullité ou rescision, il ne s'explique ni sur le cas où les personnes à qui appar-

(1) *Même page et même col., ligne* 46 (2e édition).
(2) *Tome* 6, *page* 697, *col.* 2, *ligne* 22 (2e édition).

BIU Cujas

tient cette action, meurent sans l'avoir exercée, et avant qu'ait commencé à courir le délai dans lequel l'exercice en est circonscrit, ni sur le cas où elles meurent pendant le cours de ce délai, ni sur le cas où ce sont des mineurs qui leur succèdent.

Et pourquoi se tait-il sur ces trois cas? Parce qu'il se réfère aux principes qui les concernent.

Ainsi, il est censé dire que, dans le premier cas, l'héritier entre dans tous les droits du défunt, et que, par suite, il jouit, pour intenter l'action en nullité ou rescision, de tout le délai qui était encore entier à la mort de celui-ci.

Il est censé dire, par la même raison, que, dans le second cas, l'héritier a, pour intenter cette action, tout le temps qui restait au défunt.

Il faut donc bien aussi qu'il soit censé dire que, dans le troisième cas, le temps qui restait au défunt, ne recommencera à courir contre l'héritier que du jour où celui-ci aura atteint sa majorité; car c'est un principe de tous les temps, et spécialement consacré par l'art. 2252 du Code civil, que *la prescription ne court pas contre les mineurs*.

M. Toullier raisonne comme si ce principe était, quant à la prescription de l'action en nullité ou rescision, restreint, par l'art. 1304, aux *actes faits par les mineurs*; et c'est évidemment une méprise. L'art. 1304 applique ce principe aux actes faits par les mineurs, mais il ne l'y restreint pas. Il tire de ce principe la conséquence qu'à l'égard des actes faits par les mineurs, la prescription décennale ne commence à courir que du jour de la majorité; mais il ne va pas plus loin : il ne s'occupe pas de ce qui pourra arriver si la personne lésée par un acte fait pendant sa minorité, vient à être remplacée, après avoir atteint sa majorité, et avant que son action soit prescrite, par un héritier mineur; et comment s'en occuperait-il? Cela est étranger à son objet; son objet n'est que de régler le point de départ de la prescription décennale; il doit donc, comme il le fait, laisser de côté, quant à présent, la question de savoir si la prescription qui aura commencé à courir contre le mineur parvenu à sa majorité, continuera de courir contre l'héritier mineur, ou si elle sera suspendue jusqu'à la majorité de celui-ci; mais cette question ne restera pas pour cela indécise : elle est déjà résolue au moment où l'art. 1304 se rédige, se décrète et se promulgue, par le principe de l'ancien droit, que la *prescription ne court pas contre les mineurs*; et ce principe sera revêtu d'une nouvelle sanction par l'art. 2252.

Passons maintenant à l'art. 1676, et voyons si, au lieu d'appuyer le système de M. Toullier, il n'en complète pas la réfutation.

Après avoir dit que la demande en rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, n'est *plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente*, il ajoute que *ce délai court contre les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu*.

Quel est, dans cette disposition additionnelle, l'objet du législateur? Est-ce d'appliquer à l'action biennale en rescision de la vente pour cause de lésion des sept douzièmes, un principe qui serait commun aux actions décennales en rescision ou en nullité? non, évidemment non; car, si telle était son intention, ce n'est point là qu'il placerait ce prétendu principe : il le placerait, ou sous la rubrique *de l'action en nullité ou en rescision des conventions*, ou sous la rubrique *de la prescription*. Or, il n'en dit pas le mot sous la première; et bien loin de l'établir sous la seconde, il le rejette de la manière la moins équivoque, en disant, art. 2252, que *la prescription ne court pas contre les mineurs;* termes qui, par leur généralité, excluent nécessairement toute distinction entre le mineur succédant à un majeur contre lequel on aurait déjà commencé à prescrire, et le mineur à qui appartient, de son propre chef, une action née pendant sa minorité.

Le législateur ne fait donc, par le second alinéa de l'art. 1676, qu'excepter à l'avance la prescription de l'action biennale en rescision de la vente pour cause de lésion des sept douzièmes, du principe qu'il se propose de consacrer par l'art. 2252; et c'est à quoi il fait lui-même allusion dans ce dernier article, lorsqu'après avoir dit que *la prescription ne court pas contre les mineurs*, il ajoute, non seulement : *sauf ce qui est dit à l'art.* 2278, concernant diverses prescriptions de six mois, d'un, de deux et de cinq ans, mais encore : *et à l'exception des autres cas déterminés par la loi.*

Mais dès que c'est par exception au principe écrit dans l'art. 2252, que l'art. 1676 fait courir contre le mineur venant du chef d'un majeur, la prescription biennale dont il s'occupe, que devient le système de M. Toullier? Bien évidemment il tombe de lui-même devant cet axiome : *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.*

Comment d'ailleurs M. Toullier peut-il dire qu'il y a non seulement identité de raison, mais une raison de plus pour appliquer la disposition de l'art. 1676 aux autres actions en rescision ou nullité dont la durée est de dix ans?

D'abord, c'est une maxime universellement reconnue, que les exceptions ne peuvent jamais être étendues d'un cas à un autre, soit sous prétexte d'identité de raison, soit sous prétexte de raison plus forte (1).

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot

BIU Cujas

Ensuite, c'est précisément parceque les actions ordinaires en rescision ou nullité durent dix ans, que l'on ne peut pas leur appliquer l'exception dont il s'agit; car, de toutes les prescriptions qui courent contre les mineurs, soit d'après les dispositions du Code civil, soit d'après celles du Code de procédure, soit d'après celles du Code de commerce, il n'en est pas une seule qui s'acquière par moins de cinq années.

§. VI. 1° *Est-il dû un droit proportionnel d'enregistrement par le vendeur qui rentre en possession de son bien en vertu d'un jugement par lequel la vente est rescindée pour cause de lésion?*

2° *L'acquéreur évincé à la poursuite du vendeur, par un jugement qui rescinde le contrat de vente pour cause de lésion, est il dispensé par ce jugement de payer le supplément du droit d'enregistrement auquel le contrat avait donné lieu?*

Sur la première question, j'ai prouvé à l'article *Enregistrement (droit d')*, §. 3, n° 3, qu'elle ne peut être résolue, comme elle l'est effectivement par la jurisprudence constante de la cour de cassation, que pour l'affirmative; et il résulte *à fortiori* des textes de la loi du 22 frimaire an 7 qui justifient cette doctrine, que, sur la seconde question, c'est la négative qui doit prévaloir.

C'est effectivement ce que juge de la manière la plus positive un arrêt dont voici l'espèce.

Le 30 juin 1825, les sieurs Cuenot et Perrenot vendent aux sieur et dame Goll divers immeubles dont le prix est fixé par le contrat à 3,000 francs.

Ce contrat présenté à l'enregistrement, le receveur perçoit le droit ordinaire sur le prix qui y est énoncé; mais immédiatement après, il présente au tribunal civil de Montbéliard une requête par laquelle il expose que ce prix est de beaucoup inférieur à la valeur réelle des biens vendus; et conformément à l'art. 17 de la loi du 22 frimaire an 7, il demande l'estimation par experts.

L'expertise est ordonnée, et le prix des immeubles est porté à 9,938 francs.

En conséquence, il intervient, le 3 septembre 1826, un jugement par défaut qui condamne les sieur et dame Goll à payer un supplément de droit calculé sur cette nouvelle estimation.

Les sieur et dame Goll forment opposition à ce jugement.

Bientôt, et dès le 2 octobre suivant, les sieurs Cuenot et Perrenot obtiennent contre eux au même tribunal un jugement qui rescinde la vente du 30 juin 1825 pour cause de lésion de plus des sept douzièmes.

Les sieur et dame Goll se prévalent de cette circonstance contre la régie, et s'en font un moyen pour justifier leur opposition au jugement par défaut, du 3 septembre: la vente, disent-ils, a cessé d'exister, elle est comme non-avenue; donc elle n'a pas opéré une mutation à notre profit; donc elle n'a donné lieu à aucun droit, ni par conséquent à aucun supplément de droit déjà payé de fait.

Le 5 juillet 1827, jugement contradictoire qui, en effet, accueille l'opposition des sieur et dame Goll, et les décharge des poursuites de la régie,

« Attendu, au fond, que tout droit ne peut exister sans une cause; que, dès qu'il est démontré que cette cause n'a eu que l'apparence de la réalité, il est, dès-lors, certain que le droit s'évanouit comme la cause qui paraissait le produire; que ce principe, fondé en raison et consacré par l'art. 1131 du Code civil, lorsqu'il s'agit d'un droit résultant d'une obligation conventionnelle, n'est pas moins applicable lorsqu'il s'agit d'une obligation légale; qu'ainsi, tout droit d'enregistrement qui a pour cause une mutation de propriété entre particuliers, ne peut être dû et réclamé après que le contrat qui établissait cette mutation, a été rescindé; car il est un point de droit incontestable, c'est que la rescision, fondée sur une cause ancienne qui remonte à l'origine du contrat, produit un effet rétroactif qui anéantit ce contrat, de telle sorte, qu'il est censé n'avoir jamais existé; que, par suite, les parties sont remises au même état qu'elles étaient auparavant, et que la mutation de propriété étant censée n'avoir jamais existé, le droit stipulé est de même censé n'avoir jamais été dû;

» Attendu que l'art. 60 de la loi du 22 frimaire an 7, portant que tout droit d'enregistrement régulièrement perçu ne sera point restitué, quels que soient les événemens ultérieurs, n'a eu d'autre but que de maintenir les perceptions régulièrement faites, en refusant aux parties toute action pour maintenir les restitutions d'un droit qui, par suite d'événemens postérieurs à la perception, ne serait plus dû; qu'ainsi, la loi ne prévoyant que le cas où la perception a été faite, et n'ayant nullement prévu celui où un contrat serait anéanti par autorité judiciaire avant que la prescription eût pu être effectuée, ce cas doit nécessairement être régi par les principes du droit commun, qui ne permettent pas d'exiger l'exécution d'une obligation qui n'a jamais eu de cause;

» Attendu que, si l'art. 7 de la loi précitée permet à l'administration de l'enregistrement et des domaines de faire estimer par experts les biens vendus,

---

Légitimité, sect. 1, §. 2, n° 8, 2e question sur l'article 197 du Code civil.

BIU Cujas

lorsque le prix déclaré dans le contrat paraît inférieur à la valeur vénale, le législateur a voulu seulement, par cette disposition, indiquer un moyen propre à déterminer la quotité du droit proportionnel qui doit être perçu sur la valeur de tous biens vendus, et que, si les ventes sujettes à rescision, sont, comme toutes les autres, soumises à l'expertise, c'est que la provision est due au titre; que, dès-lors, les mesures pour parvenir au recouvrement du droit qui paraît, ne peuvent et ne doivent cesser qu'au moment où, par la rescision du contrat, l'action de l'administration est devenue sans objet, par l'extinction de son droit;

» Attendu que l'acte de vente faite aux mariés Goll par les sieurs Cuenot et Perrenot, le 30 juin, a été rescindé pour cause de lésion de plus de sept douzièmes, par jugement du tribunal, à la date du 2 novembre 1826; d'où il résulte que, dès cette époque, l'administration de l'enregistrement se trouve sans action pour réclamer un supplément de droit sur un acte de vente qui est aujourd'hui comme s'il n'avait jamais existé. »

Mais la régie se pourvoit en cassation; et par arrêt du 18 février 1829, au rapport de M. Boyer, et sur les conclusions conformes de M. l'avocat-général Joubert,

« Vu les art. 5, 15, nº 6, 17 et 59 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Attendu 1º qu'il résulte du rapprochement de ces articles que le droit de mutation auquel un contrat de vente donne ouverture, est dû du jour de ce contrat, sans qu'il soit permis, sous aucun prétexte, d'en différer le paiement;

» 2º Que ce droit est dû, non seulement sur le prix porté au contrat de vente, mais sur la valeur réelle et vénale de l'objet vendu, valeur constatée au besoin par une expertise que la loi autorise la régie à provoquer, en cas d'insuffisance présumée dans la déclaration des parties contractantes;

» 3º Que ces droits de mutation réglés ainsi qu'il vient d'être dit, sont indépendans des événemens ultérieurs, par lesquels l'acte de vente peut être rescindé, et ne cessent d'être exigibles, nonobstant cette rescision;

» Attendu que néanmoins, dans l'espèce, le tribunal civil de Montbéliard a débouté la régie de sa demande en supplément du droit de mutation perçu sur l'acte de vente du 30 juin 1825, sous prétexte que cet acte avait été rescindé par un jugement du 2 novembre 1826; en quoi ce tribunal a violé les articles sus-énoncés de la loi du 22 frimaire an 7;

» Par ces motifs, la cour donne défaut contre les mariés Goll, et, pour le profit, casse et annulle.... (1). »

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, page 238.

RÉSERVE (Droit de), §. I. *Page* 485, *col.* 2, *après la ligne* 42 (1), *ajoutez ce qui suit :*

Voici une espèce dans laquelle j'ai discuté ces deux questions devant la cour de cassation.

Le 7 floréal an 11, etc.

Page 488, *col.* 2, *lignes* 30 *et* 31 (2), *après les mots* ex-tribun, *ajoutez en note :*

M. Chabot. C'est sa première édition que je cite ici: mais il faut voir ce qu'il dit sur la question et sur tout ce qui s'y rattache, dans sa cinquième édition, nºs 17 et 18.

Page 494, *col.* 2, *après la ligne* 22 (3), *ajoutez ce qui suit :*

§. II. *Peut-on exercer le droit de réserve sans prendre la qualité d'héritier? Et en conséquence, le successible qui renonce à la succession, pour s'en tenir à la donation qui lui a été faite par le défunt, peut-il, nonobstant sa renonciation, retenir à la fois la quotité disponible et réclamer sa part virile dans la réserve?*

C'était, dans l'ancien droit, une question extrêmement controversée, que celle de savoir si l'on pouvait, sans prendre la qualité d'héritier, soit demander la légitime par action principale, soit la retenir, par exception, sur les biens dont on était donataire, ou si l'on en était exclu par cela seul que l'on avait renoncé à la succession; et elle dépendait de celle de savoir si la légitime n'était qu'une *quote des biens*, ou si elle formait une *quote de l'hérédité*.

Dans l'article *Légitime*, du *Répertoire de jurisprudence*, sect. 2, §. 1, j'ai embrassé, environ vingt ans avant le Code civil, l'opinion des jurisconsultes qui regardaient la portion légitimaire comme une *quote des biens;* et j'ai en conséquence soutenu, conformément à la jurisprudence des parlemens de Paris et de Toulouse, que la répudiation de l'hérédité n'excluait pas du droit de demander ou retenir la légitime.

La *réserve* du Code civil a-t-elle le même caractère que la légitime de l'ancien droit, et n'est-elle, comme celle-ci, qu'une simple *quote des biens*? Non; il résulte, au contraire, bien clairement de plusieurs textes de ce Code, qu'il la considère, tout en la qualifiant de *quotité des biens*, comme une

(1) *Page* 463, *col.* 1, *ligne* 2 (2e édition).
(2) *Page* 465, *col.* 2, *lignes* 24 *et* 25 (2e édition).
(3) *Page* 471, *col.* 1, *ligne* 41 (2e édition).

BIU Cujas

véritable *quote de l'hérédité*, et qu'il faut être héritier pour pouvoir la réclamer ou y prendre part.

Tel est notamment l'art. 917, qui est ainsi conçu: *Si la disposition par acte entre-vifs est d'un usufruit...*, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve *auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la portion disponible.*

Telle est encore l'art. 1004, qui porte: *Lorsqu'au décès du testateur il y a des* héritiers *auxquels une quotité de ces biens est réservée par la loi, ces* héritiers *sont saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la succession, et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens contenus dans le testament.*

Tels sont aussi l'art. 1009, qui détermine les charges du légataire universel, lorsqu'il se trouve *en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens*, et l'art. 1011, par lequel il est dit que *les légataires à titre universel seront tenus de demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi.*

C'est donc aux héritiers, aux seuls héritiers, que la réserve est déférée par le Code civil; et dès-là, il est clair qu'il ne peut être rien pris ni prétendu dans la portion indisponible des biens du défunt, par le successible qui, pour se dispenser du rapport des donations ou des legs dont le défunt l'a gratifié, renonce à la succession.

L'opinion contraire est cependant soutenue par Levasseur, dans son *Traité de la portion disponible*, n° 159; par M. Delvincourt, dans son *Cours de droit civil*, tome 1er, page 656, et par M. Grenier, dans son *Traité des donations*, n° 566. Mais voici une espèce dans laquelle la cour royale de Bordeaux et la cour de cassation l'ont successivement proscrite et réfutée.

En 1808, décès de la dame Delarocque, née de Mons, laissant six enfans, savoir, Madeleine, Pierre et quatre autres.

Madeleine et Pierre renoncent à la succession, pour s'en tenir, l'une à une somme de 12,000 francs qui lui a été constituée en dot par sa mère; l'autre, à la donation universelle que la défunte lui a faite de tous ses biens en le mariant.

Les quatre autres enfans se portent héritiers par bénéfice d'inventaire.

Cependant Pierre, malgré sa renonciation, et se fondant sur sa qualité de donataire universel, prend possession de tous les biens délaissés par la mère.

Les quatre héritiers l'assignent en partage, et concluent à ce que les biens de la succession soient divisés en quatre lots, dont l'un, formant la portion disponible, sera adjugé à Pierre, et les trois autres aux quatre demandeurs.

Pierre Delarocque consent au partage demandé, mais il en conteste le mode: il prétend cumuler avec la portion disponible, une part égale dans les trois quarts qui forment la réserve.

Le 29 août 1814, jugement du tribunal de première instance de Périgueux, qui rejette cette prétention, et ordonne le partage suivant le mode proposé par les quatre enfans héritiers.

Pierre Delarocque appelle de ce jugement à la cour royale de Bordeaux.

Le 30 janvier 1816, arrêt qui met l'appellation au néant,

« Attendu que l'art. 913 du Code civil ne permet à l'ascendant qui laisse trois enfans ou un plus grand nombre, de disposer à titre gratuit que du quart de ses biens; que les autres trois-quarts, réservés par la loi, appartiennent aux enfans qui se portent héritiers, et qui ne peuvent y prendre aucune part qu'en cette qualité qui leur est attribuée par les articles 917, 1004, 1006, 1009 et 1011 du Code;

» Que, suivant l'art. 785, l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier; que l'art. 786 fait accroître sa portion à ses co-héritiers au même degré, et, s'il est seul, au degré subséquent; qu'après avoir déterminé, par les art. 843 et 844, les obligations et les droits de l'héritier donataire simple ou par préciput qui vient à la succession du donateur, le législateur décide, par l'art. 485, que l'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre-vifs, jusqu'à concurrence de la quotité disponible; que l'art. 924, en statuant que, si la donation entre-vifs réductible a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir, sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartient, comme héritier, dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature, prouve évidemment que cette retenue ne peut être faite par le successible qui, ayant répudié la succession du donateur, est censé n'avoir jamais été héritier;

» Que, s'il en était autrement, il conserverait, malgré sa répudiation, les droits d'héritier et sa part héréditaire, qui cependant doit accroître à ses co-héritiers; qu'un semblable résultat blesserait la nature des choses et des dispositions textuelles du Code; que le sieur Delarocque aîné, ayant répudié la succession de sa mère, ne peut donc retenir sur ses biens que le quart dont elle pouvait disposer; qu'il ne peut rien prendre sur les trois quarts indisponibles qui forment la succession à laquelle il a renoncé (1). »

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1816, supplément, page 107.

BIU Cujas

Le sieur Delarocque se pourvoit en cassation, et attaque cet arrêt, tant comme appliquant à faux les art. 785, 786, 1003 et suivans du Code civil, que comme violant les art. 845, 919 et 924.

Mais par arrêt contradictoire, du 18 février 1818, au rapport de M. Poriquet, sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier, et après un délibéré en la chambre du conseil,

« Considérant qu'il résulte de la combinaison et du rapprochement des divers articles du Code civil relatifs à la légitime des enfans, notamment des art. 785, 786, 843, 844, 845, 858, 859, 913, 917, 920, 921, 924, 1004, 1006, 1009, etc.;

» Que la loi divise en deux portions distinctes les biens des pères et mères; qu'elle laisse l'une à leur disposition, et réserve l'autre aux enfans pour leur légitime;

» Que la quotité de la première est fixée invariablement par le nombre des enfans existans au moment du décès du disposant;

» Qu'elle est toujours la même, soit qu'il ait disposé à titre universel ou particulier, en faveur d'étrangers ou de ses enfans, et en faveur de ceux-ci, avec préciput et hors part, ou sans dispense de rapport;

» Qu'elle est la seule chose dont il puisse avantager l'un de ses enfans, en lui donnant expressément par préciput et hors part;

» Qu'enfin, lorsque ces libéralités excèdent cette quotité disponible, elles sont, sur la demande de ceux qui ont droit à la réserve, sujettes à réduction ou au rapport, et que cet excédant fait nécessairement partie de la succession réservée aux enfans pour leur légitime;

» Que cette deuxième portion des biens des pères et mères est assurée à tous les enfans collectivement, et leur est donnée en qualité d'héritiers, pour être partagée entre eux également, ainsi que la portion disponible le serait, si les pères et mères n'en avaient pas disposé ou n'en avaient disposé qu'au profit d'un ou de plusieurs de leurs enfans, sans les dispenser du rapport;

» Qu'à ce titre d'héritiers, ils sont saisis collectivement de tous les biens et actions du défunt, et investis du droit de former, contre tous les donataires, sans distinction, la demande en réduction des donations qui excèdent la portion disponible;

» Que ceux d'entre eux qui renoncent sont censés n'avoir jamais été héritiers, et que la part qu'ils auraient eue en cette qualité, accroît à leurs cohéritiers pour le tout, sans y distinguer la partie des biens existans en nature au jour du décès, de celle comprise dans des donations faites à des étrangers ou aux enfans renonçans et sujettes à retranchement pour ce qui excède la quotité disponible;

» En telle sorte que, si l'un des enfans restait seul héritier, il aurait aussi seul droit à la totalité de la légitime ou réserve légale;

» Que, si l'enfant donataire veut renoncer à la succession pour s'en tenir à son don, il le peut, soit que le don lui ait été fait par préciput ou sans dispense de rapport, à titre universel ou autrement; mais qu'alors, et comme donataire, il ne peut jamais profiter que de la quotité disponible;

» Que toutes ces dispositions du Code relatives à la faculté donnée aux pères et mères de disposer d'une partie de leurs biens, et à la nécessité pour les enfans d'être héritiers pour conserver leur part dans la réserve légale, qui, par l'effet de leur renonciation, accroîtrait pour le tout à leurs cohéritiers, sont claires, concordantes entre elles, et conçues en termes généraux qui n'admettent ni distinction ni exception;

» Qu'en vain, pour en éviter l'application, on voudrait, en torturant les expressions de quelques-uns des articles du Code, prétendre que le législateur a permis aux enfans de prendre, ou au moins de retenir une partie des biens de leurs pères et mères, autrement qu'à l'un des deux tiers de donataire ou héritier;

» Que cette faculté est contraire au système général de la législation nouvelle, et n'est écrite nulle part;

» Qu'elle ne résulte, quoiqu'on l'ait supposé,

» Ni de l'art. 921 qui interdit, à la vérité, aux donataires, légataires ou créanciers du défunt, le droit de demander la réduction des donations entre-vifs, mais qui ne dit pas que les enfans pourront partager la portion excédant la quotité disponible, sans être héritiers;

» Ni de l'art. 924 qui, conformément au droit établi pour les rapports à faire entre co-héritiers, par les art. 858 et 859, autorise le donataire successible à retenir, sur les biens donnés, sa part dans les biens indisponibles, mais qui, loin de l'y autoriser lorsqu'il cesse d'être héritier, ne lui donne cette faculté que s'il y a dans la succession *des biens de même nature*, ce qui signifie bien clairement, *s'il vient à partager avec ses co-héritiers*;

» Qu'en vain encore on voudrait argumenter de ce qui aurait eu lieu, si la succession de la dame de Mons avait été régie par les principes de la législation antérieure à la publication du Code civil;

» Qu'il est vrai qu'alors, dans les pays mêmes où il fallait être héritier pour demander la légitime, on

BIU Cujas

décidait que l'enfant donataire pouvait, en renonçant à la succession pour s'en tenir à son don, retenir sa légitime sur les biens dont il avait été saisi par la donation, et conserver, en outre, tout ce qui excédait la légitime due à ses frères et sœurs;

» Qu'il devait, en effet, en être ainsi, lorsque, d'un côté, la légitime étant considérée comme une dette, une pension alimentaire due par les pères et mères à leurs enfans, on pouvait supposer qu'en leur faisant une donation, ils avaient pour but principal de se libérer de cette dette, de même que les enfans, en l'acceptant, avaient voulu, sans doute, l'imputer sur ce qui leur était dû;

» Lorsque, d'un autre côté, la quotité dont il est permis aux pères et mères de disposer, soit au profit d'étrangers, soit en faveur de leurs enfans, n'étant pas limitée, la donation, à quelque somme qu'elle montât, n'était sujette à retranchement que jusqu'à concurrence de ce qui était nécessaire pour fournir à chacun des enfans sa légitime personnelle;

» Lorsque enfin la légitime de l'enfant qui renonçait, profitait au donataire universel, et n'était pas dévolue, par droit d'accroissement, aux co-héritiers du renonçant;

» Mais que les principes de cette ancienne législation sont évidemment inconciliables avec ceux du Code civil, qui, au lieu de ne donner à chacun des enfans, pour sa légitime, qu'une créance personnelle, affectée sur les biens, leur donne à tous collectivement la succession tout entière, veut qu'ils n'y aient part qu'en qualité d'héritiers; que, s'ils renoncent à la succession pour s'en tenir à leur don, ce don reste fixé pour eux, comme pour les étrangers, à la quotité déclarée disponible, et qui, par l'art. 845 bornant à cette quotité, ce que l'enfant qui renonce à la succession a le droit de retenir, annonce bien clairement qu'il ne peut, en même temps, retenir aucune partie de la réserve légale;

» Que, de tout ce qui précède, il faut conclure, en dernière analyse, qu'en jugeant

1° Que la dame de Mons qui, à son décès, a laissé six enfans, n'avait pu disposer, au profit du demandeur, son fils aîné, que du quart de ses biens;

» 2° Que la donation qu'elle lui a faite, l'eût-elle été par préciput, ou à titre universel, devait être, sur la demande des héritiers ayant droit à la réserve, réduite à la quotité disponible;

» 3° Enfin, que le demandeur ayant volontairement renoncé à la qualité d'héritier, pour s'en tenir à la donation, ne pouvait prétendre qu'à la portion disponible, et avait perdu sa part dans la réserve ou légitime que la loi ne donne qu'aux héritiers;

» La cour royale de Bordeaux s'est conformée au texte et à l'esprit du Code civil;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi.... (1). »

§. III. 1° *De ce qu'aux termes de l'art.* 960 *du Code civil, copié sur l'art.* 39 *de l'ordonnance de* 1731, *la donation entre-vifs qu'un mari a faite à sa femme, par leur contrat de mariage, n'est pas révoquée par la survenance d'un enfant que le donateur, devenu veuf, a eu d'un mariage postérieur, s'ensuit-il que, si cette donation porte atteinte à la réserve légale de l'enfant, elle ne peut pas être réduite?*

2° *La loi du* 17 *nivôse an* 2 *dérogeait-elle, à cet égard, aux principes consacrés par l'ordonnance de* 1731, *et renouvelés par le Code civil?*

I. Sur la première question, la négative est évidente. Que fait l'art. 960 du Code civil? Il déroge, en faveur de la donation faite entre époux par contrat de mariage, à la disposition d'un même article qui déclare que toutes les donations entre-vifs sont révoquées par la survenance d'un enfant légitime du donateur qui n'avait point d'enfans ou descendans vivans au moment où il a disposé; mais il ne déroge nullement à l'art. 920, qui veut, de la manière la plus absolue et sans exception ni restriction quelconque, que toutes libéralités excédant la quotité disponible, n'importe qu'elle soit faite par des actes entre-vifs, ou à cause de mort, soient *réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession.* Il laisse donc entièrement la donation faite entre époux par contrat de mariage, sous l'empire de l'art. 920; et dès-là, nul doute que cette donation ne soit sujette à la réserve de l'enfant né d'un mariage postérieur.

L'art. 39 de l'ordonnance de 1731 était rédigé dans le même esprit: il exceptait bien la donation faite entre époux par contrat de mariage, de la révocation pour survenance d'enfant; mais il ne l'affranchissait pas du retranchement auquel l'art. 34 de la même loi assujétissait toutes les donations pour la légitime des enfans.

II. Mais les art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse an 2 n'avaient-ils pas, à cet égard, établi d'autres principes, et n'en résultait-il pas que l'enfant né d'un mariage postérieur à celui en faveur duquel son père avait fait, en termes absolus, une donation à sa première femme, était exclu de tout droit de

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 20, page 42.

BIU Cujas

légitime ou réserve sur les biens compris dans cette donation ?

Cette question s'est élevée dans l'affaire dont j'ai rendu compte sous les mots *Révocation de donation*, §. 1, et à la suite d'un arrêt de la cour de cassation, du 29 messidor an 11, qui y est rapporté.

Cet arrêt ayant confirmé celui de la cour d'appel de Poitiers, du 25 nivôse précédent, qui avait rejeté la demande en révocation, pour survenance d'enfant, de la donation que le sieur Girault avait faite à sa première femme par leur contrat de mariage du 15 prairial an 2, la veuve Girault a fait assigner les dames Delorme et Laurendeau, *pour voir dire qu'attendu la réserve légale à laquelle elle avait droit comme héritière de son fils, qui était lui-même héritier de feu Girault (decédé le 18 messidor an 9), laquelle réserve était des trois quarts des biens de ce dernier, aux termes de l'art. 1er de la loi du 4 germinal an 8, il serait fait une masse tant des biens compris dans la donation du 15 prairial an 2, que de ceux échus postérieurement audit sieur Girault, pour les trois quarts de ladite masse des biens être remis à la veuve Girault, en sa dite qualité, auquel effet estimation serait faite desdits biens.*

Les dames Delorme et Laurendeau ont opposé à cette demande une fin de non-recevoir qu'elles ont fait résulter de l'arrêt du 25 nivôse an 11, confirmé par celui de la cour de cassation, du 29 messidor suivant : elles ont prétendu qu'il était jugé par cet arrêt, non seulement que la donation faite à leur mère par le contrat de mariage du 15 prairial an 2, n'avait pas été révoqué par la naissance de l'enfant que le sieur Girault avait eu d'un mariage postérieur, mais encore qu'elle n'était passible d'aucune réduction à titre de réserve.

Cette fin de non-recevoir, repoussée d'abord par un jugement du tribunal de première instance de Loudun, a été accueillie par un arrêt de la cour royale de Poitiers, du 24 décembre 1819.

Mais cet arrêt a été cassé le 5 juin 1821, sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier, et la cassation en ayant été suivie d'un arrêt de la cour royale de Bourges, du 11 décembre de la même année, confirmatif du jugement de première instance (1), la cause a été reportée, sur le fond, devant le tribunal de Loudun, qui l'a jugée en faveur de la veuve Girault, le 10 avril 1822,

« Attendu que la légitime en faveur des enfans était fondée sur la loi naturelle, et consacrée par les art. 34 et 35 de l'ordonnance de 1731, et par l'art. 52 de l'ordonnance de 1735, qui n'ont cessé d'être en vigueur qu'au moment où le Code civil a pu y apporter quelque changement ou modification;

» Que la légitime avait eu lieu dans toute la France, quelles que fussent les dispositions des coutumes;

» Que toutes les donations, sans exception, étaient sujettes à réduction pour la légitime des enfans;

» Que les lois nouvelles, loin d'anéantir la légitime, en ont au contraire étendu l'effet;

» Qu'elle est formellement consacrée par l'art. 16 de la loi du 17 nivôse an 2, qui ne permet au père de disposer que d'un dixième de son bien, quand il a des enfans;

» Que les art. 13 et 14 de cette loi n'ont été rédigés que par exception à ces art. 16 et 1er, qui annulaient en général toutes les donations;

» Que les exceptions ne peuvent s'étendre; qu'elles s'appliquent seulement aux cas pour lesquels elles ont été faites;

» Que les art. 13 et 14, par exception à l'art. 16, ont voulu favoriser les enfans de l'union ou d'un précédent mariage, et ont ordonné pour eux la réduction, en usufruit seulement, de toutes donations entre époux; d'où il résulte que, dans ce cas, l'époux donateur ne pouvait même assurer à l'époux donataire aucune portion de ses biens en propriété;

» Considérant qu'il y a une grande différence entre la réduction en usufruit de toute donation entre époux, au profit des enfans de l'union ou d'un précédent mariage, qui est de faveur et exceptionnelle, à la réduction pour légitime qui est de droit naturel;

» Que tous les raisonnemens que l'on peut faire en faveur du système contraire, se réduisent à celui-ci : puisque la réduction en usufruit n'est faite par les art. 13 et 14 qu'au profit des enfans de l'union ou d'un précédent mariage, des enfans d'un mariage postérieur en sont donc exclus;

» Que, quand ce raisonnement serait valide en droit, il en résulterait seulement que l'enfant d'un mariage postérieur ne pourrait pas faire réduire en usufruit une donation entre époux, mais non qu'il serait privé d'une réserve ou légitime établie en sa faveur par la loi naturelle, et consacrée par toutes les lois anciennes et nouvelles;

» Que la règle des inclusions ou l'argument *à contrario sensu* est vicieux en droit; que ses conséquences sont le plus souvent absurdes, et qu'il ne peut jamais être employé, pour en induire, soit l'a-

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Chose jugée*, §. 1 *bis*, n° 2.

BIU Cujas

brogation, soit la modification d'un point de droit commun ou d'une loi antérieure;

» Qu'il résulte de toutes les lois de la révolution, et notamment des lois des 15 mars 1790, 1er, 8 avril et 25 août 1791, 25 octobre 1792, 7 mars 1793, 5 brumaire et 17 nivôse an 2, que le législateur voulait établir une égalité parfaite entre les enfans, puisqu'ils ne pouvaient être avantagés ni directement ni indirectement, au préjudice les uns des autres;

» Que, si un enfant d'un mariage postérieur pouvait être privé de sa légitime par une donation faite entre époux, il arriverait que, s'il était né un enfant du mariage au profit duquel aurait été faite la donation, cet enfant pourrait avoir toute la succession de l'époux donateur, tandis que l'enfant né d'un mariage postérieur pourrait n'avoir absolument rien;

» Que, si le législateur a eu en vue de favoriser les mariages et de rattacher les époux les uns aux autres par leurs propres intérêts, le prélèvement de la légitime accordée à un enfant né d'un mariage postérieur ne peut avoir lieu qu'après la mort de cet époux donataire;

» Que les donations entre-vifs étant irrévocables, ne peuvent être régies que par les lois sous l'empire desquelles elles sont faites;

» Qu'il en résulte qu'elles ne peuvent jamais être réduites pour une légitime plus forte que celle fixée par la loi de la donation;

» Mais que la légitime est une espèce de *petitio hæreditatis*, ainsi que s'en explique Pothier; qu'elle ne peut être demandée qu'après l'ouverture de la succession; que le légitimaire n'en peut être saisi que par la mort, d'après ce principe, que le mort saisit le vif, et qu'il ne peut avant former aucune espèce d'action à cet égard;

» Que les successions ne sont régies que par les lois qui existent à leur ouverture; que c'est alors seulement que l'on peut examiner s'il y a lieu ou s'il n'y a pas lieu à la légitime;

» Que le légitimaire ne peut agir pour faire réduire les donations qu'en vertu de la loi qui établit son droit, et qu'ainsi, il ne peut demander plus que cette loi ne lui accorde;

» Que le sieur Girault est décédé sous l'empire de la loi du 4 germinal an 8, et que la légitime fixée par cette loi est des trois quarts, ce qui réduit la donation du 15 prairial an 2 à un quart. »

Mais les dames Delorme et Laurendeau ayant appelé de ce jugement, il est intervenu, à la cour royale de Poitiers, le 14 février 1823, un arrêt ainsi conçu:

« Considérant que les donations en contrat de mariage sont de leur nature des actes irrévocables; que le donataire est saisi de plein droit, dès l'instant de son acceptation; que ces donations sont régies par les lois sous l'empire desquelles elles ont été faites;

» Que la donation faite par Louis-Pascal Girault à Catherine Prevost, veuve Guignard, le 15 prairial an 2, dans leur contrat de mariage, de tout ce que les lois nouvelles lui permettaient de donner, sous la réserve de l'usufruit, était régulière et valable, puisque la loi du 17 nivôse, alors en vigueur, permettait aux époux de se faire des libéralités illimitées;

» Que cette loi a eu pour objet d'établir un système complet de législation sur les donations et les successions; que cela résulte clairement de l'art. 61 de ladite loi, qui, au moyen de ses dispositions, a déclaré abolis toutes les lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par succession ou donation;

» Que l'art. 13 de ladite loi eut pour objet de statuer sur les avantages stipulés entre les époux encore existans, et qu'il ne déclara lesdits avantages réductibles à l'usufruit des choses données, et à concurrence seulement de l'usufruit de la moitié des biens délaissés par le donateur, que dans deux cas: celui où il laisserait des enfans d'un mariage précédent, et celui où il laisserait des enfans de l'union; qu'il voulut ainsi que, dans tous les autres cas, lesdits avantages eussent leur plein et entier effet;

» Que le législateur, dans l'art. 14, eut pour objet de statuer sur les avantages légalement stipulés entre époux, dont l'un serait décédé avant le 14 juillet 1789, et sur tous les autres avantages qui seraient échus et recueillis postérieurement, ou qui pourraient avoir lieu à l'avenir, et qu'il n'en ordonna la réduction en usufruit de moitié qu'en faveur des deux mêmes classes d'enfans dont il s'était occupé dans l'art. 13, savoir, les enfans d'un premier mariage et ceux de l'union;

» Que cette interprétation résulte très-clairement des termes de cet article, portant que les libéralités qui pourraient avoir lieu à l'avenir, obtiendront également leur effet, *sauf néanmoins leur conversion ou réduction en usufruit de moitié*, dans le cas où il y aurait des enfans, *conformément à l'art. 13 ci-dessus*;

» Que ces mots, *conformément à l'art. 13 ci-dessus*, apprennent évidemment que le législateur a voulu assimiler l'art. 14 à l'art. 13, tant quant à la quotité de la réduction, que quant aux deux classes d'enfans appelées dans l'art. 13 à opérer cette réduction;

BIU Cujas

» Qu'ainsi, la conformité établie dans l'art. 14 avec l'art. 13, embrasse et la réduction et les enfans dont il était question dans ledit art. 13;

» Que, si le législateur eût voulu parler, dans l'art. 14, d'enfans autres que ceux dont il avait parlé dans l'art. 13, il aurait eu soin de les désigner dans ledit art. 14, comme il avait eu soin d'appeler dans l'art. 13 à opérer la réduction, les enfans d'un précédent mariage, qu'il n'avait pas voulu y appeler dans l'art. 2 de la loi du 5 brumaire précédent;

» Que les enfans d'un mariage postérieur à celui de la donation ne sont point compris dans l'art. 14 sous le mot *Enfans*, puisque l'art. 13 ne les comprenait pas;

» Que, d'après l'art. 14, les donations et tous autres avantages entre époux devaient avoir leur plein et entier effet, excepté dans deux cas: celui où il y avait des enfans d'un précédent mariage, et celui où il y avait des enfans de l'union;

» Qu'il est de principe que toutes les exceptions sont de droit étroit, et ne peuvent être étendues au-delà des termes précis de la loi;

» Que, d'après l'art. 14, n'y ayant que deux classes d'enfans, ceux d'un précédent mariage et ceux de l'union, qui eussent droit à opérer la réduction à leur profit, et Girault n'ayant point eu d'enfans d'aucune de ces deux classes, la donation qu'il avait faite à la veuve Guignard, en contrat de mariage, a dû avoir son plein et entier effet;

» Que le sort de cette donation a été irrévocablement fixé par le décès de la donataire, sans que le donateur eût alors aucun enfant, et qu'il n'a pu être changé par aucun événement postérieur;

» Que ce principe établi par l'art. 14 de la loi du 17 nivôse, a été confirmé par l'art. 35 de la loi du 9 fructidor an 2, confirmative autant qu'interprétative de la loi du 17 nivôse, et qui porte que *les donations entre époux n'ont d'autre règle que les art. 13 et 14 de ladite loi;*

» Que l'enfant né du mariage de la dame Crossard avec Girault, postérieur à celui de la donation, n'a jamais eu le droit d'invoquer le bénéfice de la réduction établie par l'art. 14, puisque, n'étant nullement fait mention de lui dans cet article, il s'ensuit nécessairement du rapprochement de l'art. 2 de la loi du 5 brumaire an 2, et des art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse, que le législateur n'a pas eu la volonté de l'admettre au bénéfice de la réduction;

» Que l'art. 16 de la même loi du 17 nivôse ne règle la disposition des biens que lorsqu'il n'y a point de donation entre époux, de sorte qu'il est absolument inapplicable aux dispositions entre époux;

» Que l'art. 6 de la loi du 22 ventôse an 2 le décide très-clairement, puisqu'il porte que l'art. 16 ne reçoit son exécution, quant à la faculté de disposer du sixième ou du dixième, que sauf les dons entre époux;

» Que de là il suit que les dons entre époux ne sont point régis par l'art. 16, et que ces dons conservent leur effet, conformément aux art. 13 et 14;

» Que, puisque les enfans, ou d'un précédent mariage, ou ceux de l'union, ne seraient pas fondés à se prévaloir de l'art. 16 contre l'époux donataire, pour obtenir les neuf dixièmes des biens donnés, l'enfant du mariage postérieur à celui de la donation le peut encore moins, puisqu'il serait alors plus favorisé que l'enfant de l'union, et que cependant le législateur ne s'est pas occupé de lui dans aucune partie de la loi du 17 nivôse an 2;

» Que, si les enfans du donateur pouvaient invoquer l'art. 16 contre l'époux donataire, pour obtenir les neuf dixièmes réservés en leur faveur par ledit article, les héritiers collatéraux, à défaut d'enfans, pourraient demander la réserve des cinq sixièmes établie à leur profit par la même disposition, et qu'il s'ensuivrait de là que les donations faites entre époux ne conserveraient que les mêmes effets de celles faites entre étrangers, et que la législation spéciale faite par les art. 13 et 14 pour autoriser et favoriser les libéralités entre époux (ce qui entrait principalement dans les vues du législateur), serait entièrement anéantie par cet art. 16; mais que l'on ne peut pas admettre que le législateur ait anéanti les dispositions des art. 13 et 14 de la loi par ledit art. 16;

» Que l'enfant de la veuve Girault n'étant évidemment appelé par aucun article de la loi, et à quelque titre que ce soit, à se prévaloir pour aucune portion des biens donnés en l'an 2 par Girault à la veuve Guignard, dans leur contrat de mariage, les magistrats, qui ne sont que les organes des lois, ne peuvent rien lui accorder, sans commettre un excès de pouvoir; qu'ils ne peuvent chercher dans les lois antérieures à celle du 17 nivôse le droit réclamé par la veuve Girault, puisque l'art. 61 de cette loi les a toutes abolies de la manière la plus expresse;

» Que, pour se conformer aux art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse an 2, qui sont les seules règles dans l'espèce, ils doivent maintenir pleinement et entièrement la donation faite à Catherine Prevost, veuve Guignard;

» Que la loi du 4 germinal an 8 ne peut point régir les effets de la donation du 15 prairial an 2,

BIU Cujas

quoique le donateur soit décédé sous l'empire de cette loi, parceque les donations en contrat de mariage ne sont régies que par la loi en vigueur au temps où les donations ont été faites, et non par celle du décès du donateur;

» Que d'ailleurs ladite loi porte, dans l'art. 1er, qu'elle ne recevra son exécution qu'à *compter de sa publication*, et dans l'art. 6, qu'elle ne déroge point aux dispositions entre époux....;

» Par ces motifs, la cour a mis l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, réformant, décharge les mariés Laurendeau et Delorme, parties de Me Cormeil, des condamnations contre elles prononcées par le jugement dont est appel; et faisant ce que les premiers juges auraient dû faire, met lesdites parties de Cormeil hors de cour et de procès sur toutes les demandes, fins et conclusions de Marie-Charlotte Crossard, veuve Girault....»

La veuve Girault s'est pourvue en cassation contre cet arrêt, et son recours a été admis sans difficulté par la chambre des requêtes.

Mais l'affaire portée à la chambre civile, la cour s'est trouvée partagée d'opinions; et le partage, annoncé à l'audience du 16 avril 1824, n'a pas été vidé, sans doute parceque les parties ont été, par une transaction, au-devant de l'arrêt qui devait le faire cesser.

Du reste, il est à remarquer que M. l'avocat-général Cahier avait conclu à la cassation de l'arrêt de la cour royale de Poitiers: j'ignore sur quelles raisons il s'était fondé; mais je dois croire qu'elles étaient calquées sur celles qu'il avait présentées surérogatoirement lors de l'arrêt du 5 juin 1821; et voici comment il s'était expliqué à cette époque:

« Nous sera-t-il permis de faire quelques observations sur cet arrêt de Poitiers (celui du 15 nivôse an 11), maintenu par l'arrêt de la section des requêtes du 29 messidor an 11?

» Ces observations ne seront pas entièrement étrangères à la cause, puisque, bien que le pourvoi n'offre à juger qu'une question de forme, elles peuvent jeter quelque lumière sur la question de droit.

» Après avoir mûrement examiné, pesé les motifs de cet arrêt de Poitiers, l'esprit et le texte de la loi du 17 nivôse, nous n'avons pu nous défendre de quelque doute sur l'interprétation que cette cour a donnée à l'art. 14.

» L'arrêt de Poitiers du 25 nivôse an 11 a jugé que les art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse ne réduisent la donation faite entre époux qu'en faveur des enfans issus de leur union ou d'un précédent mariage.

» N'y aurait-il pas ici erreur dans cette interprétation de la loi, principalement de l'art. 14.....?

» Le sens de l'art. 13 est facile à saisir.

» Deux dispositions.

» Par la première, sont maintenus, pour avoir tout leur effet, les avantages singuliers et réciproques stipulés entre époux *encore existans*, soit par leur contrat de mariage, soit par des actes postérieurs, ou établis en certains lieux par les coutumes, statuts ou usages.

» Par la seconde disposition, est prévu le cas où existent des enfans de l'union des époux ou d'un précédent mariage du donateur; et, dans ce cas, si les avantages stipulés entre les époux consistent en simple jouissance, ils ne pourront s'élever au-delà de moitié du revenu des biens délaissés par l'époux décédé; et, s'ils consistent en des dispositions de propriété, soit mobilière, soit immobilière, ils seront restreints à l'usufruit des choses qui en seront l'objet, *sans que les avantages puissent excéder la moitié du revenu de la totalité des biens.*

» Il faut reconnaître qu'ici la loi est conçue dans des termes tels que, s'agissant d'avantages stipulés entre époux *encore existans*, par actes antérieurs à la publication de la loi du 17 nivôse an 11, sont appelés au bénéfice de la réduction seulement les enfans nés de leur union ou d'un mariage précédent; qu'à l'égard d'enfans qui pourraient naître d'un mariage postérieur, la loi est muette.

» C'est sur le sens de l'art. 14 que les esprits sont partagés.

» Dans cet article, encore deux dispositions.

» La loi vient de parler (art. 13) des avantages stipulés entre époux *encore existans;* elle va s'expliquer sur ceux stipulés entre époux *dont l'un est décédé avant le 14 juillet* 1789.

» Elles les maintient à l'égard du survivant.

» Et cette disposition peut encore se diviser en deux parties.

» Par l'une, la loi s'explique 1° *sur tous autres avantages stipulés antérieurement au 14 juillet* 1789, *échus ou recueillis postérieurement;* 2° *sur ceux qui pourront avoir lieu à l'avenir.*

» Elle va embrasser et ceux qui résultent des dispositions matrimoniales, et ceux qui proviennent d'institutions, dons entre-vifs ou legs, faits par un mari à sa femme ou par une femme à son mari, et elle prononce *qu'ils obtiendront également leur effet.*

BIU Cujas

» Par la seconde partie de la disposition, la loi ajoute *que ces avantages seront convertis ou réduits en usufruit de moitié.*

» Jusqu'à présent tout est facile à saisir; mais voici où se trouve l'obscurité : *sauf*, dit la loi, *leur conversion en usufruit, dans le cas ou il y aurait des enfans, conformément à l'art.* 13 *ci-dessus.* Quel est le sens de ces mots, *dans le cas où il y aurait des enfans?* Surtout quel est le sens de ceux-ci, *conformément à l'art.* 13 ? C'est ici que l'on n'est plus d'accord.

» D'un côté, l'on prétend que ces mots, *conformément à l'art.* 13 *ci-dessus*, se lient à ceux-ci, *sauf néanmoins leur conversion en usufruit de moitié;* que, par là, l'art. 14 (pour déterminer le mode de cette conversion) renvoie à l'art. 13, où ce mode est expliqué; et l'on ajoute que ces mots, *dans le cas où il y aurait des enfans*, doivent s'entendre dans ce sens, que le législateur, en se servant de ces expressions générales, a embrassé dans sa pensée *tous les enfans existans au décès du donateur*, c'est-à-dire, non seulement ceux nés de l'union des époux entre lesquels les avantages ont été stipulés, et ceux nés d'un mariage précédent du donateur, mais encore ceux nés d'un mariage postérieur.

» D'un autre côté, on prétend que ces mots, *conformément à l'art.* 13, se rapportent à ceux-ci qui précèdent immédiatement, *dans le cas où il y aurait des enfans*; que, par là, le législateur a voulu restreindre, comme il l'a fait par l'art. 13, le sens général et absolu des mots, *dans le cas où il y aurait des enfans*, qu'il a exprimé cette pensée, que la réduction ordonnée par l'art. 14 n'aurait lieu que dans le cas où cette réduction est ordonnée par l'art. 13, c'est-à-dire, et dans le cas où il y aurait des enfans de l'union en vue de laquelle les avantages ont été stipulés, et dans le cas où il y aurait des enfans d'un mariage subséquent.

» Enfin, il en est qui prétendent que ces mots, *conformément à l'art.* 13 *ci-dessus*, se rapportent tout à la fois, et à ceux-ci, *sauf néanmoins leur conversion en usufruit*, et à ceux-là qui précèdent immédiatement, *dans le cas où il y aurait des enfans;* et ils n'en pensent pas moins que la réduction ordonnée par l'art. 14 doit être restreinte aux deux cas où elle est ordonnée par l'art. 13.

» Et telle a été l'opinion de M. Merlin à l'audience du 29 messidor an 11.

» Il paraît que, la question étant agitée à la section des requêtes dans cette audience, de part et d'autre, on a beaucoup argumenté et des règles de la syntaxe, et de la virgule qui séparait ces mots, *dans le cas où il y aurait des enfans*, de ceux-ci, *conformément à l'art.* 13 *ci-dessus.*

» A notre égard, nous pensons que la question doit se décider par des règles d'un autre ordre que celles de la syntaxe; que cette virgule est ici d'une bien faible importance; que, dans les deux, dans les trois sens, la *virgule* pouvait ou rester, ou disparaître, sans que son absence ou sa conservation pût déterminer le sens de la loi.

» Et si nous avions à nous expliquer sur celui dans lequel nous pensons que cette dernière partie de l'art. 14 doit être entendue, nous n'hésiterions pas à adopter le sens que lui a donné la veuve Girault, que lui a donné le commissaire du gouvernement près la cour de Poitiers, et à soutenir que le sens opposé est inconciliable tout à la fois et avec l'esprit de l'ordonnance de 1731, si cette ordonnance n'a pas été abrogée par la loi du 17 nivôse an 2, et avec l'esprit de la loi du 17 nivôse elle-même.

» Et d'abord avec l'esprit de l'ordonnance de 1731.

» En effet, si tel est le sens de l'art. 13 qu'à ce bénéfice de la réduction d'avantages stipulés entre époux postérieurement à la publication de la loi du 17 nivôse, ne peuvent être admis les enfans nés de mariages subséquens, bénéfice créé par la loi nouvelle, comme pour assurer cette légitime qui était assurée aux enfans par les lois anciennes, et aussi par l'art. 15 de la loi du 17 nivôse; s'il arrive que ces avantages embrassent l'universalité des biens meubles et immeubles, présens et futurs de l'époux donateur, quel sera le résultat de cette interprétation de la loi? Que l'enfant né d'un mariage subséquent du donateur, ainsi exclu du bénéfice de cette réduction, pourra se trouver placé dans un état d'exhérédation complète; que, nonobstant l'art. 34 de l'ordonnance de 1731, il pourra arriver que cet enfant ne puisse point exercer l'action en retranchement, pour être rempli de sa légitime.

» Nous avons ajouté que l'interprétation donnée par la cour d'appel de Poitiers était inconciliable avec l'esprit de la loi du 17 nivôse elle-même. En effet, le système de cette loi, et de toute la législation qui en découle, a été d'établir égalité de droits entre les enfans du même père. Or, comment accorder avec ce système cette disposition de la loi, qui, rangeant les enfans du même père en deux classes, placerait dans la première et les enfans nés du mariage objet des avantages stipulés entre lui et sa femme, et les enfans nés d'un mariage précédent; puis, plaçant dans la seconde les enfans nés d'un mariage postérieur, admettrait au bénéfice de la réduction de ces avantages seulement les enfans de la première classe, et en exclurait les enfans de la seconde ?

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

BIU Cujas

» Nous pensons donc que l'art. 14 doit être entendu dans ce sens : les avantages stipulés entre époux, postérieurement à la publication de la loi du 17 nivôse an 2, obtiendront leur effet, sauf néanmoins, *dans le cas où il y aurait des enfans*, leur conversion ou réduction en usufruit de moitié, conformément à l'art. 13 ci-dessus. L'article ainsi rédigé, et les mots, *dans le cas où il y aurait des enfans*, ainsi placés, il y aurait eu moins lieu à équivoque, et aurait été manifesté plus clairement ce sens de la loi que nous croyons le seul vrai :

» 1° Que la conversion en usufruit doit avoir lieu au profit des enfans du donateur existans au temps du décès, quelle que soit l'époque de leur naissance, cette époque ne pouvant influer aucunement sur leurs droits ;

» 2° Que cette conversion aura lieu conformément au mode déterminé par l'art. 13, c'est-à-dire, au cas d'avantages consistant en simple jouissance, réduction à une jouissance de moitié des revenus des biens délaissés par l'époux décédé, et, au cas de disposition de propriété mobilière ou immobilière, conversion, restriction à l'usufruit de moitié des choses qui en sont l'objet.

» Nous nous sommes plus fortement affermis dans notre opinion, après la lecture et la méditation des lois des 5 brumaire, 17 nivôse an 2, 22 ventôse et 9 fructidor an 2, et surtout de la réponse faite par la loi du 22 ventôse an 2 à la dixième question présentée ainsi : *A ce que les avantages conférés par les statuts aux époux, soient maintenus comme ceux qui étaient l'effet de la stipulation.*

» Sur quoi le législateur a fait cette réponse : *Que cette maintenue sort évidemment des termes de l'art. 13 du décret du 17 nivôse, qui maintient les dispositions même statutaires, sous la foi desquelles les époux s'étaient engagés, tandis que l'art. 14 leur permet de plus toute autre stipulation à l'avenir ; latitude politique qui fait assez apercevoir que le système restrictif n'est pas pour les dispositions entre époux*, SAUF LA RÉDUCTIBILITÉ A L'USUFRUIT DE MOITIÉ, EN CAS QU'IL Y AIT DES ENFANS.

» Ici, le législateur, qui se réfère à l'art. 14 de la loi du 17 nivôse, s'est expliqué en termes généraux, absolus, sans distinguer les mariages desquels les enfans sont issus : *au cas qu'il y ait des enfans*, a-t-il dit; ce qui s'applique indistinctement à tous les enfans existans au décès du donateur. Ce peu de mots nous paraît suffisant pour écarter l'équivoque à laquelle ont donné lieu ces mots de l'art. 14, *conformément à l'art.* 13, placés immédiatement après ceux-ci, *dans le cas où il y aurait des enfans.*

» Ajoutons que, si nous nous sommes permis d'émettre sur cette question une opinion opposée à celle adoptée en l'an 11 par M. Merlin, nous n'avons pas été médiocrement enhardis, et par l'opinion de M. Grenier, tome 1er de son *Traité des donations*, conforme sur cet arrêt à la nôtre, et par celle de M. Merlin lui-même, qui dans une note qui nous a été communiquée, portant la date du 4 mai dernier, s'expliquant sur le droit de la veuve Girault, comme représentant son fils, à la réduction de la donation du 15 prairial an 2, ou au retranchement pour la légitime, dans la proportion fixée par la loi du 4 germinal an 8, sous laquelle est décédé le sieur Girault, s'est exprimé en ces termes : *Il n'est personne qui doute que la loi du 17 nivôse an 2 n'ait réservé aux enfans nés d'un mariage postérieur à une donation entre-vifs, faite entre époux par contrat de mariage, le droit de distraire leur légitime des biens compris dans cette donation.*

» Nous devons prévenir une objection : elle se tire de ce que l'art. 13 ne parle pas des enfans nés d'un mariage postérieur.

» Nous répondrons : l'art. 13 ne dispose *qu'à l'égard des avantages stipulés entre époux encore existans.*

» Ainsi, au moment où le législateur parle, les époux qui ont stipulé ne peuvent avoir d'enfans que de leur union, ou d'une union précédente : le cas du mariage postérieur se trouve exclu par les termes de la disposition qui ne porte que sur des époux unis. L'art. 13 ne parle pas, il ne doit pas parler, d'un mariage postérieur, parcequ'il ne contient qu'une disposition transitoire, pour le cas où les époux qui ont stipulé existent encore, et où, par conséquent, il ne peut y avoir d'enfans d'un mariage subséquent.

» Il n'en est pas ainsi de l'art. 14 : il statue pour le cas où l'un des époux est décédé. Ici l'on peut concevoir des enfans d'un mariage postérieur ; aussi il contient une disposition distincte de celle de l'article 13. Il ne parle plus seulement d'enfans de l'union des époux ou d'un précédent mariage; il prononce la réduction en général ; et différent de l'article 13, où se lisaient ces mots, *s'il y a des enfans de leur union, ou d'un précédent mariage*, l'article se sert de ceux-ci, *dans le cas où il y aurait des enfans*, expressions qui regardent le futur, l'état des choses au temps du décès du donateur.

» Ainsi s'explique cette différence de dispositions à l'égard de deux cas distingués dans deux articles séparés, et qui, par cette raison, ne pouvaient être confondus. »

§. IV. 1° *Pour fixer le montant de la réserve due aux enfans du donateur ou testateur, doit-on imputer sur la portion disponible les avantages qu'il a faits à son époux, avant le*

BIU Cujas

Code civil, soit par contrat de mariage, soit par tout autre acte irrévocable?

2° *Doit-on y imputer les gains de survie que l'époux du donateur ou testateur exerce sur ses biens, soit en vertu de la loi sous laquelle il a été marié, soit en vertu de conventions matrimoniales conformes à cette loi?*

3° *Doit-on y imputer les gains de survie que l'époux du donateur ou testateur exerce sur les biens de la communauté, en vertu de leurs conventions matrimoniales?*

I. Sur la première question, la négative a trouvé des partisans : ils ont prétendu qu'imputer dans la portion disponible une donation antérieure au Code civil, c'était violer le principe écrit dans l'art. 2 de ce Code, que la loi ne dispose que pour l'avenir et qu'elle n'a point d'effet rétroactif.

Mais ce système a été proscrit par l'arrêt de la cour de cassation, du 21 juillet 1813, qui est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Réserve*, sect. 1, §. 2, n° 18 : *l'art. 913 du Code civil* (y est-il dit) *n'autorise pas à cumuler les donations faites avant sa publication, avec la portion qu'il déclare disponible; et il n'y a nulle distinction à faire, à cet égard, entre les donations de l'épouse à son premier ou second époux, ou celles qu'il aurait faites à des étrangers.*

La cour de cassation a encore jugé de même le 26 du même mois de juillet 1812, en maintenant un arrêt de la cour d'appel de Rouen, du 20 janvier 1812, et en le maintenant, *attendu qu'en ordonnant le rapport de la donation du 9 thermidor an 6 à la succession Anest, il est déraisonnable de prétendre que cet arrêt puisse être censuré pour vice de rétroactivité, puisque ce rapport n'étant que fictif, ne tend point à porter atteinte à sa validité, mais seulement à diminuer la valeur du legs universel fait à la défendresse; ce qui est un effet inévitable de ce que le Code civil, ayant établi une légitime en faveur des ascendans, et le sieur Anest étant décédé postérieurement à sa publication, ce legs universel doit être réduit, en conformité des art. 915 et 922 du même Code* (1).

La cour d'appel de Turin avait précédemment rendu deux arrêts semblables : l'un est du 15 mars 1806 (2); l'autre, du 20 janvier 1807 (3).

On ne devine pas d'ailleurs comment il eût été possible de juger autrement.

Sans doute, la donation qu'un époux a faite à son époux avant le Code civil, a conféré au donataire un droit qui n'a pu être révoqué ni modifié par des lois postérieures. Sans doute, cette donation ne peut pas être réduite au taux réglé par l'art. 913 du Code civil; mais ce n'est pas à dire pour cela qu'elle ne forme pas obstacle à ce que, sous le Code civil, l'époux donateur dispose du restant de ses biens avec la même latitude que s'il n'eût précédemment disposé de rien à titre gratuit; et ce qui le prouve d'une manière sans réplique, c'est que l'art. 922 détermine la quotité disponible, non d'après les seuls biens que le donateur laisse au moment de sa mort, mais encore d'après les biens qui sont précédemment sortis de son domaine par des donations entre-vifs; c'est par conséquent que cet article est censé dire au père mourant : *Vous pouvez disposer de telle quotité de vos biens actuels, mais vous ne le pouvez que sous la condition que vous n'ayez rien donné précédemment.* Or, qu'importe que ce soit par l'effet des dispositions antérieures ou postérieures à la publication du Code civil, que cette condition manque? Manque-t-elle moins dans un cas que dans l'autre? Non. Le Code civil rétroagirait-il, s'il déclarait expressément que les dispositions antérieures la feront manquer? Non encore, puisque le législateur, par cela seul qu'il est maître d'interdire des dispositions non encore faites, et dont il n'est encore résulté aucun droit acquis, l'est nécessairement aussi de ne les permettre que sous une condition qui se rapporte au passé. Mais si l'on est forcé de convenir qu'en faisant cette déclaration expresse, il ne rétroagirait pas, il faut bien que cette déclaration soit sous-entendue dans l'art. 922; car, de la combinaison des art. 1 et 2, il résulte nécessairement que l'art. 922 doit être exécuté à compter du jour de sa publication, qu'il doit l'être avec toute l'étendue qu'il comporte, et que l'application n'en doit s'arrêter que là où commencerait l'effet rétroactif.

II. Que l'on ne doive pas imputer dans la portion disponible les gains de survie que l'époux du donateur ou testateur exerce sur ses biens, soit en vertu de la loi sous laquelle il a été marié, soit en vertu de conventions matrimoniales conformes à cette loi, c'est ce qui résulte du principe établi dans les conclusions du 21 floréal an 10, rapportées au mot *Légitime*, §. 4, et dans le *Répertoire de jurisprudence*, sous le même mot, sect. 8, §. 2, art. 1, quest. 6 et 7, que les gains de survie conférés par la loi ou stipulés par un contrat de mariage calqué sur la loi, n'étaient pas sujets, dans l'ancien droit, au retranchement de la légitime. En effet, pourquoi étaient-ils affranchis de ce retranchement? Parcequ'ils n'étaient que des réglemens et des conditions du mariage, parcequ'ils dérivaient d'un titre onéreux. Or, le Code civil n'a ni changé ni pu changer

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 13, page 449.
(2) *Ibid.*, tome 6, partie 2, page 535.
(3) *Ibid.*, tome 7, partie 2, page 700.

BIU Cujas

la nature de droits qui étaient irrévocablement acquis avant sa publication; il ne les a donc ni compris ni pu comprendre dans la disposition par laquelle il a ordonné que, dans la masse des biens sur lesquels la réserve devrait être prise, on ferait entrer ceux dont il aurait été disposé par donations entre-vifs.

III. La même raison nous conduit nécessairement à dire qu'on ne doit pas non plus imputer dans la portion disponible les gains de survie que l'époux du donateur exerce sur les biens de la communauté, en vertu de leurs conventions matrimoniales.

En effet, l'art. 1525 du Code civil, après avoir déclaré *qu'il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra aux survivans ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur*, ajoute que *cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives à la donation, soit* QUANT AU FOND, *soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés.*

Dire qu'à cette stipulation ne s'appliquent point, même *quant au fond*, les règles relatives aux donations, c'est bien dire et dire très-clairement que cette stipulation n'est pas un avantage sujet au retranchement de la réserve, ni par conséquent un avantage sujet à imputation dans la portion disponible; car il n'y a d'imputable dans la portion disponible que ce qui pourrait être, au moins subsidiairement, soumis à la réserve.

Ce qui justifie d'ailleurs complétement cette interprétation, c'est le soin que prend l'art. 1527 de faire au principe écrit dans l'art. 1525 une exception qui porte sur la réserve établie par l'art. 1098 au profit des enfans du premier lit, en cas de convol de l'époux survivant à un second mariage: car, de ce que ce principe souffre une exception relativement à la réserve introduite par l'art. 1098, il résulte évidemment qu'il conserve toute sa généralité relativement à la réserve établie par l'art. 913; et par suite, qu'encore que la stipulation dont il s'agit soit considérée comme un avantage par rapport à l'une, elle ne l'est cependant pas par rapport à l'autre.

Du reste, on sent assez que le principe écrit dans l'art. 1525, ne doit pas être limité au cas où il est stipulé par le contrat de mariage que *la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un des époux seulement*, et qu'il doit être également appliqué à la stipulation par laquelle le survivant est appelé à la propriété de tous les meubles de la communauté, et à l'usufruit de la part du prédécédé dans les conquêts immeubles. Quelle différence y a-t-il, en effet, entre les deux stipulations? Aucune, si ce n'est celle qu'il y a entre le plus et le moins; et cette différence ne peut pas empêcher que la seconde stipulation ne soit régie par l'art. 1525, puisqu'elle est, comme la première, restreinte aux biens de la communauté, et qu'elle ne comprend, comme celle-ci, rien qui soit étranger à ces biens. Qu'importe qu'elle n'aille pas aussi loin que la première et qu'elle n'en forme qu'un diminutif? En permettant de laisser au survivant la totalité de la communauté, c'est-à-dire, la propriété de tous les meubles et la propriété de tous les immeubles qui s'y trouvent, sans qu'il en résulte un avantage sujet, même *pour le fond*, aux règles concernant les donations, l'art. 1525 permet, *à fortiori*, de ne lui laisser, avec l'affranchissement de ces règles, que la propriété de tous les meubles et l'usufruit des immeubles formant la part du prédécédé. C'est la conséquence irrésistible de la maxime, *non debet, cui plus licet, quod minus est non licere* (loi 21, D. *de regulis juris*).

RÉSERVE D'ACTION, §. I. 1° *Le défaut de réserve de la part du ministère public, soit dans l'acte d'accusation, soit pendant les débats, de poursuivre l'accusé en cas d'acquittement, pour un autre crime ou délit énoncé dans l'un ou révélé dans le cours des autres, forme-t-il obstacle à ce qu'après l'acquittement de l'accusé, le ministère public le poursuive de nouveau à raison de ce crime ou délit?*

2° *L'arrêt d'une cour d'assises qui refuse au ministère public acte de ses réserves de poursuivre l'accusé, en cas d'acquittement, pour un crime ou délit non compris dans le résumé de l'acte d'accusation, peut-il être cassé comme acquittant arbitrairement, et par excès de pouvoir, l'accusé d'un crime ou délit sur lequel il n'y a pas eu d'instruction?*

Sur la première question, *V.* l'article *Délit*, §. 2.

La seconde est résolue à l'avance pour la négative, par les développemens dans lesquels je suis entré sur la première.

De deux choses l'une, en effet: ou les réserves du ministère étaient nécessaires pour lui conserver le droit de poursuivre de nouveau l'accusé en cas d'acquittement, ou elles étaient surérogatoires.

Si elles étaient nécessaires, elles étaient, par là même, suffisantes; il était donc inutile que la cour d'assises en donnât acte; et un arrêt ne peut pas être cassé pour n'avoir pas fait une chose inutile.

Si elles étaient surérogatoires, le ministère public a encore bien moins sujet de se plaindre du refus de la cour d'assises de lui en donner acte.

BIU Cujas

De là un arrêt de la cour de cassation, du 2 avril 1829, qui est ainsi conçu :

« Ouï le rapport de M. Ollivier, conseiller, et les conclusions de M. Mangin, faisant fonctions d'avocat-général;

» Attendu que le refus de la cour d'assises de donner acte au ministère public de ses réserves de poursuivre, pour le fait d'escroquerie, L.-F. B...., notaire, n'a pas été un excès de pouvoir, et qu'il n'empêcherait pas que le ministère public n'exerçât l'action pour la poursuite du délit d'escroquerie, si cette action lui était ouverte.

» La cour rejette le pourvoi..... »

§. II. *De ce qu'en statuant sur la plainte d'une partie civile, soit par un jugement qui acquitte le prévenu, soit par un jugement portant qu'*il y a lieu à suivre, *le juge de répression ne réserve pas au plaignant le droit de se pourvoir par action civile, s'ensuit-il que l'action civile est fermée à celui-ci?*

L'affirmative n'était pas douteuse dans l'ancienne jurisprudence, et c'est ce que supposait clairement l'art. 2 du titre 18 de l'ordonnance de 1667, lorsqu'il disait : *celui qui aura été dépossédé par violence ou voie de fait, pourra demander la réintégrande par action civile et ordinaire, ou extraordinairement par action criminelle; et s'il a choisi l'une de ces deux actions, il ne pourra se servir de l'autre, si ce n'est qu'en prononçant sur l'extraordinaire on lui eût réservé l'action civile.*

Mais d'où cela venait-il? De ce que, dans l'ancien ordre judiciaire, le juge de répression était appelé par la loi à statuer sur les intérêts privés de la partie civile, non seulement lorsqu'il condamnait l'accusé, mais encore lorsqu'il le renvoyait absous. On sent, en effet, que, par cela seul qu'il renvoyait l'accusé absous, sans statuer sur l'action civile de la partie privée, il devait, d'après l'axiome *quod non judico, adjudico*, être censé rejeter celle-ci, à moins qu'il ne la réservât expressément.

Et c'est assez dire qu'il n'en peut plus être de même aujourd'hui.

Les cours d'assises ont bien encore, comme on l'a vu aux mots *Réparation civile*, §. 2, n° 4, le droit de condamner, lorsqu'il y a lieu, l'accusé acquitté par le jury, à des dommages-intérêts envers la partie civile; mais, d'une part, si c'est un droit pour elles, c'est aussi un devoir; elles ne peuvent plus, en s'abstenant de le remplir, renvoyer la partie civile à se pourvoir pour ses dommages-intérêts devant les tribunaux ordinaires, il faut qu'elles y statuent elles-mêmes. D'un autre côté, comme on l'a vu à l'endroit cité, n° 7, ni les tribunaux correctionnels ni les tribunaux de police n'ont, à cet égard, le même pouvoir que les cours d'assises : du moment qu'ils déclarent le prévenu non coupable, toute leur juridiction est consommée relativement au fait qui a donné lieu à la mise en jugement de celui-ci; ils ne peuvent donc pas statuer sur l'action civile qui résulte de ce même fait; et dès-lors il importe peu qu'ils réservent ou qu'ils ne réservent pas cette action à la partie privée, puisqu'ils ne feraient, en la lui réservant, qu'une chose inutile.

RÉSOLUTION, §. I. *Page* 495, *col.* 1, *supprimez les lignes* 46 (1) *à* 54, *ainsi que la note qui s'y réfère, et substituez-y ce qui suit :*

Un pupille accepte une succession par l'organe de son tuteur; il en jouit, et il vend, avec les formalités requises pour l'aliénation des biens des mineurs, l'un des immeubles qui y sont compris. Parvenu à sa majorité, il se fait restituer contre son acceptation. Quel est, sur la vente qu'il a faite pendant qu'il était héritier, l'effet de sa restitution en entier? La loi 44, D. *de acquirendâ vel omittendâ hereditate*, répond que celle-ci ne porte aucune atteinte à celle-là : *Quoties pupillus patri heres extitit, et abstinet hereditate, quamvis patris bona sub creditoribus fiant, tamen rata habebit debent quæcumque pupillus bonâ fide gesserit : et ideo ei qui fundum, tutore auctore, à pupillo emerit, succurendum erit : nec interest pupillus solvendo sit necne.*

La loi 44, D. *de re judicatâ*, décide également que le jugement rendu contre un pupille autorisé par son tuteur, pendant qu'il jouissait de la succession de son père, conserve, après que ce pupille s'est fait relever de la qualité d'héritier, toute l'autorité de la chose jugée contre ceux qui prennent sa place, soit comme substitués vulgairement, soit comme co-héritiers, sauf à eux à employer, pour le faire rétracter, les voies de droit qui seraient ouvertes au pupille lui-même, si l'hérédité reposait encore sur sa tête : *Ex contractu paterno actum est cùm pupillâ tutore auctore, et condemnata est : postea tutores obtinuerunt eam bonis paternis, et ità bona defuncti ad substitutum vel ad coheredes pervenerunt. Quæritur, an hi ex causâ judicati teneantur? Rescripsit dandam in eos actionem, nisi culpâ tutorum pupilla condemnata est.*

Et c'est en se fondant sur ces lois qu'un arrêt du parlement de Douai, rendu en révision, chambres assemblées, le 20 avril 1730, a jugé, en réformant un arrêt de la même cour, du 11 février 1727, *qu'un majeur de coutume, mais mineur de droit, s'étant*

(1) *Page* 471, *col.* 2, *ligne pénultième* (2e édition).

BIU Cujas

déclaré héritier de son père, et s'en étant fait relever peu de temps après, à cause qu'il trouvait la maison mortuaire fort obérée, les hypothèques acquises dans le temps intermédiaire par quelques-uns des créanciers, devaient subsister au préjudice des autres. Ce sont les termes de Deghewiet dans ses *Institutions au droit belgique*, part. 3, tit. 1er, §. 4, art. 28.

Une donation, etc.

Page 496, *col.* 1, *ligne* 30 (1), *supprimez tout ce qui suit les mots* le vendeur fait, *jusqu'à la fin de l'alinéa, et substituez-y ce qui suit :* résoudre le contrat de vente faute de paiement du prix qui lui en est dû par l'acquéreur, ou il le fait rescinder pour cause de lésion. Que deviennent alors les droits hypothécaires des créanciers de l'acquéreur? Le texte cité déclare qu'ils sont résolus. Cependant il ne tenait qu'à l'acquéreur de se maintenir dans son acquisition, dans le premier cas, en payant au vendeur le prix qu'il lui devait, dans le second, en suppléant ce qui manquait au juste prix.

§. II. *Page* 478, *supprimez-en les* 6 *dernières lignes* (2), *les pages* 499 *à* 503, *ainsi que les* 17 *premières lignes de la col.* 1, *page* 504, *et substituez-y ce qui suit :*

V. l'article *Enregistrement* (*droit d'*), §. 3, n° 1.

Page 504, *col.* 1, *après la ligne* 27 (3), *ajoutez ce qui suit :*

§. IV. *L'action du vendeur en résolution de la vente d'un immeuble, faute de paiement du prix, peut-elle être exercée contre un tiers-acquéreur qui a fait transcrire son contrat, sans que le vendeur eût pris inscription pour son privilége, soit avant cette transcription, soit dans les quinze jours qui l'ont suivie?*

J'ai établi l'affirmative dans des conclusions du 2 décembre 1811, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Résolution*, n° 4; et elle a été consacrée, tant par l'un des motifs de l'arrêt du même jour qui les a adoptées, que par un autre arrêt de la cour de cassation, du 13 décembre 1813, rapporté dans le même recueil, au mot *Transcription*, §. 3, n° 3.

On l'a depuis remise en question au sujet d'une vente qui avait été faite avant le Code civil; et la décision a été la même. Voici l'espèce.

Le 30 germinal an 9, acte notarié par lequel Jean Houdaille et sa femme vendent aux sieur et dame Gin la moitié qui leur appartient dans une maison indivise entre eux et ceux-ci, moyennant une somme convenue, et à la charge de payer à leur acquit la moitié d'une rente foncière de 32 livres 10 sous due sur cette maison au sieur More de Guingery.

Le 4 mars 1818, les sieur et dame Gin revendent cette maison au sieur Bonvallet, sans le charger de cette rente, et même sans en parler.

Le sieur Bonvallet fait transcrire son contrat d'acquisition; et le conservateur des hypothèques lui délivre en conséquence un certificat constatant que la maison n'est chargée d'aucune inscription du chef des vendeurs.

Le 4 décembre 1819, le sieur Lebrun, cessionnaire de la rente foncière du sieur More de Guingery, fait aux sieur et dame Houdaille un commandement de lui en payer deux années échues d'arrérages.

Les sieur et dame Houdaille forment opposition à ce commandement, et mettant en cause tant les sieur et dame Gin que le sieur Bonvallet, ils concluent contre eux à ce qu'ils soient tenus de faire cesser les poursuites du sieur Lebrun sinon à ce que la vente du 30 germinal an 9 soit résolue, et à ce que le sieur Bonvallet soit tenu de leur délaisser l'immeuble.

Le 30 août 1820, jugement du tribunal de première instance d'Avallon, qui, en déboutant les sieur et dame Houdaille de leur opposition, et en adjugeant au sieur Lebrun les conclusions qu'il a prises contre eux, *condamne les mariés Gin et Bonvallet à les garantir et indemniser des condamnations prononcées au profit de ce dernier, sinon, et faute de ce faire dans la huitaine après la signification du présent jugement, déclare dès à présent résolue, sans qu'il soit besoin de nouveau jugement, la vente consentie par les mariés Houdaille aux mariés Gin; déclare le présent jugement commun avec les mariés Bonvallet, qui* seront tenus de délaisser la maison dont il s'agit; *et en cas de résolution de la vente de cette maison, condamne les mariés Gin d'acquitter les arrérages dus au sieur Lebrun pour l'année* 1818, *et les mariés Bonvallet ceux dus pour l'année* 1819; *condamne lesdits mariés Gin et Bonvallet solidairement aux dépens envers les mariés Houdaille, et condamne en même temps les mariés Gin, par toutes les voies de droit, même par corps, à ga-*

(1) *Tome* 6, *page* 492, *col.* 2, *ligne* 42 (2e édit.).
(2) *Page* 475, *col.* 1, *dernière ligne* (2e édition).
(3) *Tome* 6, *page* 697, *col.* 2, *ligne* 43 (2e édition).

BIU Cujas

rantir les mariés Bonvallet de toutes les condamnations prononcées contre eux.

Le sieur Bonvallet appelle de ce jugement à la cour royale de Paris.

Le 28 février 1821, arrêt qui déclare son appel non-recevable.

Le 16 mars 1824, la cour de cassation annulle cet arrêt, et renvoie les parties devant la cour royale d'Orléans.

Là, le sieur Bonvallet se prévaut, entre autres moyens, de ce que les sieur et dame Houdaille n'ont pas conservé, par une inscription prise au plus tard dans la quinzaine de la transcription de on contrat du 4 mars 1818, le privilége qu'ils vaient acquis par leur contrat du 30 germinal an 9.

Le 21 avril 1825, arrêt de la cour royale d'Orléans qui réforme la disposition du jugement de première instance, par laquelle la résolution du contrat de vente du 30 germinal an 9 est prononcée contre le sieur Bonvallet, et déclare les sieur et dame Houdaille non-recevables dans leurs demandes et conclusions contre celui-ci,

« Attendu 1° que Bonvallet n'est appelant que quant aux disposisions qui prononcent contre lui des condamnations au profit des mariés Houdaille;

» 2° Que par le contrat de vente du 4 mars 1818, Bonvallet n'a pas été chargé du service de la rente dont il s'agit;

» 3° Que, ce dernier ayant rempli les formalités prescrites pour la purge des priviléges et hypothèques, sans qu'il se soit trouvé, du chef des mariés Houdaille, aucune inscription sur la maison par lui acquise, il en est devenu propriétaire incommutable;

» 4° Que, faute par les mariés Houdaille d'avoir conservé, par une inscription prise en temps utile et dans les formes voulues, l'hypothèque qu'ils avaient snr ladite maison en force de leur contrat du 30 germinal an 9, ils sont non-recevables dans leurs demandes et conclusions contre Bonvallet;

» 5° Qu'en concluant sur l'appel au bien jugé, ils n'ont pris aucune conclusion directe contre les mariés Gin. »

Les sieur et dame Houdaille se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'attaquent comme violant, par une fausse application des principes relatifs aux priviléges, les art. 1184 et 1654 du Code civil.

Le sieur Bonvallet, assigné devant la chambre civile pour défendre cet arrêt, répond que le contrat de vente dont il s'agit, a été passé avant le Code civil; qu'on ne peut donc pas y sous-entendre, en vertu de l'art. 1184 de ce Code, une clause résolutoire qui n'y est pas exprimée, et encore moins la faire valoir contre un tiers-acquéreur qui a rempli *les formalités de la purge.*

Mais par arrêt du 28 mars 1828, au rapport de M. Rupérou, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Vu les art. 1184 et 1654 du Code civil;

» Attendu que la charge imposée par l'acte du 30 germinal an 9 aux mariés Gin, acquéreurs, de servir, à l'acquit des mariés Houdaille, vendeurs, la moitié de la rente de 32 livres 10 sous affectée sur l'immeuble, formait une portion du prix de la vente;

» Que les dispositions des art. 1184 et 1654 précités, qui donnent au vendeur le droit de demander la résolution de la vente si l'acheteur n'en paie pas le prix, sont conformes aux règles établies par l'ancienne jurisprudence française, laquelle s'était écartée de la rigueur des principes du droit romain en cette matière;

» Que ce droit du vendeur étant un droit réel qui affecte et suit la chose par lui vendue, en quelques mains qu'elle passe, son acquéreur ne peut y porter aucune atteinte en revendant cette chose, parcequ'il ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même;

» Qu'ainsi, quelle qu'ait pu être la bonne foi du tiers-acquéreur, il n'a acquis que la même propriété qu'avait son vendeur, laquelle était modifiée par le droit réel qu'avait le vendeur primitif de la revendiquer, si le prix ne lui en était pas payé;

» Qu'il ne faut pas confondre le privilége qu'a le vendeur pour le recouvrement du prix qui lui est dû, avec le droit qu'il a de demander la résolution de la vente si ce prix ne lui est pas payé; que, si le privilége a besoin d'être conservé par une inscription régulière pour n'être pas purgé par la transcription, il n'en est pas ainsi du droit de demander la résolution, parceque, son exercice étant hors du régime hypothécaire, son effet ne peut recevoir d'atteinte par la transcription, qui ne purge que les priviléges et les hypothèques, sans rien ajouter aux droits qui ont été transmis à l'acquéreur sur la chose vendue.....;

» De tout quoi il résulte qu'en décidant que les mariés Houdaille, faute par eux d'avoir conservé leur hypothèque par une inscription régulière, étaient non-recevables dans leur demande en résolution contre Bonvallet, tiers-acquéreur, de la vente par eux consentie aux mariés Gin, l'arrêt attaqué a violé les art. 1184 et 1654 du Code civil, et faus-

BIU Cujas

sement appliqué les art. 2106 et 2166 du même Code;

» La cour casse et annulle l'arrêt de la cour royale d'Orléans, du 21 avril 1825... (1). »

§. V. 1° *L'action du vendeur en résolution de la vente faute de paiement du prix, peut-elle être intentée directement contre le tiers-acquéreur, et sans mettre en cause l'acquéreur primitif?*

2° *Quel est, à l'égard de l'acquéreur primitif qui n'a pas payé le prix de son acquisition, l'effet du jugement par lequel, sans qu'il ait été mis en cause, la vente est, à raison de ce défaut de paiement, déclarée résolue contre le tiers-acquéreur?*

3° *Quel est, contre l'acquéreur primitif, l'effet d'une transaction par laquelle le tiers-acquéreur, actionné, ou sur le point d'être actionné par le vendeur, en résolution de la vente faute de paiement du prix, consent à ce que la vente soit résolue, et qu'en conséquence le vendeur rentre dans sa propriété?*

4° *Quel est, contre l'emphytéote qui a cédé son droit à un tiers, moyennant une redevance annuelle, l'effet, soit du jugement par lequel le bailleur a fait résoudre le bail emphytéotique contradictoirement avec le cessionnaire, soit de la convention par laquelle celui-ci en a consenti la résolution faute d'accomplissement des conditions imposées au preneur primitif?*

I. Sur la première question, l'affirmative est la conséquence nécessaire du principe que le tiers-acquéreur est soumis à l'action résolutoire de la vente faute de paiement du prix; car il ne peut être soumis à cette action que parcequ'elle est réelle à son égard: or, il n'est point d'action réelle qui ne puisse être intentée directement contre le possesseur de la chose qui en est l'objet; il en est passible, par cela seul qu'il possède cette chose, n'importe de qui et à quel titre il la tient, n'importe qu'il ait ou qu'il n'ait pas un recours à exercer contre son auteur. De là, l'art. 1664 du Code civil, aux termes duquel *le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat.* De là encore l'art. 1681 qui, après avoir dit que, *dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total,* ajoute: *Le tiers-possesseur a le même droit, sauf sa garantie contre son vendeur;* ce qui suppose clairement, et que le tiers-possesseur peut être actionné directement en résolution de la vente faite à son auteur, et que, s'il a une demande récursoire à former contre son auteur, c'est à lui, et à lui seul, à faire toutes les diligences et à faire prendre toutes les mesures nécessaires pour la former utilement.

II. Le tiers-acquéreur étant, comme on vient de le voir, partie compétente pour défendre seul à l'action résolutoire du vendeur, il est clair que le jugement qui, en accueillant cette action, a remis le vendeur en possession de sa chose, ne peut pas être taxé d'irrégularité, sous le prétexte qu'il a été rendu sans que l'acquéreur primitif ait été mis en cause.

Et c'est assez dire que l'acquéreur primitif l'attaquerait vainement par tierce-opposition.

En effet, de deux choses l'une: ou l'acquéreur primitif a reçu du tiers-acquéreur le prix entier de la revente qu'il lui a faite, ou ce prix lui est encore dû en tout ou en partie

Au premier cas, l'acquéreur primitif n'a plus rien à réclamer sur le fonds qui lui a été vendu, puisqu'il a transféré au tiers-acquéreur la propriété résoluble qu'il en avait, et qu'il n'y a conservé aucun droit d'hypothèque; il est donc sans intérêt, et par conséquent sans qualité pour former tierce-opposition au jugement qui a fait rentrer ces fonds dans le domaine du vendeur.

Au second cas, il est vrai que le jugement lui porte préjudice, en ce qu'il éteint son hypothèque privilégiée; mais si de là il résulte qu'il a intérêt d'attaquer ce jugement, ce n'est pas à dire pour cela qu'il y soit recevable.

D'une part, en effet, il n'était plus, au moment où ce jugement a été rendu, que le créancier hypothécaire du tiers-acquéreur, et tout le monde sait qu'un créancier hypothécaire n'est pas recevable à former tierce-opposition au jugement qui, en résolvant le titre de propriété de son débiteur, détruit son hypothèque (1).

D'un autre côté, ce n'est qu'à sa faute ou à celle d'un mandataire dont il est responsable, qu'il peut imputer le préjudice que lui cause le jugement résolutoire de la vente; car il ne tenait qu'à lui de le prévenir en payant son vendeur, ou, s'il en a chargé le tiers-acquéreur par le contrat de revente, de

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 30, page 83.

(1) *V.* l'article *Opposition (tierce-)*, §. 1.

BIU Cujas

veiller à ce que celui-ci qui, par là, était devenu son mandataire *ad hoc*, le payât à son acquit. Or, est-il recevable à se faire, soit d'une faute qui lui est personnelle, soit d'une faute qu'il est censé avoir commise lui-même, un moyen de tierce-opposition contre un jugement qui n'est que la conséquence de l'une ou de l'autre? Non, évidemment non : il doit être repoussé par la grande maxime, *quod quis ex culpâ suâ damnum sentit, non intelligitur sentire* (loi 203, D. *regulis juris*).

III. L'effet que nous venons de voir résulter contre l'acquéreur primitif, du jugement qui, sans qu'il ait été mis en cause, a prononcé la résolution de la vente contre le tiers-acquéreur, résulte-t-il également d'une transaction par laquelle le tiers-acquéreur, actionné, ou sur le point d'être actionné par le vendeur, en résolution de la vente faute de paiement du prix, consent à ce que la vente soit résolue, et qu'en conséquence le vendeur rentre dans sa propriété?

On peut dire pour la négative, qu'aux termes de l'art. 1165 du Code civil, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.

Mais l'art. 1351 du même Code dit aussi que les jugemens n'ont d'effet qu'entre les parties avec lesquelles ils ont été rendus; et cependant on vient de voir que le jugement par lequel la résolution de la vente a été prononcée contre le tiers-acquéreur, produit tout son effet contre l'acquéreur primitif, quoiqu'il n'ait pas été mis en cause. Pourquoi n'en serait-il pas de même d'une transaction? Dès que le droit de faire résoudre la vente est acquis au vendeur, et que le tiers-acquéreur n'a aucun moyen de s'y soustraire, qu'importe qu'il soit reconnu par une transaction, ou déclaré par un jugement? La transaction ne fait alors que ce qu'il serait impossible que le jugement ne fît pas. Qu'importe encore que le tiers-acquéreur n'ait pas averti l'acquéreur primitif de la nécessité où il se trouvait, soit de souscrire l'une, soit de subir l'autre, et qu'il ne l'ait pas mis, par là, à portée de prévenir la résolution de la vente, en payant lui-même le vendeur, de conserver par ce moyen l'hypothèque privilégiée qu'il avait sur le fonds pour le prix de sa revente, et de faire résoudre sa revente même faute de paiement de ce prix? Il résulte bien de là que l'acquéreur primitif a une action en dommages-intérêts contre le tiers-acquéreur, mais non pas qu'il peut demander contre le vendeur la nullité de l'acte résolutoire de la vente; car, en souscrivant cet acte, le tiers-acquéreur a usé du droit qu'il avait comme saisi actuellement de la propriété résoluble du fonds vendu, et le vendeur ne pourrait être privé de l'effet de l'exercice fait par le tiers-acquéreur de ce droit, qu'autant qu'il serait prouvé que l'un s'est entendu frauduleusement avec l'autre pour frustrer les droits de l'acquéreur primitif.

C'est, au surplus, ce qui a été jugé dans l'espèce suivante.

En 1760, le baron Diert vend au comte d'Hérouville 706 mesures de terres incultes et en grande partie couvertes d'eau, moyennant une rente de 500 livres rachetables par un capital de 12,000 livres.

En 1780, le comte d'Hérouville revend le même bien au sieur Vandermey, moyennant une somme payable à des termes éloignés, et à la charge de servir au baron Diert la rente de 500 livres qui lui est due.

Le sieur Vandermey se met en possession de ces 706 mesures de terre, et entreprend de grands travaux pour les dessécher, mais ne paie point la rente.

Immédiatement après la publication de la loi du 11 brumaire an 7, le baron Diert prend une inscription hypothécaire sur ces biens pour la conservation de ses droits.

Peu de temps après, il se dispose à intenter contre le sieur Vandermey une action en résolution de la vente de 1760.

Le sieur Vandermey, hors d'état d'acquitter les arrérages échus de la rente, va au-devant de cette action, et par un acte du 19 brumaire an 9, qualifié de transaction, il consent à la rentrée du baron Diert dans la propriété des 706 mesures de terres.

Après le décès du sieur Vandermey, et de concert avec le curateur à sa succession vacante, les représentans du comte d'Hérouville, encore créanciers du prix de la vente de 1780, attaquent cette transaction, et soutiennent qu'elle est nulle; ils concluent en même temps à ce que la vente de 1780 soit résolue, sous l'offre qu'ils font de payer la rente due au baron Diert.

Jugement qui rejette ces demandes.

Appel, et le 2 août 1826, arrêt de la cour royale de Douai, qui met l'appellation au néant,

« Attendu que Vandermey, propriétaire des 706 mesures de terres, a pu, par l'acte du 19 brumaire an 9, sans mise en demeure de d'Hérouville, consentir à la rétrocession, au profit du baron Diert, de cette propriété qu'il avait originairement aliénée;

» Qu'en admettant que lesdits intervenans aient encore quelques droits réels sur cette propriété, l'acte de l'an 9 étant pour eux *res inter alios acta*, n'y porte aucune atteinte; que, dès-lors, l'existence hypothétique de ces droits ne rend point lesdits

BIU Cujas

intervenans habiles à demander la nullité dudit acte. »

Les représentans du comte d'Hérouville se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'attaquent comme violant l'art. 1184 du Code civil.

« Vandermey (disent-ils) avait acquis de d'Hérouville les terres achetées par ce dernier du baron Diert; d'Hérouville pouvait donc, à défaut de paiement du prix, actionner Vandermey en résolution de la vente.

» En abdiquant la propriété des terrains en faveur du vendeur originaire, par l'acte de l'an 9, Vandermey a-t-il changé la position de d'Hérouville ?

» Non sans doute, car ou l'acte de l'an 9 est simplement une revente des biens litigieux, et alors le baron Diert, acquéreur de Vandermey, ne possède que comme celui-ci possédait lui-même, sous le coup d'une action en résolution de la part de d'Hérouville; ou bien cet acte constitue une résolution du contrat de 1760; et alors Vandermey a bien pu anéantir ce contrat en ce qui le concernait personnellement, et quant à la faculté qu'il avait de s'en prévaloir lui-même; mais il n'a pas pu priver d'Hérouville des droits qu'il puise dans cet acte; nul ne peut disposer des droits d'autrui. Qu'importe donc que, dans l'espèce, le baron Diert, vendeur originaire, eût pu intenter l'action en résolution pour défaut de paiement du prix de la première vente, si Vandermey, sur les premières poursuites, n'eût pas acquitté tous les arrérages échus de la rente ? Cette résolution obtenue contre Vandermey n'eût pas été opposable à d'Hérouville; car Vandermey n'était pas son représentant vis-à-vis du baron Diert, et par conséquent n'aurait pu être considéré comme ayant figuré en son nom dans l'instance.

» En effet, lorsqu'un premier acquéreur rétrocède la chose à un second, il n'entend point se le donner pour remplaçant vis-à-vis de son vendeur; il ne le place pas entre son vendeur et lui pour être son substitué, pour agir en son nom; car, ainsi confiés à un tiers, ses intérêts pourraient être compromis par la fraude ou la négligence du mandataire. Le contrat de revente est un acte tout-à-fait étranger au vendeur originaire. Celui-ci n'a point à s'occuper des relations nouvelles que la rétrocession a créées. Tout cela est pour lui *res inter alios acta*. Il n'a toujours à faire exécuter que l'acte dans lequel il est lui-même intervenu; il ne lui reste toujours pour obligé direct que l'acquéreur qui a paru à cet acte. C'est à celui-là qu'il doit demander son paiement, et c'est contre lui qu'il est obligé de poursuivre la résolution, s'il n'est pas payé.

» Quelle iniquité n'y aurait-il pas à rendre le premier acheteur responsable du fait de son rétrocessionnaire? Aux yeux de la loi, est-ce qu'il connaît ce fait ? Est-il tenu de le connaître ? Ne doit-il pas croire, tant que le vendeur originaire ne lui demande pas l'exécution de son obligation, que celui-ci a renoncé à ses droits? Pourra-t-on faire résoudre, contre l'acquéreur, un contrat qu'il n'a pas été mis en demeure d'exécuter?

» Supposez, d'un autre côté, que, par suite de l'amélioration des propriétés (et c'est ce qui se rencontre ici, où elles étaient incultes et presque sans valeur au moment de la vente originaire), le vendeur originaire ait intérêt à rentrer dans son fonds : il pourra s'entendre avec le second acquéreur; il dirigera contre lui des poursuites convenues; et sur ce simulacre d'instance, le contrat sera résolu contre le rétrocessionnaire, qui sera peu ou mal défendu; et les droits du premier acquéreur seront ainsi livrés aux chances de collusion de deux parties, dont il lui serait presque impossible de déjouer les manœuvres.

» Bien plus, dans l'espèce, il n'y a pas même eu de poursuites; une instance, telle quelle, est du moins une voie de publicité : elle offre à l'acquéreur primitif une chance d'apprendre la contestation qui est née, et les risques que son issue peut lui faire courir. Or, M. d'Hérouville n'a pas seulement eu le bénéfice de cette éventualité.

» L'arrêt attaqué porte que, si le comte d'Hérouville a des droits réels sur les biens litigieux, l'acte de l'an 9 étant pour lui *res inter alios acta*, n'y porte aucune atteinte.

» Mais ce motif, qui serait fondé si le comte d'Hérouville réclamait seulement une hypothèque ou toute autre charge réelle sur les biens dont il s'agit, est ici manifestement dérisoire, puisque c'est la propriété elle-même de ces biens qui était l'objet de sa demande, et qu'ainsi, les prétentions du baron Diert et du comte d'Hérouville étant incompatibles, on ne pouvait admettre les unes sans repousser absolument les autres. »

Mais par arrêt du 12 mars 1829,

« Attendu que la résiliation d'un contrat de vente, à défaut de paiement du prix, peut être consentie par transaction, comme elle serait ordonnée par jugement, lorsque les mêmes causes de résolution existent;

» Que, dans l'espèce, Vandermey ne pouvait ni acquitter les arrérages accumulés, ni rembourser le capital d'une rente à la charge de laquelle il avait acquis du comte d'Hérouville, qui en avait été lui-même grevé, a dû, pour éviter l'effet de l'inscription hypothécaire existant sur les biens, et l'action en expropriation qui pouvait en être la suite, consentir la rétrocession en faveur du baron Diert, son créancier, propriétaire originaire des biens,

BIU Cujas

sans appeler son vendeur, qui, depuis l'aliénation qu'il en avait faite, n'avait plus de droit sur les biens, et n'avait d'intérêt qu'à l'extinction de la dette à l'acquit de laquelle il restait personnellement obligé;

» Qu'en jugeant que les demandeurs n'avaient point d'action en nullité contre l'acte du 10 novembre 1800, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (1). »

IV. La quatrième question est résolue à l'avance par ce qui vient d'être dit sur la troisième; et elle a été jugée dans le même sens que celle-ci, d'abord, par un arrêt de la cour royale de Dijon, ensuite par un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce.

Le 10 février 1761, acte notarié par lequel le sieur d'Hautefeuille, prieur de Varennes, cède au sieur Étienne Chanaux le moulin de Dampremont avec ses dépendances, appartenant à son prieuré, pour en jouir à titre d'emphytéose pendant 99 ans, moyennant une redevance annuelle de 96 livres, six chapons et deux oisons.

Après le décès d'Étienne Chanaux, ses enfans abandonnent le bail emphytéotique du moulin et de quelques-unes de ses dépendances seulement à Nicolas Chanaux, leur frère.

Celui-ci le cède à un sieur Sylvestre, des mains duquel, après plusieurs mutations successives, il passe entre celles du sieur Delezy.

Le 6 messidor an 4, les sieurs Nicolas Chanaux, Louis Bouvier et Nicolas Lefebvre acquièrent de l'administration du département de la Haute-Marne le domaine direct du moulin de Dampremont, devenu propriété nationale par l'effet de la loi du 2 octobre 1789; mais des difficultés s'élèvent sur l'exécution de cette vente entre le gouvernement et les acquéreurs; et par suite, la mise en possession de ceux-ci reste en suspens.

Cependant, le 2 fructidor an 10, le sieur Delezy cède l'emphytéose au sieur Claude Coens, sous les clauses et conditions du bail primitif.

Celui-ci la cède à son tour, le 8 germinal an 11, au sieur François Gallot, en le chargeant de remplir pour lui toutes les obligations qu'il a contractées par l'acte du 2 fructidor an 10, et de lui payer annuellement une somme de 70 francs pendant la durée du bail.

Le 16 messidor an 12, le sieur Gallot en fait une arrière-cession au sieur Joseph Gautherot, qui s'oblige à l'acquitter de tous les engagemens auxquels il s'est soumis par le contrat du 8 germinal an 11, et à lui payer une redevance annuelle de 72 francs jusqu'à l'expiration des 99 ans.

Le sieur Gautherot jouit d'abord paisiblement du moulin et des dépendances; mais, à l'exemple de ses trois prédécesseurs, il ne paie pas la redevance stipulée par le bail emphytéotique du 18 février 1761, ni ne fait aux bâtimens les réparations nécessaires pour en prévenir la dégradation totale.

En 1806, les sieur Chanaux, Bouvier et Lefebvre, acquéreurs des droits du bailleur primitif, obtiennent enfin du gouvernement une décision qui les autorise à en prendre possession.

Aussitôt ils s'adressent au sieur Gautherot, et le somment par un acte extrajudiciaire de leur payer les arrérages de leur rente emphytéotique, et de remettre les bâtimens en bon état.

Le sieur Gautherot, hors d'état de satisfaire à cette sommation, entre en pourparlers avec les sieurs Chanaux, Bouvier et Lefebvre; et par une transaction sous seing-privé, du 24 février 1807, *il se dessaisit, en leur faveur, du moulin et des immeubles en dépendans, tels qu'il en jouissait et que ses devanciers en devaient jouir; moyennant quoi, ils le tiennent quitte de toute répétition pour fermages et réparations.*

Le 27 mars 1815, acte notarié par lequel *Joseph Gautherot renouvelle la cession par lui faite, comme il sera dit ci-après, et de nouveau cède et abandonne, dès aujourd'hui et pour toujours, et en toute propriété, aux sieurs Jean Bouvier et consorts...., tous les droits, actions et prétentions qui lui compètent et appartiennent dans le bail emphytéotique du moulin de Dampremont, composé, comme le tout se contient et comporte, que lesdits concessionnaires ont dit bien connaître, et tels que ledit Gautherot en a joui, et que ses devanciers en devaient jouir....; et attendu que la propriété du moulin et dépendances a passé entre les mains des susdits Bouvier et consorts, en vertu de l'adjudication qui leur a été faite devant les administrateurs du département de la Haute-Marne, le 6 messidor an 4, la redevance originaire établie sur ledit moulin, consistant en 96 livres tournois, six chapons et deux oisons, estimés ensemble 4 francs, se trouve éteinte, supprimée et confondue entre les mains desdits cessionnaires comparans, qui deviennent, au moyen du présent acte et de celui d'acquisition du 6 messidor an 4, débiteurs et créanciers de la même chose; c'est pourquoi lesdits cédans et cessionnaires se trouvent libérés les uns envers les autres, et promettent de ne jamais se faire aucune répétition à raison dudit bail emphytéotique.*

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1829, page 177.

BIU Cujas

En 1818, le sieur Coens fait assigner le sieur Gallot devant le tribunal de première instance de Langres, pour se voir condamner à lui payer tous les arrérages échus, depuis le 8 germinal an 11, de la rente de 70 francs qu'il s'est réservée en lui cédant ses droits au bail emphytéotique du moulin de Dampremont, sinon, à voir déclarer la cession qu'il lui en a faite pleinement résolue; et mettant en cause le sieur Gautherot, il conclud contre lui à ce que la résolution qui sera prononcée de la cession par lui faite au sieur Gallot, le 8 germinal an 11, soit déclarée commune à l'arrière-cession du 16 messidor an 12.

Le sieur Gallot prend des conclusions en garantie contre le sieur Gautherot, son cessionnaire.

Le sieur Gautherot, de son côté, fait assigner les sieurs Chanaux, Bouvier et Lefebvre en arrière-garantie.

Ceux-ci soutiennent que, par les actes des 24 février 1807 et 27 mars 1815, ils ne sont pas devenus cessionnaires des droits du sieur Gautherot au bail emphytéotique; mais que ces droits ont été résolus tant à raison du défaut de paiement de la rente qui formait le prix de l'emphytéose, qu'à raison de la dégradation des bâtimens, c'est-à-dire, pour des causes inhérentes au contrat primitif; que la résolution de ces droits emporte, quant à eux, celle des cessions faites par le sieur Coens au sieur Gallot, et par le sieur Gallot au sieur Gautherot; et que par conséquent ils ne peuvent être ni tenus au paiement de la rente réclamée par le sieur Coens, ni passibles des garanties qui peuvent être dues par le sieur Gallot au sieur Coens, et par le sieur Gautherot au sieur Gallot.

Le 11 janvier 1825, jugement qui, prenant à la lettre les actes de 1807 et 1815, et les considérant comme un simple transport des droits du sieur Gautherot aux sieurs Chanaux, Bouvier et Lefebvre, condamne à payer au sieur Coens les années non prescrites, c'est-à-dire, les cinq dernières de la rente de 70 francs, et déclare qu'il n'y a lieu, quant à présent, de statuer sur la demande en résolution des sous-baux.

Appel, de la part des sieurs Chanaux, Bouvier et Lefebvre, à la cour royale de Dijon.

Par arrêt du 13 janvier 1825,

« Considérant que toutes les demandes des intimés contre les appelans reposent sur la supposition que les appelans sont complétement devenus cessionnaires du sieur Gautherot, et qu'ils jouissent de l'objet rétrocédé à titre de sous-fermiers; que cette supposition est fausse, contraire aux faits, et démentie par les actes intervenus entre les appelans et Gautherot; qu'il est prouvé, par les faits et actes, que les appelans représentent aujourd'hui le bailleur primitif; qu'ils en ont exercé les droits et actions vis-à-vis Gautherot; que ce dernier, qui occupait le moulin et dépendances à titre de fermier, n'ayant pas rempli les conditions du bail primitif vis-à-vis les représentans du bailleur, avait encouru la peine de la résiliation, a été poursuivi en conséquence et a consenti à cette résiliation;

« Que, si l'exercice de ce droit de la part du bailleur primitif porte préjudice à quelques stipulations particulières entre les intimés qui se sont successivement transmis le bail primitif, en vertu d'actes passés entre eux et absolument étrangers aux appelans, les divers sous-fermiers ont à s'imputer d'avoir choisi pour les représenter un individu qui n'a pas rempli ces conditions du bail primitif, et ne peuvent avoir de recours que contre lui et non contre le bailleur primitif;

» Que de là il suit que la résiliation intervenue entre les appelans et Gautherot est régulière, valable, et n'assujétit les appelans à aucune obligation vis-à-vis les intimés, et qu'elle doit faire décider que toutes les demandes des intimés sont mal fondées. »

La cour royale de Dijon réforme le jugement dont est appel, et décharge les appelans des condamnations prononcées contre eux.

Les héritiers du sieur Coens se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et soutiennent qu'il a violé l'art. 1184 du Code civil.

« De l'aveu de tous les auteurs (disent-ils), l'emphytéose donne au preneur un droit réel sur le fonds (1).

» Il suit de là qu'en rétrocédant son bail, l'emphytéote conserve une action réelle pour rentrer dans la jouissance de l'héritage, si le sous-preneur ne remplit pas à son égard les conditions de la rétrocession. Or, dans l'espèce, le dernier preneur jouissait du bail, sous condition 1° de servir les deux redevances stipulées par Coens; 2° d'en payer une troisième à son cédant. Il ne pouvait donc transmettre les droits qu'il avait à l'emphytéose, que grevés de cette double charge, d'après la règle *nemo plus juris*, etc. Cette règle est vraie en cas de vente, d'usufruit, de cession de bail : pourquoi ne le serait-elle pas à l'égard de l'emphytéose? Disons donc que Gautherot n'a pu céder ses droits que grevés de la condition résolutoire sous-entendue aux termes de l'art. 1184, dans son contrat de rétrocession, pour le cas où il n'aurait point satisfait à son engagement.

» Or, ce cas est précisément arrivé. Coens, premier sous-bailleur, qui avait stipulé une prestation personnelle à son profit, n'en étant point payé, a demandé la résolution contre son sous-preneur Gal-

(1) *V.* l'article *Emphytéose*, §. 5.

BIU Cujas

lot, et celui-ci l'a également demandée contre son sous-preneur Gautherot; ce dernier a donc pu être exproprié, et par conséquent l'extinction qu'il a consentie de son bail a dû être résolue; cet effet qu'a produit l'inexécution des conditions de la part des sous-preneurs, incontestable à l'égard de la cession faite à un tiers autre que le propriétaire direct, ne l'est pas moins vis-à-vis du transport fait à celui-ci.

» Cette qualité de propriétaire ne saurait, en effet, changer le droit qui naît d'une cause qui lui est étrangère.

» Qu'importe que le transport en faveur des propriétaires ait été envisagé comme une véritable résiliation? Il reste toujours vrai que nul ne pouvant, par l'usage qu'il fait de son droit, changer les conditions sous lesquelles il le possède, la résolution que le sous-preneur consent au propriétaire, est subordonnée dans son efficacité à l'accomplissement envers le premier preneur des conditions de la rétrocession.

» Mais, objecte la cour royale de Dijon, tous les sous-bailleurs intermédiaires étaient représentés par Gautherot, vis-à-vis des sieurs Bouvier et consorts, et tant pis pour eux s'ils ont choisi un individu indigne de les représenter; il ne leur reste qu'une action récursoire contre lui.

» Ce raisonnement est tout-à-fait vicieux.

» Chacun des sous-bailleurs était toujours demeuré personnellement assujéti à l'exécution du bail; la jouissance des objets amodiés n'a été successivement transmise à d'autres que par des contrats étrangers au propriétaire, et qui ne changeaient en rien leurs obligations envers lui; c'était donc toujours à eux que le bailleur originaire ou ses successeurs devaient demander l'accomplissement des conditions stipulées au bail primitif.

» La résolution du bail ne pouvait donc être obtenue contre le preneur primitif et tous ses cessionnaires successifs, qu'après que chacun d'eux eût été mis personnellement en demeure. Jusque-là toute résiliation consentie au propriétaire par le dernier sous-preneur était *res inter alios acta*, et ne pouvait utilement leur être opposée.

» Mais en supposant que cette mise en demeure ne fût pas indispensable, du moins aurait-il fallu que la résiliation du bail emphytéotique, pour être légale, eût été *nécessaire*, et cette nécessité ne pouvait être constatée que par la justice. Sans doute si, après un commandement de payer resté infructueux, après un rapport d'experts régulièrement nommés, les détériorations du moulin eussent été évidentes, le demandeur n'aurait pas à se plaindre de la résiliation qui serait alors prononcée; le jugement qui aurait constaté ces dégradations ou le défaut de paiement, eût écarté toute idée de collusion entre le dernier sous-preneur et le propriétaire; mais les choses se sont passées autrement. La résiliation a été *volontaire* de la part de Gautherot, puisque aucune assignation en justice ne lui avait été donnée. On ne pouvait pas considérer comme telle une simple sommation qui, d'ailleurs, n'était pas représentée; car l'arrêt se borne à déclarer que les défendeurs éventuels *prétendaient* avoir donné une sommation; or, jamais une allégation ne tint lieu de certitude (1).

» D'ailleurs, la résiliation eût-elle été faite régulièrement, elle ne pouvait l'avoir été que sous la condition de l'accomplissement des obligations dont était tenu le sieur Gautherot envers le sieur Coens, parceque le premier n'avait pu abandonner le moulin dont il s'agit, qu'avec les charges dont il était grevé, et l'une de ces charges était la prestation annuelle de 70 francs, stipulée en faveur de Coens. Celui-ci n'avait pas seulement une action personnelle contre Gautherot pour s'en faire payer; mais il avait nécessairement, et par sa qualité même d'emphytéote, un droit réel sur la chose pour garantie de cette prestation. »

Mais par arrêt du 27 août 1827, au rapport de de M. Lasagni, et sur les conclusions de M. l'avocat-général de Vatimesnil,

« Attendu, en droit, qu'en cas de violation des conditions auxquelles le bail originaire était *essentiellement* subordonné, et notamment en cas de *détérioration notable* des biens, le bailleur originaire avait l'action en *résolution* du même bail, et en *réintégration* dans la possession des biens emphytéotiques; que cette action était *réelle*, *directe*, *immédiate* contre un *tiers*-possesseur quelconque des mêmes biens; qu'elle ne pouvait aucunement être *entravée* par les contrats particuliers passés entre les différens *sous-bailleurs* et *sous-preneurs*,

---

(1) Sans contredit, si la résiliation du sieur Gautherot eût été purement volontaire, si elle n'eût été qu'un *déguerpissement* proprement dit, elle n'aurait, comme on l'a vu plus haut, §. 1, porté aucune atteinte aux droits réels acquis successivement par les sieurs Coens et Gallot sur le fonds emphytéotique; mais l'arrêt de la cour royale de Dijon constatait en fait, que le sieur Gautherot ne l'avait souscrite que forcément, et pour faire cesser des poursuites à l'effet desquelles il lui était impossible de se soustraire. Il ne se bornait pas d'ailleurs *à déclarer que les défendeurs éventuels* (les sieurs Chanaux, Bouvier et Lefebvre) *prétendaient avoir donné une sommation:* il disait, au contraire, en toutes lettres, que Gautherot n'ayant pas rempli les conditions du bail primitif vis-à-vis les représentans du bailleur, avait encouru la peine de la résiliation, et avait été *poursuivi* en conséquence.

BIU Cujas

auxquels le bailleur originaire aurait été entièrement étranger;

» Et attendu, en fait, qu'il est constant et reconnu que le bailleur originaire, ainsi que ses représentans, n'ont jamais figuré aux actes passés entre les différens *sous-preneurs* et *sous-bailleurs;* qu'en 1806, toutes les conditions du bail originaire avaient été méconnues; que tous les biens emphytéotiques avaient été *totalement détériorés;* que les représentans du bailleur originaire exerçaient leur action en *résolution* du bail, et en *réintégration* dans la possession des biens emphytéotiques contre Gautherot, possesseur actuel des mêmes biens; que c'est pour éviter un procès dont l'issue ne pouvait lui être favorable, que Gautherot avait dû consentir la *résolution* du bail et la *réintégration* des représentans du bailleur originaire dans la possession des biens emphytéotiques;

» Que, dans ces circonstances, en déclarant bonnes et valables cette résolution et cette réintégration, et en condamnant chacun des sous-bailleurs et sous-preneurs à se garantir réciproquement, et ainsi que de droit, tous les faits et toutes les stipulations qui leur étaient propres, l'arrêt attaqué a fait une juste application des lois de la matière;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi.... »

§. VI. 1° *A défaut de paiement du prix d'une licitation, y a-t-il lieu à l'action résolutoire contre l'adjudicataire?*

2° *Y a-t-il lieu à cette action contre le tiers à qui l'adjudicataire a vendu ou cédé, à un titre quelconque, le bien licité?*

Ces deux questions dépendent l'une de l'autre, et n'en font, à proprement parler, qu'une seule; car si, à défaut de paiement du prix, la licitation est résoluble à l'égard de l'adjudicataire, elle l'est nécessairement aussi, d'après les art. 2125 et 2182 du Code civil, à l'égard du tiers-acquéreur; et l'on sent bien que, si elle ne l'est pas à l'égard du premier, il est impossible qu'elle le soit à l'égard du second.

Voyons donc si, en général, la licitation peut être résolue à défaut de paiement du prix.

Elle peut certainement l'être, si elle en contient la stipulation expresse; et c'est ce qu'a jugé, sur mes conclusions, l'arrêt de la cour de cassation, du 2 décembre 1811, dont il est parlé ci-dessus, §. 4.

Elle l'est aussi sans aucun doute, si des étrangers, c'est-à-dire, d'autres que les co-propriétaires, ont été admis à enchérir, et si c'est l'un d'eux qui est demeuré adjudicataire, parcequ'alors elle a, pour et contre lui, tous les caractères et tous les effets d'une vente proprement dite, ou, en d'autres termes, parcequ'alors tous les co-propriétaires de la chose commune la vendent réellement à l'adjudicataire.

Mais il en est autrement, si la licitation n'est faite qu'entre les co-propriétaires; et la raison en est simple : c'est que, dans ce cas, elle n'est point une vente, mais un mode de partage; que le partage n'est point *attributif*, mais seulement *déclaratif* de la propriété des objets qui en font la matière; qu'en conséquence, le co-licitant à qui la chose commune est adjugée, est censé la tenir de l'auteur qui lui est commun avec ses co-licitans; et que, par suite, ceux-ci sont censés tenir du même auteur le droit d'en exiger le prix de l'adjudicataire (1).

C'est au surplus ce qui a été jugé, d'abord par la cour royale de Lyon, ensuite par la cour de cassation, dans l'espèce suivante.

Le 15 janvier 1793, les sieurs Escoffier et Desfours licitent entre eux le domaine de la Croix-Bourse qu'ils ont récemment acquis en commun.

Le domaine reste au sieur Escoffier, comme plus haut enchérisseur, à la charge notamment de payer au sieur Desfours une rente de 1,500 francs, au capital de 40,000, à laquelle l'immeuble sera hypothéqué par privilége.

Le 10 avril 1794, le sieur Escoffier vend une partie du domaine de la Croix-Bourse, en chargeant l'acquéreur de la rente qu'il doit au sieur Desfours.

Le 22 août 1795, l'acquéreur la revend aux sieur et dame Seppe, qui en paient le prix comptant, et obtiennent, sur leur contrat, le 8 nivôse an 4, des lettres de ratification scellées sans opposition de la part du sieur Desfours.

Le 25 floréal an 5, ils la revendent au sieur Guittard, et en laissent le prix entre ses mains, à la charge de leur en payer les intérêts jusqu'au remboursement du capital.

Mais, au lieu de payer ces intérêts aux sieur et dame Seppe, il les paie, sans doute du consentement de ceux-ci, au sieur Desfours.

En 1813, les sieur et dame Seppe font faillite, et leurs créanciers demandent au sieur Guittard le paiement du prix de la vente du 25 floréal an 5, ainsi que de tous les intérêts qui en ont couru depuis le jour du contrat.

Le sieur Guittard reconnaît devoir le prix principal; mais, quant aux intérêts, il appelle en garantie le sieur Desfours, à qui il les a payés.

Le sieur Desfours conclud à ce que, sans s'arrêter

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Licitation*, §. 3.

BIU Cujas

aux lettres de ratification obtenues par les sieur et dame Seppe, il soit autorisé à retenir les intérêts qu'il a reçus du sieur Guittard, et à ce que le prix de la vente du 25 floréal an 5 demeure affecté, par privilége, au service et au remboursement de la rente hypothéquée à son profit sur les biens vendus.

Le 31 août 1816, jugement qui, attendu que le sieur Desfours n'a pas formé opposition au sceau des lettres de ratification obtenues par les sieur et dame Seppe, condamne le sieur Guittard à payer aux créanciers de ceux-ci le prix de son acquisition, avec les intérêts depuis le jour du contrat, et le sieur Desfours à lui restituer ces mêmes intérêts.

Appel de ce jugement de la part des sieurs Desfours et Guittard à la cour royale de Lyon.

Le 1er août 1817, arrêt qui confirme le jugement, attendu que, par la licitation du 15 janvier 1793 et les clauses qu'elle renferme, le sieur Desfours a cessé d'être co-propriétaire du domaine de la Croix-Bourse; qu'il n'a conservé, sur ce domaine, qu'une hypothèque privilégiée, et qu'il l'a perdue par son défaut d'opposition au sceau des lettres de ratification obtenues par les tiers-acquéreurs.

Le 28 novembre 1817, le sieur Desfours, partant du principe consacré par l'arrêt de la cour de cassation, du 2 décembre 1811, que la déchéance du privilége qu'a le vendeur sur le bien, pour le prix qui lui est dû, n'emporte pas celle de l'action résolutoire que lui donne le défaut de paiement de ce prix, fait assigner les créanciers des sieur et dame Seppe pour voir dire qu'à défaut du paiement des sommes qui lui restent dues, la licitation du 15 janvier 1793 sera résolue, et qu'en conséquence il sera renvoyé en possession des biens licités, jusqu'à concurrence de ceux dont il est créancier tant en principal qu'intérêts.

Le 1er juillet 1818, jugement qui rejette cette demande, attendu qu'il y a chose jugée par l'arrêt du 1er août 1817.

Le sieur Desfours appelle de ce jugement, mais sans succès. Par arrêt du 24 juin 1819, la cour royale de Lyon met l'appellation au néant, en ajoutant au motif, évidemment mal fondé, des premiers juges, que l'acte par lequel le sieur Escoffier est devenu propriétaire de la part du sieur Desfours dans le domaine de la Croix-Bourse, n'était point un contrat de vente, et que l'action en résolution ne peut pas avoir lieu, en fait de licitation, alors même que le co-licitant adjudicataire ne paie pas le prix de son adjudication.

Le sieur Desfours se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant les principes de l'ancienne jurisprudence sanctionnés par les articles 1184, 1654 et 1656 du Code civil.

« La cour royale de Lyon (dit-il) a d'abord violé les principes sur la résolution de la vente, et notamment les art. 1184 et 1654 du Code civil.

» Il est de principe que, lorsque l'acquéreur ne paie pas le prix, le vendeur peut demander la résolution du contrat (art. 1654 du Code civil). La jurisprudence antérieure était uniforme sur ce point, alors même que le pacte commissoire n'avait pas été stipulé. C'est ce qu'enseignent Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 475, et Domat, *Lois civiles*, liv. 1, tit. 2, sect. 12. Le droit de faire résoudre la vente, en cas de non-paiement du prix, dérive de ce que la clause résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques (art. 1184 du Code civil).

» Il ne faut pas confondre le droit de demander la résolution de la vente avec le droit de demander le paiement du prix. L'ancienne et la nouvelle législation accordent ces deux actions au vendeur. Elles sont distinctes, indépendantes l'une de l'autre. L'action en paiement du prix de la vente ne tient nullement au privilége du vendeur pour le prix: aussi les jurisconsultes s'accordent-ils à dire que le privilége peut être perdu sans que l'action de résolution soit éteinte....

» La cour royale de Lyon a décidé, par l'arrêt attaqué, que le sieur Desfours n'avait pas le droit de demander la résolution de la vente par lui consentie au sieur Escoffier, parceque son privilége de vendeur sur l'immeuble n'existait plus depuis que des lettres de ratification, sans charge d'opposition, avaient été expédiées à des tiers détenteurs. L'arrêt a donc confondu le privilége de vendeur avec l'action en résolution de la vente. Il a donc violé, et les principes de la matière, et les art. 1184 et 1654 du Code civil.

» Mais cet arrêt a violé en outre les principes sur les licitations, et principalement l'art. 1686 du Code civil.

» La cour royale de Lyon a tiré une conséquence vicieuse de la fiction qui fait regarder parfois la licitation comme déclarative, et non comme attributive de propriété. Par sa nature, la licitation est réellement une vente qui transporte à un seul, à titre onéreux, la propriété indivise entre plusieurs. Cela est si vrai que la loi elle-même qualifie *vente* la licitation.

» L'édit de 1771 plaçait la licitation parmi les titres translatifs de propriété, soumis à la purge des hypothèques.

» Les lois sur le contrôle imposaient au co-licitant le droit de centième denier exigé pour la vente; et la loi du 22 frimaire an 7 l'assujétit au droit proportionnel, comme pour la vente.

BIU Cujas

» Le Code civil, art. 1686, dispose que, si une chose commune à plusieurs ne peut être partagée commodément, la *vente* s'en fait aux enchères, et le prix en est partagé entre les co-propriétaires. Ce n'est que dans l'article suivant que cette vente est appelée *licitation*. Mais la licitation étant une vente aux enchères, le défaut de paiement du prix doit donner au vendeur la faculté de faire résilier la vente. La forme ne saurait lui préjudicier; on n'en douterait pas si la vente était faite sans enchères.

» La considération que l'acquéreur possédait, avant la licitation, une partie de l'immeuble, ne peut pas détruire l'action en résolution. La licitation lui transfère une portion qu'il ne possédait pas, et c'est sous la condition qu'il paiera le prix; car le vendeur aurait eu cette action, si cette portion avait été vendue à un étranger.

» La fiction que le propriétaire est réputé avoir toujours possédé en entier l'immeuble licité, n'empêche en aucune manière l'action en résolution de la vente, à défaut de paiement du prix. Le plus souvent, les licitations s'opèrent entre co-héritiers, pour faciliter les partages et laisser à chaque co-héritier la liberté de se charger d'une portion plus ou moins grande de biens immeubles, sans que l'hypothèque des créanciers personnels des héritiers qui ne se rendent pas adjudicataires et qui n'ont à prendre qu'une somme en argent, puisse affecter ces biens. On conçoit, dans ce cas, que la licitation faisant partie du partage, soit, comme le partage, déclarative et non attributive de propriété à l'égard des créanciers personnels du co-licitant non-adjudicataire; et c'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 883 du Code civil: mais, lorsqu'il ne s'agit point de partage, lorsque ce ne sont point des co-héritiers qui licitent les biens du défunt, lorsque la licitation s'opère entre des co-acquéreurs, y a-t-il lieu d'admettre la même fiction? Rien ne l'indique, et la raison veut que les fictions soient restreintes aux cas par lesquels elles ont été créées.

» En un mot, le co-licitant qui n'est pas payé du prix, a, comme tout autre vendeur, droit à l'action en résolution, parceque, si l'adjudicataire est censé propriétaire de la totalité de l'immeuble avant la licitation, relativement aux tiers, il n'en a la propriété entière, relativement au co-licitant, que du jour de la licitation. »

Sur ces moyens, arrêt de la section des requêtes qui admet le recours en cassation du sieur Desfours.

Mais l'affaire portée à la section civile, les créanciers des sieur et dame Seppe justifient clairement l'arrêt attaqué :

« Tout le système du sieur Desfours (disent-ils) roule sur la confusion qu'il fait de la licitation avec la vente, et sur la différence des effets qu'il prétend devoir résulter de la licitation, suivant qu'elle a lieu entre des co-héritiers, ou qu'elle est faite par des co-acquéreurs.

» Mais cette confusion et cette distinction ne peuvent résister aux autorités suivantes. »

Ici, les défendeurs invoquent Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 638, et l'article *Licitation* du *Répertoire de jurisprudence*; après quoi, ils continuent ainsi :

« Dumoulin, Lebrun, Brodeau, et généralement tous les auteurs anciens et modernes, professent la même doctrine, et c'est sur cette doctrine qu'est fondé l'art. 883 du Code civil.

» Il est donc vrai de dire que la licitation n'est point une vente; que les effets qui en résultent sont les mêmes pour les co-propriétaires ou co-acquéreurs que pour les co-héritiers, et que l'objection tirée de l'art. 1184 est vaine, parcequ'en consentant à ce que l'immeuble acquis en commun soit licité, chacun des co-licitans se soumet à toutes les conséquences de la licitation, qui ne peut jamais donner lieu à la résolution.

» Si d'ailleurs le législateur a rangé la licitation dans le titre *de la vente* au Code civil, s'il s'est servi du mot *vente*, ce n'est que relativement aux licitations auxquelles les étrangers sont admis, et où l'un d'eux se rend adjudicataire.

» Quant à ce que l'ancienne loi du contrôle et celle du 22 frimaire an 7 assujettissent les licitations aux mêmes droits que les ventes, on ne peut pas plus invoquer les lois bursales contre les principes de droit, que les principes de droit contre les lois bursales. »

Par arrêt du 24 mars 1823, au rapport de M. Henri Larivière, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde,

« Attendu qu'il s'agit, dans la cause, de la licitation d'un immeuble acquis en commun par les sieurs Escoffier et Desfours; que cet immeuble est resté au premier comme plus haut enchérisseur, à la charge de payer une somme de 17,500 francs, déléguée par le sieur Desfours, et de lui continuer une rente de 1,500 francs;

» Attendu qu'il est de principe consacré par l'article 883 du Code civil, dont la disposition a été rendue commune par l'art. 1872 du même Code à tous les biens indivis, à quelque titre que ce puisse être, licités entre les co-propriétaires et restés à l'un d'eux, que celui-ci est censé avoir été seul propriétaire de ces biens; que les autres co-licitans sont réputés n'en avoir jamais eu la propriété, et n'y avoir eu qu'un droit de créance pour lequel la loi leur accorde une hypothèque privilégiée, qu'ils

BIU Cujas

ne peuvent conserver qu'en remplissant les formalités prescrites;

» D'où il suit qu'en rejetant, sur le fondement de ce principe, l'action du sieur Desforges en résolution de la licitation dont il s'agit, la cour royale de Lyon n'a violé ni les art. 1184 et 1654 du Code civil, qui confèrent au vendeur de l'immeuble la faculté de demander la résolution du contrat de vente quand l'acquéreur n'en a pas payé le prix, ni l'article 1686 du même Code, concernant la licitation des choses communes à plusieurs personnes, et dont les dispositions ne portent aucune atteinte au principe ci-dessus;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi..... (1). »

§. VII. *Peut-il être statué en dernier ressort sur la demande en paiement d'un restant de prix de vente qui n'excède pas* 1,000 *francs, lorsqu'à cette demande sont jointes des conclusions tendant à ce qu'à défaut de paiement de ce prix dans le délai qui sera réglé par le juge, le vendeur soit renvoyé en possession du bien vendu, et que le revenu de ces biens n'est fixé par aucun titre à* 50 *francs?*

La cour royale de Paris avait adopté l'affirmative, dans l'espèce rapportée ci-dessus, §. 4, en déclarant, par son arrêt du 8 février 1821, le sieur Bonvallet non-recevable dans l'appel qu'il avait interjeté du jugement du tribunal d'Avallon, du 30 août 1820: *Attendu que la demande en délaissement des immeubles n'avait pas changé le caractère primitif de la demande principale et de la demande en garantie, qui, n'ayant l'une et l'autre pour objet que le paiement de deux années d'arrérages d'une rente de* 32 *francs* 50 *centimes, au principal de* 650 *francs, pouvaient être jugés en dernier ressort.*

Mais cet arrêt, évidemment contraire aux règles de la compétence, a été déféré par le sieur Bonvallet à la cour de cassation; et par arrêt du 16 mars 1824, au rapport de M. Poriquet, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier,

« Vu l'art. 5 du tit. 4 de la loi du 24 août 1790;

» Attendu que cet article est conçu en termes généraux qui s'appliquent à tous les jugemens par lesquels les tribunaux inférieurs statuent sur une action réelle, dans quelque circonstance et pour quelque motif qu'elle ait été formée;

» Qu'il suit de là que le tribunal civil d'Avallon s'est conformé aux règles de sa compétence, en qualifiant en premier ressort le jugement par lequel, sur la demande de Houdaille et sa femme, il a ordonné que, *dès-à-présent, en vertu de son jugement, et sans qu'il en soit besoin d'autre*, le demandeur et les sieur et dame Gin seraient, à défaut de paiement dans un délai de huitaine, des causes de la garantie exercée contre eux par Houdaille et sa femme, tenus de délaisser des immeubles vendus 1,700 francs par le contrat du 30 germinal an 9, dont le revenu n'était déterminé à 50 livres ni en rente ni par prix de bail;

» Et qu'en déclarant le demandeur non-recevable dans l'appel de ce jugement, la cour royale de Paris a expressément violé l'art. 5 du tit. 4 de la loi du 24 août 1790;

» Par ces motifs, la cour casse et annule l'arrêt de la cour royale de Paris, du 8 février 1821..... (1). »

Page 507, *col.* 2, *après la ligne* 7 (2), *ajoutez ce qui suit :*

RESPONSABILITÉ CIVILE, §. I. *Les personnes que la loi déclare civilement responsables des délits commis par d'autres placés sous leur surveillance ou soumises à leurs ordres, le sont-elles en même temps des peines correctionnelles ou de police encourues par celles-ci?*

J'ai établi, dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Responsabilité civile des délits*, qu'elles ne le sont que dans des cas d'exception expressément déterminés par la loi; et j'y ai rapporté un arrêt de la cour de cassation, du 14 juillet 1814, qui le juge ainsi.

C'est ce que juge également un autre arrêt de la même cour, dont voici l'espèce :

Les 10, 11 et 25 septembre 1824, et le 28 octobre de la même année, procès-verbaux qui constatent :

1° Qu'une diligence appartenant au sieur Jailloux, entrepreneur de voitures publiques, a été rencontrée descendant au grand galop, *sans être enrayée*, la pente rapide de la barrière de Charenton; ce qui constitue une contravention à l'art. 10 de l'ordonnance royale du 4 février 1820;

2° Qu'une diligence du même entrepreneur a été

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 23, page 200.

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 26, page 101.

(2) *Page* 483, *col.* 2, *ligne* 23 (2e édition).

BIU Cujas

rencontrée, rue du Faubourg-Saint-Denis, courant au grand trot à la descente qui existe en face de l'hospice de Saint-Lazare;

3° Qu'une diligence venant de Nancy, et dépendant du même établissement, est arrivée à la barrière de Pantin avec un chargement sur l'impériale, qui s'élevait à 80 centimètres; ce qui constitue une contravention à l'art. 8 de l'ordonnance citée;

4° Qu'une diligence appartenant encore au sieur Jailloux avait, en sortant du faubourg Saint-Martin, un chargement qui excédait également le taux fixé par la même ordonnance.

En vertu de ces deux procès-verbaux, le sieur Jailloux est cité, à la requête du ministère public, devant le tribunal de police de Paris.

Le 18 décembre de la même année, jugement par défaut ainsi conçu :

« Attendu que déjà et pour semblables contraventions, le sieur Jailloux a été condamné en ce tribunal, les 20 avril, 21 juin et 6 août derniers, ce qui le constitue en état de récidive;

» Attendu que les faits sus-relatés sont prévus par les art. 475, §. 4, et 478 du Code pénal;

» Le tribunal, faisant droit aux conclusions du ministère public, condamne le sieur Jailloux en 10 francs d'amende, pour chacune des quatre contraventions, en trois jours d'emprisonnement, pour le fait de récidive, et aux frais envers le domaine. »

Le sieur Jailloux appelle de ce jugement, mais seulement au chef qui le condamne à l'emprisonnement.

Le 14 mai 1825, jugement par lequel,

« Attendu que, dans aucun cas, et sous aucun prétexte, les dispositions pénales ne peuvent être étendues et ne doivent être appliquées à d'autres qu'à ceux que la loi désigne littéralement et spécialement;

» Attendu que, dans l'espèce dont il s'agit au procès, et aux termes du §. 4 de l'art. 475 du Code pénal, sont déclarés coupables de contravention ceux-là seuls qui ont violé les réglemens contre le chargement, la rapidité ou la mauvaise direction des voitures; d'où il résulte évidemment que les entrepreneurs des messageries ne peuvent être déclarés coupables de contraventions relatives au chargement, à la rapidité ou à la mauvaise direction de leurs voitures, et, comme tels, punis d'amende et de prison en cas de récidive, que comme auteurs desdites contraventions, s'ils les ont commises eux-mêmes, ou comme complices, s'ils ont engagé ou autorisé leurs commis ou préposés à les commettre;

» Attendu que, dans les procès-verbaux des 10, 11, 25 septembre et 28 octobre derniers, qui ont donné lieu aux condamnations intervenues contre Jailloux, il n'y est signalé ni comme auteur ni comme complice des contraventions qui y sont constatées, et que d'ailleurs il n'existe au procès aucune preuve que ledit Jailloux s'en soit rendu coupable directement ou indirectement;

» Le tribunal (correctionnel de Paris) dit qu'il a été mal jugé, bien appelé; émendant, décharge Jailloux de la peine d'emprisonnement prononcée contre lui par le jugement dont il s'agit, *et ce, attendu que ledit Jailloux n'a interjeté appel que sur ce seul chef;* en conséquence, ordonne que pour le surplus, ce jugement sera exécuté selon sa forme et teneur. »

Le ministère public se pourvoit en cassation. Mais par arrêt du 18 novembre de la même année,

« Ouï le rapport de M. Busschop, conseiller, les observations de Me Isambert, avocat du sieur Jailloux, défendeur intervenant, et les conclusions de M. de Vatimesnil, avocat-général;

» Considérant qu'il résulte de l'art. 74 du Code pénal combiné avec l'art. 1384 du Code civil, qu'en principe général, la responsabilité des maîtres et commettans à raison des crimes, délits et contraventions commis par leurs préposés, est essentiellement civile; qu'elle ne peut donc, hors les cas formellement exceptés par des lois spéciales, être étendue aux peines que leurs préposés auraient encourues;

» Considérant qu'il est établi et reconnu que le sieur Jailloux est personnellement étranger aux contraventions à l'ordonnance du 4 février 1820, qui ont donné lieu aux poursuites intentées contre lui; que ces contraventions ont été commises par ses préposés à la conduite des voitures publiques dont il est le propriétaire et l'entrepreneur;

» Que sa responsabilité, à cet égard, n'a point été étendue, soit par ladite ordonnance, soit par une loi spéciale quelconque, au-delà des limites d'une responsabilité purement civile;

» Qu'il s'ensuit donc qu'aucune des peines d'amendes et d'emprisonnement encourues par ses préposés ne pouvait, dans l'état des faits du procès, lui être appliquée; qu'en le décidant ainsi par le jugement dénoncé, le tribunal correctionnel du département de la Seine n'a violé aucune loi;

» La cour rejette le pourvoi du procureur du roi..... »

Le même jour, autre arrêt qui rejette, dans les mêmes termes, le recours en cassation du procureur du roi près le tribunal correctionnel de Paris, contre un jugement de ce tribunal, du 6 mai 1825,

BIU Cujas

qui avait également réformé, sur l'appel des sieurs Arneux, Monnier et compagnie, entrepreneurs de voitures publiques, un jugement du tribunal de police de la même ville, par lequel ils étaient également condamnés à des peines d'amende et d'emprisonnement pour des contraventions commises par leurs préposés à l'ordonnance du 4 février 1820 (1).

Le principe sur lequel sont fondés ces arrêts, est encore reconnu formellement par celui du 11 septembre 1818, que l'on trouvera dans le §. suivant.

§. II. *La partie lésée par un délit ou une contravention, peut-elle former, devant le tribunal correctionnel ou de police, une demande en dommages-intérêts contre la personne civilement responsable, sans actionner en même temps l'auteur de la contravention ou du délit?*

M. Carnot, sur l'art. 145 du Code d'instruction criminelle, n° 7, présente l'affirmative comme indubitable, voici ses termes :

« La personne que la loi répute *civilement responsable*, pourrait-elle être citée *seule*, devant un tribunal de police, c'est-à-dire, sans que l'exploit portât que la copie de la citation lui est délivrée, tant pour lui que pour le prévenu?

» Nous n'en doutons pas; mais alors la condamnation ne devra être prononcée que contre la personne citée. »

Il n'y aurait rien à redire à cette doctrine, si elle était restreinte aux cas où des lois spéciales d'exception soumettent expressément les personnes civilement responsables aux peines encourues par leurs subordonnés ou préposés; mais M. Carnot la présente en termes trop généraux pour que l'on puisse croire qu'il n'est pas dans son intention de l'étendre à tous les cas; et voici une espèce dans laquelle la cour de cassation a jugé et prouvé très-clairement que, prise dans ce sens, l'opinion de ce magistrat n'est qu'une erreur.

Le 5 avril 1818, procès-verbal par lequel le garde-champêtre et forestier du sieur Laroyenne constate que le même jour il a rencontré deux domestiques du sieur Vuillemain, conduisant un charriot attelé de deux bœufs et un cheval à travers un bois appartenant à son commettant.

Le sieur Vuillemain est en conséquence cité, à la requête du sieur Laroyenne, devant le tribunal de police du canton, pour se voir condamner à 15 francs de dommages-intérêts, comme civilement responsable du fait de ses domestiques, sauf au ministère public à prendre, relativement à l'amende encourue, telles conclusions qu'il croira convenables.

Il comparaît sur cette citation, et propose ses moyens de défense, sans exciper de l'incompétence du tribunal de police.

Jugement qui condamne le sieur Vuillemain, sur les conclusions du ministère public, à 6 francs d'amende, et sur celle du sieur Laroyenne, aux dépens pour tous dommages-intérêts.

Le sieur Vuillemain appelle de ce jugement, et soutient que le tribunal de police était incompétent pour le condamner à des dommages-intérêts, alors que les auteurs de la contravention n'étaient pas en cause; et qu'en le condamnant à une amende, il a étendu arbitrairement les lois qui déclarent les maîtres civilement responsables des faits de leurs domestiques.

Le tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lure accueille ces moyens et infirme le jugement du tribunal de police,

« Attendu, 1° que la responsabilité du sieur Vuillemain n'a pu s'étendre à l'amende encourue par ses domestiques, parcequ'il est de principe que toute amende étant une peine, le responsable civilement ne peut en être frappé qu'autant qu'une loi spéciale l'ordonne ainsi;

» 2° Que la responsabilité civile n'est que l'accessoire de la condamnation du délinquant, et que, dès-lors, le sieur Vuillemain n'a pu être actionné en dommages-intérêts devant le tribunal de police, sans que ses domestiques aient aussi été mis en cause; qu'ainsi, le tribunal de police était incompétent, et que son incompétence matérielle et absolue avait été valablement proposée en cause d'appel, l'ordre public étant intéressé à ce que la peine encourue par le délinquant ne puisse être infligée à la partie civilement responsable. »

Le sieur Laroyenne se pourvoit en cassation contre ce jugement, et l'attaque

1° Comme violant l'art. 1384 du Code civil, qui, sans distinction ni exception quelconque, déclare les maîtres *responsables du dommage causé par leurs domestiques dans les fonctions auxquelles il les ont employés;*

2° Comme violant l'art. 145 du Code d'instruction criminelle, qui, après avoir dit que les citations devant le tribunal de police *seront notifiées par un huissier*, ajoute qu'*il sera laissé copie au prévenu, ou à la personne civilement responsable;*

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 30, page 663.

BIU Cujas

3° Comme violant les lois qui, en matière criminelle comme en matière civile, interdisent en cause d'appel les exceptions d'incompétence non proposées devant les premiers juges;

4° Comme violant l'art. 172 du Code d'instruction criminelle, qui, dans le système du demandeur, n'admet l'appel à l'égard de la partie civile, que dans le cas où il aurait été prononcé, sur sa demande, une condamnation excédant 5 francs (1).

Mais par arrêt du 11 septembre 1818, au rapport de M. Busschop, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Girault-Duplessis,

« Considérant, sur le premier moyen, que la responsabilité civile dans les affaires criminelles, correctionnelles et de police, ne peut, à moins d'une disposition expresse et spéciale de la loi, être étendu aux peines que la loi prononce contre les auteurs ou complices du fait; que, ni l'art. 7 du tit. 2 du Code rural de 1791, ni aucune autre loi n'ayant soumis les civilement responsables d'un délit rural aux peines encourues par ceux qui s'en sont personnellement rendus coupables, il s'ensuit, dans l'espèce, que le sieur Vuillemain n'était point passible de l'amende que ses domestiques pouvaient avoir encourue d'après l'art. 475, n° 10, du Code pénal, pour avoir fait ou laissé passer les bestiaux de leur maître sur le terrain du réclamant;

» Considérant, sur le deuxième moyen, que, d'après les art. 1 et 3 du Code d'instruction criminelle, le juge compétent, pour la répression d'un crime, délit ou contravention, n'est compétent pour connaître de l'action civile qui en résulte, que lorsqu'il est saisi en même temps de l'action publique pour l'application de la peine, et que ce principe n'est nullement contredit par l'art. 145 du même Code, portant que la copie de la citation pour contravention de police sera laissée au prévenu ou à la partie civilement responsable; que, dans l'espèce, aucune poursuite n'a été faite devant le tribunal de police contre les auteurs de la contravention dont il s'agissait; que, n'ayant ainsi point eu à prononcer sur l'application de la peine, ledit tribunal était incompétent pour statuer sur l'action en dommages-intérêts isolément intentée contre la partie civilement responsable;

» Considérant, sur le troisième moyen, que, dans cet état de séparation des actions publique et civile, l'incompétence du tribunal de police, pour statuer sur l'action du réclamant, était matérielle et absolue, qu'elle a donc pu être opposée en tout état de cause, et conséquemment être accueillie comme moyen valable d'appel;

» Considérant, sur le quatrième et dernier moyen, qu'outre les dépens tenant lieu des réparations civiles, le tribunal de police a prononcé une amende excédant la somme de 5 francs; que son jugement pouvait donc être attaqué par la voie de l'appel, aux termes de l'art. 172 du Code d'instruction criminelle....;

» Considérant que d'ailleurs la procédure et le jugement dénoncés sont réguliers dans la forme;

» La cour rejette le pourvoi.... (1). »

§. III. *En matière de douanes, la responsabilité civile du père en fait de contraventions commises par son enfant mineur habitant avec lui, s'étend-elle jusqu'à l'amende encourue par le contrevenant?*

L'affirmative résulte clairement de l'art. 19 du tit. 2 de la loi du 22 août 1791, de l'art. 8 du tit. 3 de la loi du 4 germinal an 2, et de l'art. 56 du tit. 5 de la loi du 28 avril 1816, combinés avec l'art. 1384 du Code civil.

Cependant un arrêt de la cour royale de Colmar, du 20 novembre 1827, avait jugé le contraire, en confirmant un jugement du tribunal correctionnel de la même ville, par lequel, sur une action intentée par la régie des douanes, contre Antoine Buel, mineur, et contre Georges Buel, son père, chez qui il demeurait, avait condamné le premier à une amende de 500 francs, pour introduction frauduleuse de 75 kilogrammes de sucre raffiné, et avait déclaré que le second n'était pas responsable de cette amende.

Mais la régie des douanes s'étant pourvue en cassation, arrêt est intervenu, le 30 mai 1828, au rapport de M. Chantereyne, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Fréteau de Pény, par lequel,

« Vu l'art. 484 du Code pénal, portant que, dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par ledit Code, et qui sont réglées par des lois et réglemens particuliers, les cours et tribunaux continueront de les observer;

» Vu les art. 19, tit. 2, de la loi organique sur les douanes, en date du 22 août 1791, et 8, tit. 3, de la loi du 4 germinal an 2, desquels il résulte que les fermiers et régisseurs des voitures publiques sont responsables de l'*amende* prononcée, en cas de fraude ou de condamnation, contre les messagers et conducteurs de ces voitures;

---

(1) *V.* l'article *Appel*, §. 1, n° 17.

(1) Jurisprudence dela cour de cassation, tome 19, page 117.

BIU Cujas

» Vu l'art. 20, tit. 13, de la même loi de 1791, portant que les propriétaires des marchandises seront civilement responsables du fait de leurs facteurs, agens, serviteurs et domestiques, en ce qui concerne les droits, confiscations et amendes; disposition confirmée, par rapport aux fermiers, régisseurs des voitures publiques, par l'art. 8, tit. 3, de la loi du 4 germinal an 2;

» Vu également l'art. 56 du tit. 5 de la loi du 28 avril 1816, lequel, après avoir réglé comment doivent être poursuivis, jugés et punis les crimes de contrebande prévus par les deux articles précédens, ajoute qu'il sera en même temps statué sur les *condamnations civiles en résultant*, *telles* QUE confiscations, *amende* et dommages-intérêts;

» Vu enfin l'art. 1384 du Code civil, qui veut que le père soit responsable du dommage causé par son enfant mineur, habitant avec lui, à moins qu'il ne prouve qu'il n'a pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité;

» Attendu, en droit, que, si, d'après les dispositions générales de la législation criminelle, les amendes ont un caractère pénal et dont l'effet purement personnel à l'auteur du délit, est restreint sous le rapport de la responsabilité civile aux dommages-intérêts, ne peut s'étendre aux peines encourues, il en est autrement lorsque les lois particulières qui régissent une matière spéciale ont dérogé aux principes et aux dispositions du droit commun;

» Et attendu qu'en matière de douanes, les lois des 21 août 1791 et 4 germinal an 2 ont établi, comme règle spéciale, que la responsabilité des délits et contraventions s'étend aux *amendes* comme aux autres condamnations civiles, et que la loi du 28 avril 1816, tit. 5, art. 56, par une disposition commune à la confiscation, aux dommages-intérêts et aux amendes, range également tous ces objets dans la classe des condamnations purement civiles;

» Attendu enfin que, d'après les lois des douanes, et notamment aux termes de l'art. 16 de la loi du 17 décembre 1814 et de l'art. 16 de la loi du 27 mars 1817, les juges de paix sont compétens, comme juges civils, pour statuer sur plusieurs contraventions en cette matière, et prononcer, *à charge d'appeler aux tribunaux civils*, les *amendes* encourues;

» Qu'ainsi, et quoique l'amende en matière criminelle ou correctionnelle ne puisse, en général, être prononcée contre ceux qui n'ont pas participé au délit, il en est autrement en fait de contravention aux lois des douanes;

» Qu'en cette matière spéciale et exceptionnelle, l'amende encourue par les contrevenans n'est point une peine proprement dite; qu'elle doit être considérée comme une réparation du préjudice causé à l'État par les effets de la fraude, et que c'est par cette raison que les tribunaux civils ont, dans beaucoup de cas, le droit de la prononcer; qu'elle ne peut donc être assimilée aux peines qui, étant, par leur nature, purement personnelles, ne peuvent être appliquées qu'aux auteurs et aux complices des délits et des contraventions;

» D'où il suit que, lorsqu'une contravention aux lois des douanes a été commise par un fils mineur demeurant chez son père, celui-ci en est, sous le rapport de l'amende, civilement responsable, tant qu'il n'est pas prouvé qu'il n'a pas été en son pouvoir de l'en empêcher;

» Attendu, en fait, qu'Antoine Buel, âgé de dix-sept ans, fils de Georges Buel, batelier comme son père à Biesheim, et demeurant chez lui, a été condamné à 500 francs d'amende pour avoir, de complicité avec trois inconnus fugitifs, introduit en fraude soixante-quinze kilogrammes de sucre raffiné, et que ce fils mineur, en important ainsi les objets de contrebande sur lui saisis, est, jusqu'à preuve contraire, présumé de droit, avoir agi pour le compte et dans l'intérêt d'un père dont il partage et la profession et la demeure; qu'il ne pouvait donc être légalement affranchi de la responsabilité civile de la fraude commise par son fils;

» Que cependant le tribunal correctionnel de Colmar, saisi de la poursuite exercée contre ce délinquant, et de la demande formée contre son père, comme civilement responsable, tout en déclarant Buel fils coupable d'une introduction frauduleuse, et en le condamnant à 500 francs d'amende, a cru devoir, par une fausse application de l'art. 1384 du Code civil, se borner à déclarer Georges Buel père civilement responsable de la condamnation aux frais prononcée contre son fils, et l'exempter de toute responsabilité relativement à l'amende encourue par le condamné;

» Que, sur l'appel de ce jugement, la cour royale de Colmar en a confirmé les dispositions, s'attachant au principe général consacré par le Code pénal, art. 9, que l'amende en matière correctionnelle est une peine, tandis que, d'après l'art. 484 du même Code, la législation spéciale des douanes est seule à consulter dans l'espèce actuelle; et ne voyant dans l'art. 56 de la loi du 28 avril 1816 qu'un article indicatif de l'attribution de juridiction, lorsque, confondant les amendes avec les autres condamnations civiles, il déroge, par là même, aux principes du droit commun, et confirme sur ce point les dispositions spéciales des lois des 22 août 1791 et 4 germinal an 2;

» Qu'en s'appropriant ainsi les vices du jugement correctionnel, la cour royale de Colmar a, par une

BIU Cujas

fausse application de l'art. 9 du Code pénal, violé l'art. 20, tit. 13, de ladite loi du 22 août 1791, l'art. 56 du tit. 5 de la loi du 24 avril 1816, dont l'arrêt attaqué a méconnu et la lettre et l'esprit, et, par suite, l'art. 1384 du Code civil;

» Par ces motifs, la cour casse et annule l'arrêt rendu, le 20 novembre 1827, par la cour royale de Colmar.... (1). »

RESPONSABILITÉ DES COMMUNES, §. I. *Page* 507, *col.* 2, *supprimez la ligne* 17 (2), *et substituez-y ce qui suit :*

2° *Peuvent-ils être déclarés nuls par le tribunal d'appel, sur le seul fondement qu'ils ont été rendus sans que les communes aient été citées ni entendues ?*

I. Sur la première question, l'affirmative est établie par les conclusions, et consacrée par l'arrêt du 2 floréal an 9, rapportés à l'article *Dernier ressort*, §. 1, n° 1.

II. La seconde question a été jugée pour la négative, par un arrêt de la cour de cassation, rendu le 17 vendémiaire an 8, dans l'intérêt de la loi, et dont voici le prononcé, tel que le rapporte, à l'ordre de sa date, le *Bulletin civil* de cette cour :

« Ouï le rapport de M. Derazey, l'un des juges, les observations du cit. Garran-Coulon, substitut du commissaire du directoire exécutif, lequel, en vertu de l'art. 25 de la loi du 1er décembre 1790, a requis la cassation du jugement du tribunal civil du département de l'Isère, du 28 prairial an 6, parce qu'il a déclaré nul celui de première instance, par le motif que la commune de Tigue n'avait point été appelée, quoique la loi du 10 vendémiaire an 4 n'exigeât point qu'elle le fût....;

» Vu les art. 4 et 5 du titre 5 de la loi du 10 vendémiaire an 4, lesquels sont conçus en ces termes :

» Art. 4. *Les dommages-intérêts dont les communes sont tenues aux termes des articles précédens, seront fixés par le tribunal civil du département, sur le vu des procès-verbaux et autres pièces constatant les voies de fait, excès et délits.*

» Art. 5. *Le tribunal civil du département réglera le montant de la réparation et des dommages-intérêts dans la décade, au plus tard, qui suivra l'envoi des procès-verbaux ;*

» Attendu que la loi du 10 vendémiaire an 4 veut que le tribunal civil du département prononce dans la décade sur le vu des procès-verbaux et autres pièces qui constatent les délits qui ont été commis, sans exiger une assignation à aucune partie; et que cependant le tribunal civil du département de l'Isère, après avoir déclaré nul le jugement rendu par le tribunal civil du département du Mont-Blanc, par le seul motif qu'il n'avait pas été donné d'assignation préalable aux habitans de la commune de Tigue; qu'il a donc annulé un jugement légalement rendu, et, sous ce rapport, excédé son pouvoir....;

» Par ces motifs, le tribunal, sans préjudice du droit des parties, casse et annule le jugement du tribunal civil du département de l'Isère, du 28 prairial an 6 .... »

§. II. *Même page et même col., après la ligne* 27 (1), *ajoutez ce qui suit :*

2° *Autres questions sur la loi du* 10 *vendémiaire an* 4.

I. La première question s'est présentée, et a été jugée pour l'affirmative, dans l'espèce suivante.

Le 11 nivôse an 8, etc.

Page 508, *col.* 1, *après la ligne* 17 (2), *ajoutez:*

II. On trouvera à l'article *Commune*, §. 2, n° 4, et dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Communauté d'habitans*, n° 12, et *Procès-verbal*, §. 1, d'autres questions relatives à la loi du 10 vendémiaire an 4.

RETRAIT SUCCESSORAL, §. I. *Page* 53, *supprimez les lignes* 6 *et* 7 (3) *de la col.* 2, *et substituez-y ce qui suit :*

Je ne dois pourtant pas dissimuler que le contraire a été jugé par le tribunal de première instance de Courtrai, le 6 juin 1818, entre les héritiers Buyssens, et que, sur l'appel, ce jugement a été confirmé par arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 10 novembre 1820, sur les conclusions de M. l'avocat-général Destoop,

« Attendu que l'art. 841 du Code civil, en établissant le retrait successoral, a eu en vue d'obvier à la cupidité des non-successibles qui voudraient pénétrer le secret des familles, et jeter le trouble dans les successions qui leur sont étrangères;

---

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 33, page 414.
(2) *Page* 483, *col.* 2, *ligne* 33 (2e édition).

(1) *Page* 483, *col.* 2, *ligne* 43 (2e édition).
(2) *Page* 484, *col.* 1, *ligne* 33 (2e édition).
(3) *Tome* 6, *page* 713, *col.* 2, *ligne* 29 (2e édition).

BIU Cujas

» Que ni ledit article ni aucune autre disposition du Code n'imposent à celui qui aura exercé le retrait et remboursé l'acquéreur, l'obligation de communiquer ou rétrocéder à ses co-héritiers la part indivise qui a fait l'objet du retrait;

» Attendu que le Code, au titre *du partage et des rapports*, n'assujétit point au rapport la part indivise que l'un des co-héritiers a acquise de l'autre, non plus que celle acquise par la voie du retrait successoral;

» Attendu que, si le retrayant devait être censé avoir agi comme mandataire de ses co-héritiers dans l'exercice du retrait, il serait conséquent de dire qu'il a une action pour les contraindre à accepter, ce qui n'existe pas;

» Attendu que les lois romaines invoquées par les appelans ne déclaraient communs entre héritiers ou associés que les produits dérivant des choses communes entre eux;

» Que d'ailleurs ces lois sont abrogées par le décret du 21 mars 1804;

» Attendu que les appelans n'ont articulé aucun fait de dol ou fraude, qui les aurait empêchés d'exercer le retrait. »

Mais je crois avoir répondu d'avance à ceux des motifs de cet arrêt qui sont puisés dans le but que s'est proposé l'art. 84 du Code civil, et dans le silence de cet article sur notre question.

Quant à ses autres motifs, ils ne paraissent pas mieux fondés.

1° Sans doute, le successible retrayant n'agit pas comme mandataire de ses co-héritiers, et c'est par cette raison qu'il ne peut pas les contraindre à y prendre part; mais il agit en vertu d'un droit qui leur est commun avec lui; il gère donc leur affaire en même temps que la sienne; et par conséquent il faut qu'il leur en communique le bénéfice, s'ils trouvent sa gestion avantageuse, quoiqu'il n'ait, dans le cas contraire, aucune action pour les obliger à la ratifier. C'est précisément ce qu'enseignait Maillard sur l'art. 106 de la coutume d'Artois: *Si les co-héritiers*, disait-il, *ne veulent pas admettre la communicabilité, elle sera exclue: car leur co-héritier peut bien faire leur condition meilleure, non pas pire.*

2° Il n'est pas vrai que les lois romaines ne déclaraient communs entre héritiers ou associés, que les produits dérivant des choses communes entre eux. Le contraire est clairement prouvé par les termes cités plus haut de la loi 19, D. *familiæ erciscundæ*: *Quod unus ex heredibus ex re hereditariâ percepit* STIPULATUSVE EST. Aussi a-t-on vu le président Favre mettre en principe que, *in judicium communi dividundo venire debet non tantùm quod commune est, sed etiam quod propter rem communem ad socium pervenit.*

3° Il n'est pas plus exact de dire que *ces lois sont abrogées par le décret du 21 mars* 1804, ou, en d'autres termes, par la loi du 30 ventôse an 12. A la vérité, elles ne sont pas rappelées textuellement dans le chapitre *du Partage* du titre *des Successions* du Code civil; mais si elles n'y sont pas rappelées en tant qu'elles obligent chaque héritier de communiquer à ses co-héritiers le bénéfice résultant de l'acte qu'il a fait avec un tiers relativement à des objets dépendans de la succession, elles ne le sont pas davantage en tant qu'elles obligent chacun des héritiers de faire raison à ses co-héritiers des fruits qu'il a perçus seul des choses communes entre eux et lui. Et comme il est impossible de conclure de là qu'elles sont abrogées sous le second rapport, il l'est également d'en conclure qu'elles le soient sous le premier. En effet, elles ne sont, sous l'un comme sous l'autre rapport, que les conséquences naturelles du principe que tous les profits résultant d'une chose commune, doivent se partager entre tous les communiers.

Aussi M. Toullier se garde-t-il bien de dire que la loi 19, D. *familiæ erciscundæ*, est abrogée en entier par le Code civil; il reconnaît, au contraire, expressément qu'elle est *depuis long-temps naturalisée dans la jurisprudence française*, en tant qu'elle rend communes à tous les co-héritiers non-seulement les choses que l'un d'eux a perçues *ex re hereditariâ*, mais encore celles qui lui sont advenues par suite d'actes qu'il a faits en sa qualité.

Inutilement objecterait-on que l'art. 841 du Code civil affranchit du retrait le successible qui a acheté la part de son co-héritier; inutilement prétendrait-on inférer de là que sont abrogées les dispositions des lois romaines qui rendaient commun à tous les co-héritiers le bénéfice des actes que l'un d'eux avait faits *ex re hereditariâ*.

Le Code civil ne fait, en affranchissant du retrait le successible à qui l'un de ses co-héritiers a vendu sa part, qu'ériger en loi un principe qui était universellement reconnu dans l'ancienne jurisprudence (1). Or, dans l'ancienne jurisprudence, ce principe n'emportait certainement pas l'abrogation des dispositions citées des lois romaines; elles n'y formaient qu'une exception. Il en est donc de même sous le Code civil.

§. II. *Autres questions sur le retrait successoral.*

V. l'article *Droits successifs*.

(1) *V.* le nouveau Denisart, aux mots *Cession de droits successifs*, §. 4, n° 6, et les autres anciens auteurs cités en note, par M. Toullier, liv. 3, tit. 1, chap. 6, n° 438.

BIU Cujas

RÉTROACTIVITÉ DES LOIS, §. I. *La loi qui en abroge une précédente, sur le fondement qu'elle était injuste ou contraire aux principes d'une bonne législation, rétroagit-elle sur le temps pendant lequel celle-ci a été en vigueur?*

J'ai soutenu la négative dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 14; et je me suis permis, en conséquence, de critiquer, dans le même recueil, aux mots *Rente convenancière*, un arrêt de la cour de cassation, du 3 août 1812, qui avait cassé par défaut, comme violant la loi du 9 brumaire an 6, abrogative de celle du 27 août 1792, concernant les domaines congéables, un jugement en dernier ressort par lequel il avait été décidé que les effets produits par la seconde de ces lois pendant qu'elle était en vigueur, n'avaient pas été anéantis par la première.

La question s'est représentée depuis, et la cour de cassation elle-même l'a jugée conformément à mon opinion. Voici les faits:

Le 19 nivôse an 3, Claude Hamon et Marie Lecamener, détenteurs, par bail à domaine congéable, d'immeubles connus sous la dénomination de *convenant Kernours-Iselluf*, font à la dame de Kergariou, en vertu de la loi du 27 août 1792, l'offre réelle, en assignats, du capital de la rente convenancière qui forme le prix de leur bail, et la sommant de leur en donner quittance.

La dame de Kergariou reçoit, comme contrainte et forcée, le remboursement qui lui est offert, et se réserve tous ses droits.

Vingt-cinq ans et demi après, le 7 juillet 1821, elle fait assigner, devant le tribunal de première instance de Lannion, Efflam Mahé et consorts, héritiers de Claude Hamon et de Marie Lecamener, et leurs successeurs dans la possession du *convenant Kernours-Iselluf*, pour voir déclarer nul et comme non-avenu le remboursement à elle fait par leurs auteurs, le 19 nivôse an 3, du capital de sa rente convenancière, et se voir en conséquence condamner à lui en payer les arrérages non prescrits.

Mahé et consorts répondent que le rachat fait par leurs auteurs le 19 nivôse an 3, était autorisé par la loi du 27 août 1792, et que par conséquent il a éteint la rente dont il s'agit.

La dame de Kergariou réplique que dans la forme, ce rachat était *irrégulier*, et qu'au fond, la loi, essentiellement rétroactive, du 9 brumaire an 6, l'a annulé en abrogeant celle du 27 août 1792.

Mahé et consorts répliquent à leur tour que la loi du 9 brumaire an 6 a bien abrogé celle du 27 août 1792, mais non pas rétroactivement; qu'elle a donc laissé subsister les rachats faits en vertu de celle-ci avant sa publication; qu'au surplus, c'est en vain que la dame Kergariou argue de nullité dans la forme l'acte de remboursement du 19 nivôse an 3, et qu'elle y est non-recevable, faute de s'être pourvue, soit dans les dix années de la date de cet acte, soit au moins dans les dix années de la publication de l'art. 1304 du Code civil.

Le 14 mai 1823, jugement qui, se fondant sur *les vices de l'acte de rachat*, et sans s'arrêter à la loi du 9 brumaire an 6, *déclare nul le remboursement du capital de la rente, condamne les colons à s'acquitter chaque année à la dame de Kergariou, conformément à l'acte récognitif du 2 février 1763, et à lui en payer les arrérages demandés et ceux échus pendant l'intervalle, avec intérêts; ordonne que la dame de Kergariou rendra aux colons, suivant ses offres, ce qu'elle a reçu pour le remboursement de la rente en assignats, suivant leur valeur, d'après le tableau de dépréciation, avec intérêts depuis le 19 nivôse an 3.*

Appel de ce jugement de la part de Mahé et consorts à la cour royale de Rennes.

Le 29 janvier 1825, arrêt qui, laissant de côté le motif des premiers juges, et s'attachant au moyen tiré par la dame de Kergariou du prétendu effet rétroactif de la loi du 9 brumaire an 6, met l'appellation au néant,

« Attendu que la loi du 27 août 1792 était rétroactive, puisqu'elle dépouillait les fonciers de la propriété de leurs tenues, pour en investir les colons, et qu'elle autorisait ceux-ci à racheter la redevance convenancière qu'ils devaient pour *la jouissance*, et à *titre de fermage* du fonds;

» Que cette loi a été abrogée par celle du 9 brumaire an 5;

» Qu'abroger une loi *rétroactive* ce n'est pas seulement la faire cesser pour l'avenir, c'est encore restituer dans leur entier les droits qu'elle avait ravis en annulant tout acte qui leur préjudicie;

» Que tel a été précisément le vœu de ladite loi du 9 brumaire an 6, dont l'art. 2 *maintient* purement et simplement les propriétaires fonciers dans la propriété de leurs tenues, en conséquence de l'abrogation qu'elle prononce de la loi du 27 août 1792, qui les avait dépouillés;

» D'où il suit que cette loi étant comme *non-avenue* aux yeux du législateur de l'an 6, les rachats effectués en conséquence de sa disposition ont été valablement anéantis comme elle; autrement, si ces rachats avaient conservé l'effet d'éteindre les redevances rachetées, les fonciers n'auraient pas été maintenus à pur et à plein dans leur propriété, puisque le fonds ne leur aurait été rendu que diminué de son fermage;

BIU Cujas

» Que, pour restreindre l'effet de la maintenue pure et simple, prononcée par la loi du 9 brumaire an 6, il faudrait une disposition formelle qu'on ne trouve pas dans cette loi; et il ne suffit pas des inductions qu'on voudrait tirer du voisinage du rejet, dans le conseil des anciens, d'une deuxième résolution prise par le conseil des cinq-cents, à l'effet de régler les conséquences de la loi rétroactive du 9 brumaire an 6 (1); en effet, d'après le rapport du comité des anciens, le motif de ce rejet *est étranger à la question des rachats effectués en vertu de la loi du 27 août 1792;*

» Qu'il ne saurait y avoir de l'analogie entre de tels rachats que les fonciers n'étaient pas libres de refuser, et l'acte par lequel un foncier, de gré à gré avec son colon, lui fait cession de sa redevance convenancière, retenant par-devers lui la foncialité; d'où il suit qu'il n'y a pas de raison à soustraire ces rachats à l'effet de la restitution en entier opérée par l'abrogation de la loi rétroactive du 27 août 1792, et de *la maintenue pure et simple* des fonciers dans la propriété de leurs tenues, aux termes de l'art. 2 de la loi du 9 brumaire an 6;

» Que lesdits rachats se trouvant de plein droit mis au néant, comme la loi dont ils étaient la conséquence, les fonciers n'ont pas été obligés d'en demander la nullité dans les dix ans fixés par l'art. 286 de la coutume de Bretagne, et par l'art. 1304 du Code civil;

» De tout quoi il résulte que les appelans ne sont pas fondés à exciper, contre la demande de la veuve de Kergariou, intimée, soit de cette prescription décennale, soit du remboursement ou rachat qu'elle aurait reçu, le 19 nivôse an 3, de la redevance qui lui est due sur le *convenant Kernours;*

» Qu'ils devaient se contenter de l'offre que l'intimée leur a toujours faite, de leur rendre, valeur à ladite époque du 19 nivôse an 3, les assignats employés au rachat dont il s'agit, et ce en principal et intérêts;

» Qu'ils ne sont pas plus fondés à retenir, *comme les ayant perçus de bonne foi*, les levées de la redevance ainsi rachetée. En effet, la bonne foi nécessaire pour faire les fruits siens, n'est que la persuasion d'une propriété légitime, *opinio justi dominii*, persuasion que les appelans n'ont jamais pu avoir, puisqu'ils n'ont jamais pu se dissimuler à eux-mêmes que c'était, non pas à eux, mais à la dame de Kergariou qu'appartenait la propriété légitime du *convenant Kernours-Iselluf*, et de la redevance qui en est le fermage. »

Mais sur le recours en cassation de Mahé et consorts, arrêt est intervenu, le 16 juillet 1828, au rapport de M. Rupérou, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert, par lequel,

« Vu les art. 2 du Code civil, 11 de la loi du 27 août 1792, 1er et 2 de celle du 9 brumaire an 6;

» Attendu que le rachat de la rente dont il s'agit ayant eu lieu en exécution de la loi du 27 août 1792, il a été légalement fait;

» Attendu que la loi du 9 brumaire an 6 abroge sans autre explication, et par conséquent n'abroge que pour l'avenir, celle du 27 août 1792; et que, dès-lors qu'elle ne prononce rien sur les rachats faits conformément à l'art. 11 de ladite loi, elle maintient tous les effets desdits rachats;

» Qu'il suit de là qu'en jugeant que la loi du 9 brumaire an 8 avait annulé le remboursement fait en l'an 3, par les auteurs des demandeurs, à la dame Kergariou, l'arrêt attaqué a donné, contrairement à l'art. 2 du Code civil, un effet rétroactif à cette loi, et a violé l'art. 11 de la loi du 27 août 1792;

» Par ces motifs, la cour casse et annule l'arrêt de la cour royale de Rennes, du 29 janvier 1825 (1). »

§. II. *Autres questions sur la Rétroactivité des lois.*

V. l'article *Effet rétroactif.*

RÉVERSION. *Page* 565, *col.* 1, *supprimez l'intitulé du* §. III (2), *et substituez-y celui-ci :*

§. III. *Avant le Code civil, une disposition expresse était-elle nécessaire pour établir un retour contractuel? Pouvait-on le faire résulter de simples conjectures, par exemple, d'une stipulation de propre?*

Page 566, *col.* 2, *après la ligne* 29 (3), *ajoutez :*

RÉVOCATION D'ADOPTION. *V.* l'article *Adoption*, §. 8.

Même page et même col., après la ligne 31 (4), *ajoutez :*

RÉVOCATION DE CONSENTEMENT A UN

(1) *V.* l'article *Rente convenancière du Répertoire de Jurisprudence.*

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 30, page 170.

(2) *Page* 518, *col.* 2, *ligne* 9 (2e édition).

(3) *Page* 520, *col.* 2, *ligne* 24 (2e édition).

(4) *Même page et même col., ligne* 26 (2e édition).

BIU Cujas

MARIAGE. *V.* l'article *Révocation d'institution contractuelle*, §. 1.

RÉVOCATION DE DONATION, §. I. *Page* 566, *col.* 2, *après la ligne* 39 (1), *ajoutez :*

Cette question, qui naît également de l'art. 39 de l'ordonnance de 1731 et de l'art. 960 du Code civil, s'est présentée dans une espèce qui en offrait en même temps une autre à laquelle donnaient lieu les art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse an 2.

Louis-Pascal Girault, etc.

Page 571, *col.* 1, *après la ligne* 15 (2), *ajoutez ce qui suit :*

La manière dont cet arrêt est motivé, d'après mes conclusions, par rapport aux art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse an 2, a donné lieu depuis, entre les mêmes parties, à une autre contestation dont je parle à l'article *Réserve*, §. 2.

§. II. *Même page et même col., après la ligne* 25 (3), *ajoutez ce qui suit :*

3° *La disposition de l'art.* 962 *du Code civil, par laquelle il est dit qu'en cas de survenance d'enfant, le donataire n'est pas* tenu de restituer les fruits par lui perçus, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant lui a été notifiée par exploit ou tout autre acte en bonne forme, *est-elle applicable au cas où cette naissance a été connue du donataire?*

4° *En cas de révocation, soit par survenance d'enfant, soit par toute autre cause, d'une donation de rente viagère, le donataire est-il tenu de restituer les arrérages de cette rente, comme s'ils formaient des capitaux, et non de simples fruits civils ?*

I. Les deux premières questions se sont présentées dans l'espèce suivante :

Le 26 novembre 1785, etc.

Page 574, *col.* 1, *ligne* 1 (4), *après les mots* dommages-intérêts, *ajoutez en note :*

Il n'y avait, dans cette espèce, aucune difficulté à convertir les informations en enquêtes, parce qu'elles avaient été faites sous l'empire de l'ordonnance de 1670, et qu'il y avait par conséquent lieu à l'application de l'art. 3 du tit. 10 de cette loi.

Page 577, *col.* 1, *après la ligne* 47 (1), *ajoutez ce qui suit :*

II. Les troisième et quatrième questions ont été jugées, comme elles devaient l'être, pour la négative, par un arrêt de la cour de cassation dont voici l'espèce :

En 1808, le sieur de Saint-Michel fait à Sophie Métivier, fille d'un premier lit de son épouse, donation d'une rente viagère de 10,000 francs.

Devenu veuf en 1811, il se remarie; et le 2 décembre 1814, il lui naît un enfant de son second mariage.

Quelque temps après, décès de Sophie Métivier, laissant des enfans mineurs sous la tutelle du sieur Ducos, son mari.

Des contestations s'élèvent entre celui-ci, en sa qualité, et le sieur de Saint-Michel, sur les effets de la révocation dont la naissance de son enfant a frappé la donation de la rente viagère.

Le sieur de Saint-Michel prétend que les arrérages de la rente viagère qui sont échus et qu'il a payés avant le 2 décembre 1814, doivent lui être restitués, parcequ'ils ne peuvent pas être assimilés à des fruits civils qui auraient pu devenir la propriété de la donataire, et qu'ils forment, au contraire, des capitaux ou portions de capitaux.

Il ajoute qu'en tout cas, la restitution des arrérages qu'il a payés depuis la naissance de son enfant, ne peut pas lui être contestée; qu'à la vérité, cette naissance n'a pas été signifiée à la dame Ducos, mais que la signification en était inutile, parceque la dame Ducos en avait une parfaite connaissance.

Le sieur Ducos combat ces deux prétentions, et elles sont rejetées par un jugement du tribunal de première instance de la Pointe-à-Pitre du 24 mai 1823 :

La première, parceque les arrérages de la rente viagère *ne peuvent être considérés comme des portions de capitaux; qu'ils ne sont en réalité que des fruits civils, ainsi que cela résulte de l'art.* 588 *du Code civil, qui les attribue à l'usufruitier, et de l'art.* 1568 *du même Code, qui dispense le mari, à la dissolution du mariage, de restituer ce qu'il aurait pu percevoir sur un usufruit apporté en dot par sa femme;*

La seconde, parceque la survenance d'enfant n'a pas été signifiée à la dame Ducos, et que la connaissance qu'elle en aurait eue personnellement, n'a pas pu suppléer à ce défaut de signification.

---

(1) *Même page et même col., ligne* 34 (2e édition).

(2) *Page* 524, *col.* 1, *ligne* 51 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 719, *col.* 2, *ligne* 50 (2e édition).

(4) *Tome* 6, *page* 722, *col.* 2, *ligne* 37 (2e édition).

(1) *Tome* 8, *page* 726, *col.* 1, *ligne* 40 (2e édit.)

BIU Cujas

Appel de la part du sieur de Saint-Michel.

Le 5 juin 1824, arrêt de la cour royale de la Guadeloupe, qui met l'appellation au néant.

Le sieur de Saint-Michel se pourvoit en cassation, et soutient, sur le premier chef, que les art. 588 et 1568 du Code civil ont été appliqués à faux; sur le second, que l'art. 962 a été violé.

Mais par arrêt du 2 avril 1829, au rapport de M. Dunoyer, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris,

« Sur le premier moyen, tiré de la violation de l'art. 962 du Code civil,

» Attendu que l'art. 529 du Code civil déclare meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'état, soit sur des particuliers;

» Qu'ainsi, dans l'espèce, en considérant la rente viagère créée en faveur de la demoiselle Métivier, quant aux annuités qui en étaient échues avant son décès, comme susceptibles de l'application des principes relatifs, soit aux annuités d'une rente constituée, soit aux fruits civils tombant dans la communauté conjugale, pour tout le temps qu'ils ont couru, et non comme le principal d'une créance qui aurait appartenu à l'un des conjoints lors de son mariage, l'arrêt attaqué n'a violé ou faussement appliqué ni l'art. 588, ni l'art. 1568 du Code civil qui sont invoqués, dont le premier décide, au contraire, que l'usufruitier d'une rente viagère a le droit, pendant la durée de son usufruit, d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution, et dont le dernier est tout-à-fait étranger à la question....;

» Attendu, sur le moyen fondé, quant à la rente viagère constituée à titre gratuit, sur ce que les arrérages en auraient été perçus, même depuis la survenance de l'enfant du donateur, soit par voie de compensation ou autrement, encore bien que la donataire ou son mari en eussent connaissance;

» Qu'il n'est pas justifié que la naissance de l'enfant eût été notifiée à la dame Ducos, donataire, ou à son mari, par exploit ou autre acte en bonne forme, et que l'art. 952 du Code civil n'admet la restitution des fruits qu'à compter du jour de cette notification;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi...(1). »

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1829, page 207.

Page 590, *col.* 2, *après la ligne* 28 (1), *ajoutez ce qui suit:*

RÉVOCATION D'INSTITUTION CONTRACTUELLE. §. I. 1° *L'institution contractuelle est-elle revoquée par le décès de l'instituant avant la célébration du mariage en faveur duquel il l'avait consentie?*

2° *Peut-elle, avant la célébration du mariage, être révoquée par l'instituant lui-même?*

I. Sur la première question, la négative est incontestable.

Il est vrai que l'institution contractuelle est essentiellement subordonnée à la condition que le mariage en faveur duquel l'instituant l'a consentie, sera célébré et le sera valablement; mais une obligation conditionnelle ne s'éteint pas par la mort du débiteur avant l'accomplissement de la condition sous laquelle il s'est obligé.

Il est vrai encore que, par la mort de l'instituant avant la célébration du mariage, son héritier naturel a été saisi de sa succession; mais il ne l'a été que conditionnellement; il ne l'a été que sous la condition que le mariage n'aurait pas lieu, et cette condition venant à manquer, sa saisine s'évanouit. C'est ainsi que, suivant la loi 9, §. 1, D. *de jure dotium*, les choses que j'ai délivrées à un futur époux pour former la dot de sa femme, en cas d'accomplissement du mariage projeté entre elle et lui, ne laissent pas de devenir dotales de plein droit, par la célébration de ce mariage, quoique je sois mort dans l'intervalle, et sans que mon héritier puisse les revendiquer, sous le prétexte qu'elles m'appartenaient encore au moment de mon décès (2).

II. La seconde question n'offre pas plus de difficulté que la première, et c'est également pour la négative qu'elle doit être résolue. Qu'importe, en

(1) *Page* 524, *col.* 1, *ligne* 56 (2e édition).

(2) *Si res alicui tradidero* (dit cette loi), UT NUPTIIS SECUTIS, DOTIS EFFICIANTUR, *et antè nuptias decessero: an, secutis nuptiis, dotis esse incipiant? Et vereor ne non possint in dominio ejus effici cui datæ sunt, quia potest mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum: et cùm sequitur conditio nuptiarum, jam heredis dominium est, à quo discedere rerum non posse dominium, invito eo, fatendum est. Sed benignius est, favore dotium, necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit: aut si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo, dominium ad maritum ipso jure transferri, ne mulier maneat indotata.*

BIU Cujas

effet, qu'à toute institution contractuelle soit nécessairement attachée la condition que le mariage en faveur duquel elle est faite, sera célébré? Est-ce à dire pour cela que l'instituant puisse, avant la célébration du mariage, rompre, par sa seule volonté, l'engagement qu'il a pris envers le futur époux de lui laisser sa succession? Non assurément. L'obligation contractée sous une condition ne lie pas moins celui qui l'a souscrite, que si elle était pure et simple. La condition tient sans doute en suspens l'effet du lien légal qui a été formé par le contrat; mais ce n'est que par son inaccomplissement qu'elle peut amener la dissolution de ce lien; elle n'empêche pas que, de ce lien, il ne résulte dès à présent un droit éventuellement acquis, et par conséquent un droit indépendant de la volonté de l'obligé.

Ainsi, nul doute sur la nullité de la révocation que l'instituant ferait de l'institution contractuelle, dans l'intervalle du contrat de mariage à la cérémonie nuptiale.

Mais n'en serait-il pas autrement, si l'instituant était un ascendant dont le consentement fût nécessaire à la validité du mariage?

Cela dépend de la question de savoir si l'ascendant qui a consenti au mariage, soit de son fils ou petit-fils, soit de sa fille ou petite-fille, peut, tant que le mariage n'est pas célébré, révoquer le consentement qu'il y a donné.

Qu'il le puisse pour des causes graves qui sont survenues depuis son consentement, ou qui existaient au moment où il l'a donné, mais qu'il prouve avoir ignorées alors, cela ne paraît pas douteux.

Mais, en thèse générale, il ne le peut pas, parce qu'il est résulté de son consentement accordé sur la demande qui lui en était faite, un contrat entre lui et son enfant, et que tout contrat est obligatoire du moment qu'il est formé par le concours des volontés des deux parties.

C'est ce qu'ont jugé deux arrêts du parlement de Paris, des 11 août 1642 et 30 août 1663.

Voici dans quels termes le premier est rapporté par Bardet, tome 2, liv. 9, chap 32 :

« Un père, après avoir fait donation à son fils impubère, par des promesses et en faveur du futur mariage avec une fille de son âge, ayant changé de dessein, et signifié à son fils qu'il ne veut plus de ce mariage, ne peut néanmoins se plaindre de la célébration faite au préjudice de sa déclaration, ni révoquer la donation.

» Michel Nisson, de la ville de Guéret, et Antoine Nesmond, de la même ville, désirant de s'allier, firent promesse de mariage de Pierre Nisson et de Catherine Nesmond, leurs fils et fille, lors encore impubères; et en faveur de ce futur mariage, Michel Nisson fit donation de la plupart de ses biens à Pierre Nisson, son fils, lequel, après avoir achevé ses études, et ayant de l'affection pour Catherine Nesmond, l'épousa contre le gré de Michel Nisson, son père, lequel, irrité de ce mariage, interjeta appel comme d'abus de la célébration, et obtint des lettres à fin de révoquer la donation apposée dans le contrat.

» Pour lui, Me Lenoir dit que ce prétendu mariage a été célébré clandestinement, dans une petite chapelle située près de la ville de Guéret. Auparavant cette prétendue célébration, le père appelant avait fait signifier un acte, contenant qu'il ne voulait et n'entendait point prêter son consentement à ce mariage; et au contraire qu'il l'empêchait et s'y opposait, et même révoquait son consentement, comme aussi la donation apposée dans le contrat fait et passé pour ce sujet. Au préjudice de la déclaration portée par cet acte, le fils n'a pu ni dû passer outre à la célébration de ce prétendu mariage; en conséquence il est nul; et ensuite la donation doit être révoquée.

» Me Lotier, pour les intimés, dit que l'inconstance et la légèreté du père appelant est blâmable. Lui-même a choisi un parti sortable pour son fils, l'a engagé dans des affections légitimes, l'y a lié et obligé par un contrat public et authentique; ensuite et en exécution duquel les intimés ayant cultivé cette affection, et enfin l'ayant consommée, c'est-à-dire, accompli la foi promise par un mariage, ils ne peuvent en être blâmés; l'inconstance et la légèreté du père appelant est causée par une seconde femme, et ne peut donner atteinte à ce mariage, célébré dans une chapelle, par la permission de l'official, et avec dispense de la publication des bans. Le père appelant n'est pas recevable à improuver et détruire ce qu'il a lui-même fait et approuvé : ainsi, le mariage et la donation faite en faveur d'icelui doivent subsister.

» M. l'avocat-général Bricquet dit que, lors du contrat contenant la promesse du mariage futur des intimés, ils étaient encore impubères; ainsi ces promesses étaient nulles, suivant la disposition du droit canon, dans tout le titre *de desponsationibus impuberum*, et par conséquent elles n'ont pu les obliger ni l'un ni l'autre. Le père appelant a donc pu changer d'avis et de dessein, et révoquer le consentement qu'il avait prêté à ce mariage, en un temps où il ne se pouvait accomplir. Depuis, les choses pouvaient être tellement changées et altérées, que le changement de dessein du père fût juste et légitime, ayant fait signifier l'acte contenant sa déclaration et sa volonté auparavant la célébration du mariage; son fils n'est point excusable : sa désobéissance est formelle, et la clandestinité est certaine et

BIU Cujas

notoire; ainsi, la moindre peine que doivent souffrir les intimés, ou le fils de l'appelant, c'est la révocation de la donation que son père lui avait faite en faveur de ce mariage.

» La cour, tant sur l'appel comme d'abus, que lettres, mit les parties hors de cour et de procès, sans dépens, le lundi 11 août 1642, M. Molé, premier président, prononçant. »

On voit que, dans cette espèce, le ministère public ne méconnaissait pas le principe de l'irrévocabilité du consentement du père au mariage de son enfant, et que seulement il le regardait comme inapplicable à la cause, parceque, *lors du contrat contenant les promesses du mariage futur des intimés, ils étaient encore impubères, et qu'ainsi, ces promesses étaient nulles, suivant la disposition du droit canonique.* Mais quelle raison y avait-il de s'en tenir plutôt sur ce point à la disposition du droit canonique qu'à celle du droit romain, qui déclarait valables les promesses de mariage faites entre des impubères âgés de sept ans au moins et par conséquent capables de comprendre ce qu'ils faisaient (1)? Aucune, puisque les décrétales des papes n'avaient en France aucune autorité législative, et qu'au contraire, les lois romaines y étaient reconnues dans un grand nombre de contrées comme lois proprement dites, et partout comme l'expression de la raison naturelle. Ce qui d'ailleurs, dans cette espèce, était décisif contre l'appelant, c'est que, loin de réclamer contre les promesses de mariage dont il s'agissait, dès le moment où les fiancés s'étaient trouvés en âge de se marier, il les avait en quelque sorte ratifiées, en ne s'opposant pas à ce que son fils continuât de fréquenter sa promise. Aussi le parlement de Paris n'hésita-t-il point, en mettant les parties hors de cour, tant sur l'appel comme d'abus que sur les *lettres à fin de révoquer la donation apposée dans le contrat*, à décider non-seulement que le mariage était valable, mais encore que la donation devait avoir son plein effet.

Quant au second arrêt, voici comment il est rapporté par Soefve, tome 2, centurie 2, chapitre 93:

« *Si un aïeul maternel qui a consenti au mariage projeté entre sa petite-fille, mineure, et un gentilhomme, son parent, peut empêcher ledit mariage, sous prétexte d'une accusation capitale, depuis intentée contre lui, et dont il a été renvoyé absous?*

» Le jeudi 30e jour d'août 1663, en l'audience de la grand'chambre, à huis-clos, jugé qu'une jeune demoiselle mineure et en bas âge, qui n'avait ni père ni mère, ayant été recherchée en mariage par un gentilhomme, son parent, égal à elle en naissance et en biens, du consentement de son aïeul maternel, pendant une contestation de savoir à qui des parens de ladite mineure la tutelle serait baillée et déférée, même y ayant des articles de mariage suivis d'un contrat signé de ladite mineure, de l'avis et consentement de la plus grande partie desdits parens, au parloir d'un monastère de religieuses où ladite mineure avait été mise, par arrêt du parlement de Rouen, en attendant la décision de la contestation qui y était pendante pour raison de ladite tutelle; ledit aïeul maternel ne pouvait pas empêcher l'accomplissement dudit mariage, sous prétexte d'une accusation capitale intentée contre ce gentilhomme, depuis ladite recherche, de laquelle néanmoins il avait été renvoyé absous par sentence du juge pardevant lequel le procès criminel avait été instruit sur ladite accusation, quoique son empêchement fût appuyé de l'intervention de plusieurs parens de ladite mineure. Sans avoir égard à laquelle intervention, la cour, par son arrêt, ordonna qu'il serait passé outre au mariage projeté entre ladite mineure et ledit gentilhomme, son parent; qu'à cet effet dispense serait obtenue en cour de Rome, attendu le degré de consanguinité qui était entre eux, et les conventions du mariage réglées par l'avis de quatre parens paternels de ladite mineure et quatre maternels, en présence de l'un de messieurs, que la cour aurait commis à cet effet. La mineure s'appelait demoiselle Marie Sauvage, et était âgée de quinze à seize ans seulement lors dudit arrêt. »

§. II. *Quelle est, par rapport à l'effet de l'institution contractuelle qui a été faite, soit avant la loi du 7 mars 1793, soit avant celle du 5 brumaire an 2, mais qui n'a été suivie de la célébration du mariage que postérieurement à la publication de l'une ou de l'autre de ces lois, la conséquence à tirer de l'art. 1er de celle du 18 pluviôse an 5, portant que* « Les » avantages, prélèvemens, préciputs, donations entre-vifs, INSTITUTIONS CONTRACTUELLES, et autres dispositions IRRÉVOCABLES » DE LEUR NATURE, légitimement stipulées en » ligne directe avant la publication de la loi » du 7 mars 1793, et en ligne collatérale, ou » entre individus non parens, antérieurement » à la publication de la loi du 5 brumaire » an 2, auront leur plein et entier effet, con» formément aux anciennes lois, tant sur les

---

(1) *In sponsalibus contrahendis ætas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis: quapropter à primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utrâque personâ intelligatur, id est, si non sint minores quàm septem annis* (Loi 14, D. *de sponsalibus.*)

BIU Cujas

» successions ouvertes jusqu'à ce jour que sur » celles qui s'ouvriraient à l'avenir? »

On sait que la loi du 7 mars 1793 avait aboli *la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre-vifs, soit* par donation contractuelle, *en ligne directe.*

On sait aussi que la loi du 5 brumaire an 2, renouvelée par celle du 7 nivôse de la même année, avait été beaucoup plus loin, et qu'elle avait annulé *les* institutions contractuelles *et toutes dispositions à cause de mort dont l'auteur était encore vivant, ou n'était décédé que le 14 juillet 1789 ou depuis, quand même elles auraient été faites antérieurement.*

Cet effet rétroactif était aussi injuste qu'absurde; il fut aboli le 9 fructidor an 3, par une loi portant que celles *des 5 brumaire et 17 nivôse an 2, concernant plusieurs modes de transmission de biens, n'auraient d'effet qu'à compter de l'époque de leur promulgation;* et c'est pour expliquer quels devaient être les effets de ce retour aux vrais principes sur les institutions contractuelles et les autres dispositions à titre gratuit qui avaient précédé la publication de ces lois, ainsi que celle de la loi du 7 mars 1793, qu'a été fait l'art. 1er de la loi du 18 pluviôse an 5.

On voit par là quel est l'objet de la question proposée en tête de ce paragraphe: il s'agit de savoir si l'on doit considérer comme faites avant la publication des lois des 7 mars 1793 et 5 brumaire an 2, et par conséquent comme maintenues, les institutions contractuelles dont la date remonte au-delà de la publication de ces lois, mais qui n'ont été stipulées qu'en faveur de mariages célébrés seulement depuis.

Un avocat distingué du barreau de Clermont-Ferrand a soutenu la négative dans une consultation du 13 mars 1824, au sujet de l'institution contractuelle faite par les sieur et dame Ribeyre, le 14 février 1791, en faveur de leur fils aîné, qui ne s'était marié que le 3 floréal an 2 (21 avril 1794).

« Si cette institution (a-t-il dit) était irrévocable et absolue, dès le moment du contrat de mariage, et indépendante de tout événement ultérieur, il faudrait la juger valable, et elle devrait produire tout son effet.

» Si, au contraire, elle n'était qu'un projet au moment où elle a été insérée dans ce contrat, si elle dépendait d'événemens ultérieurs qui seuls lui donnent de la consistance et de la solidité, il faut alors s'en déférer aux événemens et se régler d'après leur époque.

» L'institution universelle faite en faveur du sieur Ribeyre fils, par son contrat de mariage, n'était rien en elle-même, si elle n'était suivie du mariage.

» Et elle n'était rien, si, à l'époque du mariage, la disposition était prohibée.

» La raison de le décider ainsi est que toutes nos lois n'ont admis les institutions d'héritiers qu'en faveur du mariage, et pour les mariés exclusivement à tous autres.

» Si le mariage n'a pas lieu, l'institution est sans effet, et cet événement peut arriver par une multitude de circonstances.

» Le futur peut mourir avant la célébration.

» Il en est de même de la future.

» L'un et l'autre pouvaient se refuser à accomplir le mariage. Beaucoup d'autres causes pouvaient en empêcher la conclusion.

» Alors, l'institution demeure sans effet et comme non-avenue : c'est un principe attesté par Auroux-des-Pommiers, sur la coutume de Bourbonnais, par Chabrol, sur la coutume d'Auvergne, par Lebrun, dans son ouvrage *des successions*, et par tous les auteurs qui ont traité la matière.

» D'où il résulte que c'est par le mariage seul, et par conséquent par la loi existante à l'époque du mariage, qu'il faut se décider pour la validité et invalidité de la disposition. »

L'auteur de cette consultation me l'a adressée le 28 avril de la même année, en m'annonçant qu'elle trouvait des contradicteurs dans son département, et en me priant, si je partageais son avis, de le fortifier par mes propres réflexions.

Je lui ai répondu, peu de temps après, que j'étais d'une opinion tout-à-fait contraire à la sienne.

« Sans doute (ai-je dit) il n'y a de maintenues par la loi du 18 pluviôse an 5 que les institutions contractuelles qui étaient devenues irrévocables, en ligne directe, avant la loi du 7 mars 1793; et en ligne collatérale ou entre étrangers, avant la loi du 5 brumaire an 2.

» Mais pour qu'une disposition à titre gratuit, et notamment une institution contractuelle, soit réputée avoir été irrévocable à ces deux époques, faut-il qu'elle ait été dès-lors à l'abri de toute espèce d'événement qui eût pu la rendre caduque? Non certainement; car, dans cette hypothèse, on ne pourrait pas regarder comme irrévocable une institution contractuelle qui eût été suivie, avant l'une ou l'autre loi, de la célébration effective du mariage, mais dont l'auteur ne serait mort qu'après, puisqu'il aurait pu arriver que l'institué mourût

BIU Cujas

avant l'instituant; événement qui aurait emporté de plein droit la caducité de l'institution.

» On ne peut donc entendre par une institution contractuelle irrévocable, dans le sens de la loi du 18 pluviôse an 5, que celle que l'instituant n'aurait pas pu révoquer, quoique d'ailleurs elle dépendît d'événemens qui, étrangers à la volonté de celui-ci, auraient pu ne pas se réaliser.

» Or, dans l'espèce, les instituans auraient-ils pu, avant la célébration du mariage, non-seulement révoquer leur consentement au mariage même, mais encore révoquer l'institution contractuelle? Je ne le crois pas; et mon opinion est justifiée par deux arrêts du parlement de Paris, des 11 août 1642 et 30 août 1663, et par ce que dit M. Grenier, dans son *Traité des donations*, n° 428, où il cite Chabrol, tome 2, page 327, et Auroux, sur l'art. 219 de la coutume de Bourbonnais, n°s 55, 56 et 57.

» Je n'ai pas besoin d'ajouter que, si ce principe est vrai, la conséquence en est nécessairement que, dans l'espèce, la célébration du mariage, quoique postérieure à la loi du 7 mars 1793, est censée l'avoir précédée à l'effet de valider l'institution contractuelle : cela résulte du principe établi par l'art. 1179 du Code civil, comme il l'était par les lois romaines, que *la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté.*

RÉVOCATION DE TESTAMENT. §. I. *Page* 590, *col.* 2, *après la ligne* 38 (1), *ajoutez ce qui suit :*

2° *Le révoquait-il dans les pays coutumiers qui étaient régis subsidiairement par le droit romain?*

3° *Le révoquait-il dans les pays coutumiers où le droit romain n'avait que l'autorité de raison écrite?*

4° *Le révoque-t-il aujourd'hui?*

I. La première question s'est présentée, etc.

Page 591, *col.* 1, *après la ligne pénultième* (2), *ajoutez :*

Aurait-on pu juger de même si, à l'époque de cet arrêt, il eût été généralement reconnu que le défaut de date ne formait un moyen de nullité que contre les testamens, et qu'il ne portait aucune atteinte à la validité des actes notariés ordinaires, du moins quant à ceux qui les avaient souscrits et à leurs héritiers (1)? Aurait-on pu dire alors que le second testament de Jean-Baptiste Roux, quoique nul comme tel, suffisait pour faire foi du changement de volonté du testateur, et que par conséquent la clause révocatoire qu'il contenait, devait avoir tout son effet? C'est ce que j'examinerai ci-après, n° 4, en discutant la loi 18, *de legatis* 3°.

II. La seconde question s'est présentée, etc.

Page 594, *lignes* 39 *et* 40 (2), *après les mots* de très-bonnes raisons, *ajoutez en note :*

Sur ces mots, *par de très-bonnes raisons*, *V.* ce que j'ai dit (en transcrivant les propres paroles de Ricard) dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Révocation de codicille*, §. 4, n° 1.

Page 594, *col.* 2, *après la ligne* 16 (3), *ajoutez ce qui suit:*

III. La troisième question est traitée incidemment à la quatrième dans le n° suivant.

IV. La quatrième question n'en serait pas une, si l'on trouvait dans le Code civil l'article que le conseil-d'état avait pris, dans sa séance du 27 ventôse an 12, la détermination d'y insérer pour établir qu'un premier testament serait révoqué par un testament postérieur qui en prononcerait expressément la révocation, quoique celui-ci fût nul à défaut de l'une des formalités prescrites par la validité des actes de dernière volonté. Mais cet article a été omis dans la rédaction définitive du Code civil, et il s'agit de savoir s'il y est suppléé par la disposition de l'art. 1035 qui donne à la simple *déclaration faite par un acte devant notaire*, du changement de volonté, l'effet de révoquer les testamens antérieurs.

L'affirmative est soutenue par M. Maleville, dans son *Analyse raisonnée du Code civil*, tome 2, page 548.

M. Grenier avait pensé de même dans la première édition de son *Traité des donations*, n° 342; mais il s'est rétracté dans la seconde. *La discussion qui a eu lieu au conseil-d'état* (dit-il) *apprend qu'on a émis l'opinion, que le testament, quoique nul comme testament, devait opérer la révocation, sous la condition sous-entendue que le second testament soit revêtu des formes probantes pour les actes publics ordinaires. Mais on reconnut en même temps au conseil-d'état que cette opinion*

(1) *Page* 514, *col.* 2, *ligne* 6 (2e édition).
(2) *Page* 525, *col.* 1, *ligne* 22 (2e édition).

(1) C'était, à cette époque, une question fort controversée. *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Date*, n° 4.
(2) *Page* 527, *col.* 2, *ligne* 56 (2e édition).
(3) *Page* 528, *col.* 1, *ligne* 28 (2e édition).

BIU Cujas

devait être convertie en loi par un article. Or, cet article n'a point paru; il n'y a donc eu qu'une pensée fugitive, qui ne peut obtenir une préférence sur la loi qui ne la rend pas. Quand même le testament, nul en sa forme, mais revêtu de celles analogues à un acte ordinaire devant notaire, contiendrait la révocation expresse du premier testament, ce testament ne serait pas pour cela révoqué. L'acte ne peut jamais être considéré que comme un testament, il est indivisible, et s'il est nul comme testament, il est nul pour le tout. Le testateur n'est censé avoir voulu révoquer le premier testament que pour donner vigueur au second, qui ne peut en avoir sans la forme testamentaire.

Je croyais en avoir dit assez dans mes conclusions du 4 novembre 1811, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'article *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 5, pour justifier complétement la dernière opinion de M. Grenier; mais M. Toullier s'est depuis déclaré (tome 5, n°s 622 et suivans) en faveur de celle de M. Maleville; et il a fait, pour la défendre, une dissertation qui, bien analysée, se réduit à quatre propositions principales:

La première, que, si l'art. 1035 du Code civil n'érige pas expressément en loi la résolution que le conseil-d'état avait prise dans sa séance du 27 ventôse an 11, de donner à un testament par acte public, nul comme tel, mais revêtu des formalités nécessaires à la validité d'un acte notarié ordinaire, l'effet de révoquer un testament antérieur, du moins il ne l'exclud pas, et qu'en tout cas l'art. 1037 la présuppose;

La seconde, que cette résolution est conforme au véritable esprit des lois romaines, et qu'il n'est pas à présumer que les rédacteurs du Code civil aient voulu, en la rejetant, se montrer à cet égard plus subtils que ne l'étaient ces lois;

La troisième, qu'elle est calquée sur la doctrine de Pothier, qui l'était elle-même sur la jurisprudence généralement observée, avant le Code civil, dans les pays coutumiers;

La quatrième, qu'elle a pour elle le vœu de la raison, et que ce vœu est d'accord avec les principes généraux du droit.

Reprenons successivement ces quatre propositions.

1° Pour bien apprécier la première, il faut remonter à la manière dont a été amenée, dans le conseil-d'état, la résolution qui y a été prise à la séance du 27 ventôse an 11, et à ce qui s'est passé ensuite.

M. Bigot de Préameneu (est-il dit dans le procès-verbal de cette séance, tome 2, page 639) présente la sect. 3 du chapitre *des dispositions testamentaires*, dont le premier article est ainsi conçu: CX. *Les testamens ne pourront être révoqués en tout ou en partie que par une déclaration du changement de volonté dans l'une des formes requises pour les testamens.*

Après la lecture de tous les articles dont se compose cette section, la discussion commence par le premier; et M. Tronchet, prévenu en faveur de la jurisprudence du parlement de Paris, qui donnait à un simple acte notarié le même effet qu'à un testament en bonne forme, de révoquer un testament antérieur, dit *qu'il doit suffire d'une déclaration devant notaire.*

M. Treilhard répond que *l'article n'exige même pas tant de solennité, puisqu'il permet de consigner la révocation dans un testament olographe.*

Le président observe *qu'il importe cependant de prévenir la supposition des actes de révocation.*

Et là-dessus, *l'article est adopté avec l'amendement de M. Tronchet;* ce sont les propres termes du procès-verbal, et il en résulte clairement que l'amendement de M. Tronchet n'a pas été substitué à l'article; mais que l'un a été amalgamé avec l'autre, de manière à former par leur ensemble un article portant que le testament pourrait être révoqué, ou par un autre testament en bonne forme, ou par un simple acte notarié. Cette observation en amènera bientôt une autre d'une grande importance.

Viennent ensuite les autres articles, qui sont successivement discutés et adoptés, les uns purement et simplement, et tels qu'ils sont présentés par le rapporteur de la section de législation, les autres avec des amendemens.

Cela fait, M. Berlier prend la parole et expose *qu'il importe de ne pas laisser indécise* la question de savoir si un testament nul dans la forme suffit pour révoquer un testament antérieur.

M. Tronchet se prononce pour l'affirmative, et le conseil-d'état, adoptant son opinion, *décide qu'elle sera convertie en disposition.*

Assurément M. Berlier, en provoquant cette décision, M. Tronchet, en la proposant, et le conseil-d'état, en la rendant, reconnaissaient bien qu'elle n'était pas renfermée, même implicitement, dans l'art. 110, tel qu'il venait d'être adopté, et que la question qu'elle avait pour objet de ne pas laisser indécise, restait encore entière, quoique, par cet article, il eût été dit que les testamens pourraient être révoqués, soit par d'autres testamens en bonne forme, et par conséquent authentiques, soit par de simples actes devant notaires.

Mais qu'est devenue cette décision? Qu'elle soit

BIU Cujas

insignifiante, si elle n'a pas été exécutée, le bon sens le veut, et un exemple frappant le prouve. Le conseil-d'état avait, dans sa séance du 19 ventôse an 11, adopté en principe qu'il suffirait, tant pour les testamens mystiques que pour les testamens publics qui seraient faits à la campagne, que la moitié des témoins sût signer. Mais ce principe n'a été érigé en loi par l'art. 974 du Code civil que pour les testamens publics; et il a été, soit perdu de vue, soit omis sciemment dans l'art. 796, concernant les testamens mystiques. Qu'est-il résulté de là? M. Maleville a vainement prétendu que la disposition insérée dans l'art. 974 devait être sous-entendue dans l'art. 976 : la jurisprudence a constamment proscrit cette opinion (1), et M. Toullier lui-même la condamne, tome 5, n° 483.

Voyons donc si, par suite de la décision du conseil-d'état, du 27 ventôse an 11, la proposition que M. Tronchet avait faite sur la question élevée par M. Berlier, a été convertie en disposition.

M. Toullier prétend qu'elle l'a été d'abord par la rédaction du titre entier *des donations et testamens*, que M. Bigot de Préameneu avait présentée à la séance du 3 germinal an 11. En effet, dit-il, *M. Bigot de Préameneu avait annoncé, en la présentant, qu'elle était faite* d'après les amendemens adoptés dans les séances des 30 nivôse, 7, 17 et 28 pluviôse, 5, 12, 19, 26 et 27 ventôse, *et que le conseil-d'état avait adoptée le même jour. Cette rédaction portait, art.* 146, que les testamens ne pourront être révoqués en tout ou en partie que par un acte authentique portant déclaration du changement de volonté. *M. de Préameneu pensait donc qu'il résultait de cette rédaction qu'un acte imparfait, comme un testament, par exemple, parcequ'il n'y avait que trois témoins au lieu de quatre, n'en a pas moins la force de révoquer les précédens, lorsqu'il contient déclaration du changement de volonté, parcequ'en effet il n'en reste pas moins un acte authentique, suivant la loi sur le notariat, qui n'exige que deux témoins.*

Mais, d'une part, il n'est pas bien sûr que M. Bigot de Préameneu ait tenu, en présentant au conseil-d'état, le 3 germinal an 11, la nouvelle rédaction dont il s'agit, le langage que M. Toullier place dans sa bouche. Le procès-verbal parle bien de la nouvelle rédaction comme faite *d'après les amendemens adoptés* dans les neuf séances qu'il rappelle; mais il ne dit pas si c'est M. Bigot de Préameneu qui l'a présentée comme telle, ou si c'est le secrétaire-général du conseil-d'état qui, présumant qu'elle renfermait tous les amendemens adoptés dans les séances précédentes, a énoncé, de son chef, qu'elle avait été *faite d'après ces amendemens*.

D'un autre côté, quand il résulterait du procès-verbal que c'est M. Bigot de Préameneu lui-même qui a annoncé que la section de législation avait fondu dans la nouvelle rédaction qu'il présentait *les amendemens adoptés* dans les séances précédentes, il n'en résulterait du moins pas que la section de législation eût eu l'intention d'y fondre tous *les amendemens* qui avaient été adoptés dans ces séances; car bien certainement elle n'y avait pas fondu l'amendement qui avait été adopté dans la séance du 19 ventôse, à l'effet de n'exiger, dans les testamens mystiques, que la signature de la moitié des témoins; et elle avait pu également y omettre celui qui l'avait été, dans la séance du 27 du même mois relativement aux testamens nuls dans la forme.

Or, veut-on se convaincre qu'elle l'y avait effectivement omis? Il n'y a qu'à se bien fixer sur l'art. 146 de cette nouvelle rédaction. On a déjà vu que l'art. 110 de la rédaction précédente, qui en formait le pendant, avait été arrêté en ce sens que *les testamens ne pourraient être révoqués que par une déclaration du changement de volonté dans l'une des formes requises pour les testamens* (formes essentiellement authentiques, lorsqu'il s'agit de testamens faits devant des officiers publics), *ou par de simples actes devant notaires*; et qu'il l'avait été avant que M. Berlier proposât sa question sur l'effet révocatoire qu'aurait ou n'aurait pas un testament nul dans la forme. Or, que disait l'art. 146 de la rédaction nouvelle? La même chose, absolument la même chose, en termes plus laconiques. Pour que cet article, en disant que les testamens pourraient être révoqués par un *acte authentique portant déclaration au changement de volonté*, eût été censé dire qu'un testament notarié emporterait, lors même qu'il serait nul dans la forme, la révocation d'un testament antérieur, il aurait fallu qu'il eût ajouté qu'un testament notarié ne laisserait pas, quoique nul dans la forme, d'être considéré comme un acte authentique. Mais cette addition, il ne la contenait pas, il ne contenait même rien qui y ressemblât tant soit peu. Il se taisait donc complétement sur la question élevée par M. Berlier à la séance du 27 ventôse. Il laissait donc de côté la décision que le conseil-d'état avait prise à la même séance sur cette question. Le conseil-d'état n'a donc pas pu adopter cet article dans sa séance du 3 germinal, sans considérer comme non-avenue, sans rapporter virtuellement la décision qu'il avait prise dans celle du 27 ventôse.

Et loin de s'étonner qu'il ait embrassé ce parti, on devrait s'étonner au contraire qu'il eût persisté dans sa première détermination. Qu'avait-il fait en adoptant, pour ainsi dire, sur parole et sans un

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, à l'article *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 3-23°.

BIU Cujas

examen réfléchi, la proposition que M. Tronchet lui avait faite sur la question élevée par M. Berlier, et en décidant qu'elle serait rédigée en disposition? Il faut trancher le mot, il avait fait une chose absurde; car il en serait résulté qu'un testament nul par le défaut de signature du testateur, aurait suffi pour révoquer un testament antérieur.

Qu'on ne dise pas qu'il avait entendu restreindre cette proposition au cas où le testament révocatoire serait au moins revêtu des formes requises dans les actes notariés ordinaires. Même ainsi restreinte, cette proposition serait encore beaucoup trop générale pour ne pas heurter de front les premiers principes. Un acte notarié ordinaire n'a besoin, à peine de nullité, ni d'être dicté par la partie qui y stipule ou s'y oblige, ni de lui être lu par le notaire avant qu'elle le signe. Et l'on oserait dire qu'un testament qui serait nul, soit pour n'avoir pas été dicté par le testateur, soit pour ne lui avoir pas été lu avant qu'il le signât, ne laisserait pas de faire foi de son contenu, et par conséquent de la clause révocatoire qui y serait insérée! Un arrêt de la cour de cassation, du 21 novembre 1814, nous apprend quel cas on devrait faire d'un pareil système : *Le défaut de mention de la lecture du testament au testateur* (y est-il dit) *est une nullité radicale qui rend l'acte incapable de faire preuve que le testateur ait connu ce qu'il a souscrit* (1); et l'on sent assez qu'il en doit être, à cet égard, du défaut de dictée comme du défaut de lecture.

Le conseil-d'état n'aurait donc pu, avec tant soit peu d'apparence de raison, convertir en loi sa décision du 27 ventôse, qu'en la restreignant au seul cas où un testament serait nul, soit faute de mention qu'il aurait été écrit par le notaire ou l'un des deux notaires devant qui il serait passé, soit parcequ'étant passé devant un seul notaire, il n'y aurait assisté que deux témoins, soit parcequ'étant passé devant deux notaires, un seul témoin y aurait été appelé, soit parcequ'il y serait intervenu un témoin incapable.

Mais de là même résulte une preuve, et une preuve sans réplique, qu'en adoptant, le 3 germinal an 11, la nouvelle rédaction que lui présentait M. Bigot de Préameneu, il n'a pas eu l'intention de persister dans sa décision du 27 ventôse; car s'il y eût persisté, force lui aurait été de la limiter au cas que je viens de signaler; et de ce qu'il ne l'a pas fait, suit nécessairement la conséquence qu'il l'a raportée virtuellement.

L'aurait-il rétablie depuis? L'aurait-il rédigée en disposition, par la rédaction qui a définitivement remplacé, par rapport à l'art. 146, celle qu'il avait adoptée dans sa séance du 3 germinal an 11, c'est-à-dire, par la rédaction qu'offre aujourd'hui l'art. 1035 du Code civil? Non, et bien loin de là.

L'art 146 de la rédaction du 3 germinal an 11 ayant été communiquée au tribunat, a donné lieu à deux observations :

Le testament même olographe postérieur (a dit le tribunat) *doit suffire pour révoquer un premier testament; ce qui ne résulterait pas de la manière dont l'article du projet est conçu.*

Ensuite, les mots acte authentique, *employés dans l'article, renferment une équivoque, en ce qu'on pourrait en induire que l'acte portant déclaration du changement de volonté, pourrait être fait devant tout officier public quelconque. Il est sage d'y substituer acte devant notaires.*

En conséquence, le tribunat a proposé de rédiger ainsi l'article : *Les testamens ne pourront être révoqués que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté* (1).

Et cette rédaction, adoptée d'abord par le conseil-d'état, a été ensuite décrétée par le corps-législatif.

Qu'en est-il résulté? Une chose extrêmement palpable : c'est que l'art. 1035 du Code civil est aujourd'hui identiquement le même qu'était à la séance du conseil-d'état, du 27 ventôse an 11, avant la question élevée par M. Berlier, l'art. 110 de la première rédaction amendé par M. Tronchet; c'est par conséquent qu'il se tait, comme celui-ci, sur cette question, et, par une conséquence ultérieure, qu'il confirme de plus en plus le rapport qui avait été fait implicitement à la séance du 3 germinal, de la décision prise sur cette question à la séance du 27 ventôse.

Ce n'est pourtant pas ainsi que raisonne M. Toullier. Suivant lui, en rédigeant l'art. 1035 tel qu'il est, *on n'eut pas l'intention de s'écarter de la décision prise par le conseil-d'état, le 27 ventôse an 11; mais on ne s'aperçut pas que la nouvelle rédaction proposée par le tribunat, et insérée dans l'art. 1035, pouvait, contre l'intention des rédacteurs, en altérer le sens ou le rendre obscur; il n'en résultait plus aussi clairement que de la rédaction présentée par M. Bigot, le 3 germinal, qu'un testament imparfait, passé devant notaires, révoque les précédens, lorsque les formes requises pour les actes ordinaires y ont été observées. Ce-*

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 1, art. 4, n° 4.

(1) Conférences du Code civil, par M. Favard de Langlade, tome 4, page 336.

BIU Cujas

pendant la nouvelle rédaction de l'art. 1035 *ne dit pas non plus le contraire; elle laisse la question indécise; elle fait renaître le doute sagement résolu par la décision du conseil, pour éteindre les anciennes controverses....* Mais ce doute doit disparaître devant les autorités de M. Maleville qui, *plein de la décision du conseil-d'état, qu'on n'a point eu l'intention de rapporter, et qui se trouvait fondue dans la rédaction de M. de Préameneu, a continué de la trouver comprise dans l'art.* 1035, *comme il l'enseigne dans son Analyse raisonnée;* et cette autorité doit l'emporter sur celle de M. Jaubert qui, *n'ayant pas assisté aux séances du conseil-d'état, et étant imbu des maximes du droit romain, crut, dans son rapport au tribunat, que le silence de l'art.* 1035 *laissait subsister ces maximes suivies à Bordeaux, où il avait professé le droit romain avec honneur.... On ne peut donc guère douter que, si la question était (aujourd'hui) présentée au conseil-d'état, il interpréterait la loi dans le sens de sa décision du* 27 *ventôse an* 11, *qu'on n'eut jamais l'intention de changer, et qu'on ne pourrait même changer sans faire une disparate avec l'art.* 1037, *qui porte que la révocation faite dans un testament postérieur, a tout son effet, quoique cet acte reste sans exécution par* l'incapacité de l'héritier institué, *ou par le défaut de le recueillir. Il y a analogie frappante entre le cas d'un legs révoqué par un testament nul dans la forme, et le cas d'un legs révoqué par un testament resté sans exécution par l'incapacité du légataire; dans l'un comme dans l'autre cas, le changement de volonté du testateur est également certain.*

Il est vraiment inconcevable qu'un jurisconsulte aussi distingué et aussi judicieux que M. Toullier se laisse aller à de pareilles assertions.

Comment peut-il dire qu'il résultait *clairement de la rédaction du* 3 *germinal an* 11, *qu'un testament imparfait, passé devant notaires, révoque les précédens, lorsque les formalités requises pour les actes ordinaires y ont été observées?* Ou l'évidence n'est qu'un vain mot, ou les détails dans lesquels je viens d'entrer prouvent évidemment que la rédaction du 3 germinal an 11 rapportait la décision du 27 ventôse.

Comment peut-il ajouter que la nouvelle rédaction de l'art. 1035 laisse la question indécise? Cela pourrait à peine se soutenir, si, avant la rédaction de cet article, la question n'eût pas été agitée ni même soulevée devant le conseil-d'état. Mais du moment que, par la rédaction de cet article, le conseil-d'état a fait tant que de rapporter la décision par laquelle il avait précédemment résolu la question dans le sens de M. Toullier, quel doute peut-il encore rester? En resterait-il l'ombre, si le conseil-d'état avait rejeté, dans sa séance du 27 ventôse an 11, la proposition qui lui était faite, d'attribuer à la clause révocatoire d'un testament nul dans la forme, l'effet de révoquer un testament antérieur? Non assurément. Eh bien! Il a fait depuis l'équivalent; il a rapporté depuis la décision par laquelle il avait trop précipitamment adopté cette proposition. Il l'a donc rejetée en définitive; il a donc éteint par là les anciennes controverses que la question avait fait naître.

Quant à l'opinion de M. Maleville, elle ne peut pas avoir plus d'autorité sur cette question qu'elle n'en a sur celle de savoir si la signature de la moitié des témoins suffit dans les testamens mystiques faits à la campagne. Uniquement fondée dans ses deux chefs, sur de simples décisions du conseil-d'état, elle s'écroule par cela seul qu'il est prouvé que ces décisions n'ont point été converties en dispositions législatives, et qu'au contraire, les dispositions législatives qui les ont suivies les ont implicitement rapportées.

Si M. Jaubert n'avait pas assisté aux séances du conseil-d'état dans lesquelles avait été discuté le titre *des donations et testamens*, il avait du moins pris une part active aux conférences que le tribunat avait eues sur le même titre avec la section de législation; et c'en était bien assez pour qu'il n'ignorât, ni la décision du conseil-d'état du 27 ventôse an 11, ni ce qui s'en était ensuivi. Qui mieux que lui d'ailleurs pouvait savoir dans quel esprit le tribunat avait proposé, pour l'art. 1035, la rédaction à laquelle le conseil-d'état avait donné son assentiment? Enfin, M. Toullier est-il bien d'accord avec lui-même, lorsque, pour affaiblir l'autorité du rapport de M. Jaubert au tribunat, il attribue le passage qu'il en combat à la prédilection du rapporteur pour les maximes du droit romain, tandis qu'un peu plus bas, comme nous le verrons tout à l'heure, c'est dans ces mêmes maximes qu'il prétend (et bien à tort) que les rédacteurs de l'art. 1035 ont puisé l'opinion qu'il leur prête?

Reste l'argument que tire M. Toullier de l'art. 1037, et si ce n'est pas le plus faible de tous, c'est au moins celui dans lequel on remarque le moins de logique.

Pourquoi, suivant cet article, la révocation faite par un testament postérieur, revêtu de toutes les formalités requises, a-t-elle tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution, par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, comme elle conserve tout son effet, nonobstant le refus que fait l'héritier institué ou légataire de recueillir?

C'est d'abord, comme le dit très-bien M. Toullier, parceque l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire n'empêche pas que *le changement*

BIU Cujas

de volonté du testateur ne soit certain; raison qui perd évidemment toute sa force, lorsque le testament postérieur, qui contient la révocation, est nul dans la forme, puisqu'alors il n'y a point de certitude légale du changement de volonté du testateur;

C'est ensuite parceque, suivant la législation des pays coutumiers, adoptée par le Code civil, il n'y a d'incapable de recevoir par testament, que ceux qui le sont au moment où le testateur ferme les yeux (1); que, dès-lors, on ne peut jamais dire qu'un testateur dispose au profit d'un incapable; et que par conséquent l'incapacité dont se trouve frappé, à son décès, celui au profit duquel il a disposé par un testament révocatoire, en tout ou en partie, d'un testament antérieur, ne peut pas plus empêcher l'effet de la révocation, que ne le ferait son refus d'accepter le legs, soit particulier, soit universel, dont il a été gratifié (2).

Remarquons bien d'ailleurs à quel moment de la séance du conseil-d'état, du 27 ventôse an 11, s'est élevée la question que M. Toullier voudrait nous faire regarder comme résolue implicitement par l'art. 1037 : elle ne s'est élevée, comme le prouve le procès-verbal de cette séance, qu'après l'adoption de cet article et de tous les autres de la sect. 3 du chapitre *des dispositions testamentaires*. C'est alors, et alors seulement, que M. Berlier a dit : *Dans les articles qui viennent d'être soumis à la discussion, on ne trouve point de disposition sur un cas qui semble cependant devoir être prévu. Si un premier testament est révoqué par un acte postérieur, mais que cet acte soit nul, que deviendra le premier testament?* Bien évidemment M. Berlier, en s'expliquant ainsi, reconnaissait que l'art. 1037, qui venait d'être adopté, était entièrement étranger au cas dont il parlait, et qu'il ne pouvait aider, ni directement, ni indirectement, à résoudre sa question dans le sens pour lequel il n'a pas dissimulé qu'il inclinait, et qui a d'abord prévalu; et pas une voix ne s'est élevée dans le conseil-d'état pour le contredire à cet égard. Mais si, en ce moment, l'article 1037 ne pouvait fournir aucune induction en faveur du système de M. Toullier, comment le pourrait-il aujourd'hui?

Disons donc qu'il n'y a rien, soit dans l'art. 1035, soit dans l'art. 1037, qui ne repousse l'idée que la décision du conseil-d'état, du 27 ventôse an 11, concernant l'effet de la clause révocatoire d'un testament nul dans la forme, ait été érigée en loi; rien qui ne prouve, au contraire, que cette décison irréfléchie a fini par être rétractée comme subversive des premiers principes; et disons-le avec d'autant plus de confiance, que c'est en ce sens qu'a été rendu, le 31 octobre 1810, comme on le verra bientôt, un décret délibéré et rédigé par le conseil-d'état lui-même.

2°. Il importerait peu, d'après cela, que la décision du 27 ventôse an 11 eût été conforme au véritable esprit des lois romaines; mais on va voir que, loin d'y être conforme, elle y était diamétralement contraire.

C'est à l'occasion de la loi 18, D. *de legatis* 3°, que les interprètes ont agité la question. Commençons par nous bien fixer sur l'espèce et la décision de cette loi.

J'ai fait successivement deux testamens, l'un en bonne forme, l'autre, sans observer les solennités prescrites par les lois; et par l'un comme par l'autre, j'ai institué Titius et Sempronius mes héritiers. Le premier contient en votre faveur un fidéicommis ou legs particulier; mais par le second, je vous ai légué autre chose, ou rien du tout. Après ma mort, Titius et Sempronius s'étant portés héritiers en vertu de mon premier testament, vous leur demandez la délivrance du legs que je vous ai fait par le même acte. Ils vous répondent qu'il est révoqué par le second testament; qu'à la vérité, ce testament est nul, et que, par cette raison, il ne peut pas vous servir de titre pour réclamer le legs qui y est écrit; mais qu'il ne laisse pas de révoquer le legs contenu dans le premier testament, parcequ'il ne faut, pour la révocation d'un legs, que la volonté nue (*nuda voluntas*) du testateur, de quelque manière qu'elle se manifeste (principe qui était, comme on l'a vu dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Révocation de codicille*, §. 4, n° 1, incontestable dans le droit des pandectes, et qui n'a été changé qu'en 424 par la loi 8, §. 3, C. *de codicillis*). Cependant le jurisconsulte Pomponius décide que le legs vous est dû, parcequ'en faisant mon second testament, je suis censé avoir fait dépendre de sa régularité la révocation du premier, et que, cette condition manquant, le premier testament conserve toute sa force : *Si jure testamento facto fideicommissum tibi reliquero, deindè postea aliud fecero non jure, in quo fideicommissum relictum tibi, vel aliud quàm quod priore testamento, vel omnino non sit relictum : videndum est mens mea hæc fuerit facientis postea testamentum, ut nolim ratum tibi sit priore testamento relictum, quia nudâ voluntate fideicommissa infirmarentur? Sed vix id obtineri potest : fortassis ideò quod ità demùm à priore testamento velim recedi, si posterius valiturum sit; et nunc ex posteriore testamento fideicommissum ei non debetur, etiamsi*

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Légataire*, §. 3.

(2) *V.* l'article *Révocation de testament*, §. 1, n° 3, du *Répertoire de jurisprudence*.

BIU Cujas

iidem heredes utroque testamento instituti, ex priore existerunt.

Il résulte clairement de ce texte qu'un testament nul dans la forme ne révoque pas même les legs contenus dans un testament antérieur, quoique la révocation de ces legs eût pu être faite par tout autre acte auquel auraient manqué les formalités nécessaires à la validité d'un testament proprement dit, ou, en d'autres termes, d'un acte de dernière volonté contenant institution d'héritier.

Mais, dit M. Toullier, ce texte ne le décide ainsi que parceque, dans l'espèce sur laquelle il porte, *il ne s'agit que d'une révocation tacite qui laisse douteuse la volonté de révoquer, et non pas d'une révocation expresse, qui exclud toute incertitude sur le changement de volonté. Je vous ai légué 1000 francs dans un premier testament; j'en fais un second dans lequel je ne vous donne plus rien, mais je ne déclare pas révoquer le premier. Il faut voir, dit Pomponius, quelle a été mon intention. Il est possible que je n'aie voulu révoquer le premier testament que sous la condition que le premier serait valide; il se décide pour cette possibilité. Il est donc certain que dans l'espèce de cette loi, il s'agissait d'une révocation tacite. Notre Code est allé plus loin que Pomponius, en décidant, art. 1036, que les testamens postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédens, n'annulleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les autres, ou qui y seront contraires; parcequ'en ne manifestant pas un changement de volonté, le testateur est présumé avoir persévéré dans ses précédentes dispositions. Mais lorsqu'il a purement et simplement manifesté un changement de volonté d'une manière expresse, on ne peut, sans choquer la raison, supposer qu'il a voulu subordonner ce changement à une condition qu'il n'a point exprimée.*

Il y a ici une étrange confusion de mots et d'idées. M. Toullier raisonne sur la loi 18, D. *de legatis* 3°, comme s'il s'y agissait, non de deux *testamens*, en prenant ce terme dans le sens du droit romain, mais de deux *codicilles*; et il dit: cette loi, bien différente de l'art. 1035 du Code civil, suivant lequel les testamens postérieurs qui ne révoquent pas d'une manière expresse les précédens, n'annulent, dans ceux-ci, que les dispositions incompatibles avec celles qu'ils contiennent eux-mêmes, suppose que, si le second des deux testamens dont elle parle était régulier, le legs contenu dans le premier serait révoqué tacitement, à raison de ce qu'il ne serait pas renouvelé par celui-ci, ou de ce que, dans celui-ci, se trouverait un autre legs au profit de la même personne; et ce n'est que parceque le second testament est nul dans la forme, qu'elle décide qu'il n'y a point, dans ce cas, de présomption de changement de volonté de la part du testateur; mais de là même il suit évidemment que cette décision n'est pas applicable au cas où le second testament, tout nul qu'il est dans la forme, contient révocation expresse du premier.

J'admettrais avec empressement la conclusion de M. Toullier, si la supposition d'après laquelle il raisonne était exacte; mais elle est d'une fausseté qui saute aux yeux. Pourquoi, dans l'espèce de la loi dont il s'agit, le legs contenu dans le premier testament, serait-il révoqué par le second, si celui-ci n'était pas nul? Est-ce d'après un principe du droit romain condamné par l'art. 1036 du Code civil? Non, car on a vu dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Révocation de legs*, §. 2, n° 2, que, dans le droit romain, comme d'après le Code civil, le legs fait par un codicille n'est révoqué tacitement, ni par cela seul que le testateur ne l'a pas renouvelé dans un codicille postérieur, ni par cela seul que, dans un codicille postérieur, il a gratifié le légataire d'un autre legs. Mais le second testament, s'il était valable, révoquerait le legs contenu dans le premier, parceque, dans le droit romain, deux testamens proprement dits ne peuvent pas co-exister ensemble, parceque le second détruit nécessairement le premier dans toutes ses dispositions; en sorte que, comme le dit Justinien dans ses Institutes, titre *Quibus modis testamenta infirmantur*, §. 2, le testateur est censé, eu égard à son premier testament, mourir *intestat* (1). Et ce ne serait point là une *révocation tacite* dans le sens que M. Toullier attache à ce mot: ce serait une *révocation légale*. Or, la *révocation légale* d'un premier testament par un second n'équipolle-t-elle pas à la révocation expresse que celui-ci contiendrait de celui-là? Elle y équipolle tellement, que ce n'est que par une déclaration expressément consignée dans le second testament, que le testateur peut conserver leur effet à celles des dispositions du premier qu'il n'entend pas révoquer (2).

Qu'on ne dise donc pas, avec M. Toullier, que la loi 18, D. *de legatis* 3°, fonde sa décision sur la circonstance que le second testament, nul dans la forme, ne révoquait le legs contenu dans le premier, que par son silence sur ce legs, ou par la différence qu'il y avait entre ce legs et celui dont il gratifiait le même légataire; et qu'étendre cette décision au cas où le premier testament est expressément révoqué par le second, c'est faire dire à la loi ce qui n'est ni dans son texte ni dans son esprit. Il

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Révocation de testament*, §. 1, n° 1.

(2) *V. ibid.*, n° 7.

BIU Cujas

est évident, au contraire, que c'est précisément, sinon sur ce cas même, du moins sur un cas parfaitement identique, que porte la loi. Aussi la raison qu'elle donne de sa décision, est-elle commune à l'une et à l'autre : *Ità demùm à priore testamento velim recedi, si posterius valiturum sit.* C'est comme si elle disait : le testateur a bien révoqué, par son second testament, le legs contenu dans le premier ; il l'a bien révoqué, parcequ'il ne l'a pas maintenu par une déclaration expresse de l'intention qu'il en aurait eue, et que ce n'eût été que par une déclaration expresse qu'il eût pu le maintenir ; il l'a bien révoqué par conséquent avec la même manifestation de volonté que s'il avait déclaré le révoquer en termes exprès ; mais il est censé en avoir subordonné la révocation à la condition que son second testament serait valable ; et son second testament se trouvant nul, la révocation devient caduque.

Mais, dit M. Toullier, la preuve que la décision de cette loi n'est point applicable au cas d'une révocation expresse, c'est qu'elle est écrite tout au long dans la loi 36, §. 3, D. *de testamento militis*, et dans la loi 24, §. 1, D. *de adimendis legatis.*

Que contiennent donc ces deux lois ?

Dans la première, dit M. Toullier, *Paul propose le cas d'un vétéran qui, pendant qu'il servait, avait fait un testament solennel*, jure communi. *En mourant, il declara qu'il voulait annuler son testament, et mourir* intestat. *Mais cette déclaration ne fut point revêtue des solennités exigées pour la validité des testamens : ainsi, les institutions d'héritier conservaient leur force, suivant les principes du droit romain.* Heredum institutiones in eodem statu mansisse placuit, *dit le jurisconsulte Paul. Quant aux legs, si les légataires en font la demande, elle doit être repoussée par exception.* Legata verò petentes exceptione doli mali, secundùm jus commune, summoveri. *La raison qu'en donnent les interprètes, c'est que les legs peuvent être révoqués par la volonté seule*, nudâ voluntate.

Fort bien. Mais, dans cette espèce, par quel acte le testateur avait-il révoqué son testament et déclaré vouloir mourir *intestat?* Etait-ce par un testament proprement dit ? La loi ne le dit pas. Elle énonce simplement que *testamentum irritum esse voluit, et intestatus mori maluit.* On doit donc supposer que c'était par un codicille qu'il avait fait cette déclaration. Or, qui a jamais douté qu'un legs contenu dans un testament proprement dit, ne puisse être révoqué par un codicille ? Et dès-lors, que signifie cette loi? Rien autre chose si ce n'est qu'un codicille, tout insuffisant qu'il est pour révoquer une institution d'héritier, suffit néanmoins pour révoquer les legs contenus dans le même testament que cette institution ; décision très-exacte dans les principes du droit romain, mais de laquelle il est absurde de conclure qu'un testament proprement dit, nul dans la forme, ne laisse pas, lorsqu'il contient une clause révocatoire d'un testament antérieur, d'en emporter la révocation.

Ce n'est pas tout. Veut-on supposer que, dans l'espèce de cette loi, le testateur avait fait la déclaration dont elle parle, en présence de sept témoins, et que par là il avait manifesté l'intention de lui donner la forme d'un testament proprement dit? La conséquence qu'en tire M. Toullier, n'en sera pas plus soutenable. Sans doute, dans cette hypothèse, l'acte contenant la déclaration du testateur n'aurait formé, à défaut d'institution d'héritier, qu'un testament nul ; mais il n'en aurait pas moins eu, contre les héritiers institués par le premier testament, tout l'effet d'un codicille ; et ceux-ci n'en auraient pas moins été tenus de rendre la succession aux héritiers *ab intestat*, sauf la distraction de la quarte Trébellianique (1). Cette loi est donc, sous tous les rapports, absolument étrangère à notre question.

Quant à la loi 24, §. 1, D. *de adimendis legatis*, voici comment M. Toullier en présente l'espèce et la décision : *Le même jurisconsulte Paul* (2), *propose le cas d'un père qui avait légué à sa fille des jardins avec leurs accessoires*, hortos instructos. *Il donne ensuite à son épouse, par donation entre-vifs, quelques-uns des esclaves attachés à la culture de ce jardin. Il en résultait, par le fait, une révocation expresse de partie du legs fait à la fille. Paul décide que cette dernière volonté doit l'emporter sur le legs, et que lors même que la donation serait nulle, le legs n'en serait pas moins diminué :* Posterior voluntas filiæ legato potior erit ; sed etsi non valeat donatio, tamen minuisse filiæ legatum pater intelligitur.

Ici, j'ai deux questions à faire à M. Toullier.

D'abord, comment peut-il présenter cette loi comme portant sur le cas d'une révocation expresse? Comment peut-il dire que de la donation entre-vifs dont elle parle, *il résultait, par le fait, une révocation expresse de partie du legs fait à la fille?* Y a-t-il donc *révocation expresse*, quand le testateur donne entre-vifs, ou aliène de toute autre manière la chose qu'il a précédemment léguée? Non, certainement non : il n'y a alors que *révocation tacite*, et c'est ce qu'enseignent non seulement tous les

(1) *V.* l'article *Révocation de testament*, §. 6, n° 1, du *Répertoire de jurisprudence*, et Furgole, *Traité des testamens*, chap. 11, n° 100.

(2) C'est à Papinien, et non à Paul, que les Pandectes attribuent cette décision ; mais peu importe.

BIU Cujas

jurisconsultes qui ont écrit sur le droit romain, notamment Voët (1), mais encore M. Toullier lui-même, tome 5, nos 638 et 641.

En second lieu, d'où provenait, dans l'espèce de la loi citée, la nullité de la donation dont elle s'occupe? Ce n'était pas d'un vice de forme, c'était uniquement de l'incapacité de la donataire; et cela résulte évidemment de l'ensemble de la loi que M. Toullier ne transcrit que partiellement: *Pater instructos hortos filiæ legato legavit, posteà quædam ex mancipiis hortorum uxori donavit.* SIVE DONATIONES CONFIRMAVIT, SIVE NON CONFIRMAVIT, *posterior voluntas filiæ legato potior erit. Sed etsi non valeat donatio, tamen minuisse filiæ legatum pater intelligitur.* Que signifient dans ce texte les mots, *sive donationes confirmavit, sive non confirmavit?* Ils se rapportent à l'état où se trouvait la législation romaine, par rapport aux donations entre époux, avant le sénatusconsulte transcrit dans la loi 1re, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, et qui, sur la proposition des empereurs Sévère et Antonin, déclara qu'à l'avenir toute donation entre époux qui ne serait pas expressément révoquée par le donateur, serait confirmée par sa mort; au lieu que précédemment elle avait besoin d'être confirmée par son testament; et c'est précisément ce que remarque Pothier dans ses Pandectes, tit. 4, liv. 34, n° 7, sur les mots, *sive non confirmavit: testamento scilicet* (dit-il): *quo casu non valebat donatio, nec ex solâ donatoris morte confirmabatur antè constitutionem D. Severi. Videtur Papinianus hoc respondisse antè hanc constitutionem, quàm paulò antè mortem Severi editam fuisse videtur suprà, lib. 24, tit. 1.* Le sens de la loi est donc que la donation entre-vifs, faite par le testateur à sa femme, d'une partie des objets qu'il avait légués à sa fille par son testament, emporte révocation du legs pour cette part, quand même, faute d'avoir été confirmée par un acte postérieur de dernière volonté, elle se trouverait frappée de la nullité résultant de l'incapacité des époux de se faire l'un à l'autre des donations entre-vifs.

Mais, dès-lors, que prouve cette loi? Rien, absolument rien de ce que M. Toullier prétend en conclure.

D'une part, elle ne justifie certainement pas sa distinction entre le cas de la révocation tacite et le cas de la révocation expresse, puisque ce n'est pas sur le second, mais sur le premier qu'elle porte.

D'un autre côté, elle prouve, à la vérité, que dans le droit romain, l'incapacité de celui à qui le testateur donnait entre-vifs, par un acte en bonne forme, ce qu'il avait légué précédemment à un autre, n'empêchait pas que le legs ne fût tacitement révoqué par la donation; mais il y a loin de là à la conséquence que, dans le droit romain, un acte de dernière volonté, nul dans la forme, suffisait, lorsqu'il renfermait une clause révocatoire, pour anéantir un legs contenu dans un testament antérieur.

Dans le premier cas, il existait un acte qui, considéré en lui-même, et vu sa parfaite régularité, constatait légalement l'intention de priver le légataire de son legs; et peu importait que l'exécution de cet acte rencontrât un obstacle dans l'incapacité du donataire; cet obstacle n'avait pu être ignoré du testateur, puisque personne n'est présumé ignorer les dispositions des lois; le testateur avait donc, en donnant entre-vifs, passé au-dessus de cet obstacle; il avait donc voulu manifestement que son legs restât sans effet, quand même sa donation entre-vifs resterait sans exécution (1).

Dans le second cas, au contraire, il n'existait aucune preuve légale du changement de volonté du testateur; car un acte nul dans la forme ne prouve rien aux yeux de la loi.

Les mêmes raisonnemens s'appliquent à deux lois qui décidaient, par rapport aux legs transférés à un incapable, ce que la loi 24, §. 1, D. *de adimendis legatis*, décidait par rapport à la donation entre-vifs, dont l'incapacité du donataire paralysait l'exécution.

Le legs transféré d'une personne à une autre, disait la loi 34, D. *de legatis* 1°, n'est pas dû au premier légataire, bien que le second soit incapable de le recueillir: *Planè, ubi transferre voluit legatum in novissimum, priori non debebitur, tametsi novissimus talis sit in cujus personâ legatum non constitit.*

Si je transfère, disait également la loi 20, D. *de adimendis legatis*, le legs dont je vous ai gratifié, à une personne incapable de le recevoir, par exemple, à mon propre esclave, sans lui léguer en même temps la liberté, vous ne pourrez pas l'exiger, parceque je vous l'ai ôté en le transférant, quoiqu'il ne soit pas dû à celui au profit duquel j'ai voulu en faire tourner la révocation: *Licet transferam legatum in eum cùm quo nobis testamenti factio non est, sive in servum proprium, cui sine libertate legavero: licet eis non debeatur, nec illi tamen debebitur cui fuerit ademptum.*

---

(1) *Sed et* TACITÈ *legatum ademptum censetur* (dit-il, sur le titre des Pandectes, *de adimendis legatis*, n° 6), si *facta sit alienatio voluntaria rei legatæ, veluti donatio.*

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Révocation de testament*, §. 1, n° 3.

BIU Cujas

Qu'il s'agisse dans ces lois, non d'une *révocation expresse*, mais d'une *révocation tacite*, c'est ce que la loi 5, D. *de adimendis legatis*, prouve jusqu'au plus haut degré d'évidence : *Sicut*, dit-elle, *adimi legatum potest, ità et ad alium transferri : veluti hoc modo* QUOD TITIO LEGAVI, *id Sejo do, lego. Quæ res in personam Titii* TACITAM ADEMPTIONEM *continet.*

Je conviens avec M. Toullier (n° 25) que la révocation manifestée par un fait incompatible avec le maintien du legs, n'a pas moins d'effet que si elle était exprimée par des paroles; mais c'est précisément de là que je pars pour détruire la conciliation que M. Toullier prétend faire de ces lois avec la loi 18, D. *de legatis* 3°, en disant (n° 16) *qu'il s'agit dans cette dernière d'une* révocation tacite *qui laissait le changement de volonté incertain; et dans les autres, d'une révocation* expresse, *manifestée par des paroles ou des actions.* Celui qui, dans le droit romain, faisait un second testament proprement dit, ne manifestait pas moins son intention de révoquer le premier, que s'il y eût inséré une clause expressément révocatoire de celui-ci, et j'en ai déjà dit la raison : c'est que, dans le droit romain, deux *testamens* proprement dits ne pouvaient pas co-exister ensemble. Si donc il y a, dans la loi 34, D. *de legatis* 1°, dans la loi 20, aussi bien que dans la loi 24, §. 1, D. *de adimendis legatis*, l'équipollence d'une révocation expresse, il est clair que la même équipollence se trouve dans la loi 18, D. *de legatis* 3°; et dès-lors, quel moyen reste-t-il pour concilier ces lois entre elles? Point d'autres, si ce n'est de dire que, dans les premières, l'équipollence de la révocation expresse résulte d'actes, soit de dernière volonté, soit de donation entre-vifs, réguliers dans la forme; au lieu que, dans la dernière, elle ne résulte que d'un testament défectueux et par conséquent hors d'état de faire preuve de son contenu.

Mais, dit M. Toullier, ce n'est pas ainsi que l'ont entendu Bartole, Godefroy et Struve; ils ont, au contraire, inféré des premières lois, que l'on peut, par un acte de dernière volonté, nul dans la forme, révoquer expressément le legs que l'on a précédemment fait par un acte de dernière volonté parfaitement régulier.

Est-il donc vrai que telle soit la doctrine de ces jurisconsultes? On va en juger.

« Bartole commence (ce sont les termes de M. Toullier) par donner le sommaire de la loi, en disant que le legs fait par un testament solennel, n'est pas censé révoqué *tacitement* par un testament qui n'est pas solennel : *Legatum relictum in voluntate solemni, per voluntatem minùs solemnem non intelligitur tacitè revocatum... Hoc dicit.*

» Il rappelle ensuite, en forme d'objection, les lois qui prouvent que les legs faits par fidéicommis, dans un premier testament, ne sont pas dus, quoique le second testament ne soit pas valable : *Oppono, secundùm Dynum, quòd fideicommissum relictum in primo testamento non debetur, licet sequens voluntas sit invalida.* L. *licet transferam*, D. *de adimendis legatis*, etc., etc.

» Bartole répond que ces lois parlent des cas où la révocation est expresse. *Respondeo leges contrariæ loquuntur quandò legatum expressè adimitur.* Dans ce cas, ajoute-t-il, le legs n'est pas dû, quoiqu'il ne soit révoqué que par un testament inutile : *undè licet adimatur in voluntate inutili, non tamen debetur.*

» Mais *ici*, continue Bartole, c'est-à-dire, dans le cas de la loi 18, D. *de legatis* 3°, quand le testateur révoque *tacitement* par un second testament, il est censé ne vouloir révoquer qu'autant que le second testament est valide : *Sed hîc quandò tacitè adimit condendo aliam voluntatem, tunc ità demùm videtur velle revocare, si sequens voluntas valuerit.*

» Ainsi, l'opinion de Bartole est bien décidément contraire à celle que lui prête Furgole (1). Bartole fait une distinction fondée sur les lois et la raison. Si le second testament révoque le premier d'une manière expresse et absolue, soit par des paroles, soit par le fait, les legs ne sont pas dus, quand même le second testament serait imparfait et nul par vice de forme. Si la révocation n'est que tacite et laisse douteux le changement de volonté, les legs du premier testament ne sont pas révoqués par un second testament imparfait et nul. »

Ainsi, suivant M. Toullier, par les mots *licet sequens voluntas sit invalida, licet adimatur* (*legatum, in voluntate inutili*) Bartole veut dire : *quoique le second testament soit nul dans la forme, quoique ce soit par un testament nul dans la forme, que le legs est ôté au légataire.*

Mais les lois que cite Bartole, à l'appui de son assertion, prouvent clairement que telle n'est pas sa pensée. Que disent-elles en effet? Rien de plus, si ce n'est que, lorsque la disposition révocatoire du legs se trouve *inutile à raison de l'incapacité de celui au profit duquel le testateur l'a faite*, la révocation n'en a pas moins son effet. Elles n'ajoutent pas qu'il en sera de même, si la disposition révocatoire est *inutile à raison d'un vice de forme*; et

(1) *V.* le passage de Furgole qui est transcrit dans les conclusions du 4 novembre 1811, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'article *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 6.

BIU Cujas

comment peut-on prêter à Bartole l'intention de l'ajouter de son chef? Comment peut-on lui supposer la prétention de faire résulter d'une disposition nulle dans la forme, la preuve légale d'un changement de volonté dans le testateur?

Quant à Godefroy, la méprise de M. Toullier est bien plus étrange encore. Ce jurisconsulte commence par opposer à la loi 18, D. *de legatis* 3°, et par citer comme en contrariant la décision, la loi 3, §. dernier, et la loi 4, D. *de adimendis legatis*, qui pourtant ne s'occupent que de la révocation tacite résultant de l'inimitié survenue entre le testateur et le légataire), la loi 20 du même titre et la loi 34, D. *de legatis* 1° (toutes deux transcrites ci-dessus); enfin la loi 27, C. *de fideicommissis* (qui se borne à dire que le legs n'est pas dû lorsqu'il y a preuve d'un changement de volonté de la part du testateur, *pœnitentiâ probatâ*); puis, il propose ces questions (je copie ses propres termes dans l'édition du corps de droit des Elzévires): *An leges contrariæ locum habent, quotiès expressè legatum revocatum est* SECUNDO TESTAMENTO UTILI? *Tùm enim præsumitur testator legatum priorîs testamenti revocasse. An verò in dictâ lege* 4, *præsumitur legatum ex aliis indiciis, puta inimicitiis, ademptum, non ex solâ testamenti secundi factione?* Il ne résoud pas la seconde de ces questions, qui d'ailleurs est ici sans objet; mais en se prononçant, sur la première, pour l'affirmative, il annonce clairement qu'il ne regarde la clause révocatoire du second testament comme efficace, nonobstant l'incapacité du second légataire, que parceque le second testament est régulier, *secundo testamento utili*, et qu'il n'hésiterait pas à la tenir elle-même pour nulle, si le second testament était défectueux dans la forme.

M. Toullier n'est pas plus heureux dans la citation qu'il fait de Struve. Dans un ouvrage consacré à l'examen des notes de Godefroy sur les lois romaines, Struve, arrivant à celle qui porte sur la loi 18, D. *de legatis* 3°, et regardant la première des deux questions de Godefroy comme résolue par celui-ci, dans le sens que je viens d'indiquer, s'explique ainsi: *Respondet ipse Gothofredus quòd scilicet in textibus oppositis, de aliis agitur casibus, quibus nimirùm constat testatorem circà fideicommissa omninò mutasse voluntatem.* Il ne dit pas comment, dans les espèces des lois contraires, en apparence, à la loi 18, *de legatis* 2°, et notamment dans celle de la loi 20, D. *de adimendis legatis*, le changement de volonté du testateur est constaté; mais il se réfère à Godefroy, et par conséquent il est censé dire, comme lui, que la preuve de ce changement résulte, non pas d'un second testament défectueux dans la forme, mais d'un second testament régulier, et tel que, considéré en lui-même, il puisse recevoir son exécution.

Je n'ai rien à dire sur l'exactitude de la citation que M. Toullier fait ensuite de Vinnius, et je conviens que, dans son commentaire sur le titre des Institutes *de ademptione legatorum*, ce jurisconsulte déclare penser, comme Bartole, qu'un *testament imparfait* suffit pour révoquer expressément un legs: *Omninò assentior Bartolo posse legatarium oppositâ exceptione doli summoveri, etiamsi imperfecto testamento legatum ademptum esse proponatur.*

Mais indépendamment de ce qu'il fait évidemment dire à Bartole ce qu'il ne dit pas, autant je concevrais sa doctrine, si, par un *testament imparfait*, il entendait, ou un testament proprement dit, qui, étant au moins revêtu des formalités requises pour la validité d'un codicille, serait muni de la clause codicillaire, ou un codicille proprement dit, dans lequel seraient observées toutes les formalités requises dans cette espèce d'acte de dernière volonté, autant sa doctrine, prise au pied de la lettre et appliquée dans toute sa généralité, me paraît inconciliable, et avec le principe que la clause révocatoire d'une disposition, soit de testament, soit de codicille, est elle-même une disposition de dernière volonté, et avec le principe consacré par la loi 8, §. 3, C. *de codicillis*, qu'aucune disposition de dernière volonté ne peut être valable, si elle n'est faite en présence de cinq témoins.

Qu'importe, au surplus, que, comme le dit M. Toullier, Vinnius cite *plusieurs auteurs qui sont de la même opinion* que lui; il en citerait mille, que son opinion n'en serait pas moins une erreur manifeste.

3° Mais voici, suivant M. Toullier, une autorité plus imposante que celle de tous les jurisconsultes qui n'ont écrit que d'après le droit romain, et que nous devons prendre pour boussole dans l'interprétation de l'art. 1035 du Code civil: c'est celle de Pothier, « dont la doctrine a eu tant d'influence sur » la rédaction du Code, de Pothier dont la commis- » sion n'a fait souvent que de copier des passages pour » les réduire en articles de la loi, » et qui, dans son *Traité des donations testamentaires*, chap. 6, sect. 1, §. 1, enseigne positivement que la clause d'un second testament qui en révoque un premier, suffit pour anéantir le premier, quoique le second soit nul dans la forme.

Je sais que, parmi les ouvrages de Pothier, il en est plusieurs qui ont eu une grande influence sur la rédaction du Code civil; mais quels sont ces ouvrages? Ce sont ceux qu'il avait publiés de son vivant, et auxquels il avait lui-même imprimé, par la sévère révision qu'il en avait faite, le cachet de son approbation définitive. Or, tel n'est certainement pas son *Traité des donations testamentaires*,

BIU Cujas

publié seulement après sa mort, et dans lequel il se trouve plus d'une erreur (1).

Sur quoi d'ailleurs Pothier fonde-t-il sa doctrine, invoquée si pompeusement par M. Toullier? Sur le principe que les testamens n'étant aujourd'hui que des codicilles, *la révocation peut s'en faire* NUDA VOLUNTATE, c'est-à-dire, sur un principe qui était vrai dans l'ancien droit romain, où les codicilles n'étant assujétis à aucune espèce de forme pour leur confection, ne pouvaient pas l'être davantage pour leur révocation, mais qui n'était plus admis dans le dernier état de la législation romaine; enfin, sur un principe que le Code civil a formellement condamné; et c'est assez dire que l'autorité de Pothier ne peut être ici d'aucun poids.

Mais, après tout, cette doctrine de Pothier était-elle, avant le Code civil, admise dans les pays coutumiers?

Elle ne l'était certainement pas dans ceux dont les coutumes renvoyaient au droit romain la décision des cas sur lesquels elles étaient muettes; et la preuve en est dans l'arrêt de la cour de cassation, du 14 floréal an 11, qui est rapporté ci-dessus, n° 2.

L'était-elle au moins dans ceux des pays coutumiers où le droit romain n'avait que l'autorité de raison écrite?

M. Toullier invoque, pour l'affirmative, un arrêt du parlement de Paris, du 29 décembre 1687, rendu dans la coutume de Péronne, Roye et Montdidier. Par cet arrêt, dit-il, en citant Rousseaud de La Combe, il a été jugé qu'un second testament avait suffi, quoique déclaré nul à raison d'un vice de forme, pour révoquer un premier testament.

Mais d'abord il est fort douteux que telle ait été la décision de cet arrêt. Dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, une femme, qui avait disposé par un premier testament d'une partie de ses biens en faveur de son mari, avait déclaré, en le révoquant par un codicille nul dans la forme, qu'elle ne l'avait fait que malgré elle, *par crainte et pour le bien de la paix*. Cette déclaration ne pouvait sans doute pas constituer à elle seule une preuve légale du fait qu'elle énonçait; mais elle en formait du moins, comme on l'a vu dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'article *Testament*, sect. 2, §. 6, n° 3, un commencement de preuve par écrit, et par conséquent une présomption grave. Or, qui nous répondra qu'à cette présomption ne s'en joignaient pas d'autres résultant de circonstances échappées aux rédacteurs du *Journal du Palais*, et que, par leur concours, elles n'ont pas déterminé les juges à rejeter la demande du mari en délivrance de son legs, sans entrer dans l'examen du point de droit?

Ensuite, ce qui prouve que, si cet arrêt eût vraiment jugé ce que lui prêtent Rousseaud de La Combe et M. Toullier, il n'aurait du moins pas fait jurisprudence, c'est qu'on jugeait constamment le contraire dans la coutume de Paris. Écoutons Bourjon, *Droit commun de la France*, tome 2, page 381, édition de 1770 : *Un testament imparfait, contenant révocation d'un précédent qui est valable en soi, ne le détruit pas : le premier ne mérite aucune foi, puisqu'il est imparfait; elle est due, au contraire, à l'autre; mais il faut distinguer un testament postérieur d'avec un simple acte de révocation. L'un est sujet à des formalités sans lesquelles il ne peut subsister, l'autre ne l'est à aucune; voilà le principe général.* Ici l'auteur cite un arrêt rapporté par Montholon, chap. 133; puis il continue ainsi : *En effet, le dernier testament ne peut faire foi du changement de volonté; mais il n'en est pas de même d'un acte contenant simple révocation et nulle disposition : celui-ci laisse agir la loi; il doit donc avoir son exécution, nonobstant le défaut de formalité; distinction importante à faire..... Mais il faut toujours que l'acte de révocation soit suffisant pour faire foi; c'est à cette suffisance que son exécution est attachée.....*, et cette distinction est suivie au Châtelet; *elle est même de droit commun.*

C'est ainsi, au surplus, que la question a été jugée tout récemment au sujet d'un testament fait dans une colonie française, avant que le Code civil y fût publié, et à une époque où elle était encore régie par la coutume de Paris. Voici l'espèce.

Le 23 brumaire an 12, testament olographe, daté de Cayenne, par lequel Noël Renaud lègue à la dame Fourgassié une habitation située dans cette colonie.

Le 28 prairial an 13, Noël Renaud, se trouvant au Sénégal, y fait, devant notaires, un second testament par lequel, en révoquant le premier, il lègue la même habitation à la dame d'Isambourg, sa sœur.

Après sa mort, la dame Fourgassié demande la délivrance du legs qui lui a été fait par le premier testament.

La dame d'Isambourg excipe du testament du 28 prairial an 13.

La cause portée à la cour royale de Bordeaux, par suite de la cassation d'un arrêt irrégulier de la cour d'appel de Cayenne, confirmatif d'un jugement qui déclarait le premier testament révoqué par le second, deux questions sont agitées entre les

(1) Il y en a notamment une que je signale dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 6, n° 3.

BIU Cujas

parties: la première, si le testament du 28 prairial an 13 est valable ou nul dans la forme; la seconde, si la nullité de ce testament, revêtu d'ailleurs des formalités requises pour la validité d'un acte ordinaire, entraîne la nullité de la clause révocatoire qu'il contient.

Par arrêt du 24 juillet 1823, la cour royale de Bordeaux décide ces deux questions en faveur de la dame Fourgassié,

« Attendu que, par l'art. 33 de la déclaration du mois d'août 1664, la coutume de Paris est la loi générale des colonies françaises;

» Qu'il n'est pas contesté que le Sénégal fût une colonie française à l'époque du testament de Noël Renaud;

» Que l'art. 289 de la coutume de Paris exige qu'il soit fait mention au testament, qu'il a été ainsi dicté et relu au testateur en présence des témoins;

» Que le testament dont il s'agit, ne fait pas mention de cette lecture; qu'ainsi, il est nul d'après les dispositions de la coutume de Paris;

» Considérant qu'on ne parle que de l'ancienne législation, parceque le Code civil n'a été exécutoire au génégal que le 28 septembre 1805, et que le testament étant du mois de juin de la même année, il est antérieur à la promulgation du Code civil;

» Que, si la cause était jugée d'après les dispositions de l'ordonnance des testamens de 1735, la décision serait la même, puisque cette ordonnnance prescrivait, art. 5, qu'il fût fait lecture du testament au testateur, en présence des témoins, et que l'acte en contînt la mention, et l'art. 47 prescrivait ces formes à peine de nullité; qu'il est hors de toute vraisemblance que l'ordonnance de 1735 ne fût pas promulguée au Sénégal, soixante-dix ans après son émission;

» Considérant enfin, sur cette question, que le droit de tester ne dérive pas du droit naturel; car rien n'est moins naturel à l'homme que de continuer l'exercice de sa volonté après qu'il a cessé d'exister; que ce sont des lois positives qui ont établi les testamens et leurs formes; et que la dame veuve d'Isambourg, qui nie l'obligation de se conformer, au Sénégal, à la coutume de Paris et à l'ordonnance de 1735, est dans l'impuissance d'indiquer la loi selon laquelle les testamens devaient être faits, dans cette colonie, à l'époque où le sieur Renaud y fit le sien;

» Attendu qu'après avoir ainsi démontré la nullité de ce testament, il faut voir si, quoique nul comme testament, il conserve la force d'acte révocatoire du testament précédent, la clause révocatoire étant exprimée dans cet acte;

» Considérant, ainsi qu'Henrys l'explique dissertement, liv. 5, chap. 2, quest. 12, n° 7, qu'en droit écrit, d'après les lois romaines, un testament ne pouvait être révoqué que par un autre testament postérieur, parfait en sa forme;

» Que Ricard, *des Donations*, 3e partie, n° 127, décide et atteste qu'il fallait que le testament postérieur fût valable en sa forme pour révoquer le testament antérieur, en pays coutumier, quoique, dans la coutume, le testament pût être révoqué par un autre acte portant simplement déclaration de changement de volonté;

» Considérant que l'acte fait sous la forme de testament, est indivisible; et que, s'il est nul comme testament, il est nul pour le tout, parceque le testateur n'est censé avoir voulu révoquer le testament antérieur, que pour donner au testament postérieur une vigueur d'exécution qu'il ne peut avoir sans les formes testamentaires. »

La dame d'Isambourg se pourvoit en cassation, et soutient 1° qu'il n'est pas vrai que la coutume de Paris ait régi la colonie du Sénégal avant la publication du Code civil; 2° qu'en tout cas, si le testament du 28 prairial an 13 a pu être annulé en vertu de l'art. 289 de la coutume de Paris, la clause révocatoire qu'il contenait n'en devait pas moins conserver tout son effet, d'après la doctrine de Pothier et de M. Toullier.

Mais par arrêt contradictoire du 23 août 1825, au rapport de M. Rupérou, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier,

« Attendu, sur le premier moyen, qu'il résulte des lois de 1664 et 1696, qu'alors que le sieur Renaud fit son second testament au Sénégal, cette colonie était nommément soumise à la coutume de Paris, qui faisait le droit commun de toutes les colonies françaises;

» Attendu, sur le deuxième moyen, qu'en décidant que la clause révocatoire, insérée dans ledit testament antérieur à la promulgation du Code civil au Sénégal, était sans effet, parceque ce testament était nul, aux termes de la coutume de Paris, la cour royale de Bordeaux n'a violé aucune loi,

» La cour rejette le pourvoi... (1). »

4° Reste à examiner si la décision du conseil-d'état, du 27 ventôse an 11, avait pour elle le vœu de la raison, si elle était d'accord avec les principes généraux du droit, et si, par suite, il y a lieu, non pas, comme le prétend M. Toullier, de présumer qu'elle a été érigée en loi par l'art. 1035 du Code civil, mais de regretter qu'elle ne l'ait pas été.

---

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1827, part. 1, page 365.

BIU Cujas

S'il en faut croire M. Toullier, *la raison nous dit que, s'il est convenable et sage d'établir des formes solennelles pour rendre certaine et garantir des surprises la volonté du testateur qui déroge à la loi des successions, ces formes ne sont plus nécessaires, lorsque, par un changement de volonté, le testateur revient à la loi commune; qu'il suffit que ce changement soit bien prouvé; et que l'équité répugne à faire revivre, contre le vœu prononcé du testateur, une volonté révoquée dans un acte qui ne perd sa force que par un défaut de forme qui ne lui a pas été connu, et qui ne peut lui être imputé.*

Mais est-ce bien là le langage de la raison?

D'abord, M. Toullier parle comme si c'était toujours afin de replacer ses biens sous la loi des successions et de revenir à la loi commune, qu'un testateur révoque ses dispositions de dernière volonté, comme s'il ne les révoquait pas souvent pour en faire revivre de précédentes qui ne sont pas moins préjudiciables aux héritiers du sang que celles qu'il réprouve par son changement de volonté. Que le Code civil, favorisant plus le premier genre de révocation que le deuxième, se fût contenté d'une simple déclaration notariée pour révoquer, en faveur des héritiers du sang, un testament qui les dépouille, il n'y aurait là rien que de raisonnable; mais qu'a-t-il fait, en établissant que le second genre de révocation pourrait, aussi bien que le premier, s'opérer par un simple acte devant notaires? Il s'est écarté sans motifs de cette idée si simple et si naturelle, que révoquer un testament, c'est faire un acte de dernière volonté; et que tout acte de dernière volonté doit être revêtu des formalités testamentaires; et il ne s'en est écarté que par déférence pour l'aveugle routine qui s'était introduite dans les pays coutumiers, de regarder un simple acte devant notaires comme suffisant pour révoquer, même en faveur d'un étranger institué légataire universel par un premier testament, le testament postérieur qui le remplaçait par un autre étranger. Il a par conséquent fait une loi qui n'est d'accord avec la raison que par rapport au premier genre de révocation, et la contrarie ouvertement par rapport au deuxième. Mais par là même, il a rangé cette loi dans la catégorie de celles qui doivent être interprétées strictement; on ne peut donc appliquer que dans le sens le plus étroit la disposition de l'art. 1035, qui permet indistinctement de révoquer un testament par un simple acte devant notaires aussi bien que par un autre testament; et c'est pourtant dans le sens le plus large, pour ne pas dire le plus diamétralement opposé à son texte, le plus manifestement contraire à l'esprit dans lequel tout annonce qu'il a été définitivement rédigé, qu'il faudrait l'appliquer pour y sous-entendre la décision du conseil-d'état du 27 ventôse an 11.

En second lieu, est-ce par inadvertance, est-ce par jeu d'esprit, que M. Toullier nous dit que le testateur qui révoque expressément ses dispositions de dernière volonté par un testament défectueux, ne connaît pas les vices de forme de cet acte, qu'ils ne peuvent pas *lui être imputés*, et que par conséquent l'équité s'oppose à ce qu'ils empêchent que cet acte ne fasse légalement foi du changement de volonté qu'il énonce? Ces assertions tombent d'elles-mêmes devant la grande maxime, que nul n'est censé ignorer la loi, et que l'erreur de droit ne se présume pas.

Voyons maintenant si la décision du conseil-d'état, du 27 ventôse an 11, était calquée sur les principes généraux du droit.

M. Toullier croit la justifier sous ce rapport, par la règle *utile non vitiatur per inutile*, de laquelle, suivant lui, il résulte clairement que la clause révocatoire qui se trouve dans un testament public, nul comme tel dans la forme, mais valable comme acte notarié ordinaire, n'est pas viciée par la nullité des dispositions qui la précèdent ou la suivent, parcequ'elle est, pour ce qui la concerne en particulier, revêtue de la forme nécessaire à sa validité, et que sa validité ne doit pas souffrir de son mélange avec des dispositions nulles.

Mais remarquons, avec Dantoine, dans son Commentaire sur le titre *de regulis juris*, in-8°, §. 37, qu'*il y a une exception à cette règle, savoir, lorsqu'il se trouve dans l'acte quelque défaut essentiel contre la formalité qui doit y être observée suivant les lois et l'usage; car alors*, dit ce jurisconsulte, *les chefs de l'acte qui sont légitimes, se détruisent par ceux qui ne le sont pas; et l'acte entier est nul. La raison de cela est que la forme de l'acte en fait l'existence*, forma dat esse rei. *La forme d'un acte ne souffre pas de division; elle doit être accomplie spécifiquement dans tous ses chefs, sans aucune augmentation ni diminution:* Forma est de genere individuorum, quælibet mutatio in eâ mutat totum. *D'où il faut conclure que la règle ne doit avoir lieu que lorsque le bon endroit de l'acte peut être séparé de celui qui ne l'est pas. Mais dès-lors qu'ils sont inséparables, l'acte tombe entièrement:* Quæ separationem non admittunt, in totum vitiantur.

Ainsi, lorsqu'après avoir entièrement écrit, daté et signé de ma main un testament, je l'ai fait revêtir d'un acte de suscription pour le convertir en testament mystique, si, après ma mort, on trouve des nullités dans l'acte de suscription, le testament ne laissera pas de valoir comme olographe (1); et ce

(1) *V.* l'article *Testament*, §. 6.

BIU Cujas

sera le cas de la règle, *utile non vitiatur per inutile*, parceque *le bon endroit*, c'est-à-dire, le testament, peut être séparé de l'acte de suscription que j'y ai fait ajouter par une précaution surérogatoire.

Mais supposons qu'après avoir entièrement écrit et daté de ma main un testament, je le présente à un notaire et à quatre témoins pour le signer avec moi, que les témoins commencent par le signer, que je le signe après eux, et que le notaire le signe également après moi, la règle *utile non vitiatur per inutile* deviendra sans application, et le testament sera incontestablement nul, parcequ'il s'y trouve des écritures étrangères mêlées à la mienne, de telle manière qu'il est impossible de l'en séparer; que par conséquent ce n'est pas de ma main qu'il est *entièrement* écrit, et que dès-lors il manque de sa forme essentielle.

M. Toullier admet cette distinction. *La maxime, forma est de genere individuorum*, dit-il, *n'est vraie que dans le cas où un acte n'a qu'une seule forme, qui alors ne peut admettre de séparation:* Quæ separationem non admittunt, in totum vitiantur. *Elle est fausse, elle est rejetée dans notre législation, lorsqu'il existe dans l'acte deux formes distinctes qui peuvent être séparées. On suit alors la règle* utile per inutile non vitiatur; *la nullité d'une des formes n'entraîne pas la nullité de l'autre.*

Ainsi, nous sommes bien d'accord sur les principes, et il ne s'agit plus que de savoir si la conséquence qu'en tire M. Toullier en faveur de son système, est aussi juste qu'elle lui paraît l'être.

Aux termes de l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, dit-il, *un acte nul comme acte notarié, est valable comme écrit sous seing-privé, s'il est signé de toutes les parties, parcequ'il existe dans un pareil acte deux formes distinctes et séparables; donc, par identité de raison, un testament public, nul par l'incapacité d'un des témoins, peut et doit valoir comme acte révocatoire des précédens testamens, parcequ'on y distingue deux formes distinctes et séparables: celle des testamens qui exige quatre témoins; celle des actes notariés qui n'en exige que deux, et qui suffit, suivant le Code (art. 1035), pour un acte de révocation.*

Mais l'*identité de raison* que M. Toullier croit apercevoir entre ces deux cas, n'est qu'imaginaire.

D'abord, pourquoi, dans le cas de l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an 11, les deux formes qui existent dans l'acte notarié, nul comme tel, et néanmoins signé de toutes les parties, sont-elles *séparables?* Parcequ'il est constant que les parties qui appellent un notaire et deux témoins pour rédiger leur convention, se proposent deux objets parfaitement distincts: l'un, de la revêtir d'une preuve qui la mette à l'abri de toute dénégation; l'autre, de la rendre exécutoire, parcequ'il n'y a ni ne peut y avoir aucun doute que ces deux objets ne soient, dans l'intention des parties, indépendans l'un de l'autre; parceque dès-lors il ne peut être imaginé aucun prétexte pour que l'inaccomplissement du second objet empêche que le premier ne soit rempli.

En est-il de même dans le cas d'un testament notarié, nul comme tel, qui mêle aux dispositions qu'il contient une clause révocatoire des testamens antérieurs? Non, évidemment non. Lorsqu'après avoir fait un premier testament par lequel j'ai institué Pierre mon légataire universel, à l'exclusion de mes héritiers légitimes, j'en fais un second par lequel je le révoque en instituant Paul à la place de Pierre, qui peut deviner, et à plus forte raison, qui peut affirmer, avec une pleine certitude, quelle est mon intention pour le cas où mon second testament serait déclaré nul dans la forme? Personne assurément. Je manifeste bien, par le second testament, la préférence que je donne à Paul sur Pierre; mais je n'y dis, ni expressément, ni même implicitement qu'en cas que le vice de forme dont le second testament est infecté soit relevé après ma mort et amène l'annullation de cet acte, mon intention est que Pierre soit exclu de ma succession par mes héritiers légitimes; et il est possible que, soit par indifférence, soit par aversion pour mes héritiers légitimes, je leur préfère Pierre, tout disposé que je suis à lui préférer Paul. Il n'est donc pas clair que les deux objets que je me propose dans mon second testament soient distincts et indépendans l'un de l'autre; et dès que cela n'est pas clair, dès qu'il reste là-dessus le moindre doute, que faut-il faire? En revenir au principe écrit dans la loi 18, D. *de legatis* 3°, et dire avec cette loi: *Ità demùm à priore testamento volo recedi, si posterius valiturum sit.*

Ensuite, que faudrait-il pour que le testament, nul comme tel, pût, quant à la clause révocatoire qu'il contient, valoir comme acte notarié ordinaire? Il faudrait que l'on pût scinder la qualité du notaire et des témoins, et que, tandis qu'en considérant l'acte sous un rapport, on ne voit et l'on ne peut voir en eux que des personnes privées, on pût, en le considérant sous un autre rapport, voir en eux des organes et des ministres de la foi publique. Or, une pareille scission est-elle possible? Elle ne l'est certainement pas aux yeux de la raison, qu'elle choque ouvertement. Et bien loin que l'on puisse citer une seule disposition législative qui en suppose la possibilité, il y en a, au contraire, une dans le droit romain et dans l'ordonnance de 1735,

BIU Cujas

qui la condamne formellement. Lorsqu'avant le Code civil, un testament nuncupatif, fait en pays de droit écrit, se trouvait nul par l'absence ou par l'incapacité de l'un des six témoins qui devaient y figurer avec le notaire, ce testament valait-il au moins comme codicille? Cela eût dû être ainsi sans difficulté et sans distinction, dans le système de scission soutenu par M. Toullier, puisqu'il ne fallait pour la validité d'un codicille que la présence d'un notaire et de quatre témoins. Cependant il en était tout autrement, et le testament, nul comme tel, ne valait comme codicille qu'autant que le testateur avait expressément déclaré que telle était sa volonté, ou, en d'autres termes, qu'autant qu'il renfermait la clause codicillaire. Pourquoi valait-il comme tel, lorsqu'il contenait cette clause? Parce que le testateur avait clairement manifesté l'intention de faire un testament proprement dit, et subsidiairement un codicille. Et pourquoi, à défaut de cette clause, ne valait-il pas plus comme codicille que comme testament proprement dit? Pourquoi les legs qu'il contenait étaient-ils nuls, quoique l'acte fût revêtu de toute la forme requise pour la validité de pareilles dispositions? Parceque le testateur n'avait requis le ministère du notaire et des témoins que pour imprimer à un testament proprement dit le sceau de la foi publique, parceque leur qualité n'était pas susceptible de scission; parcequ'appelés pour servir d'organes et de ministres de la foi publique dans l'acte considéré comme testament, ils étaient sans caractère dans l'acte considéré comme codicille.

De là, sans doute, il résulte par analogie que, si aujourd'hui un testament nul dans la forme, et néanmoins revêtu de toutes les solennités requises dans un acte notarié ordinaire, contenait la clause que, s'il ne vaut pas comme testament, il vaudra au moins comme acte révocatoire des testamens antérieurs, la révocation devrait avoir tout son effet, nonobstant la nullité dont le testament serait frappé; et la raison en est simple: c'est que, dans cette hypothèse, il ne peut pas exister le moindre doute sur l'intention qu'a le testateur de préférer ses héritiers naturels aux légataires qu'il avait précédemment institués. Mais de là aussi il résulte nécessairement qu'à défaut de cette clause, le testament ne pourrait pas être converti en simple acte révocatoire, sans heurter de front les principes de la matière, et sans prêter au testateur une intention qu'il n'a pas exprimée, qu'il a pu ne pas avoir, et qui, dès-lors, est incertaine.

D'après cela, que devient l'argument par lequel M. Toullier termine sa dissertation, et qui lui paraît si victorieux?

M. Toullier commence par rappeler le principe établi dans mes conclusions du 30 messidor an 11 (1), que l'on peut, sans vicier un testament, y mêler un acte conventionnel; puis, allant plus loin, il cite, d'après les nouveaux éditeurs de Denisart, aux mots *Donation à cause de mort*, §. 3, n° 1, un arrêt du parlement de Rouen, du 8 août 1752, qui a jugé *qu'un acte de donation entre-vifs peut en même temps contenir des dispositions testamentaires, si les formalités prescrites pour l'une et l'autre espèce d'acte sont observées.*

Et il termine ainsi: *Supposons maintenant qu'en faisant un second testament, je commence par révoquer expressément le précédent, dans lequel j'avais institué Caïus; j'institue ensuite Titius mon légataire universel, et je finis par lui faire donation entre-vifs du fonds cornélien, donation qu'il accepte par le même acte; mais il se trouve que l'un des quatre témoins est incapable. L'acte est nul comme testament; cependant la donation du fonds cornélien n'en sera pas moins valide, suivant la doctrine ancienne et nouvelle, parceque cette donation est accomplie dans sa forme, et que l'acte est revêtu de toutes les formalités nécessaires aux actes notariés. Oserait-on bien soutenir que la clause de révocation, qui forme aussi un acte séparé, revêtu des formes nécessaires pour sa validité, est néanmoins nul, parcequ'il est inséré dans un testament, et que Caïus, malgré mon changement de volonté, manifesté d'une manière expresse, recueillera malgré moi le legs que je lui ai fait dans mon précédent testament?*

Et je réponds sans hésiter: oui, j'oserais le soutenir.

Ce serait d'abord une question si la donation entre-vifs ne serait pas nulle par cela seul qu'elle aurait été faite dans un acte de dernière volonté; car autre chose est qu'un testament ne soit pas vicié par son mélange avec une donation entre-vifs, et autre chose que la donation entre-vifs ne soit pas viciée par son mélange avec un testament. Une donation entre-vifs est certainement nulle, si elle n'est irrévocable. Or, peut-on, dans un testament, se lier irrévocablement par un acte étranger que l'on y intercalle? D'anciens docteurs ont soutenu l'affirmative; mais ils ont été contredits par beaucoup d'autres; et Furgole (*Traité des testamens*, chap. 11, n° 48) prouve très-bien que c'est à l'opinion de ceux-ci qu'il faut s'en tenir.

Vainement dirait-on qu'il convient lui-même qu'elle a été réprouvée par deux arrêts du parlement de Toulouse, rapportés dans le recueil de Cambolas. La vérité est qu'il en convient un peu

(1) *V.* l'article *Succession future* (*pacte sur une*), §. 1.

BIU Cujas

trop légèrement, ou du moins que de ces deux arrêts, le premier serait trop absurde dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, pour qu'on ne doive pas supposer que Cambolas s'est mépris en le rapportant, et que, dans l'espèce du deuxième, il n'y avait pas même lieu d'agiter la question (1).

Quant à celui du parlement de Rouen, les nouveaux éditeurs de Denisart, après l'avoir cité dans les termes transcrits par M. Toullier, lui ôtent eux-mêmes toute croyance par la manière dont ils en parlent, et par les raisons qu'ils opposent à sa prétendue décision. *Nous ne connaissons pas plus en détail* (disent-ils)

(1) Voici comment ce magistrat, liv. 1er, chap. 36, rapporte le premier :

« *Si dans un testament on peut faire un acte irrévocable ?*

» Barthélemi Rogier, par son testament de l'an 1550, fonde un *obit*, et assigne plusieurs biens pour la dotation d'icelui, ajoutant ces mots : *ayant juré sur les saints Evangiles ne révoquer jamais cette promesse.* Quelque temps après, il fait un autre testament avec clause dérogatoire générale, et par icelui fonde un *obit* de dix écus petits. Il y eut procès après la mort dudit Rogier, entre Manet, demandeur, contre Barrau, défendeur, pour savoir si la première fondation avait été révoquée. Par arrêt donné en janvier 1595, au rapport de M. de Caulet, fut jugé que la première fondation devait subsister, principalement parceque c'était comme un acte séparé du testament, et que ces mots étaient souvent réitérés dans le premier testament, *testateur et fondateur*, *testament et fondation ;* outre qu'un acte irrévocable peut être fait par un testament, suivant l'opinion de Balde, Synus, Salicettus, etc. »

Quelle raison y avait-il, dans cette espèce, pour regarder comme irrévocable la promesse que le testateur avait consignée dans son premier testament, de fonder un *obit ?*

Etait-ce le serment qu'il avait fait de ne jamais la révoquer ? Non certes. *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Révocation de testament*, §. 1, n° 8.

Etait-ce le caractère de legs pieux que portait cette promesse ? Pas davantage ; les legs pieux ont toujours été révocables comme les autres.

Etait-ce sa qualité même de *promesse*, et, pour me servir du terme consacré par les lois romaines, de *pollicitation ?* Ces lois elles-mêmes la déclaraient, sous ce rapport, passible de révocation, parcequ'elle n'avait pas été exécutée, et qu'elle n'avait d'autre cause que la libéralité du testateur. *V.* l'article *Vœu*, sect. 1, n° 1, du *Répertoire de jurisprudence.*

Il n'y avait donc, dans l'espèce de cet arrêt, aucun prétexte pour ne pas déclarer la *promesse* de fondation valablement révoquée par le second testament ; et dès-là, nul doute qu'il y ait erreur dans le compte que rend Cambolas de cet arrêt.

Ce qui le prouve encore mieux, c'est l'étrange méprise dans laquelle tombe Cambolas au même endroit. Après avoir cité Balde, Synus, Salicettus, etc., comme enseignant qu'*un acte irrévocable peut être fait par un testament*, il ajoute : « Et suivant cette » opinion, il fut jugé, à mon rapport, le 20 juin, » 1596, entre la dame de Lustrac, contre Antoine » Pugnet sur une dotation faite dans un testament ». Or, veut-on savoir ce qu'a jugé ce dernier arrêt ? Il n'y a qu'à écouter Cambolas lui-même, liv. 2, chap. 20 :

« *Si la donation irrévocable, faite dans un codicille, peut être révoquée, le codicille ayant été révoqué ?*

» Marguerite de Lustrac, dame de Caumont, avait donné, dans un codicille, à Antoine Pugnet, *par donation simple et irrévocable*, les arrérages que son rentier de Gourdourville lui devait, lesquels avaient été liquidés à la somme de trois mille livres. Sept ou huit mois après cette donation, Pugnet présente requête devant le sénéchal contre le rentier, en condamnation de ladite somme de 3,000 livres. A cette instance, intervient ladite dame de Caumont, et demande l'adjudication de cette somme, disant que, par un acte postérieur, elle avait révoqué et le codicille et la donation.

» Sur le jugement de cette affaire, fut débattue, à mon rapport, le 21 juin 1596, la question qui avait été préjugée par un arrêt que j'ai rapporté au liv. 1, chap. 36, savoir, si la donation pouvait avoir été faite dans un codicille, et si elle était révoquée par l'acte postérieur, qui avait emporté et annulé le codicille. Messieurs tombèrent d'accord que la donation était valable suivant le sentiment de Godefroy, lequel sur la loi *heredes palàm*. D. *qui testamenta facere possunt*, conclut que tous les interprètes sont de cet avis, après la glose (bien que Julius Clarus, *in verbo* TESTAMENTUM, quest. 75, explique cette opinion lorsque l'acte qui se passe dans un testament, n'est pas tout-à-fait hors de la nature d'une dernière disposition) ; *et ils crurent que le codicille étant révoqué, la donation était emportée*, suivant ce que dit Benedicti, *in verbo* TESTAMENTUM 2, n° 5 ; d'autant que celle dont il s'agissait n'avait pas été acceptée par le donataire, ni par le notaire pour lui ».

Ainsi, cet arrêt, que Cambolas cite plus haut, comme ayant jugé, *à son rapport*, qu'une donation entre-vifs, intercallée dans un codicille, était irrévocable, se trouve ici avoir jugé, tout au contraire, que la donation dont il s'agissait, avait été *emportée par la révocation du codicille* qui la contenait. A la vérité, il l'a ainsi jugé, suivant Cambolas, parceque la donation n'avait pas été acceptée par le donataire ; mais de là même il suit qu'il a laissé indécise la question de savoir si la révocation eût pu atteindre la donation, en cas que le donataire l'eût acceptée en temps utile.

BIU Cujas

l'espèce de cet arrêt rapporté dans la dernière édition de cet ouvrage. D'un autre côté, la nature du testament et la nature du contrat sont diamétralement opposés. Celui qui fait un contrat ne fait pas un testament, et celui qui fait un testament ne fait pas un contrat : ainsi, la convention, contraire à la nature du testament, ne peut pas être valablement faite dans un acte rédigé en forme de testament ou de codicille. Ce n'est pas par induction d'une loi, argument très-douteux, mais par une décision précise, qu'il faudrait établir la validité d'une convention aussi irrégulière, aussi contraire à la nature du contrat et du testament : nulle loi qui l'autorise en termes exprès ; ainsi, elle est radicalement nulle.

Mais j'accorde pour un moment à M. Toullier que la donation entre-vifs qu'il suppose faite par un testament révocatoire d'un testament antérieur, n'est pas viciée par son mélange avec des dispositions de dernière volonté ; je vais même plus loin : j'admets encore qu'on pourrait, en scindant la foi de l'acte dans lequel les dispositions de dernière volonté sont mêlées avec la donation entre-vifs, valider celle-ci comme formant une disposition séparée, et revêtue des solennités qui lui sont nécessaires, en même temps qu'on annulerait celles-là à raison de l'omission de l'une des formalités particulières qui leur sont propres ; et je dis que, dans cette double hypothèse, l'argument de M. Toullier n'en vaut pas mieux.

Quelle est, dans cette double hypothèse, la raison pour laquelle le sort de la donation entre-vifs est indépendant de celui des dispositions de dernière volonté ? C'est qu'il est de toute évidence que les dispositions de dernière volonté n'ont, dans la pensée du testateur, aucun rapport avec la donation entre-vifs ; c'est qu'il n'y a ni ne peut y avoir l'ombre d'un doute que le testateur ne préfère *Titius*, en ce qui concerne le *fonds cornélien* qu'il lui donne entre-vifs, non-seulement à *Caïus*, mais encore à ses héritiers naturels, puisqu'à cet égard, il le préfère à lui-même ; c'est, en un mot, qu'il est impossible de ne pas convenir qu'il donne entre-vifs d'une manière absolue.

Mais est-il également sûr que, dans la pensée du testateur, la révocation de l'institution de *Titius* soit séparable de l'institution de *Caïus* ? Est-il également sûr que le testateur entende révoquer l'institution de *Titius* d'une manière absolue, et pour le cas où l'institution de *Caïus* serait annulée à raison d'un vice de forme, comme pour celui où elle serait jugée régulière ? Est-il également sûr que ce soit, non-seulement en faveur de *Caïus*, mais encore en faveur de ses héritiers naturels, qu'il révoque l'institution de *Titius* ? Non, évidemment non. Le dernier argument de M. Toullier s'écroule donc de lui-même.

Il ne sera pas plus difficile de répondre à ceux que M. Delvincourt, en soutenant la même thèse que M. Toullier, emploie pour la justifier par l'application de la règle *utile non vitiatur per inutile*.

D'abord (dit-il, tome 2, page 597), *croit-on qu'un acte sous seing-privé qui contiendrait une donation entre-vifs, et en même temps pouvoir au donataire de gérer les affaires du donateur, ne vaudrait pas comme procuration, quoique bien certainement il fût nul comme donation ? Pourquoi donc, dans l'espèce, l'acte de révocation ne pourrait-il pas être valable, nonobstant la nullité de l'acte testamentaire ?*

Je réponds à M. Delvincourt, comme j'ai répondu à M. Toullier, que, dans son hypothèse, il ne peut être douteux pour personne que les deux objets de l'acte sous seing-privé ne soient, dans l'intention de celui qui les souscrit, parfaitement indépendans l'un de l'autre, et que c'est pour cela que l'acte vaut comme procuration, alors qu'il ne peut pas valoir comme donation entre-vifs ; au lieu que nul ne pourrait, sans mentir à sa conscience, affirmer positivement que le testateur qui, par un second testament nul dans la forme, déclare révoquer son premier testament, préfère ses héritiers naturels à ceux que son premier testament appelait à leur exclusion.

En second lieu, continue M. Delvincourt, page 598, *malgré toute la subtilité des lois romaines, et l'attachement scrupuleux des jurisconsultes à la rigueur des formes, Papinien lui-même a consacré la doctrine que nous établissons ici, dans la loi* 1, §. 1, *D.* quibus modis pignus solvitur. *Il s'agit dans cette loi d'un créancier hypothécaire qui a fait remise de sa créance, à titre de donation, à son débiteur. La donation se trouve nulle. L'on demande si les hypothèques subsistent, et Papinien décide la négative, attendu, dit-il, que la loi défendait bien la donation, mais non la remise de l'hypothèque. Papinien a donc décidé par-là qu'un acte qui contient deux opérations, peut être valable pour l'une, quoiqu'il soit nul pour l'autre ; et il y a même cela de remarquable dans cette loi, que la remise de l'hypothèque n'avait pas été stipulée expressément, et qu'elle n'était que la conséquence de la remise de la dette. Il aurait donc semblé naturel que cette dernière remise se trouvant nulle, la première le fût également ; et cependant, comme on vient de le dire, le contraire est décidé par Papinien. Ce jurisconsulte a donc pensé..... que, lorsqu'un acte contient deux choses, l'une peut être valable et l'autre nulle, et ce même soit qu'elles aient ou non une liaison quelconque entre elles.*

Commençons par nous bien fixer sur l'espèce dont Papinien s'occupe, et sur la manière dont

BIU Cujas

ce jurisconsulte résoud la question qui en dérive.

Titius vend un immeuble et en fait la tradition. L'acheteur lui paye comptant une partie du prix et lui donne hypothèque sur cet immeuble, pour sûreté du restant. *Cùm venditor, numeratâ sibi parte pretii, prædium quod venierat* (1), *pignori accepisset.*

Quelque temps après, Titius adresse à l'acheteur une lettre missive par laquelle il déclare lui faire donation du restant du prix: *Ac posteà residuum pretii emptori litteris ad eum missis donasset.*

Après sa mort, un procès s'élève sur la validité de la donation, et elle est déclarée nulle, non à raison de sa forme (les donations entre-vifs n'étaient assujéties, dans l'ancien droit romain, à aucune solennité particulière), mais soit parcequ'elle était contraire à la loi *Cincia* (2), soit parceque l'acheteur était personnellement incapable de la recevoir du vendeur: *Eoque defuncto, donationem quibusdam modis* (3) *inutilem esse constaret.*

En conséquence, le fisc, héritier du vendeur, poursuit le tiers-acquéreur de l'immeuble, en déclaration d'hypothèque pour la portion non payée du prix. Le tiers-acquéreur répond que la donation que le vendeur avait faite du restant du prix à l'acheteur, renfermait nécessairement, de la part du premier, une remise de l'hypothèque qu'il s'était réservée par le contrat de vente; qu'à la vérité, la donation est nulle, mais que la remise de l'hypothèque ne laisse pas de subsister, parceque, suivant les principes du droit romain, la remise d'une hypothèque n'est pas considérée comme une donation; ce qui est si vrai que des époux, qui ne peuvent se donner rien entre-vifs, peuvent néanmoins se remettre réciproquement les hypothèques qu'ils ont l'un sur l'autre (4). Et Papinien, adoptant ces raisons, applaudit au jugement qui a rejeté la demande du fisc: *Jure pignoris fiscum qui successerat in locum venditoris, frustrà petere prædium apparuit; cujus pignoris solutum esse pactum primâ voluntate donationis constabat; quoniam inutilem pecuniæ donationem lex facit, cui non est locus in pignore liberando* (1).

Mais quel rapport y a-t-il entre cette décision et le cas auquel l'applique M. Delvincourt? Qu'avait fait Titius dans l'espèce proposée par Papinien? Deux choses que son intention avait manifestement distinguées: il avait fait une donation prohibée, et une remise d'hypothèque à l'exécution de laquelle aucune loi ne s'opposait; et il était bien évident que son intention était que la remise d'hypothèque eût tout son effet, lors même que la donation serait déclarée nulle, comme il est évident que celui qui, par le même acte, donne à la fois un objet dont la loi lui laisse la libre disposition, et un objet dont la loi lui défend de disposer, veut que la donation de l'un soit exécutée, encore que la donation de l'autre reste sans effet. Que prouve, dès-lors, la décision de Papinien? Il en résulte sans doute que, lorsqu'un acte contient, soit expressément, soit implicitement, deux dispositions différentes, et qu'il est incontestable qu'il n'a pas subordonné l'exécution de celle-ci à la validité de celle-là, la nullité de l'une n'empêche pas l'effet de l'autre. Mais j'en reviens toujours à ma question: que veut le testateur qui, par un testament nul dans la forme, révoque expressément ses dispositions antérieures de dernière volonté? Quel est le fond de sa pensée pour le cas où la nullité de son nouveau testament ne serait pas couverte après sa mort, par l'acquiescement des parties intéressées? C'est, pour tout autre que lui, un mystère impénétrable; nul autre que lui ne sait ni ne peut savoir si, prévoyant ce cas, il entend préférer ses héritiers naturels à ses précédens légataires, ou si, au contraire, il entend préférer ses légataires précédens à ses héritiers naturels. La révocation que présente son nouveau testament, n'est donc *expresse* que de nom; car il n'y a de véritablement *exprès* que ce qui n'est ni obscur ni équivoque; elle n'a donc pas le caractère voulu par les art. 1035 et 1036 du Code civil; elle est donc nulle.

Je conviens qu'il existe, en faveur de l'opinion de M. Toullier, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 22 juillet 1807; mais c'est de tous ceux qui ont prononcé sur la question, le seul, absolument le seul, qui l'ait jugée en ce sens.

M. Toullier prétend, n° 634, que l'on ne peut citer, comme l'ayant jugée en sens contraire, ni celui de la cour d'appel de Poitiers, du 29 juin 1806, ni celui de la cour d'appel de Limoges, du 8 juillet 1808, ni celui de la cour d'appel de Pau, du

---

(1) *Et tradiderat*, ajoute Pothier, dans ses Pandectes, liv. 20, tit. 6, n° 36.

(2) *V.* ce que je dis sur cette loi dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'article *Honoraires*, §. 1.

(3) *Putà, ex lege Cinciâ, vel quia hæ personæ erant quæ invicem sibi donare non poterant, fortè conjuges.* Note de Pothier sur cette loi.

(4) *Si pignus vir uxori, vel uxor marito remiserit, verior sententia est nullam fieri donationem existimantium.* Loi 18, D. *de his quæ in fraudem creditorum.*

(1) *Non enim pro donatione habetur liberatio pignoris, nec inter conjuges interdicitur.* Loi 18, D. *de his quæ in fraudem creditorum.* Note de Pothier.

BIU Cujas

5 décembre de la même année, ni celui de la cour d'appel de Douai, du 16 février 1809, confirmé par un autre de la cour de cassation, du 23 janvier 1810, parceque, dans les espèces sur lesquelles ils ont été rendus, les testamens imparfaits qui en révoquaient expressément d'antérieurs, ne faisaient que répéter en faveur des mêmes légataires les dispositions de ceux-ci, et que par conséquent ils manifestaient bien plutôt, de la part du testateur, une persévérance qu'un changement de volonté; et je suis bien de son avis quant au dernier de ces arrêts, mais non pas quant aux trois premiers.

Il y a, en effet, cette différence entre ces quatre arrêts, que le quatrième laissant entière la question envisagée sous le point de vue général, se fonde uniquement sur la circonstance dont il s'agit (1), tandis que les trois autres ne font valoir cette circonstance que surérogatoirement, et sont motivés en première ligne sur le principe que M. Toullier combat et que je défends.

---

(1) Voici l'espèce de cet arrêt :

Le 21 floréal an 10, testament régulier par lequel, entre autres dispositions, la demoiselle Losée, domiciliée à Valenciennes, institue le sieur Legros son héritier universel.

Le 21 germinal an 13, près de deux ans après la publication du titre *des donations et testamens* du Code civil, la demoiselle Losée fait un second testament par lequel, en changeant quelques-unes de ses dispositions à titre particulier, elle institue de nouveau le sieur Legros son légataire universel, et déclare révoquer son premier testament.

Elle meurt le 20 du même mois, et le sieur Legros prend possession, en vertu du second testament, de tous les biens qu'elle a laissés.

Le 21 mars 1808, les héritiers légitimes le font assigner devant le tribunal de première instance de Valenciennes, en délaissement de ces biens, sur le fondement que le testament du 21 germinal an 12 est nul, faute de mention suffisante de la dictée et de la lecture.

Jugement qui, en effet, annule ce testament.

Le sieur Legros en appelle, et produisant le testament du 21 floréal an 10, il en demande l'exécution en ce qui concerne l'institution d'héritier, dans le cas où ce jugement serait maintenu.

Les héritiers légitimes répondent qu'il faut écarter le premier testament, parcequ'il est révoqué par le second; qu'à la vérité, le second est nul comme testament, mais qu'étant revêtu des formalités nécessaires à un simple acte devant notaires, il doit, d'après l'art. 1035, valoir comme acte de révocation.

Le sieur Legros réplique que la clause révocatoire insérée dans le testament du 21 germinal an 13, était, dans l'intention de la testatrice, subordonnée à la validité de cet acte, et que la preuve que la testatrice n'a entendu révoquer le premier testament, quant à l'institution d'héritier, que dans le cas où le second aurait son plein effet, c'est qu'elle l'a expressément renouvelée par celui-ci.

Le 16 février 1809, arrêt qui, statuant sur l'appel du jugement de première instance, met l'appellation au néant, et, faisant droit sur les nouvelles conclusions du sieur Legros, déboute les héritiers légitimes de leur demande en délaissement, attendu que, relativement à l'institution d'héritier, le testament du 21 germinal an 13 ne contient qu'une révocation conditionnelle de celui du 21 floréal an 10; qu'il ne la révoque qu'autant qu'il sera lui-même valable; que cette condition manquant, la clause révocatoire doit être considérée comme non-écrite; et que l'on ne peut pas douter que la testatrice ne l'ait ainsi entendu, puisqu'elle a expressément répété, dans le second testament, en faveur du sieur Legros, la disposition qu'elle avait consignée dans le premier.

Les héritiers légitimes se sont pourvus en cassation contre cet arrêt, et l'ont attaqué comme s'il eût jugé, en thèse générale, qu'un acte public, nul comme testament, ne peut pas valoir comme révocation notariée d'un testament antérieur.

M. l'avocat-général Giraud-Duplessis, portant la parole sur cette affaire, à l'audience de la section des requêtes, a établi que ce n'était point là ce que cet arrêt avait jugé; qu'il était uniquement fondé sur la preuve résultant du second testament lui-même, que la testatrice n'avait point changé de volonté à l'égard du sieur Legros; mais qu'eût-il jugé ce que lui prêtaient les héritiers légitimes, il eût encore dû être maintenu, « parceque le testament de l'an 13 ayant » été déclaré nul, ne pouvait produire l'effet d'un » acte notarié, ni par conséquent révoquer le testa» ment de l'an 10, lors même que la clause révoca» toire que contenait le dernier, serait absolue »; en conséquence, il a conclu au rejet de la demande en cassation; et ses conclusions ont été adoptées par arrêt du 23 janvier 1810, au rapport de M. Aumont : « attendu que la cour d'appel n'a pas établi en « principe que la clause révocatoire d'un précédent » testament devenait nécessairement nulle par l'an» nulation du testament par acte public qui la con» tenait; mais qu'elle a vu dans la révocation insérée » dans le testament de l'an 13 une révocation pure» ment conditionnelle et non pas absolue; que, re» gardant la volonté de révoquer comme subordonnée » à une condition qui ne s'est point accomplie, elle » a pensé que cette volonté avait fait place à une » volonté contraire, c'est-à-dire, à celle de maintenir » le testament de l'an 10; qu'en adoptant cette opi» nion, ladite cour n'a jugé contre la disposition » d'aucune loi, et n'a fait qu'user du pouvoir qui lui » appartient, et qui n'est soumis à aucune censure, » d'interpréter les actes, et de prononcer sur les ques» tions de volonté ».

BIU Cujas

» Considérant (porte l'arrêt de la cour d'appel de Poitiers, du 29 août 1806) que, s'il est vrai qu'aux termes de l'art. 1035, une déclaration faite par un acte devant notaires, portant révocation d'un testament antérieur, le révoque en effet, la nullité de l'acte dans lequel se trouve pareille révocation, doit nécessairement entraîner la nullité de celle-ci, par la règle que *ce qui est nul ne peut produire aucun effet;*

» Considérant que, dans le dernier testament, la révocation y exprimée et coordonnée avec les autres dispositions dudit testament, lesquelles ne font qu'un seul tout avec elle, en sont une condition entièrement liée, indivisible; qu'ainsi, les unes ne peuvent être nulles, sans que l'autre soit nulle également;

» Considérant surtout que, par la dernière partie de l'article du Code précité, l'acte de révocation doit porter *déclaration* du changement de volonté; que, dans le second testament, non-seulement il n'y a point de volonté, mais qu'il s'y trouve, au contraire, une confirmation de la volonté exprimée dans le premier, puisque, dans le second comme dans le premier, le testateur entend donner à la légataire universelle, son épouse, tout ce que la loi lui permet de donner (1).

L'arrêt de la cour d'appel de Limoges, du 8 juillet 1808, présente absolument les mêmes motifs :

« Considérant (y est-il dit) que, quoique le testament du 16 juin 1806 porte en termes formels que la testatrice casse et annule expressément tous autres testamens, néanmoins il ne faut pas en conclure que le testament du 17 vendémiaire an 6 soit révoqué, si l'on annule le testament contenant révocation, parcequ'il est bien évident que la dame Mathis n'a révoqué le testament du 17 vendémiaire an 6 que dans la confiance que celui du 16 juin 1806 serait exécuté; que, d'après le rapport du tribun Joubert, il faut que le testament postérieur qui contient révocation, soit revêtu de toutes les formes prescrites, et que, considéré en lui-même, il ait pu recevoir son exécution; que tels étaient les principes suivis dans la jurisprudence avant la publication du Code civil;

» Qu'en supposant que ces principes pussent aujourd'hui souffrir quelque difficulté, et qu'il fallût entendre l'art. 1035 du Code civil en ce sens, que le testament, quoique nul, a l'effet de révoquer un testament antérieur, ce ne pourrait être que parceque le testament postérieur serait considéré comme simple acte devant notaires, pouvant valoir à ce titre, quoi qu'il ne pût valoir comme testament; mais que, dans ce cas, et d'après l'article cité, l'acte devant notaires devrait contenir changement de volonté; que, dans l'espèce, la dame Mathis n'a point changé de volonté, puisque les deux testamens contiennent institution d'héritier en faveur de son mari (1). »

Même langage dans l'arrêt de la cour d'appel de Pau, du 3 décembre de la même année :

« Considérant que le testament du 18 frimaire an 12 étant nul, ne peut opérer la révocation des testamens antérieurs; que, d'après les principes fondés sur les lois romaines, on distinguait les testamens nuls, parce qu'ils n'étaient pas revêtus des formes requises pour leur validité, des testamens qui, quoique valables dans les formes, devenaient inutiles; les derniers révoquaient les premiers; qu'il n'en était pas de même dans le premier cas, puisqu'un testament antérieur ne pouvait être révoqué que par un testament postérieur régulier...; que cette disposition du droit romain était rigoureusement observée dans les pays de droit écrit...; que le Code civil, sous l'empire duquel a été fait le dernier testament de feu Daniel Minvielle, n'a point dérogé sur ce point aux principes du droit romain.....; que le premier membre de l'art. 1035 ne peut être entendu que d'un testament valable fait dans les formes prescrites; ce qui fut observé par M. Jaubert, dans son rapport sur la loi des donations et testamens, et c'est le cas d'un homme qui ne veut pas mourir *ab intestat;* que le second membre de l'article précité est dans le cas d'un homme qui veut mourir *ab intestat*, et alors un changement de volonté, constaté dans un acte devant notaires, suffit;

» Que, dans l'espèce de la cause, il n'existe pas un acte de cette nature...; qu'il n'est pas sérieux de prétendre que le dernier testament ne pouvant valoir comme testament, doit valoir comme déclaration révocatoire, parcequ'il y est dit que le testateur révoque les anciens testamens.....; le testateur n'entendit révoquer les testamens qu'il avait faits, qu'autant que le dernier serait valable; car on y lit qu'il révoque les autres testamens qu'il aurait faits, *voulant que celui-ci soit valable;* il ne voulait donc pas mourir *ab intestat*, comme l'enseigne Furgole, chap. 2, n° 6;

» Que, d'une part, feu Daniel Minvielle voulut faire, non une simple déclaration, dont parle le second membre de l'art. 1035, mais un testament....; que ce testament étant nul, ne peut par conséquent produire quelque effet....; que, pour qu'un testament nul pût révoquer des testamens antérieurs, il faudrait que l'on trouvât dans le nouveau Code un

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 6, partie 2, page 234.

(1) *Ibid.*, tome 8, page 234

BIU Cujas

article qui eût dérogé aux anciens principes observés jusqu'à sa promulgation....; que, loin qu'on l'y trouve, l'art. 1035 condamne implicitement ce système; qu'il résulte de cet article, qui, en cela, est conforme au droit romain, que la révocation contenue dans un second testament, produit son effet, quoique ce testament devienne inutile par l'incapacité ou la répudiation de l'héritier ou légataire. Or, cette disposition aurait été inutile ou surabondante, s'il était vrai que déjà, par l'art. 1035, il avait été décidé qu'un second testament, quel qu'il fût, valable ou nul, suffisait pour opérer la révocation des antérieurs...;

» Que, dans le fait, loin qu'il y ait un changement de volonté dans le testament du 18 frimaire an 12, il y a une persévérance de volonté, puisque les trois testamens renferment une institution héréditaire de la part de feu Daniel Minvielle en faveur de son épouse (1) ».

Il est évident que ces arrêts condamnent le système de M. Toullier; et ce qu'il y a de bien remarquable, c'est ce que fait également, dans une espèce où se rencontrait la même particularité, un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles.

Marthe Dezutter, épouse en secondes noces de Jacques Vanhoutte, avait, par un testament du 15 novembre 1817, légué à ses successibles *une somme de* 1,112 *livres de gros*, et laissé à son mari l'usufruit de la moitié qu'elle avait dans les conquêts de sa première communauté, ainsi que la propriété du surplus de ses biens.

Le 27 février 1819, elle a fait un second testament par lequel, après avoir légué à ses successibles *une somme de* 1,437 *livres de gros*, et à son mari l'universalité de ses biens, elle a déclaré, *moyennant ce, annuler tous testamens antérieurs, sa volonté étant que ce dernier testament eût tout son effet.*

Après la mort de la testatrice, son second testament a été reconnu nul dans la forme, à raison de l'incapacité de l'un des témoins; mais quelques-uns des successibles ont prétendu qu'il n'en révoquait pas moins le premier, parceque, suivant eux, il devait être considéré comme un simple acte devant notaires, et que par conséquent la clause révocatoire qui le terminait était revêtue de toutes les formalités nécessaires à sa validité.

Jugement du tribunal de première instance de Bruges, qui ordonne l'exécution du premier testament.

Appel, et par arrêt du 2 mars 1822, la cour supérieure de justice de Bruxelles, reconnaissant avec une noble franchise, qu'elle avait mal jugé par celui du 22 juillet 1807, met l'appellation au néant,

« Attendu que la clause révocatoire d'un testament ne saurait avoir d'effet qu'autant que l'acte qui la renferme, se trouve valable et revêtu des formalités prescrites par la loi, étant de principe que ce qui est nul ne peut produire aucun effet;

» Attendu que l'art. 1035 du Code civil, en statuant que *les testamens ne peuvent être révoqués que par un testament postérieur ou par un acte devant notaires*, fait clairement entendre que, du moment que le testateur choisit un acte testamentaire pour consigner la déclaration du changement de sa volonté, il faut, pour que cette déclaration ait son effet, que l'acte qui la contient soit revêtu de tous les formalités d'un testament; que c'est dans cet esprit que l'article dont il s'agit a été rédigé; que, s'il avait été dans l'intention du législateur de faire valoir comme simple acte notarié, quant à la clause révocatoire, un testament non régulier, il n'aurait pas manqué d'ajouter une pareille disposition à celle qu'il a cru devoir placer à l'art. 1037 du même Code; que ne pas admettre ce principe, qui d'ailleurs a été formellement reconnu par un décret du 21 octobre 1810 (1), serait confondre ce que le législateur a séparé dans l'art. 1035, par une alternative frappante; que ce serait de plus contrarier la volonté présumée du testateur, qui, comme porte la loi 18, D. *de legatis* 3°, n'est censé avoir voulu révoquer son premier testament qu'autant que le second serait valable;

» Attendu, dans l'espèce, que, parmi les quatre témoins présens au testament du 27 février, contenant la clause révocatoire de celui du 15 novembre, il en est un, le sieur Parridœns, qui est oncle par alliance des enfans d'Augustin Dezutter, légataires y nommés; qu'un pareil testament est nul, d'après la disposition de l'art. 1001, combiné avec l'article 975 du Code civil, comme il a été décidé entre parties, par jugement du 19 janvier 1820; et qu'ainsi la clause révocatoire qu'il renferme ne saurait avoir l'effet d'anéantir le testament du 15 novembre;

» Attendu enfin que la testatrice n'a point fait le testament du 27 février, dans la vue d'ôter à son mari, l'intimé, soit pour le tout, soit pour une partie, le legs universel qu'elle lui avait laissé par son testament du 15 novembre; qu'au contraire, le motif qui paraît évidemment l'avoir déterminée à faire le deuxième testament, a été d'augmenter en sa faveur ledit legs, comme, en effet, elle l'a fait par ledit acte; que d'ailleurs la clause révocatoire dont il s'agit qui termine le testament, et qui porte en

(1) *Ibid.*, tome 9, partie 2, page 105.

(1) Je reviendrai dans un instant sur ce décret.

BIU Cujas

termes, *hier mede doeodende annullerende alle voorgaende testamentem voor mij gemaekt*, prouve à l'évidence que la testatrice a subordonné la révocation de son premier testament au cas où ses dispositions nouvelles reçussent leur exécution; d'où il suit que, quand même on admettrait en principe qu'un testament irrégulier doit, quant à la clause de révocation, valoir comme un acte devant notaires, ce principe ne saurait être invoqué dans l'espèce (1) ».

La question s'est encore reproduite la même année, dans une espèce semblable, devant la cour royale d'Angers; et elle y a été jugée de la même manière.

Le sieur Bodereau était mort laissant plusieurs testamens : un en forme olographe, du 1er septembre 1790, qui contenait des dispositions en faveur de son épouse; un par acte public, du 15 juin 1812, par lequel il ajoutait aux avantages que conférait le premier à la dame Bodereau, et déclarait *révoquer tous testamens antécédens, voulant* (c'étaient ses propres termes) *que celui-ci soit exécuté seul en sa forme et teneur;* et deux des 11 octobre 1817 et 3 février 1820, par lesquels, en déclarant n'entendre déroger en rien à son testament du 15 juin 1812, il se bornait à faire quelques legs particuliers.

La veuve Bodereau ayant demandé l'exécution du testament du 15 juin 1812, les héritiers naturels se sont prévalus de ce que, parmi les témoins qui étaient intervenus dans cet acte, il se trouvait un étranger; et ils ont conclu de là que cet acte était nul.

La veuve Bodereau a d'abord cherché à établir que l'intervention du témoin étranger dans ce testament, ne pouvait pas le vicier; mais elle a conclu subsidiairement à l'exécution du testament du 1er septembre 1790; et là s'est élevée notre question. Les héritiers naturels ont prétendu que la nullité du second testament n'ôterait rien de son efficacité à la clause révocatoire de tous *testamens antérieurs*, qui y était écrite.

Jugement qui accueille les conclusions subsidiaires de la veuve Bodereau, et lui fait délivrance des legs contenus dans le premier testament.

Les héritiers naturels en appellent à la cour royale d'Angers; mais par un arrêt du 24 mai 1822, il est confirmé purement et simplement,

» Attendu que la cause doit être réglée par le Code civil; que cette loi donne au testateur deux moyens de révoquer leurs testamens; que l'art. 1035 leur indique un testament postérieur et un acte retenu par des notaires;

» Qu'un acte postérieur qui n'est pas revêtu des formes voulues par la loi pour les testamens, ne peut être qualifié testament, et produire les effets que la loi attribue aux actes de cette nature;

» Que la loi n'a pas attribué aux testamens qui seraient annulés pour défaut de forme, la faculté de révoquer le testament antérieur, lorsqu'ils contiendraient cette révocation exprimée; *que ce n'est pas une omission involontaire du législateur;* que cette question fut agitée au conseil-d'état; et qu'après discussion, elle ne fut pas suivie d'une proposition de loi;

» Que la justice ne pourrait admettre des révocations écrites dans un testament nul, sans ajouter aux dispositions de la loi telle qu'elle a été promulgée;

» Que la révocation écrite dans l'acte de 1812 paraît entièrement subordonnée aux nouvelles dispositions qu'il contient;

» Que cette révocation n'annonce pas un changement de volonté, puisque l'épouse du testateur est toujours la personne à laquelle se rapporte sa libéralité (1) ».

Mais ce que cet arrêt et ceux des cours d'appel de Poitiers, de Limoges et de Pau, n'avaient jugé que par leurs motifs, d'autres arrêts l'ont jugé tout à la fois et par leurs motifs et par leurs dispositifs, dans des espèces où la question se présentait en thèse générale.

Le premier, émané de la cour d'appel de Turin, le 4 avril 1807, est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 6, dans les conclusions du 4 novembre 1811.

Le second a été rendu par la même cour dans les circonstances suivantes :

Le 23 pluviôse an 11, Stanislas Bougioanni fait un testament régulier dans la forme, par lequel il institue héritiers universels dans la moitié de sa succession, les enfans nés et à naître de François-Joseph Geoffroi et Augustin Bougioanni, ses petits-neveux; et dans l'autre moitié, les enfans nés et à naître d'Alexandre Bourgioanni, son neveu.

Par un autre testament public, du 21 ventôse an 12, il révoque l'institution contenue dans le premier, institue Denis Bougioanni, fils d'Alexandre, son héritier unique, et fait seulement quelques legs particuliers à ceux de ses petits-neveux et arrière-petits-neveux qu'il avait précédemment institués.

Mais ce testament se trouve nul par un vice de forme; et de là naît la question de savoir si, à raison de ce qu'il est au moins revêtu des solennités propres à un acte notarié ordinaire, la clause révocatoire qu'il contient, doit avoir son effet.

---

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1822, tome 1er, page 169.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 23, partie 2, page 14.

BIU Cujas

Le 19 mars 1810, arrêt qui juge que non,

« Attendu que l'art. 1035 du Code civil, en réglant les formes de la révocation des testamens, a pourvu, non-seulement au cas où le testateur veut révoquer son testament précédent pour en faire, dans le même temps, un nouveau; mais encore à celui où le testateur, mécontent de son testament, veut tout simplement le révoquer sans en faire un autre;

» Que, dans le premier cas, la loi permet de révoquer le premier testament par la confection du testament postérieur; et alors la révocation du testament précédent faisant partie des dispositions de dernière volonté consignées dans le testament postérieur, elle est assujettie aux formes que la loi prescrit pour ces actes;

» Que, dans l'autre cas, comme la simple déclaration de changement de volonté portant seulement la révocation d'un testament, *n'est point un acte de dernière volonté* (1), la loi n'a pas voulu la soumettre aux formes prescrites pour les testamens; mais pour s'assurer de la vérité, elle prescrit que l'acte en soit dressé devant notaires;

» Que, lorsque le testateur se décide à faire un autre testament, ce n'est que pour donner une latitude plus ample, un plus parfait complément à ses nouvelles dispositions de dernière volonté, qu'il révoque les précédentes, à l'effet de prévenir toute difficulté qui pourrait s'élever sur leur exécution;

» Que cette révocation, lorsqu'elle n'est qu'incidente au testament postérieur, se rattache de si près aux nouvelles dispositions, qu'elle ne peut en être séparée;

» Que c'est de la révocation des dispositions précédentes, faites dans le testament postérieur, que la vraie intention du testateur dans ses dernières volontés doit rejaillir, de manière que la révocation d'un testament, faite dans un testament postérieur, s'allie tellement au fond des dispositions y contenues, qu'elle prend aussi le caractère de disposition de dernière volonté...;

» Que, si donc le testament postérieur, contenant la révocation du testament précédent, est nul par défaut de forme, il est sensible que la révocation susdite ne peut pas sortir plus d'effet que toute autre disposition renfermée dans ce testament, que la loi considère comme nul et non-avenu;

» Que l'art. 1037, bien loin de donner effet à la révocation faite par un testament entaché de nullité pour vice de forme, appuie fortement le principe qu'on vient d'énoncer; car, si, pour maintenir dans toute sa force la révocation faite dans un testament valide, mais qui est rendu caduque, il a fallu une disposition expresse; si cette disposition, qui n'a été donnée que pour écarter le doute sur l'effet de la caducité du testament à l'égard de la révocation y contenue; si cette disposition, disons-nous, a été limitée à la caducité du testament pour les deux causes y exprimées, il paraît évident que ce serait porter une ampliation très-extraordinaire à cet article, si on voulait l'appliquer à la révocation faite dans un testament absolument nul;

» Que le testament qui reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier ou du légataire, ou par leur refus de recueillir, n'est pas un testament nul; que, dès qu'il a été revêtu de toutes les formalités voulues par la loi, il présente un dépôt fidèle et rassurant de la volonté du testateur; que, s'il ne peut recevoir son exécution dans la partie qui concerne la transmission de la succession à l'héritier ou légataire qu'il a nommé, ce n'est pas à cause de quelque vice dont il soit entaché, mais ce n'est que par un fait étranger au testateur et au testament; et que, comme sa volonté peut être exécutée en ce qui est indépendant de l'incapacité ou du refus de l'héritier, savoir, en la partie portant la révocation du testament précédent, elle doit sortir son effet;

» Mais que, si le testament est nul par défaut de forme, si ce vice suffit pour que la loi ne puisse le regarder comme un acte contenant le dépôt fidèle de

---

(1) La révocation *tacite* qui résulte de l'inimitié survenue entre le testateur et le légataire, est textuellement qualifiée *d'acte de dernière volonté* dans les lois romaines. La loi 3, §. 11, D. *de adimendis legatis*, commence par établir que, *siquidem capitales vel gravissimæ inimicitiæ intercesserint, ademptum videri quod relictum est;* et la loi 4 ajoute : *quod si iterùm in amicitiam redierunt, et pœnituit testatorem prioris offensæ, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur.* AMBULATORIA ENIM EST VOLUNTAS DEFUNCTI USQUE AD VIÆ SUPREMUM EXITUM. Comment donc la révocation expresse d'un legs n'aurait-elle pas le même caractère? La cour d'appel de Turin était trop éclairée pour ne pas sentir qu'il en devait être, à cet égard, de la révocation expresse comme de la révocation tacite. Mais elle s'est exprimée comme elle l'a fait ici, à raison de l'embarras qu'elle éprouvait pour expliquer la disposition de l'art. 1035 du Code civil, en tant qu'il permet de révoquer un testament par un simple acte devant notaires; et cet embarras venait de ce qu'elle ne savait pas que cette disposition n'avait été, de la part des rédacteurs du Code civil, que le sacrifice d'un principe incontestable, à l'usage qui s'était introduit précédemment, sur cette matière, dans une grande partie de la France. Du reste, en adoptant cet usage, l'art. 1036 n'a point ôté au simple acte révocatoire d'un testament le caractère d'acte de dernière volonté; et c'est ce qu'établit fort bien l'arrêt de la cour royale de Toulouse, du 28 novembre 1826, que je rapporte au mot *Notaire*, §. 12.

BIU Cujas

la libre volonté du défunt, il en dérive que cet acte, formé en contravention à la loi, ne doit, sous aucun rapport, sortir le moindre effet; et ce serait, sans doute, mettre la loi en contradiction avec elle-même, que de soutenir que le testament nul en la partie portant la révocation du testament précédent, fait pleine foi de la volonté du défunt, tandis qu'à l'égard des autres dispositions, il est insuffisant pour les constater légalement;

» Qu'on ne peut pas même dévier de ces principes par rapport à la révocation faite par un testament reçu par un notaire, lequel, par défaut de forme, est nul comme testament, mais qui serait d'ailleurs nanti de celles communes à tous les actes devant notaires; car, pour dire que cette révocation, comme faite par acte devant notaires, doit sortir son effet, il faudrait supposer que, dans le sens de l'art 1035, un testament par acte public, manquant des formes particulières aux actes de dernière volonté, peut figurer comme l'acte dont il y est parlé. Or, il est constant que, dans cet article, la loi a voulu indiquer un acte devant notaires, autre que celui d'un testament par acte public; car, dès qu'il y est dit que la révocation du testament ne peut être faite que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté, il est évident que, par cet acte, l'article n'a pas indiqué un testament, un acte de dernière volonté, mais bien un acte notarié portant la déclaration susdite, et non des dispositions de dernière volonté qui le fassent rentrer dans la classe des testamens;

» Que, lorsque la loi indique les actes dans lesquels les dispositions ou les conventions doivent être rédigées, elle est censée se rapporter aux formes qui sont propres à l'acte qu'elle désigne, et c'est du contenu dans l'acte que la nature de celui-ci doit ressortir pour en régler les formes;

» Que comme, d'après la lettre et l'esprit de l'art. 1035, l'acte devant notaires y énoncé ne peut point se rapporter à un testament, et comme d'ailleurs un acte reçu par des notaires, dans lequel les dernières volontés de quelqu'un sont rédigées, n'est qu'un testament, il s'ensuit qu'un testament par acte public, nul par défaut de forme, ne peut point recevoir l'application de l'article susdit, à l'effet de figurer comme acte devant notaires, pour soutenir la validité de la révocation d'un testament précédent;

» Que la loi, en prescrivant les formalités des divers testamens à peine de nullité, a voulu sans doute que l'acte du testament où quelque formalité eût été négligée, ne dût sortir le moindre effet; elle a prononcé la nullité de l'acte en des termes très-absolus, sans distinction entre les testamens par acte public, le mystique et l'olographe; par conséquent, l'on ne pourrait point donner à un testament par acte public l'effet d'un acte devant notaires, lorsque le testament serait nul par défaut de forme, sans créer une exception à la nullité absolue que la loi prononce contre cet acte notarié;

» Que, si la loi eût voulu donner au testament par acte public quelque effet, lorsqu'il se trouverait nul par défaut de quelque formalité propre des testamens, elle l'aurait indiqué, de même qu'elle l'a fait, à l'égard de l'acte authentique, à l'art. 1318;

» Mais que, bien loin de là, en statuant sur la révocation des testamens par un testament postérieur, elle n'a pas fait la moindre distinction entre les divers testamens; et ce qui est plus, s'étant occupée de la révocation faite dans un testament qui reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir, la loi s'est bornée à donner son effet à cette révocation, lorsque le testament est rendu caduc dans les deux cas y indiqués;

» Que, s'il eût été dans l'intention de la loi de consacrer le principe que la révocation faite dans un testament nul pût présenter légalement un changement de volonté pour anéantir le testament précédent, elle n'aurait point donné la disposition renfermée en l'art. 1037 sous les restrictions y indiquées; mais la rédaction en aurait été plus simple et plus étendue pour embrasser tous les cas où le testament ne peut sortir son exécution;

» Que, lorsqu'une disposition est restreinte dans des cas expressément désignés, ce serait l'étendre que de l'appliquer à des cas que la loi paraît avoir écartés par la désignation spéciale de ceux qu'elle a exprimés;

» Que le juge, en se contenant dans les termes de la loi, ne doit pas craindre le reproche de suivre la fallacieuse méthode des exclusions, surtout lorsque le sens littéral de la loi va d'accord avec le principe qui l'a dictée;

» Qu'entre la nullité et la caducité du testament, il n'y a point d'analogie pour dire que ce que la loi a prescrit à l'égard d'un testament caduc puisse être appliqué au testament nul, ainsi qu'on l'a ci-devant énoncé (1). »

Doit-on ajouter à ces arrêts celui de la cour de cassation, du 4 novembre 1811, qui a été rendu sur mes conclusions du même jour, et dont on trouvera l'espèce à l'endroit cité de l'article *Testament* du *Répertoire de Jurisprudence?* Je n'en doute pas, et j'ai pour n'en pas douter une très-bonne raison,

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1811, supplément, page 60.

BIU Cujas

puisque j'étais, à l'époque où il a été rendu, plus à portée que personne de savoir dans quel esprit la cour de cassation y a dit que, « du moment qu'elle » (la clause révocatoire dont il s'agissait) était faite » par acte testamentaire, elle devait être revêtue de » toutes les formalités des dispositions à cause de mort». Mais M. Toullier prétend le contraire (n° 625); et comme je n'ai à lui opposer à cet égard que ma conviction personnelle, je laisse au lecteur le soin de prononcer là-dessus entre lui et moi.

Ce qu'il y a du moins de bien certain, c'est que la cour de cassation a rendu depuis un autre arrêt qui consacre formellement le principe que je crois, à tort ou non, avoir été consacré à l'avance par celui du 4 novembre 1811.

Les sieurs Bernard et consorts s'étaient mis en possession de l'hérédité de Laurent Busseuil, en vertu d'un testament du 12 thermidor an 11, qui les instituait légataires universels. Mais assignés à la requête des sieurs Patissier et consorts, héritiers légitimes, ils avaient reconnu que ce testament était nul; et par suite, un jugement du tribunal de première instance de Charolles, du 24 avril 1818, avait déclaré la succession du sieur Busseuil ouverte *ab intestat*.

Peu de temps après, les sieurs Bernard et consorts découvrirent un autre testament du 13 septembre 1791, qui leur conférait les mêmes avantages que celui dont ils avaient reconnu la nullité; et armés de ce nouveau titre, ils interjetèrent appel du jugement du 24 avril 1818.

Les héritiers légitimes leur opposèrent un testament notarié du 11 thermidor an 11, par lequel Laurent Busseuil *léguait l'usufruit de ses biens à sa femme Madeleine Bernard, la vie durant de cette dernière, et la propriété desdits biens à ses plus proches parens* (1), et révoquait expressément toutes ses dispositions de dernière volonté.

Les sieurs Bernard et consorts répondirent que ce testament était nul de plusieurs chefs, et notamment à défaut de mention légalement justifiée qu'il eût été écrit par le notaire.

Le 18 avril 1819, arrêt de la cour royale de Dijon, qui, adoptant ce moyen de nullité, annulle le testament du 11 thermidor an 11; et, en conséquence, attendu que, dès-lors, la clause révocatoire qu'il contient, ne peut être d'aucun effet, ordonne l'exécution du testament du 13 septembre 1791.

Les héritiers légitimes se pourvoient en cassation et font valoir deux moyens: l'un qui est retracé à l'art. *Inscription de faux*, §. 1, n° 5; l'autre, qu'ils font résulter de ce *que l'arrêt dénoncé avait déclaré non-avenue la clause révocatoire, par le motif que le testament du 11 thermidor an 11, étant nul comme testament, ne pouvait valoir comme simple acte révocatoire, encore qu'il contînt toutes les formalités requises pour la validité de ces sortes d'actes et de l'acte authentique en général* (ce sont les propres termes des rédacteurs du *Journal des audiences* de la cour de cassation); et ils exposent à l'appui de ce second moyen, que, puisqu'aux termes de l'arrêt du 17 mai 1814 (rapporté en note dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Révocation de codicille*, §. 4, n° 1), un testament public peut être révoqué par un simple acte sous seing-privé, entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, à plus forte raison peut-il l'être par un testament notarié qui, nul comme acte de dernière volonté, est au moins revêtu des formalités requises dans les actes publics ordinaires.

Mais par arrêt du 20 février 1821, au rapport de M. Vallée, et conformément aux conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu, sur le second moyen, qu'il est hors de doute qu'un testateur peut révoquer un testament, soit authentiquement, soit par acte sous seing-privé; mais que le testateur ayant fait choix du testament authentique pour révoquer le testament en question, et le testament par lequel il révoque se trouvant nul, il ne peut produire aucun effet;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi..... »

Que l'on juge maintenant s'il est vrai, comme le dit M. Toullier (n° 625), que les arrêts rendus jusqu'à présent sur notre question, *ne peuvent pas fixer la jurisprudence*. De tous ces arrêts, il n'y en a qu'un seul qui ait adopté l'opinion de ce jurisconsulte; et la cour qui l'avait rendu, a reconnu depuis qu'elle s'était trompée. Il y en a, au contraire, sept, et au moins un de la cour suprême, qui ont condamné cette opinion. Si ce n'est point là une *jurisprudence fixe*, que doit-on entendre par ces mots?

Au surplus, qui mieux que le conseil-d'état, des mains duquel est sorti le Code civil, a su dans quel

(1) Cette circonstance importante n'est remarquée, ni par M. Sirey, ni par les rédacteurs du *Journal des audiences* de la cour de cassation, dans le compte qu'ils rendent respectivement de cette affaire, le premier, tome 22, page 11, les seconds, année 1821, page 958. Mais je l'ai trouvée dans une copie de l'arrêt de la cour royale de Dijon, dont il va être parlé, et que M. Sirey lui-même, qui avait plaidé pour les demandeurs en cassation, a bien voulu me faire communiquer.

BIU Cujas

esprit il avait omis, lors de la rédaction définitive de l'art. 1035, d'y fondre la décision qu'il avait prise dans sa séance du 27 ventôse an 11? Qui mieux que lui a su quelle avait été, en rédigeant cet article tel qu'il est aujourd'hui, son intention par rapport à l'effet que devrait ou ne devrait pas avoir la clause révocatoire qui se trouverait dans un testament défectueux? Personne, sans doute. Eh bien! ce même conseil-d'état s'est prononcé de la manière la plus positive, en 1810, contre l'opinion de M. Toullier.

La dame Piot avait d'abord, par un codicille du 5 pluviôse an 13, légué à l'hospice de Bois-Commun quatre arpens de prés. Ensuite, par un autre codicille du 3 mars 1809, elle avait ordonné que, sur les quatre arpens de prés, il en serait distrait un en faveur de la nommée Julienne-Françoise, *à condition que, dans le cas où celle-ci viendrait à décéder sans enfans, la portion d'immeubles dont elle aurait joui, retournerait à l'hospice de Bois-Commun;* dispositions qui, certes, et d'après M. Toullier lui-même (n° 629), équipollait parfaitement à une révocation expresse du legs, quant à l'immeuble qu'elle désignait.

Les administrateurs de l'hospice ont demandé l'autorisation du gouvernement pour accepter le legs ainsi modifié; et leur demande, soumise au ministre de l'intérieur, a été renvoyée au conseil-d'état.

Là s'est élevée la question de savoir si la révocation partielle que la testatrice avait faite, par son second codicille, du legs contenu dans le premier, au profit de l'hospice, était valable et devait avoir son effet.

Le second codicille était aussi régulier dans la forme que le premier; mais ce qui, pour la disposition dont il s'agissait, revenait au même que si la forme en eût été défectueuse, il contenait, quant à l'arpent distrait du legs primitif, une substitution fidéicommissaire qui viciait radicalement cette disposition, et empêchait, suivant l'expression de M. Jaubert, dans un passage de son rapport au tribunat, qui est relatif à l'art. 1035, *que, considérée en elle-même, elle ne reçût son exécution* (1).

Quel parti a pris, en conséquence, le conseil-d'état? A-t-il décidé que la disposition partiellement révocatoire du legs primitif, devait, comme suffisant pour constater un changement de volonté de la part de la testatrice, avoir l'effet de faire rentrer la portion de ce legs qui en était l'objet, soit dans la succession *ab intestat*, soit dans le legs universel? Point du tout. Il a décidé, au contraire, *que les droits de l'hospice restaient entiers, tels qu'ils étaient établis par le premier codicille.* Et sa décision, sanctionnée par un décret du 21 octobre 1810, a été *insérée*, en vertu de ce décret même, au *Bulletin des lois*, sans doute pour éclairer le public tant sur le sens de l'art. 1035, que sur celui de l'art. 890 du Code civil.

Page 608, col. 2, supprimez la ligne 23 (1), et substituez-y ce qui suit :

§. V. 1° *Quel est, sur la reconnaissance qu'une femme a faite par un testament qu'elle a ensuite révoqué, d'une obligation contractée par elle sans l'autorisation de son mari, l'effet de la révocation de ce testament?*

2° *Cette reconnaissance a-t-elle, nonobstant la révocation du testament qui la contient, l'effet d'un commencement de preuve par écrit de l'existence de l'obligation qui en est l'objet?*

Si la femme n'avait pas révoqué son testament, sa reconnaissance, nulle, comme obligation contractuelle, à l'égard de ses héritiers (d'après les art. 217 et 225 du Code civil), n'aurait pu valoir contre eux que comme legs. Or, elle ne peut plus avoir contre eux l'effet d'un legs, du moment que le testament qui la contient, est révoqué. Il est donc impossible qu'elle ait contre eux l'effet d'un commencement de preuve par écrit. Cela résulte des développemens dans lesquels je suis entré dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 6; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 17 juillet 1828, ainsi conçu :

« Attendu que la reconnaissance de la dette que renferme le premier testament d'Anne-Catherine Rochus, femme Reyns, si on la considère comme un legs, a été révoquée par le dernier testament, et que, considérée comme une obligation ou la reconnaissance d'une obligation précédente, elle est nulle et de nulle valeur, puisque la testatrice était mariée à l'époque de ses testamens, et qu'une femme mariée ne peut, sans l'autorisation de son mari, ni s'obliger ni reconnaître une obligation, d'après le principe, *qui non potest dare, non potest confiteri*;

» D'où il suit que le premier juge, en n'admettant point, par le jugement du 4 mai 1827, le premier testament comme une preuve complète, n'a infligé aucun grief aux appelans;

(1) *V.* l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1, §. 14, n° 2, du *Répertoire de jurisprudence.*

(1) *Page 541, col. 2, ligne 35 (2e édition).*

BIU Cujas

» Attendu que le premier juge, en admettant le testament dont il s'agit comme un commencement de preuve par écrit, s'est montré trop favorable aux appelans, puisque la femme mariée étant, sans le consentement de son mari, inhabile à s'obliger et à reconnaître des dettes, doit être aussi réputée inhabile à pouvoir donner des commencemens de preuve par écrit, et que les circonstances de la cause concourent à faire croire, ou que la dette n'a jamais existé, ou au moins qu'elle était éteinte à l'époque du dernier testament;

» Attendu que les appelans n'ayant fourni aucune preuve ultérieure, le premier juge a nécessairement dû leur adjuger leur demande par le jugement définitif;

» Par ces motifs, ouï M. l'avocat-général Deguchteneere en son avis conforme, et sans qu'il soit besoin de statuer sur l'appel incident;

» La cour met l'appel principal au néant (1).... »

§. VI. *La preuve du fait que le légataire universel a soustrait ou supprimé, après la mort du testateur, un testament postérieur à celui qui l'institue, équipolle-t-elle, pour l'héritier* ab intestat, *à une présomption légale que le testament supprimé ou soustrait révoquait le testament représenté?*

L'affirmative n'était pas douteuse dans l'ancienne jurisprudence. « Lorsqu'il y a (disait Furgole dans » son *Traité des testamens*, chap. 6, sect. 3, n° 180) » un premier testament qui paraît, et qu'il y en » a encore un second que l'héritier retient et sup- » prime, les héritiers *ab intestat* sont fondés à de- » mander l'exhibition du second testament; faute de » quoi, nonobstant le premier, la succession est » déférée *ab intestat;* et cela est fondé sur l'esprit » de la loi 3, §. 11, 12 et 13, D. *de tabulis exhi- » bendis*, où il est dit que celui qui refuse d'exhi- » ber le testament, doit être condamné aux dom- » mages-intérêts, lesquels doivent être estimés, par » rapport à l'héritier institué, eu égard à la valeur » de l'hérédité, et par rapport aux légataires, eu » égard à la valeur du legs : *Condemnatio ejus » autem judicii quanti interfuit æstimari debet; » quare si heres scriptus hoc interdicto experia- » tur, ad hereditatem referenda est æstimatio; » et si legatum sit, tantum venit in æstimationem » quantum sit in legato* ».

C'est effectivement ce qu'avait jugé, comme le remarquait Furgole au même endroit, un arrêt du parlement de Paris, rapporté en ces termes par Bretonnier, dans ses *Observations sur Henrys*, liv. 5, quest. 104 :

« Tristan de Rostain a fait deux testamens : le premier, le 28 octobre 1585; le second, le 20 juillet 1589.

» Par le premier, il fait son fils son légataire universel, à la charge de substitution au profit de ses enfans, suivant l'ordre du sexe et de la naissance; et, au défaut des enfans de son fils, il appelle les enfans de ses filles suivant le même ordre; et, au défaut des enfans de ses filles, il appelle Tristan de Rostain, son neveu et filleul.

» Par le second, il fit la même substitution en faveur des enfans de son fils; mais, à leur défaut, il appela Tristan de Rostain, son neveu et filleul, portant son nom et ses armes. A l'égard de ses filles, il les institue ses héritières pour leur légitime, telle que de droit et de coutume, en laquelle il veut qu'elles imputent ce qu'elles ont reçu de lui en faveur de mariage.

» Après la mort du testateur, il y eut procès aux Requêtes du palais pour le partage des biens de la succession entre son fils et ses deux filles. Le fils produisit le premier testament, dont l'exécution fut ordonnée par une sentence du 3 septembre 1602, de laquelle les filles interjetèrent appel au parlement. Elles soutinrent que le premier testament avait été révoqué par un autre postérieur; elles obtinrent permission de faire publier monitoire et de faire enquête. Sur le fondement de cette preuve, il intervint un arrêt contradictoire, le 13 avril 1604, par lequel Charles de Rostain fut condamné de représenter dans trois mois le testament de son père, du 22 juillet 1589, sinon que les biens seraient partagés *ab intestat* ».

Doit-on encore juger de même sous le Code civil?

On peut dire, pour la négative, qu'aux termes de l'art. 1035 de ce Code, « les testamens ne peuvent » être révoqués que par un testament postérieur, ou » par un acte devant notaires, portant déclaration » du changement de volonté, » et que, suivant l'article 1036, « les testamens postérieurs qui ne révo- » queront pas d'une manière expresse les précédens, » n'annulleront, dans ceux-ci, que celles des disposi- » tions y contennes qui se trouveront incompatibles » avec les nouvelles, ou qui seront contraires; » qu'ainsi, prouver que le défunt, après avoir disposé de ses biens par un premier testament, en a fait un second qui a disparu, ce n'est pas prouver qu'il a révoqué l'un par l'autre, et que, dès-lors, le premier doit avoir tout son effet, nonobstant la disparition du second.

Mais cette raison, qui serait péremptoire, si la dis-

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1828, tome 2, page 104.

BIU Cujas

parition du second testament était l'effet d'un cas fortuit ou d'une force majeure, devient sans objet quand il est prouvé que c'est par le fait du légataire universel institué par le premier testament, que le second a disparu. Alors, en effet, il y a délit de la part du légataire universel, et par conséquent obligation de réparer le dommage qui en est résulté. Or, ce dommage, en quoi consiste-t-il? En d'autres termes, le testament soustrait révoquait-il le testament représenté, ou ne faisait-il que le modifier? On l'ignore, mais on ne l'ignore que par l'effet du délit même. L'auteur du délit ne doit donc pas profiter d'une incertitude dont il est seul la cause; c'est donc contre lui que cette incertitude doit être interprétée; il y a donc lieu d'élever au *maximum* l'évaluation du dommage qu'il a causé, et par conséquent de le condamner à délaisser la succession aux héritiers *ab intestat*, comme on l'y condamnerait sans difficulté, s'il était prouvé qu'au lieu de supprimer le second testament, il en a empêché la confection par violence ou par dol (1).

C'est ce qui a été jugé par deux arrêts de la cour de cassation, l'un, du 29 février 1820, qui est rapporté au mot *Confession*, §. 4, n° 1; l'autre, dont voici l'espèce :

Le 26 novembre 1816, testament olographe par lequel la dame de Mallandre institue les sieurs Lhurier et Vicaire ses légataires universels.

Le 13 novembre 1821, décès de la testatrice; et peu de jours après, envoi des sieurs Lhurier et Vicaire en possession de ses biens, sans opposition de la part des héritiers *ab intestat*.

Le 4 avril 1824, les héritiers *ab intestat* poursuivent correctionnellement les sieurs Lhurier et Vicaire, comme coupables d'avoir soustrait et détruit frauduleusement un testament qui avait été fait par la dame de Mallandre, depuis le 26 novembre 1816.

Le 29 juillet 1825, arrêt de la chambre correctionnelle de la cour royale de Rouen, qui déclare, en effet, les sieurs Lhurier et Vicaire coupables du délit qui leur est imputé, et, entre autres dispositions, réserve aux héritiers *ab intestat* de se pourvoir à fins civiles pour les dommages-intérêts qu'ils réclament (2).

En conséquence, les héritiers *ab intestat* font assigner les sieurs Lhurier et Vicaire devant le tribunal civil, et concluent à ce que, pour les indemniser du tort qu'ils leur ont fait par la suppression du second testament, ils soient condamnés à leur délaisser tous les biens de la succession.

Le 1er septembre 1827, jugement qui accueille ces conclusions,

« Attendu que, dans l'espèce surtout, on doit dire que, si le second testament a été soustrait d'abord, puis ensuite détruit par Vicaire et Lhurier, comme cela a été décidé, tout doit faire présumer que le second testament anéantissait le premier, et ne contenait pas uniquement des dispositions de peu d'importance;

» Que, dès-lors, il était du plus haut intérêt pour les héritiers de le voir et de l'examiner; et que la réparation civile du délit qui empêche la représentation de ce testament, doit être la restitution entière de la succession;

» Qu'on arrive à ce résultat, soit en prononçant cette restitution à titre de dommages-intérêts, soit en l'ordonnant comme une conséquence de la révocation du premier testament. »

Appel de ce jugement, de la part du sieur Lhurier et Vicaire, à la cour royale de Rouen.

Le 29 mars 1828, arrêt par lequel,

« Adoptant les motifs des premiers juges,

» Et attendu en outre que l'action civile pour la réparation du dommage, peut être poursuivie en même temps devant les mêmes juges que l'action publique, et qu'elle peut aussi l'être séparément;

» Attendu qu'un testament peut être révoqué en tout ou en partie par un testament postérieur; que la volonté de l'homme est ambulatoire; qu'il est évident que Lhurier et Vicaire n'ont pu se porter à soustraire et détruire le testament existant au moment du décès de la dame de Mallandre, que parce qu'il anéantissait celui de 1816, ou qu'il leur était moins avantageux; que, dans cette dernière supposition, le préjudice qu'ils auraient éprouvé provient de leur fait, et que, dans l'un comme dans l'autre cas, le délit qu'ils ont commis ne peut leur profiter, à l'effet de leur procurer le bénéfice du premier testament contre la dernière volonté préférable, manifestée par la dame de Mallandre;

« Attendu que l'envoi en possesion des biens de ladite dame de Mallandre n'a été consenti que dans la supposition que le testament du 26 novembre 1816 était l'expression de la dernière volonté de cette dame, supposition détruite par l'arrêt de 1825, qui a irrévocablement jugé qu'il existait, au moment de son décès, un testament qui a été soustrait par Lhurier et Vicaire; d'où il suit qu'on doit

---

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 4, §. 1 et 2.

(2) Quel a pu être le motif de cette disposition? La chambre correctionnelle de la cour royale de Rouen ne devait-elle pas, au lieu de renvoyer à la juridiction civile la demande des héritiers *ab intestat* en dommages-intérêts, y statuer elle-même?

BIU Cujas

considérer cette dame comme décédée *ab intestat*; que l'erreur des héritiers naturels provenant du dol de Lhurier et Vicaire, vicie et rend nulle la convention par laquelle lesdits héritiers ont consenti cet envoi; que les héritiers naturels appelés par la loi ont droit de se faire produire tous les testamens de la personne qu'ils représentent, pour les vérifier, les consentir ou les attaquer;

« Attendu, enfin, que les condamnations prononcées par le tribunal contre Lhurier et Vicaire, sont une juste réparation du délit qu'ils ont commis ».

Les sieurs Lhurier et Vicaire se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'attaquent comme violant les art. 970, 1035 et 1036 du Code civil.

« D'après ces articles (disent-ils), le testament olographe doit, pour être valable, porter avec lui la preuve qu'il a été écrit en entier, daté et signé par le testateur; et la révocation d'un testament ne peut être faite en tout ou en partie, que par un testament postérieur ou un acte notarié qui porte que le testateur a changé de volonté, ou par des dispositions qui soient inconciliables avec celles déjà faites, et qui leur soient contraires.

» Or, ces principes ont été violés par l'arrêt attaqué, en ce qu'il a été jugé que le testament olographe de la dame de Mallandre, par lequel les exposans ont été institués ses légataires universels, a été révoqué par un testament olographe postérieur, que personne n'a vu, sans qu'il apparaisse de sa teneur, sans qu'il soit établi que ce prétendu testament contenait soit la révocation de l'institution des exposans pour légataires universels de la dame de Mallandre, portée au premier testament, soit des dispositions nouvelles contraires à celles-là, ou incompatibles avec elles.

» A la vérité, il est jugé que les demandeurs ont détruit le testament olographe que la dame de Mallandre aurait fait postérieurement à celui du 26 novembre 1816; mais cette décision n'a prononcé que sur le fait de destruction.

» Il est incontestable que l'arrêt de 1825 a laissé intacte la question de savoir si le prétendu testament détruit révoquait l'institution des légataires universels faite par le premier testament en faveur des sieurs Lhurier et Vicaire.

» Reste à décider si la destruction d'un testament postérieur quelconque, par le fait des légataires institués dans un premier testament, peut, au civil, prouver suffisamment et légalement que le second testament révoquait les dispositions du premier testament, et que la succession du testateur s'est ouverte *ab intestat* au profit de ses héritiers légitimes.

» Or, il est évident que le testament postérieur ne peut être réputé révocatoire du premier, de plein droit, et par cela seul qu'il a été détruit; il peut n'en être que la réitération avec quelques nouvelles dispositions d'un modique intérêt; il peut le confirmer entièrement ou le modifier par des legs particuliers, sans le révoquer, sans anéantir les dispositions à titre universel. Comment attacher de plein droit au dernier testament la révocation du premier et de ses effets, lorsque, comme dans la cause, les dispositions du testament postérieur sont absolument inconnues; que personne ne l'a ni lu ni vu, soit avant, soit après la mort du testateur, et dont l'existence et la destruction ne sont prouvées que par les dépositions de quelques témoins, preuve si incertaine et si dangereuse?

» La loi n'admet point une telle présomption; elle la repousse, au contraire, par son esprit et par son texte; elle dispose formellement que les testamens ne sont révoqués par des testamens postérieurs, qu'autant que ces testamens contiennent révocation, ou des dispositions nouvelles qui détruisent celles déjà faites.

» Le testament postérieur n'étant pas essentiellement révocatoire d'un premier testament, le fait qu'il a été détruit par l'héritier légitime ou par le légataire universel, ne peut équivaloir à cette clause, ni la faire supposer. Il ne suffit donc pas à celui qui prétend que le premier testament a été révoqué par un testament postérieur, et qui veut profiter de la révocation, de prouver que le testament a été détruit: il faut encore qu'il prouve que ce testament révoquait effectivement le premier. »

Mais par arrêt du 4 juin 1829,

« Sur le moyen tiré de la violation des art. 970, 1035 et 1036 du Code civil,

» Attendu que les principes généraux invoqués par les demandeurs sur la révocation des testamens, ne sont pas applicables à l'espèce dont il s'agit, puisqu'en effet la demande du 4 avril 1824 était uniquement fondée sur la suppression faite par les demandeurs du testament de la dame de Mallandre, postérieur à celui du 26 novembre 1816, en leur faveur;

» Attendu qu'il a été irrévocablement jugé par un premier arrêt du 29 juillet 1825, que les demandeurs étaient coupables d'avoir détruit cet acte *de la dernière volonté* de la dame de Mallandre, existant encore à l'époque de son décès;

» Attendu que l'arrêt attaqué a considéré que, d'après les principes de nos lois tant anciennes que nouvelles, un testament est la *propriété* des *héritiers* du sang, qui ont toujours *le droit* d'en exiger la *représentation*, pour *le combattre*, s'il y a lieu; et qu'ainsi, la suppression de ce titre devait

BIU Cujas

entraîner des dommages et intérêts envers les héritiers Mallandre, comme si la dame de Mallandre, leur auteur, était morte *ab intestat;* et qu'en jugeant de la sorte, la cour royale s'est déterminée par une appréciation de faits qui étaient dans ses attributions;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».

SAISIE. *Page* 611, *col.* 1, *ligne* 19 (2), *après le mot* SAISIE, *ajoutez :* ARRÊT.

Même page et même colonne, supprimez les lignes 25 *à* 32 (3), *et substituez-y ce qui suit :*

§. II. *Peut-on, en vertu d'un titre de créance que l'on a sur l'État, faire saisir et arrêter des deniers publics ?*

V. l'article *Nation*, §. 3.

§. III. *Avant le Code de procédure civile*, etc.

Page 611, *col.* 1, *après la ligne* 39 (4), *ajoutez ce qui suit :*

SAISIE-EXÉCUTION, §. I. *La péremption dont un commandement à fin de saisie immobilière se trouve frappé par l'art.* 674 *du Code de procédure civile, faute d'avoir été suivi d'une saisie immobilière dans les trois mois de sa date, anéantit-elle tellement cet acte, qu'il ne puisse plus tenir lieu du commandement qui doit précéder une saisie-exécution ?*

Cette question s'est présentée dans une espèce qui est rapportée à l'article *Acte sous seing-privé*, §. 4.

Le sieur Richard prétendait que la saisie-exécution pratiquée contre lui les 2 et 3 août 1819, était nulle, non-seulement parcequ'elle avait été faite en vertu d'un titre non exécutoire, mais encore parcequ'elle n'avait été précédée que d'un commandement à fin de saisie immobilière, en date du 16 janvier de la même année, qui n'avait été suivi d'aucun acte tendant à l'expropriation forcée de ses immeubles. Mais ce moyen a été rejeté par l'arrêt de la cour royale de Caen, du 16 décembre 1819,

» Attendu qu'à la vérité, l'art. 583 du Code de procédure civile dispose que toute saisie-exécution sera précédée d'un commandement à la personne ou au domicile du débiteur, fait au moins un jour avant la saisie; mais qu'il est constant que, le 16 janvier dernier, Lenoir-Dufresne avait fait signifier son titre à Richard, avec commandement de payer la somme dont il lui était redevable; qu'il importe peu que ce commandement portât l'énonciation que, faute de paiement, il serait passé outre à la saisie immobilière des biens dudit Richard, parce que la loi ne prescrit point le mode d'énonciation qui doit être suivi dans le commandement qui doit précéder une saisie-exécution, mais exige seulement qu'un commandement soit fait;

» Qu'ainsi, il n'est pas possible d'argumenter du but que devait se proposer Lenoir-Dufresne, pour soutenir que le commandement ayant pour objet spécial la saisie immobilière des biens de Richard, ne peut tenir lieu de celui prescrit par l'art. 583 du Code de procédure civile.

Qu'on ne peut pas argumenter avec plus d'avantage de ce que ce commandement aurait été périmé, faute par Lenoir-Dufresne d'avoir fait procéder à la saisie immobilière dans le délai de trois mois, parcequ'il ne s'ensuit pas de ce que le commandement n'était plus valable pour autoriser une saisie immobilière, qu'il ne pouvait autoriser une saisie-exécution, lorsque, dans ce mode de poursuite, la loi ne fixe aucun délai après lequel le commandement ne sera plus valable, et se borne uniquement à ordonner qu'il précédera d'un jour aumoins la saisie ».

Et cet arrêt a été maintenu par celui de la cour de cassation, du 27 mars 1821, *attendu, sur le deuxième moyen, que, d'après l'art.* 583 *du Code de procédure civile, il suffit que toute saisie-exécution soit précédée d'un commandement à la personne ou au domicile du débiteur; que, dans l'espèce, le commandement fait le* 16 *janvier, avant la saisie dont il s'agit, a rempli le vœu de la loi.*

§. II. *Peut-on saisir par exécution les meubles et ustensiles d'une manufacture qui, sans être nécessaires à son exploitation, servent seulement à des ouvrages qui en sont indépendans et pourraient être faits ailleurs ?*

Le sieur Richard soutenait la négative dans l'espèce rappelée au §. précédent, et il partait de là pour demander la nullité de la saisie-exécution pratiquée contre lui par le sieur Lenoir-Dufresne, en tant qu'elle avait porté sur des métiers à tisser qui se trouvaient dans sa filature de coton. Ces métiers,

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, page 219.
(2) *Page* 544, *col.* 1, *ligne* 25 (2e édition).
(3) *Même page et même col., ligne* 35 (2e édition).
(4) *Même page et même col., ligne* 45 (2e édition).

BIU Cujas

disait-il, étaient, d'après l'art. 524 du Code civil, réputés *immeubles par destination;* ils n'étaient donc passibles que d'une saisie immobilière, et par conséquent ils ne l'étaient pas d'une saisie-exécution.

L'arrêt de la cour royale de Caen, du 16 décembre 1819, a également rejeté ce moyen,

« Attendu qu'en effet, d'après les dispositions de l'art. 524 du Code civil, la loi déclare immeubles par destination les ustensiles *nécessaires* à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines; mais que cette disposition ne peut être étendue à des meubles qui ne sont pas indispensables pour l'usage de l'usine, puisque, suivant le principe posé par cet article, il faut que les ustensiles soient placés par le propriétaire pour le service et exploitation du fonds;

» Attendu, dans l'espèce de la cause, que, s'agissant d'une filature, les machines propres à carder, à filer, et autres de cette nature, doivent être réputées immeubles; mais qu'il n'en peut être ainsi des métiers à tisser, qui sont étrangers au service et à l'exploitation de la filature, et à plus forte raison, des meubles meublans et autres objets de ce genre ».

Et vainement le sieur Richard a-t-il cherché à tirer de là un troisième moyen de cassation : l'arrêt de la section des requêtes, du 27 mars 1821, l'a pareillement rejeté, *attendu qu'en jugeant que les métiers à tisser n'étaient pas dans la classe des ustensiles nécessaires à l'exploitation de la filature dont il s'agit, et que, dès-lors, ils ne pouvaient être déclarés immeubles par destination, la cour royale de Caen n'a aucunement violé l'art.* 524 *du Code civil.*

SAISIE-IMMOBILIÈRE, §. I. 1° De l'art. 556 du Code de procédure civile, portant que *la remise de l'acte ou du jugement à l'huissier vaudra pouvoir pour toutes exécutions* autres que la saisie immobilière et l'emprisonnement, pour lesquelles il sera besoin d'un pouvoir spécial, *résulte-t-il qu'une saisie immobilière est nulle par cela seul que la date du pouvoir spécial de l'huissier est postérieure à celle du commandement qui a précédé le procès-verbal de saisie ?*

2° *En résulte-t-il que le pouvoir spécial de l'huissier doit, à peine de nullité, être signifié à la partie saisie, soit avant, soit conjointement avec la saisie ?*

3° *En résulte-t-il qu'il faut au moins que l'antériorité de ce pouvoir à la saisie soit constatée authentiquement, et qu'il doit être considéré comme donné après coup, quoique portant une date antérieure à la saisie, lorsqu'étant sous seing-privé, il n'est pas encore, à l'instant où il est représenté sur la première réquisition qui en est faite, revêtu de la formalité de l'enregistrement ?*

I. La première question, déjà jugée pour la négative par un arrêt de la cour de cassation du 12 mai 1813, rapporté dans le *Répertoire de Jurisprudence*, aux mots *Saisie immobilière*, §. 6, art. 1, n° 1, l'a encore été dans le même sens, par un autre arrêt de la même cour, que l'on trouvera au n° suivant.

II. Sur la seconde question, l'affirmative ne serait pas douteuse, si l'on devait appliquer ici la maxime rappelée dans les conclusions du 7 germinal an 11, rapportées à l'article *Enregistrement (droits d')*, §. 16, que *ce qui n'est pas signifié, est regardé comme non-avenu :* PARIA SUNT NON SIGNIFICARI ET NON ESSE.

Mais cette maxime n'est applicable qu'aux actes dont la signification est requise par la loi; elle est sans objet pour les actes que la loi exige sans en prescrire la signification. Or, ni l'art. 556 ni aucune autre disposition du Code de procédure civile ne prescrivent la signification du pouvoir spécial dont l'huissier a besoin pour procéder à une saisie immobilière. Le défaut de signification de ce pouvoir ne peut donc pas former un moyen de nullité; et voici une espèce dans laquelle la cour de cassation l'a ainsi jugé formellement.

Le 21 novembre 1814, le sieur Giraud-Duclaud fait signifier au sieur Tardy un commandement à fin de saisie immobilière.

Le 29 décembre suivant, la saisie immobilière est pratiquée sur le domaine de Fouillouse, appartenant au sieur Tardy.

Au jour indiqué pour la première publication du cahier des charges, le sieur Tardy propose, contre la procédure en expropriation, un moyen de nullité qu'il fait résulter de ce que, lors du commandement, l'huissier n'était pas muni d'un pouvoir spécial enregistré, et de ce que ce pouvoir ne lui avait pas été signifié.

Le 11 juin 1816, jugement qui rejette ce moyen, *attendu qu'il faut bien, aux termes du Code de procédure civile, pour la saisie immobilière, un pouvoir spécial à l'huissier, mais qu'il n'exige pas la signification de ce pouvoir, et que ce pouvoir existe dans les mains de l'huissier Rouchon, ayant la date certaine du 24 décembre 1814, par son enregistrement, date antérieure à la saisie qui est du 29.*

Le sieur Tardy appelle de ce jugement à la cour royale de Bordeaux.

Le 17 juin 1818, arrêt qui, *adoptant les motifs des premiers juges, met l'appellation au néant.*

BIU Cujas

Recours en cassation de la part du sieur Tardy, qui le fonde sur l'art. 556 du Code de procédure civile.

Mais par arrêt contradictoire du 12 janvier 1820, au rapport de M. Jaubert, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier,

« Attendu que ni l'art. 556 du Code de procédure civile, qui porte que, pour la saisie immobilière, il sera besoin d'un pouvoir spécial pour l'huissier, ni aucune autre disposition de la loi n'exigent que copie de ce pouvoir soit signifiée à la partie saisie;

» La cour rejette le pourvoi..... (1) ».

On trouvera au n° suivant plusieurs autres arrêts qui jugent ou supposent évidemment la même chose.

III. La troisième question qui, d'après l'art. 556 du Code de procédure civile, est, ainsi que les deux premières, commune à l'emprisonnement et à la saisie immobilière, a été jugée pour la négative, relativement au premier de ces deux modes de contrainte, par un arrêt de la cour de cassation, rendu dans les circonstances suivantes:

Le 7 mars 1811, le sieur Gamnou est arrêté, à la requête du sieur Rouland, en vertu d'un jugement du tribunal de commerce de Rouen; et il se laisse conduire en prison, sans exiger que l'huissier lui représente le pouvoir spécial dont il doit être porteur.

Cependant il se pourvoit en nullité de son emprisonnement sous divers prétextes, et après 13 mois de contestation sur les moyens qu'il a d'abord employés, il enfait valoir un nouveau : il interpelle son créancier de représenter le mandat qu'il avait dû donner à son huissier pour l'arrêter.

Le sieur Rouland exhibe sur-le-champ une procuration sous seing-privé, portant la date du 18 janvier 1811, mais non enregistrée.

Le sieur Gamnou prétend que cette procuration ne peut pas faire foi contre lui de sa date, tant parcequ'elle n'est pas enregistrée, que parcequ'il ne lui en a été donné copie, ni dans le procès-verbal d'emprisonnement, ni dans le commandement qui l'a précédé.

Le sieur Rouland répond que la loi n'exige ni que le pouvoir spécial de l'huissier soit enregistré avant l'emprisonnement, ni copié, soit dans le commandement, soit dans le procès-verbal d'arrestation; qu'il suffit donc, pour remplir le vœu de la loi, que l'existence de ce pouvoir, au moment de l'arrestation, ne puisse pas être révoquée en doute; que, dans l'espèce, l'huissier a énoncé dans le procès-verbal d'arrestation, qu'il était *porteur des pièces et des réquisitions nécessaires* pour arrêter le sieur Gamnou, et que le sieur Gamnou lui-même a reconnu la vérité de cette énonciation, en laissant passer treize mois sans la contester.

Jugement qui rejette la demande du sieur Gamnou en nullité de son emprisonnement,

« Attendu qu'aucune disposition de la loi n'exige que l'huissier chargé de l'emprisonnement notifie, soit avant, soit après l'emprisonnement, le pouvoir spécial qui lui est nécessaire, d'après l'art. 556, pour procéder;

» Que rien ne constate que l'huissier Cavé n'était pas porteur de ce pouvoir, lorsqu'il a fait l'arrestation de Gamnou, le 7 mars 1811;

» Que Gamnou n'a point réclamé alors ni demandé la représentation de ce pouvoir, ni mis l'huissier dans le cas d'en justifier;

» Que depuis, le sieur Rouland a justifié que l'huissier qui a arrêté Gamnou, était porteur d'un pouvoir spécial pour faire cette arrestation, daté du 18 janvier 1811;

» Qu'aucune loi n'assujétissait de faire constater cette date par l'enregistrement;

» Que d'ailleurs le procès-verbal d'arrestation porte que l'huissier était porteur de pièces et de réquisitions ».

Sur l'appel de ce jugement, arrêt de la cour de Rouen, du 18 juin 1812, qui, en adoptant les motifs, le confirme.

Le sieur Gamnou se pourvoit en cassation.

Mais par arrêt contradictoire du 24 janvier 1814, au rapport de M. Reuvens, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Attendu que le tribunal civil et la cour d'appel de Rouen ont déclaré, en fait, que l'huissier, lors de l'arrestation du demandeur, était porteur du pouvoir spécial voulu par l'art. 556 du Code de procédure civile; qu'ainsi, le vœu de la loi a été rempli;

» La cour rejette le pourvoi.... (1) ».

Ce que la cour de cassation a jugé par cet arrêt, relativement à la contrainte par corps, elle ne pouvait pas manquer de le juger relativement à la saisie immobilière; et elle l'a effectivement jugé par trois arrêts dont voici les espèces :

Le 2 août 1811, une saisie immobilière est pra-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 20, page 199.

(1) *Ibid.*, tome 14, page 124.

BIU Cujas

tiquée, à la requête du sieur Gautier, sur des biens appartenant au sieur Siraudin.

Celui-ci en demande la nullité, sur le fondement que l'huissier n'avait pas de pouvoir spécial pour la pratiquer, puisqu'il n'en a pas fait mention dans son procès-verbal, et qu'il n'en existe aucune trace, ni dans les registres du receveur de l'enregistrement, ni dans d'autres pièces authentiques.

A l'instant même où ce moyen est proposé à l'audience, le sieur Gautier extrait de son dossier et fait passer sous les yeux des juges une procuration sous seing-privé qu'il avait donnée à l'huissier la veille de la saisie immobilière.

Le sieur Siraudin oppose inutilement que cette procuration n'a point de date certaine, et qu'elle doit par conséquent être réputée faite après coup.

Par jugement du 6 avril 1812, le tribunal civil de Mâcon déclare la saisie valable.

Appel de la part du sieur Siraudin à la cour de Dijon.

Le 23 avril de la même année, arrêt qui confirme ce jugement,

« Attendu qu'il paraît, en fait, que l'huissier qui a procédé à la saisie dont il s'agit, était réellement porteur du pouvoir spécial voulu par la loi, et que ce pouvoir a même été présenté à l'audience du 6 avril 1812, à l'instant même de la réclamation de Siraudin;

» Qu'ainsi, il s'agit uniquement, en droit, de savoir si ce pouvoir a dû être enregistré avant qu'il fût procédé à la saisie, et s'il a dû en être donné copie; qu'à cet égard, le Code de procédure a bien consacré l'ancien principe qui ne permettait pas à un huissier d'exercer des poursuites aussi graves sans un pouvoir spécial, mais que la loi n'a exigé de plus aucune autre formalité; que les formalités ne se suppléent pas, et surtout celles qui emportent la peine de nullité; qu'ainsi, lors même qu'on supposerait que l'enregistrement préalable et la copie du pouvoir entraient dans les vues du législateur, il serait contre toutes les règles d'exiger ce qu'il n'a point formellement ordonné ».

Le sieur Siraudin se pourvoit en cassation; mais par arrêt contradictoire du 12 juillet 1814, au rapport de M. Lamarque, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Attendu qu'il a été déclaré, en fait, par l'arrêt dont la cassation est demandée, qu'au moment où il fut procédé à la saisie immobilière des biens appartenant à Eugène Siraudin, l'huissier procédant à cette saisie était porteur d'un pouvoir spécial du créancier saisissant; que l'art. 556 du Code de procédure, en exigeant, outre la remise du titre de créance ou du jugement (qui suffit pour les saisies-exécution), celle d'un *pouvoir spécial* pour les saisies immobilières, ne prescrit, relativement à ce pouvoir, aucune autre formalité;

» La cour rejette le pourvoi....(1) ».

Le 11 février 1812, le sieur Poirson fait procéder à la saisie immobilière d'immeubles appartenant au sieur Sengel.

Le 9 mars suivant, le sieur Sengel somme le sieur Poirson de lui délivrer copie du pouvoir spécial qu'il a dû donner à son huissier pour pratiquer la saisie; et il fait, le lendemain, une semblable sommation à l'huissier.

Celui-ci répond sur-le-champ à cette sommation par la signification d'une procuration qui lui a été donnée par le sieur Poirson, dès le 6 janvier 1811, et par conséquent plus d'un mois avant la saisie, mais qui n'est enregistrée qu'à la date du 20 mars, jour même de cette signification.

Le sieur Sengel soutient que cette procuration ne peut pas faire foi contre lui de sa date; que par conséquent la saisie immobilière doit être, à son égard, réputée faite sans pouvoir spécial, et que, par une conséquence ultérieure, elle doit être déclarée nulle, d'après l'art. 556 du Code de procédure civile.

Jugement qui rejette ce moyen de nullité, mais par un motif étranger à notre question, et déjà condamné par l'arrêt de la cour de cassation, du 6 janvier 1812, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Saisie immobilière*, §. 6, art. 1, n° 1, c'est-à-dire, parceque l'art. 556 n'attache pas la peine de nullité au défaut de pouvoir spécial à l'effet de pratiquer une saisie immobilière, et qu'il n'appartient pas aux juges d'y suppléer cette peine.

Sur l'appel, arrêt de la cour de Colmar, du 3 juin 1812, ainsi conçu :

« Vu l'art. 556 du Code de procédure....;

» Attendu que le législateur a disposé ainsi dans l'intérêt de la partie saisie, comme dans celui du saisissant, pour que, d'une part, l'huissier ne puisse procéder à une saisie immobilière, qui est une voie de rigueur extraordinaire et dispendieuse, à moins qu'il ne soit muni préalablement d'une autorisation expresse du créancier; et de l'autre, afin que celui-ci ne pouvant plus désavouer l'huissier, puisse être tenu à le garantir envers la partie saisie, le cas échéant;

» Attendu, dans l'espèce, que le pouvoir que

(1) *Ibid.*, tome 15, page 29.

BIU Cujas

produit l'intimé qui a fait procéder sur l'appelant à une saisie immobilière, le 11 février dernier, ne mérite aucune considération; rédigé sous seing-privé, daté du 6 janvier précédent, il n'a d'authenticité que par l'enregistrement qui en a été fait le 20 mars, postérieurement à la saisie, tandis que cette formalité de l'enregistrement eût dû précéder, pour donner la certitude que l'huissier n'avait procédé à la saisie que muni du pouvoir spécial exigé par la loi, et qui lui était aussi indispensable que le titre même en vertu duquel il devait procéder, puisque, sans cet acte, il n'avait point le caractère particulier dont le législateur a voulu qu'il fût investi;

» Attendu qu'on ne saurait argumenter de l'article 1030 du Code de procédure, pour soutenir qu'on ne saurait annuller la saisie dont il s'agit, parceque la loi n'en prononce pas la nullité; mais ici la nullité est de droit : elle résulte de ce que l'huissier de l'intimé était sans qualité pour procéder à la saisie immobilière qu'il a faite sur l'appelant; il y a donc lieu de l'annuller;

» La cour met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, déclare nulle la saisie immobilière faite sur les biens de l'appelant (1) ».

Mais sur le recours en cassation du sieur Poirson, arrêt du 10 août 1814, au rapport de M. Oudot, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Giraud-Duplessis, par lequel,

« Vu l'art. 556 du Code de procédure civile;

» Attendu que cet article n'exige pas que le pouvoir soit donné par acte authentique, ni qu'il soit enregistré avant la saisie; qu'il suffit, pour remplir le vœu de la loi, que cet acte puisse être représenté à la première réquisition du débiteur; d'où il suit que la cour d'appel de Colmar, en annulant la saisie dont il s'agit, sous prétexte que le pouvoir en vertu duquel il y a été procédé, n'était pas authentique, ou n'avait pas été enregistré avant la saisie, a faussement appliqué l'art. 556 du Code de procédure, et que, par suite, elle a commis un excès de pouvoir en prononçant une nullité sans y être autorisée par une disposition précise de la loi;

» La cour, donnant défaut contre le défendeur, casse et annulle.... (2) ».

Les 15 et 16 mars 1810, la dame Barbery fait pratiquer une saisie immobilière sur des biens dépendans de la succession du sieur Béchon d'Arquian.

Le 13 juillet 1812, trois jours avant la première publication du cahier des charges, les héritiers du sieur Béchon d'Arquian somment la dame Barbery, au domicile de son avoué, de justifier du pouvoir spécial dont son huissier a dû être porteur au moment de la saisie.

L'avoué répond à cette sommation en représentant à l'huissier des héritiers une procuration sous seing-privé, enregistrée seulement le 15 mai précédent, mais portant la date du 10 février 1810; et l'huissier constate cette exhibition par son propre exploit.

Les héritiers n'en soutiennent pas moins que la saisie est nulle, parcequ'à leur égard, le pouvoir spécial, représenté par la dame Barbery, n'a de date que du jour où il a été enregistré.

Jugement qui, en effet, annule la saisie; et sur l'appel, arrêt de la cour de Bourges, du 28 avril 1813, qui met l'appellation au néant,

« Attendu qu'aux termes de droit, il faut un pouvoir spécial à l'huissier pour procéder à la saisie immobilière; que la jurisprudence des arrêts a établi la nécessité de ce pouvoir au moment de la saisie;

» Que, dans l'espèce, la saisie est du 15 mars 1810; que le pouvoir était sous signature privée; qu'il n'a été enregistré que le 15 mai 1812; qu'il n'a de date certaine que de ce dernier jour; qu'ainsi, rien n'établit qu'il existât au moment de la saisie, et que le vœu de la loi ait été rempli ».

Mais la dame Barbery se pourvoit en cassation; et par arrêt du 15 avril 1822, au rapport de M. Legonidec, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Vu les art. 1556 et 1030 du Code de procédure civile;

» Attendu que l'arrêt attaqué reconnaît implicitement l'existence du pouvoir spécial donné à l'huissier par la dame Barbery; que, s'il semble jeter de l'incertitude sur l'existence de ce pouvoir à l'époque de la saisie, il ne la fait résulter d'aucune induction tirée des faits ou des circonstances de la cause, mais seulement de ce qu'étant sous signature privée, il n'a été enregistré que postérieurement à la saisie; ce qui réduit la question, en droit, à savoir si, lorsque le pouvoir n'est pas authentique, la loi veut, à peine de nullité, qu'il soit enregistré avant que l'huissier procède à la vente;

» Qu'en adoptant l'affirmative sur cette question, et, par suite, en annulant, sur ce motif, le procès-verbal de saisie immobilière, l'arrêt attaqué a évidemment donné à l'art. 556 une extension que son texte ne comporte pas, et qu'il a créé une nullité que la loi ne prononce pas;

» Qu'en effet, cet article ne prescrit, relative-

(1) *Ibid.*, tome 14, partie 2, page 421.
(2) *Ibid*, tome 15, page 30.

BIU Cujas

ment au pouvoir spécial, aucune formalité, et n'exige pas qu'il soit en forme authentique, ni qu'il soit enregistré avant la saisie dans le cas contraire; qu'il suffit, pour remplir le vœu de la loi, que l'huissier en soit muni, et qu'il puisse le présenter à la première réquisition du débiteur; qu'il est constant, dans l'espèce, qu'il a été représenté sur la première sommation, et qu'alors il était même enregistré;

» Qu'il y a donc ici, et fausse interprétation de l'art. 556, et excès de pouvoir, en prononçant une nullité qui n'est autorisée par aucune disposition précise de la loi, et par suite, contravention expresse à l'art. 1030 du Code de procédure civile, ci-dessus cité;

» Par ces motifs, la cour donne défaut contre les défendeurs, et, pour le profit, casse et annulle l'arrêt de la cour royale de Bourges, du 28 avril 1813.... (1) ».

§. II. 1°. *Où et comment doit être signifié le commandement à fin de saisie immobilière, lorsque le débiteur n'a ni domicile ni résidence connue en France, ou qu'il est domicilié, soit dans une colonie française, soit à l'étranger?*

2° *Quel est le juge de la validité du commandement, lorsque cet acte est fait dans le territoire d'un autre tribunal que celui où sont situés les biens à la saisie desquels il tend?*

I. Lorsque le débiteur n'a ni domicile ni résidence connue en France, il est clair que la signification du commandement doit lui être faite dans la forme déterminée par le n° 8 de l'art. 69 du Code de procédure pour les ajournemens, c'est-à-dire, « par » affiche à la principale porte de l'auditoire du tri» bunal où la demande est portée, et qu'il en faut » donner une seconde copie au procureur du roi, le» quel en visera l'original».

Par la même raison, si le débiteur habite le territoire français hors du continent, ou s'il est établi chez l'étranger, nul doute, d'après le n° 9 du même article, que le commandement ne doive lui être signifié « au domicile du procureur du roi près le « tribunal où sera portée la demande, lequel visera » l'original, et enverra la copie, *dans le premier cas*, » au ministre de la marine, et *dans le second*, au » ministre des affaires étrangères ».

II. Mais dans ces deux circonstances, quel est le tribunal que l'on doit considérer comme celui devant lequel *la demande* est censée portée par le commandement?

Il ne peut pas y avoir de difficulté à cet égard, si le commandement est fait en vertu d'un contrat exécutoire: il est clair qu'alors il n'y a que le tribunal du lieu où sont situés les biens à la saisie desquels tend le commandement, qui puisse être considéré comme celui devant lequel *la demande est portée*.

En est-il de même quand le commandement est fait en vertu d'un jugement rendu par un autre tribunal que celui de la situation des biens?

La question s'est présentée à la cour supérieure de justice de Bruxelles, dans l'espèce suivante:

Le 27 novembre 1812, jugement contradictoire du tribunal de première instance d'Ypres, qui condamne le sieur Vanderlinden, domicilié à Paris, à payer au sieur Frennelet une somme de 1,321 francs 30 centimes.

Appel, et le 25 avril 1816, arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles qui confirme ce jugement.

Le 27 novembre 1819, les héritiers du sieur Frennelet font signifier au sieur Vanderlinden un commandement de leur payer les 1,321 francs 30 centimes, avec les intérêts échus depuis la demande principale, et les frais accessoires; et ils le lui font signifier, dans la forme prescrite pour la Belgique, depuis sa séparation d'avec la France, par un arrêté ou réglement du 1er avril 1814, lequel veut que les assignations à donner aux étrangers leur soient signifiées, non comme le porte le Code de procédure, au domicile du procureur du roi, mais, suivant un ancien usage de ce pays, dont il est parlé dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Bretèque*, par lettres closes chargées à la poste, et qu'elles soient en outre affichées aux portes des tribunaux devant lesquels les demandes seront formées.

Les biens à la saisie desquels tendaient ce commandement, étant situés dans l'arrondissement du tribunal de première instance de Termonde, c'est par un huissier de ce tribunal que les héritiers Frennelet en font faire la signification par lettre close, et c'est à la porte de ce tribunal que cet huissier affiche son exploit.

A défaut de payement, les héritiers Frennelet font procéder à la saisie immobilière, et ils continuent les poursuites tracées par le Code de procédure, jusqu'au moment où le sieur Vanderlinden vient les arrêter par une demande en nullité du commandement.

Il fonde cette demande sur ce que, s'agissant de

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, tome 24, page 107.

BIU Cujas

l'exécution d'un jugement du tribunal d'Ypres, c'était à ce tribunal qu'appartenait, d'après l'article 472 du Code de procédure, la connaissance du commandement; qu'ainsi, c'était par un huissier de ce tribunal que le commandement avait dû lui être signifié à Paris par lettre close, et que c'était à la porte de ce tribunal que l'exploit en avait dû être affiché.

Le 26 avril 1820, jugement contradictoire du tribunal de première instance de Termonde, ainsi conçu :

« Attendu que, dans l'instance d'appel et dans tous les actes relatifs à la procédure dont la présente saisie est l'exécution, l'opposant s'est dit domicilié à Paris, et qu'il résulte de sa requête qu'il continue d'y résider; qu'ainsi, les défendeurs ont dû suivre l'arrêté du 1er avril 1814 et l'art. 69, nº 9, du Code de procédure, dont cet arrêté est une mesure organique;

» Attendu qu'il résulte des termes, *sera procédé*, de l'art. 673 du Code de procédure, que le commandement ne fait pas partie de la saisie immobilière, d'autant plus que le commandement ne tend pas à mettre les immeubles du débiteur sous la main de la justice, mais tend directement au paiement de la dette;

» Attendu que ce paiement est l'exécution de l'acte en vertu duquel on se prétend créancier; d'où il suit que ce commandement a pour objet l'exécution directe et immédiate du jugement, si l'acte qui en est la base est une décision judiciaire;

« Attendu qu'en conséquence, d'après l'art. 472 du Code de procédure, le tribunal d'Ypres devait connaître de ce commandement; qu'ainsi, d'après les art. 69 et 472 du Code de procédure et l'art. 1er de l'arrêté du 1er avril 1814, c'était aux portes du tribunal d'Ypres, et non pas de Termonde, que le commandement devait être affiché;

» Par ces motifs, le tribunal déclare nul le commandement dont il s'agit, ainsi que tout ce qui s'en est ensuivi...».

Appel de la part des héritiers Frennelet; et après une discussion approfondie, arrêt du 31 mai 1821, par lequel,

« Attendu qu'un commandement fait comme acte préalable à la saisie immobilière et dans les formes prescrites par l'art. 673 du Code de procédure, appartient essentiellement à la procédure générale de l'expropriation forcée, dont la connaissance est attribuée exclusivement au juge de la situation des biens à exproprier;

» Attendu que le prédit article, en ordonnant que le créancier doit faire, dans le commandement, élection de domicile dans le lieu où siége le tribunal devant lequel doit se parfaire toute la procédure relative à l'expropriation forcée, indique assez que ce tribunal est compétent, aussi bien pour connaître des oppositions à ce commandement ou de sa validité, que de tous autres actes subséquens de poursuite en expropriation forcée;

» Attendu que c'est d'après ces principes que, par arrêt du 10 décembre 1807, la cour de cassation de France, de laquelle ressortissait alors la Belgique, a décidé, en réglement de juges, que, lorsque le commandement est fait comme acte de poursuite préalable à l'expropriation forcée, les juges de la situation des biens sont investis de plein droit de la connaissance de tout ce qui est relatif à ce commandement;

» Attendu que, si le juge qui a porté la condamnation qu'on veut exécuter par expropriation forcée, était compétent pour connaître du mérite du commandement dont dépend la validité de toute la procédure en expropriation forcée, il s'ensuivrait que le débiteur saisi pourrait, après plusieurs actes de procédure contradictoire consommés, de la part du créancier, devant le juge de la situation des biens, recourir au juge de la condamnation, pour faire annuler le commandement, et par suite tous lesdits actes consommés; ce qui renverserait l'ordre de la procédure, et serait contraire à la règle *ne continentia causæ dividatur*;

» Attendu que si, d'après l'art. 472 du Code de procédure, le tribunal dont le jugement est confirmé, reste régulièrement juge de l'exécution, le même article excepte de cette règle l'expropriation forcée qui doit avoir lieu devant le juge de la situation des biens à exproprier;

» D'où il suit encore que, lorsque le commandement n'est pas indéfini, ou bien relatif à une exécution personnelle ou mobilière, mais qu'il est fait d'après l'art. 673 du même Code, comme acte préalable à l'exploit de saisie immobilière, la connaissance de ce commandement doit alors appartenir au même juge de la situation, aussi bien que les autres actes de procédure relatifs à cette même exécution; que, s'il en peut être autrement, lorsqu'il s'agit du mérite d'offres réelles faites ensuite d'un commandement exploité comme acte préalable à l'expropriation forcée, c'est qu'alors il ne s'agit pas de connaître du mérite du commandement comme acte de procédure sur expropriation forcée, mais d'un objet relatif à la condamnation même que le juge a prononcée, et qui paraît mieux que tout autre pouvoir juger du mérite de ces offres, puisqu'il s'agit alors d'interpréter son jugement;

» Attendu que, s'il résulte des art. 673 et 674 du Code de procédure, que le commandement doit précéder la saisie immobilière, cela doit s'entendre

BIU Cujas

de l'exploit de saisie dont l'huissier dresse procès-verbal; ce qui n'empêche pas que le commandement préalable fait *in ordine* de procéder à l'expropriation forcée, ne doive être envisagé comme appartenant essentiellement à la procédure générale de cette exécution qui est entièrement soumise au juge de la situation des biens;

» Attendu que, dans l'espèce, le commandement adressé à l'intimé, le 27 novembre 1819, a été fait en exécution de l'art. 673 du Code de procédure, pour procéder à l'expropriation forcée de ses biens situés dans l'arrondissement de Termonde;

» Que le tribunal de cet arrondissement étant, d'après ce qui précède, compétent pour juger du mérite de ce commandement, et l'intimé étant, de son aveu, domicilié à Paris, il a été satisfait au vœu de l'art. 69, n° 9, du Code de procédure, et à l'art. 1er de l'arrêté du 1er avril 1814, en affichant l'exploit de commandement fait par l'huissier compétent à la porte du tribunal de Termonde, et par l'envoi du double, par la poste, à Paris, dans les formes voulues par l'arrêté précité;

» De tout quoi il résulte que le commandement dont il s'agit n'est pas entaché de nullité des chefs allégués par l'intimé;

» Par ces motifs, M. le premier avocat-général entendu, la cour met le jugement dont est appel au néant; émendant, déclare l'intimé, demandeur originaire, non-recevable ni fondé en ses conclusions introductives d'instance; le condamne aux dépens des deux instances.... »

J'ai été consulté sur la question de savoir si cet arrêt pourrait être attaqué avec succès par la voie de cassation; et ma réponse a été négative.

Le principal moyen dont on se proposait de faire usage pour en obtenir l'annulation, consistait à dire qu'un commandement à fin de saisie immobilière ne fait pas partie des poursuites dont se compose l'expropriation forcée; qu'elle n'en est que le préliminaire, comme la citation en conciliation n'est que le préliminaire d'une instance et n'en fait point partie; que cela est clairement établi par l'arrêt de la cour de cassation, du 5 février 1811, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Commandement*, n° 9; et que c'est sur le même principe que repose l'arrêt de la même cour, du 12 mai 1813, rapporté dans le même recueil, aux *mots Saisie immobilière*, §. 6, art. 1, n° 1.

Mais de ce que le commandement n'est que le préliminaire de l'expropriation forcée, s'ensuit-il que le juge de l'expropriation forcée elle-même ne soit pas compétent pour en connaître?

Telle n'est pas, à beaucoup près, la conséquence que tirent de là les deux arrêts cités de la cour de cassation. Ils argumentent seulement de ce principe pour juger, le premier, que le commandement à fin d'expropriation forcée peut, lorsqu'il est fait en vertu d'un contrat exécutoire, être signifié au domicile que le débiteur a élu par ce contrat; le second, que l'huissier n'a pas besoin d'un pouvoir spécial pour faire un commandement à fin d'expropriation forcée, quoiqu'il en ait besoin pour procéder à la saisie immobilière par suite de ce commandement; et ni l'une ni l'autre de ces décisions n'ont quoi que ce soit de commun avec la question de compétence.

Sans doute, lorsque le commandement est fait en vertu d'un jugement, le débiteur peut en demander la nullité devant le tribunal de qui ce jugement est émané; et s'il la fait prononcer, il pourra s'en prévaloir devant le tribunal de la situation des biens, pourvu qu'il s'y présente, conformément à l'article 733 du Code de procédure, avant l'adjudication préparatoire. Mais il peut aussi la demander devant ce dernier tribunal; et, dans le fait, c'est presque toujours là qu'il la demande. Il y a donc, à cet égard, prévention entre les deux tribunaux; et c'en est bien assez pour que l'on ne puisse pas contester la compétence de celui de la situation des biens.

Rien de plus tranchant, au surplus, sur cette question, que l'arrêt de la cour de cassation, du 10 décembre 1807, qui est cité dans celui de la cour supérieure de justice de Bruxelles.

En mai 1807, les héritiers Cambier, créanciers du sieur Diedman, domicilié à Paris, avec hypothèque sur des biens situés dans l'arrondissement du tribunal de première instance de Valenciennes, lui font signifier un commandement par lequel ils font deux élections de domicile: l'une à Valenciennes même, qui est indéfinie; l'autre à Paris, pour vingt-quatre heures seulement et sans attribution de juridiction.

Le sieur Diedman leur fait des offres réelles au domicile qu'ils ont élu à Paris. Ils les refusent.

De là deux citations: l'une de la part du sieur Diedman aux héritiers Cambier, devant le tribunal du département de la Seine, pour voir déclarer ses offres valables; l'autre, de la part des héritiers Cambier au sieur Diedman, devant le tribunal de Valenciennes, pour les voir déclarer insuffisantes et nulles.

Jugement du premier de ces tribunaux qui déboute les héritiers Cambier de leur demande en renvoi devant le second.

Les héritiers Cambier se pourvoient en réglement de juges devant la cour de cassation, et faisant valoir la disposition de l'art. 673 du Code de procédure, qui oblige le créancier à la requête duquel est fait un commandement à fin d'expropriation forcée, de faire élection de domicile dans le lieu où

BIU Cujas

siége le tribunal de la situation des biens menacés de saisie, ils en concluent qu'à ce tribunal seul appartient la connaissance exclusive de tout ce qui se rattache aux poursuites commencées.

Le sieur Diedman répond qu'il s'agit d'un objet purement personnel, qu'il a été autorisé à faire des offres à Paris, que c'est donc à Paris que la validité ou l'invalidité de ces offres doit être jugée.

Par l'arrêt cité, rendu au rapport de M. Rousseau, et sur les conclusions de M. Lecoutour,

« Attendu qu'il suit évidemment du contenu du commandement dont il s'agit, que c'est un commandement préalable à l'expropriation forcée; que les biens hypothéqués sont situés dans le ressort de Valenciennes; que le premier acte des poursuites devant, aux termes de l'art. 673 du Code de procédure, contenir élection de domicile dans le lieu où siége le tribunal qui doit connaître de la saisie, il s'ensuit que les juges de la situation des biens sont investis, de plein droit, de tout ce qui est relatif au commandement, à la continuation des poursuites et autres incidens qui y sont accessoires; que les offres faites à un domicile élu surabondamment, modifié même par la déclaration préalable qu'il ne serait pas attributif de juridiction, et sur la validité desquelles offres, ainsi que sur leur insuffisance, il y avait contestation, ne peuvent faire exception à ce principe, qui découle de la nature de la procédure en expropriation et des dispositions de la loi;

» La cour, sans s'arrêter aux jugemens rendus à ce sujet par le tribunal de la Seine, qui demeurent comme non-avenus, renvoie les parties à procéder, sur la demande en validité des offres dont il s'agit, devant le tribunal d'arrondissement séant à Valenciennes ».

§. III. 1° *La partie saisie peut-elle, sur l'appel de l'adjudication définitive, et à l'effet d'en obtenir l'annullation contre l'adjudicataire, opposer au titre ou au fond du droit en vertu duquel il a été procédé à la saisie immobilière, des moyens de nullité dont elle n'a pas excipé en première instance?*

2° *Peut-elle les proposer avant l'adjudication définitive, lorsqu'elle n'en a pas excipé avant l'adjudication préparatoire?*

I. Sur la première question, l'affirmative est embrassée par M. Tarrible, dans l'article, *Saisie immobilière* du *Répertoire de jurisprudence*, §. 6, art. 2, n° 15; mais comme je l'ai prouvé au même endroit, c'est une erreur manifeste; et voici trois arrêts de la cour de cassation qui l'ont condamnée formellement.

Le 8 novembre 1811, jugement par défaut du tribunal de commerce de Paris, qui condamne les sieur et dame de Montchenu solidairement à payer une somme de 9,299 francs aux sieurs Chanu et Bachellery.

En vertu de ce jugement, les sieurs Chanu et Bachellery font saisir, en 1813, les biens du sieur de Montchenu, situés dans l'arrondissement du tribunal civil de Valence, et en poursuivent la vente par expropriation forcée, tant contre lui que contre son épouse.

Le sieur de Montchenu propose divers moyens de nullité contre la saisie; mais ils sont rejetés, et ses biens sont adjugés définitivement.

Le sieur de Montchenu appelle du jugement d'adjudication à la cour de Grenoble, et là il fait valoir deux nouveaux moyens, qu'il tire, l'un, de ce que son épouse n'a été autorisée, ni par lui, ni par justice, à plaider, soit devant le tribunal de commerce de Paris, soit devant le tribunal civil de Valence; l'autre, de ce que le jugement du 8 novembre 1811 n'a point été exécuté dans les six mois de sa date, de ce que par-là il a été périmé, et de ce que dès-lors il n'a pu servir de base à une saisie immobilière.

Les sieurs Chanu et Bachellery opposent à ces deux moyens une fin de non-recevoir, qu'ils font résulter de l'art. 736 du Code de procédure civile.

Le 9 juillet 1814, arrêt qui rejette cette fin de non-recevoir, *attendu que les deux nullités ci-dessus ne sont point du nombre de celles dont parle l'art.* 733 *du Code de procédure civile; qu'il ne prononce la fin de non-recevoir contre les moyens non présentés avant l'adjudication, qu'à l'égard des nullités des actes de la procédure qui précèdent l'expropriation, et non pas à l'égard du défaut de titre, qui est un vice radical.*

Mais les sieurs Chanu et Bachellery se pourvoient en cassation, et, par arrêt du 2 juillet 1816, au rapport de M. Carnot,

« Vu les art. 732, 735 et 736 du Code de procédure civile;

» Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces articles, qu'il ne peut être proposé sur l'appel d'autres moyens de nullité que ceux qui ont été présentés en première instance, et que, dans l'espèce, le défendeur n'en avait proposé aucun avant la sentence d'adjudication;

» Que cependant l'arrêt dénoncé a prononcé l'annullation de la sentence d'adjudication, en adoptant le moyen tiré du vice du titre en vertu duquel il avait été procédé à l'expropriation, quoique le défendeur n'eût pas proposé ce moyen en première instance;

» Que la distinction établie par l'arrêt dénoncé,

BIU Cujas

entre les moyens tirés du vice du titre et ceux relatifs aux actes de la procédure, ne se trouve écrite dans aucun article du Code; qu'elle ne pouvait dès-lors y être suppléée sans excès de pouvoir; qu'il n'est pas permis, en effet, de distinguer, lorsque la loi ne fait aucune distinction;

» Que la distinction dont il s'agit, contrarie même évidemment le vœu du législateur, qui a voulu, d'une part, que l'expropriation ne pût être poursuivie qu'en vertu d'un titre exécutoire, et qui a ordonné, d'autre part, dans l'art. 673 du Code de procédure civile, que la copie entière du titre fût donnée au débiteur en tête du premier commandement; qu'il résulte en effet de là que le titre fait partie intégrante des actes de la procédure en expropriation; et que le débiteur, étant mis à portée, par cette copie, de connaître le vice du titre, et de proposer ce moyen en temps utile, est tenu de le faire dans le délai fixé par la loi;

» La cour, après en avoir délibéré en la chambre du conseil, casse et annulle l'arrêt de la cour royale de Grenoble, du 29 juillet 1814... (1) ».

Le 28 septembre 1815, une saisie immobilière est pratiquée à la requête des sieurs Rouede et consorts, en vertu d'un exécutoire de dépens, sur des biens appartenant au sieur Esperon.

Le sieur Esperon laisse procéder à l'adjudication préparatoire, sans présenter aucun moyen de nullité.

Mais, au moment de l'adjudication définitive, il excipe, non par requête, mais verbalement, 1° de ce que l'exécutoire de dépens, quoique décerné contre sa femme en même temps que contre lui, sans qu'il y ait eu condamnation solidaire, ne détermine pas la part pour laquelle il y est compris, et de ce que par suite la saisie a été faite pour une somme illiquide; 2° de ce que l'exécutoire de dépens n'est pas terminé par la formule, *mandons et odonnons*, etc.

Le saisissant répond que ces deux moyens de nullité sont non-recevables : d'abord, parcequ'aux termes de l'art. 733, ils auraient dû être proposés avant l'adjudication préparatoire; ensuite, parceque, quand même l'adjudication préparatoire ne les aurait pas couverts, ils ne pourraient, aux termes de l'art. 735, être proposés que par requête, et que, dans l'espèce, ils ne le sont que par des conclusions verbales.

Le 11 janvier 1817, jugement qui, en rejetant ces deux moyens de nullité, comme tardifs et irrégulièrement proposés, ordonne qu'il sera passé outre à l'adjudication définitive.

Le sieur Esperon appelle de ce jugement à la cour royale d'Agen; et là, sans insister sur son premier moyen de nullité, il se borne à reproduire le second par une requête.

Le saisissant et l'adjudicataire, intimés sur son appel, soutiennent, en invoquant l'art. 736, que ce moyen doit être rejeté par cela seul que n'ayant été proposé en première instance que dans une forme irrégulière, il doit être censé ne l'y avoir point été du tout.

Le 21 juillet 1817, arrêt qui, attendu que les moyens de nullité dirigés contre le titre fondamental de l'expropriation, sont proposables en tout état de cause, infirme le jugement dont est appel.

Mais sur le recours en cassation du saisissant et de l'adjudicataire, arrêt du 21 novembre 1819, au rapport de M. Cassaigne, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier, par lequel,

« Vu les art. 733, 735 et 736 du Code de procédure civile;

» Attendu qu'aux termes de ces articles, les moyens de nullité *contre la procédure* d'expropriation forcée, doivent être proposés en première instance avant l'adjudication, et que, faute de ce, ils sont non-recevables en appel;

» Que cette disposition est absolue, et embrasse tous les moyens de nullité contre la procédure, sans distinction *d'origine* et sans *exception;* qu'elle comprend par conséquent ceux qui proviennent du titre fondamental, comme ceux qui ont leur source dans la procédure elle-même; que, par suite, les uns comme les autres doivent être proposés en première instance avant l'adjudication, et ne peuvent autrement être reçus en appel;

« Que si ces articles dérogent en ce point à la règle générale, suivant laquelle les moyens du fond peuvent être proposés en tout état de cause, il a dû en être ainsi dans l'intérêt des adjudicataires qui contractent avec la justice, et dont la foi serait trompée, si leurs adjudications pouvaient être annulées après coup par des moyens qui n'auraient pas été proposés avant ces mêmes adjudications;

» Que d'ailleurs ces articles, en établissant cette fin de non-recevoir, ne font que mettre la procédure d'expropriation à l'abri d'attaque; qu'ils n'enlèvent point au saisi la faculté de se pourvoir séparément par voie d'action principale en nullité du titre fondamental, contre le créancier ou le poursuivant, s'il y a lieu, sans néanmoins que cette action puisse, en aucun cas, porter atteinte à l'expropriation;

» Qu'enfin, si, par événement, cette action ne

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 13, page 139.

BIU Cujas

peut procurer au saisi la réparation du préjudice qu'il a pu souffrir par l'expropriation, il ne peut l'imputer qu'à sa négligence, et non aux adjudicataires, qui ont contracté de bonne foi avec la justice;

» Et attendu qu'Esperon n'a proposé qu'en appel les moyens de nullité dont il s'agit; que, par suite, en recevant ces moyens, l'arrêt dénoncé viole formellement lesdits articles;

» La cour casse et annule... (1). »

Le 20 mars 1810, acte notarié par lequel la dame Estran, mariée sous le régime dotal, hypothèque au sieur Crozat un immeuble faisant partie de ses biens dotaux.

A l'échéance de l'obligation, le sieur Crozat fait saisir cet immeuble et en poursuit l'expropriation forcée.

La dame Estran ne propose aucune nullité, soit avant l'adjudication préparatoire, qui est prononcée le 29 septembre 1817, soit avant l'adjudication définitive, qui est prononcée le 1er décembre suivant, au profit du sieur Joubert. Mais elle appelle de celle-ci, et soutient qu'elle est frappée, ainsi que toute la procédure dont elle est la suite, de la nullité radicale qui vicie le titre constitutif de l'hypothèque.

Le sieur Crozat et le sieur Joubert lui opposent les art. 733, 735 et 736.

Elle répond qu'il n'est question dans ces articles que de nullités de procédures; que ce n'est pas contre la procédure, mais contre le titre fondamental de la saisie immobilière, qu'est dirigé le moyen de nullité dont elle se prévaut; qu'ainsi, la fin de non-recevoir qu'on lui oppose, est sans fondement.

Le 2 mars 1819, arrêt de la cour royale de Grenoble, qui, adoptant cette réponse, annule l'adjudication définitive et toute la procédure en expropriation forcée.

Recours en cassation de la part des sieurs Crozat et Joubert; et par arrêt du 20 août 1823, au rapport de M. Cassaigne, et contre les conclusions de M. l'avocat-général Jourde,

« Vu les art. 733, 735 et 736 du Code de procédure civile;

» Attendu que, suivant ces articles, le débiteur saisi ne peut proposer, en appel, *d'autres moyens de nullité contre la procédure d'expropriation*, que ceux présentés en première instance;

» Que, par ces mots, *moyen de nullité contre la procédure*, il faut nécessairement entendre tous les moyens qui tendent à établir que la procédure est nulle;

» Qu'elle peut être nulle, soit parce que les actes qui la composent sont irréguliers et contraires à la forme de procéder, soit parce que le poursuivant a agi en vertu d'un titre vicieux qui ne pouvait donner lieu à l'expropriation forcée, et que, par suite, la procédure est nulle dans son principe et dans tous les actes qui en font partie;

» Qu'ainsi, il est hors de doute que ces expressions, *moyens de nullité contre la procédure*, s'étendent, non-seulement aux nullités inhérentes aux actes des officiers ministériels, mais encore aux nullités inhérentes au titre en vertu duquel ces actes ont été formalisés;

» Qu'il suit de là que la femme Estran, débitrice saisie, devait proposer, en première instance, la nullité de l'hypothèque dont est question, et de la procédure d'expropriation qui s'en est suivie, et que, faute de l'avoir fait, elle n'a pu les présenter en appel, sauf à elle à faire valoir contre Crozat, poursuivant, les droits résultant, en sa faveur, de l'inaliénabilité de sa dot; qu'en jugeant le contraire, l'arrêt attaqué viole formellement les art. 733, 735 et 736 du Code de procédure civile, ci-dessus cités;

» La cour donne défaut contre les parties défaillantes, et pour le profit, casse et annule l'arrêt de la cour royale de Grenoble, du 2 mars 1819.... (1). »

II. Sur la seconde question, M. Tarrible, à l'endroit cité de l'article *Saisie immobilière* du *Répertoire de jurisprudence*, s'est prononcé pour l'affirmative, comme sur la première; et l'on pourrait croire, à la première vue, d'après la manière dont je m'y suis pris, au même endroit, pour refuter son opinion sur celle-ci, que j'ai abondé dans son sens sur celle-là; mais on se tromperait.

En effet, j'ai bien raisonné dans la supposition que les art. 733 et 735 du Code de procédure civile n'ont en vue que les nullités résultant de vices propres aux actes de l'expropriation forcée; mais je ne l'ai fait que pour simplifier la question dont je m'occupais, et ce qui prouve que j'étais loin de regarder cette supposition comme exacte, c'est que j'ai renvoyé aux arrêts de la cour de cassation des 2 juillet 1816 et 29 novembre 1819, qui la condamnent (comme le fait également celui du 20 août 1823) dans les termes les plus formels, en décidant que, non seulement dans l'art. 736, mais encore dans les art. 733 et 735, on doit nécessairement entendre, par les mots, *moyens de nullité contre la procédure*, tous les moyens qui tendent à établir que la procédure est nulle, sans distinguer *entre ceux tirés du vice du titre et ceux relatifs aux actes de la procédure; distinction*, ont-ils dit, *évidemment*

(1) *Ibid.*, tome 21, page 242.

(1) *Ibid.*, tome 24, page 397. Jurisprudence de la cour de cassation, tome 24, page 29.

BIU Cujas

contraire au vœu du législateur, qui a voulu, d'une part, que l'expropriation ne pût être poursuivie qu'en vertu d'un titre exécutoire, et qui a ordonné, d'autre part, dans l'art. 673 du Code de procédure civile, que la copie entière du titre fût donnée au débiteur en tête du premier commandement; qu'il résulte, en effet, de là, que le titre fait partie intégrante des actes de la procédure en expropriation, et que le débiteur, étant mis à portée, par cette copie, de connaître le vice du titre, et de proposer ce moyen en temps utile, est tenu de le faire dans le délai fixé par la loi.

Vainement, au surplus, dirait-on, à l'appui de l'opinion de M. Tarrible, que le législateur n'avait pas, pour repousser, après l'adjudication préparatoire, les moyens de nullité tirés des vices du titre, le même motif que pour les repousser après l'adjudication définitive.

Quel est le motif qui, non seulement dans l'art. 736, mais encore dans les art. 733 et 735, a, suivant les arrêts cités, déterminé le législateur à s'écarter de la *règle générale, suivant laquelle les moyens du fond doivent être proposés en tout état de cause?* C'est, répondent les mêmes arrêts, parce que *les adjudicataires contractent avec la justice, et que leur foi serait trompée, si leurs adjudications pouvaient être annulées après coup par des moyens qui n'auraient pas été proposés avant ces mêmes adjudications.* Or, ce motif est tout aussi applicable à l'adjudicataire provisoire qu'à l'adjudicataire définitif, puisque, comme l'observe judicieusement M. Lachaize, dans son *Traité de la Vente des immeubles par expropriation forcée*, n° 443, *l'adjudicataire provisoire a des droits réels sur la propriété saisie, droits dont l'efficacité dépend, à la vérité, d'une condition qui est celle que l'adjudication définitive ne s'élèvera pas à une somme plus élevée que l'adjudication préparatoire; mais qui n'en sont pas pour cela moins irrévocables, jusqu'à ce que l'événement qui doit les détruire, s'accomplisse effectivement.*

§. IV. *La signification de l'acte, etc.*

Page 611, col. 1, avant la ligne pénultième (1), *ajoutez ce qui suit :*

SAISIE POUR CONTRAVENTION. *Les employés des douanes ont-ils qualité pour saisir des matières d'or ou d'argent, sur le fondement que, par l'état où elles se trouvent, il y a contravention aux lois sur le droit de garantie? Le ministère public peut-il, d'après la remise qui lui est faite de leurs procès-verbaux de saisie, poursuivre la confiscation de ces matières?*

Ces questions, qui se rattachent aux lois et aux réglemens rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'article *Marque et contrôle*, ont été jugées pour la négative par un arrêt de la cour de cassation, du 18 août 1827, sur le recours du procureur du roi près le tribunal correctionnel de Bourg, contre un jugement en dernier ressort, par lequel le sieur Poncet avait été déchargé des poursuites exercées contre lui par ce magistrat, d'après un procès-verbal d'employés des douanes, contenant saisie de 76 montres non revêtues des poinçons prescrits par la loi :

« Ouï (porte cet arrêt) le rapport de M. Busschop, conseiller, les observations de Me Dalloz, avocat du sieur Poncet, défendeur, intervenant, et les conclusions de M. Fréteau, avocat-général;

» Considérant que le procès-verbal de saisie du 29 décembre 1825, qui a servi de fondement aux poursuites que le ministère public a intentées contre Joseph Poncet, a été dressé par les employés de la douane, et qu'il a eu pour objet de constater une contravention aux droits de garantie des matières d'or et d'argent;

» Que, d'après la loi des finances du 5 ventôse an 12, et les décrets des 1er germinal et 28 floréal an 13, le droit de constater par des procès-verbaux les contraventions en cette matière, appartient aux préposés du bureau de garantie et à ceux des droits réunis (aujourd'hui des contributions indirectes); mais qu'aucune loi ni décret n'a conféré le même droit aux employés de la douane;

» Qu'il s'ensuit donc que ledit procès-verbal, émané d'individus sans qualité, doit être considéré comme radicalement nul et non existant aux yeux des tribunaux;

» Considérant que, d'après les dispositions des art. 101, 102 et 105 de la loi du 19 brumaire an 6, relative à la garantie des matières et ouvrages d'or et d'argent, le ministère public établi près les tribunaux compétens pour connaître des contraventions à cette loi, ne doit poursuivre les contrevenans que sur la remise des procès-verbaux qui lui est faite par les employés ayant qualité pour les dresser;

» Que le procès-verbal du 30 décembre 1825, sus-mentionné, n'a donc pu autoriser le ministère public à poursuivre le sieur Poncet; d'où il suit qu'en renvoyant ceux-ci des poursuites, le jugement attaqué n'a point violé la loi;

» La cour rejette le pourvoi du procureur du roi ».

(1) *Tome 6, page 739, col. 2, ligne 29* (2e édition).

BIU Cujas

V. l'arrêt de la même cour, du 15 avril 1826, rapporté dans le *Bulletin criminel*, tome 31, page 199.

SAUF-CONDUIT. *Page* 611, *col.* 2, *après la ligne* 12 (1), *ajoutez ce qui suit :*

Voici un arrêt de la cour de cassation qui juge ces deux questions pour la négative :

SECONDES NOCES. *Pag.* 614, *col.* 1, *lig.* 10 (2), *supprimez ce qui suit les mots* §. I, *jusqu'à la ligne* 14, et substituez-y ce qui suit : *Avant le Code civil, et sous la loi du* 17 *nivôse an* 2, *la veuve qui se remariait dans l'an du deuil, perdait-elle encore, comme sous les lois romaines, les avantages qu'elle avait reçus de son premier mari?*

V. l'article *Deuil*, §. 2.

§. III. *Page* 614, *col.* 2, *ligne* 35 (3), *après la lettre V., ajoutez :* L'arrêt de la cour de cassation, du 22 nivôse an 9, qui est cité dans les conclusions du 6 floréal an 11, rapportées à l'article *Condition*, §. 1.

§. IV. *Même page et même col., supprimez les lignes* 42, 43 *et* 44 (4), *et substituez-y ce qui suit :*

La négative serait incontestable, si l'on devait s'en rapporter à l'arrêt de la cour de cassation, du 14 floréal an 11, qui est transcrit à l'article *Révocation de testament*, s. 1, n° 2. En effet, il y est dit, en toutes lettres, que l'édit perpétuel, etc.

Même page et même col., supprimez-en les 6 *dernières lignes* (5), *ainsi que les* 24 *premières de la page* 615, *col.* 1, *et substituez-y ce qui suit :*

Mais, d'une part, comment le rédacteur de cet arrêt, M. Doutrepont, a-t-il pu dire qu'en 1611, le Cambrésis faisait encore partie de l'empire germanique, et qu'il n'était pas, à cette époque, sous la domination des archiducs Albert et Isabelle ? Il est notoire, 1° que, le 4 octobre 1595, la ville de Cambrai fut prise par le comte de Fuentes, à la tête des troupes de Philippe II, roi d'Espagne; 2° que, les 16, 17 et 22 du même mois, il fut fait, entre le comte de Fuentes et les échevins de Cambrai, un traité par lequel ceux-ci reconnurent Philippe II pour leur souverain (1); 3° qu'à la suite de ce traité, toute la province du Cambrésis suivit l'exemple de sa capitale, et se soumit comme elle à Philippe II; 4° que, le 16 février 1600, les archiducs Albert et Isabelle, en faveur desquels Philippe II avait disposé de toutes les provinces connues alors sous la dénomination de *Pays-Bas*, firent leur entrée solennelle dans la ville de Cambrai (2); 5° que, le 18 du même mois, ils y prêtèrent, comme souverains, le serment de maintenir les droits et privilèges tant de la ville de Cambrai que du Cambrésis, et que les échevins leur prêtèrent serment de fidélité et d'obéissance (3); 6° que, le 20 juillet 1620, les archiducs nommèrent à l'archevêché de Cambrai le candidat qui leur avait été présenté par le pape (4); 7° que, le 22 mai 1616, le serment réciproque des archiducs et des échevins de Cambrai fut renouvelé au château de Mariemont-lès-Binche (5); 8° que les archiducs jouirent paisiblement de la souveraineté de tout le Cambrésis jusqu'à leur mort; qu'ils la transmirent aux rois d'Espagne sur lesquels Louis XIV en fit la conquête; et que, pendant tout ce temps, les appels des sentences rendues par les juges de Cambrai et du Cambrésis furent portés, non plus devant la chambre impériale de Spire, comme l'avait réglé l'art. 2 du tit. 16 de la coutume, homologué par les lettres-patentes de l'archevêque Louis de Berlaymont, du 28 avril 1574, mais devant le grand-conseil de Malines (6).

D'un autre côté, il est vrai que de tout cela il ne

(1) *Page* 544, *col.* 2, *ligne* 12 (2e édition).
(2) *Page* 547, *col.* 1, *ligne* 3 (2e édition).
(3) *Page* 547, *col.* 2, *ligne* 23 (2e édition).
(4) *Tome* 6, *page* 740, *col* 1, *ligne* 9 (2e édition).
(5) *Même page et col.*, *ligne* 18 (2e édition).

(1) Il est parlé de ce traité dans le recueil d'arrêts du grand conseil de Malines, de Cuvelier, page 399, §. 302.

(2) *V.* Dupont, *Histoire de Cambrai*, tome 3, page 8.

(3) Le procès-verbal de cette double prestation de serment est rapporté à la page 63 des *pièces justificatives* d'un mémoire publié en 1767 par les échevins de Cambrai, dans un grand procès qui était pendant entre eux et l'archevêque de la même ville, et qui ne fut terminé que vers l'année 1772, par un arrêt du conseil.

(4) *V.* Dupont, à l'endroit cité, pages 22 et 23.

(5) Pièces *justificatives* du mémoire cité des échevins de Cambrai, page 65.

(6) *V.* les arrêts de ce tribunal, du mois d'août 1616, du 20 octobre de la même année, de 1621, du 6 mars 1627 et du 29 novembre 1630, rapportés dans le recueil de Cuvelier, page 399; dans celui du Humayn, pages 157 et 225; dans celui de Defief, pages 10 et 162, et dans la collection d'*Arrêts notables du parlement de Flandre*, par le président Pinault des Jaunaux, tome 4, page 453.

BIU Cujas

résulte pas nécessairement que l'édit perpétuel de 1611 ait fait loi dans le Cambrésis avant le Code civil. En effet, il serait possible que Philippe II, les archiducs Albert et Isabelle, et après ceux-ci les rois d'Espagne, n'eussent succédé, dans ce pays, qu'aux droits des empereurs d'Allemagne, et que par conséquent le pouvoir législatif eût continué de résider, jusqu'aux conquêtes de Louis XIV, dans les mains de l'archevêque, à titre de supériorité territoriale.

Mais ce qui prouve qu'il n'en avait pas été ainsi, c'est, 1° que, le 10 mars 1608, les archiducs Albert et Isabelle prononcèrent législativement sur une question relative à la compétence de l'official-juge ordinaire de Cambrai et du Cambrésis (1); 2° que, le 8 novembre 1614, ils rendirent, sur la requête des états du Cambrésis, une déclaration portant que les jugemens rendus en matière criminelle, n'étaient pas sujets à révision (2); 3° que, par des lettres-patentes, dont on ignore la date, mais qui sont rappelées dans le Commentaire de Pinault des Jaunaux sur la coutume de Cambrésis, page 512, ils réglèrent la compétence de la juridiction échevinale de Cambrai; 4° que, le 7 octobre 1642, des lettres-patentes de Philippe IV, roi d'Espagne, autorisèrent les échevins de Cambrai à faire un emprunt et à y affecter les octrois, ainsi que les biens patrimoniaux de la ville (3); 5° qu'en 1671, Pinault des Jaunaux, dans son commentaire déjà cité sur la coutume de Cambrésis, pages 151, 152, 306, 512 et 513, parlait de l'édit perpétuel de 1611 comme d'une loi en pleine vigueur dans cette province; 6° que le même auteur, dans son recueil d'arrêts du parlement de Flandre, tome 3, §. 12, rapporte une espèce dans laquelle le comte d'Egmont, d'une part, et les seigneurs de Ligny et de Romillies, de l'autre, plaidant sur l'effet d'une substitution dont le premier prétendait que plusieurs terres du Cambrésis étaient grevées en sa faveur, s'opposaient réciproquement les dispositions de l'édit de 1611, concernant la gradualité et l'enregistrement des substitutions, et par conséquent s'accordaient à reconnaître qu'elles avaient, dans le Cambrésis, la même autorité que dans les autres contrées des Pays-Bas.

On ne peut donc pas douter qu'il n'y ait erreur dans l'arrêt du 14 floréal an 11, en tant qu'il y est énoncé que l'édit perpétuel de 1611 n'a jamais eu force de loi dans le Cambrésis.

Aussi la cour royale de Douai, saisie, sur l'appel d'un jugement du tribunal de première instance de Cambrais, du 24 mai 1815, de la question de savoir si, avant le Code civil, le Cambrésis était soumis à la disposition de l'art. 28 de cette loi qui obligeait l'époux remarié de conserver aux enfans de son premier époux tous les avantages qu'il avait reçus de lui, n'a-t-elle pas hésité à se prononcer pour l'affirmative par un arrêt du 26 janvier 1816.

Et il est à remarquer qu'en attaquant cet arrêt devant la cour de cassation, l'on n'a pas osé soutenir que l'édit de 1611 n'avait jamais eu force de loi dans le Cambrésis; que, bien loin de là, on a reconnu formellement qu'il y avait été obligatoire pendant tout le temps que ce pays avait été sous la domination espagnole; et que l'on s'est borné à prétendre qu'il y avait perdu toute son autorité par le seul fait de la réunion de ce pays à la France. Un pareil système était trop ouvertement en opposition avec les premiers principes (1) pour pouvoir être accueilli. Par arrêt du 3 juin 1817, la section des requêtes a maintenu celui de la cour royale de Douai, « attendu que l'édit de 1611 avait force de loi en Cambrésis depuis sa réunion à la France (2) ».

SECTIONS DE TRIBUNAUX. §. I. *Page* 615, *col.* 1, *ligne* 25 (3), *supprimez tout ce qui suit les mots* §. I, *jusqu'aux mots* la section civile *ligne* 32, et substituez-y ce qui suit : 1° *Les tribunaux divisés en sections pouvaient-ils, sous la constitution du 5 fructidor an* 3, *juger sections réunies, les appels qui étaient portés devant eux ?*

2° *Le pouvaient-ils dans l'intervalle de la loi du* 27 *ventôse an* 8 *à celle du* 20 *avril* 1810 ?

3° *Le peuvent-ils aujourd'hui ?*

I. La première question s'est présentée, en 1802, à la section civile de la cour de cassation, entre le sieur Sacquépée, etc.

Même page, col. 2, *ligne* 51 (5), *après les mots* propre fait, *ajoutez en note :*

Je me suis étrangement trompé en avançant une

(1) *Pièces justificatives* du mémoire cité des échevins de Cambrai, page 64.

(2) Anselmo, Commentaire sur l'édit perpétuel de 1611, art. 10, §. 2.

(3) Mémoire cité des échevins, page 84.

(1) *V.* Les conclusions du 8 janvier 1812, rapportées à l'article *Féodalité*, §. 5.

(2) Cet arrêt, qui est rapporté dans le *Journal des audiences de la cour de cassation*, année 1818, page 327, ajoute qu'*au surplus l'édit des Secondes noces, qui a incontestablement force de loi en Cambrésis, est textuellement conforme à l'édit de* 1611; et je ne conçois pas, je l'avoue, comment ce second motif a pu être ajouté au premier. L'édit des secondes noces a précédé de plus d'un siècle la réunion du Cambrésis à la France, et n'y a jamais été publié.

(4) *Page* 484, *col.* 1, *ligne* 33 (2e édition).

(5) *Page* 548, *col.* 1, *ligne* 49 (2e édition).

BIU Cujas

pareille assertion. *Voyez* l'article *Appel*, §. 14, art. 1, n° 22.

Même page et même col., à la fin de la ligne 55 (1), *ajoutez en note :*

Le véritable motif de ces arrêts est que la nullité résultant du défaut de citation en conciliation, n'est pas d'ordre public. *V.* l'article *Bureaux de paix*

Page 616, *col.* 1, *ligne* 25 (3), *après les mots* ne le font, *ajoutez en note :*

Au lieu de, *et surtout lorsqu'elles ne le font*, j'aurais dû dire, pour me conformer à la jurisprudence des arrêts précédemment rendus par la cour de cassation : *et pourvu qu'elles ne le fassent*. *V.* les conclusions du 16 mai 1811, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Jugement*, §. 1, n° 5-4°.

Même page, col. 2, *à la fin de la ligne* 39 (5), *ajoutez en note :*

Ce principe n'est vrai, dans toute sa généralité, que pour les actes individuels des particuliers, et l'on se tromperait souvent si on l'appliquait aux actes des fonctionnaires publics. J'aurais donc dû, au lieu de raisonner comme je l'ai fait ici, me borner à dire : La constitution de l'an 3 ne défendait pas les réunions de sections; donc elle laissait au pouvoir législatif la faculté de les permettre ou de les ordonner; donc elle maintenait implicitement les moyens de les permettre ou de les ordonner, qui étaient autorisés par les lois antérieures; donc elle ne s'opposait pas à ce qu'en vertu de l'art. 35 de la loi du 6-27 mars 1791, les tribunaux civils de département prissent des arrêtés d'après lesquels les affaires d'une certaine nature devraient être portées devant les sections réunies.

Page 617, *col.* 1, *à la fin de la ligne* 3 (7), *ajoutez en note :*

Oui, dans l'ancien ordre judiciaire, les cours souveraines avaient, quoique divisées en plusieurs chambres, le pouvoir de réunir tous leurs membres pour juger telles ou telles affaires, mais ce pouvoir leur était expressément conféré par la loi. Écoutons M. d'Aguesseau lui-même, tome 5, page 589, dans ses *Maximes tirées des ordonnances:* « Assemblée des » chambres pour juger les procès ne se doit faire à la » réquisition ou sollicitation des parties, mais seulement du propre mouvement de la cour, si elle croit » qu'aucun procès prêt à juger, *pour la grandeur de* » *sa matière ou des parties contendantes, ou pour* » *cause évidente*, se doit juger par lesdites deux » chambres (il n'y en avait alors que deux, la grand' » chambre et les enquêtes). Ordonnance de Charles VII, de 1453; Fontanon, tome 1er, » page 17. »

Même page et même col., supprimez la ligne 29 (1), *jusqu'aux mots* d'un arrêt *de la ligne* 39, *et substituez-y ce qui suit :*

On voit que cet arrêt laisse indécises, et la question de savoir si, en thèse générale, les tribunaux civils de département pouvaient, sous la constitution de l'an 3, juger, sections réunies, les affaires qu'il leur plaisait; et celle de savoir s'ils pouvaient adopter, à l'avance, par des arrêtés, ce mode de jugement pour les affaires de cette nature. Mais de ces deux questions, la première était décidée négativement par les arrêts antérieurs dont j'ai parlé dans l'une des notes précédentes; et la seconde l'était implicitement dans le sens contraire, par l'art. 35 de la loi du 6-27 mars 1791.

II. La seconde question a été agitée dans une espèce où la commune de Jasseron attaquait comme nul, parcequ'il avait été rendu sections réunies, un arrêt de la cour d'appel de Lyon, etc.

Même page et même col., supprimez les lignes 45, 46 *et* 47 (2), *qui suivent le mot* Thayssonge, *après quoi continuez ainsi :*

» Il est constant, en fait, etc.

Page 618, *col.* 1, *à la fin de la ligne* 55 (3), *ajoutez en note :*

Il ne pouvait pas l'être sans doute de ce seul chef, parcequ'il n'avait été rendu sections réunies que d'après un réglement arrêté par la cour d'appel de Lyon, et provisoirement approuvé par le ministre de la justice; mais il aurait pu et dû l'être sans cette circonstance. *V.* les notes précédentes.

Page 619, *col.* 1, *ligne* 27 (5); *supprimez tout ce qui suit les mots* M. Vasse, *ainsi que les mots* cette question, *de la ligne* 35, *et substituez-y ce qui suit :*

« Attendu que le tribunal d'appel de Lyon, en procédant en sections réunies au jugement dont il s'agit, et dans lequel la république était en qualité, se serait conformé au réglement par lui arrêté d'après l'art. 27 de la loi du 27 ventôse an 8, et dont l'exécution provisoire avait été autorisée par le ministre de la justice;

» Que l'art. 23 de la loi du 27 ventôse an 8, en ordonnant aux juges d'appel dont les tribunaux sont

---

(1) *Même page et même col., ligne* 53 (2e édition).
(3) *Page* 548, *col.* 2, *ligne* 22 (2e édition).
(5) *Page* 549, *col.* 1, *ligne* 31 (2e édition).
(1) *Page* 549, *col.* 1, *ligne* 55 (2e édition).

(1) *Même page, col.* 2, *ligne* 16 (2e édition).
(2) *Même page et col., ligne* 31 (2e édition).
(3) *Page* 550, *col.* 2, *ligne* 35 (2e édition).
(5) *Page* 551, *col.* 1, *ligne* 57 (2e édition).

BIU Cujas

composés de plus de vingt juges, de se diviser en sections, ne leur a pas défendu de réunir leurs sections pour le jugement des affaires majeures;

» Que si, lors du jugement attaqué, les deux sections réunies du tribunal d'appel de Lyon n'étaient composées que de treize juges, lorsqu'il en eût fallu quatorze pour qu'elles fussent légalement complètes, tout ce qu'on pourrait en induire, c'est que le jugement attaqué ne devrait pas être considéré comme véritablement rendu en sections réunies; mais qu'en le rendant ainsi, le tribunal d'appel de Lyon n'a violé aucune loi; qu'il a seulement manqué à sa discipline intérieure, ce qui ne peut opérer une nullité,

» Qu'il suffit d'ailleurs qu'il ait manifesté l'intention de rendre ce jugement en sections réunies, pour être préservé du reproche d'avoir été mu par des vues particulières, à appeler un nombre de juges supérieur à celui nécessaire pour composer une section;

» Qu'ainsi, ne s'applique pas à l'espèce actuelle la jurisprudence des jugemens du tribunal de cassation qui ont annulé des jugemens rendus par des sections séparées de tribunaux d'appel, lorsqu'ayant dans leur sein un nombre suffisant de juges, elles en avaient admis de surnuméraires pris dans d'autres sections ».

Au surplus, voyez ce que je dis sur cet arrêt dans une note sur les conclusions du 16 mai 1811, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Jugement*, §. 1; n° 5-4°.

III. Aujourd'hui, il est des affaires que les cours royales ne peuvent juger que chambres assemblées: ce sont celles que déterminent l'art. 27 du décret du 30 mars 1808, l'art. 52 de la loi du 20 avril 1810, et l'art. 2 de la loi du 30 juillet 1828.

Il en est d'autres qui, dans les cours royales composées de plusieurs chambres civiles, *doivent* être jugées par deux de ces chambres, et qui, dans celles où il n'existe qu'une seule chambre civile, *peuvent* être jugées par cette chambre avec le concours de celle des appels de police correctionnelle: ce sont, suivant l'art. 22 du décret du 30 mars 1808 et l'art. 7 de celui du 6 juillet 1810, *les contestations sur l'état civil des citoyens, à moins qu'elles ne doivent être décidées à bref délai, ou avec des formes particulières qui ne comportent pas une instruction solennelle, les prises à partie et les renvois après cassation d'un arrêt, qui seront portés aux audiences solennelles* (1) ».

Mais à ces exceptions près, la règle générale est aujourd'hui, dans les cours royales, que la chambre à laquelle une affaire est dévolue, doit la juger seule.

Qu'arrivera-t-il donc si, au lieu de la juger seule, elle appelait une autre chambre pour la juger avec elle en audience solennelle?

Ce cas s'est présenté à la cour royale de Caen, sur l'appel interjeté par le sieur Halluin, d'un jugement rendu le 7 janvier 1822, entre lui et les enfans et héritiers de la dame Buisson, exerçant les droits de leur mère, mariée sous la coutume de Normandie, et devenue veuve en 1806.

La cause portée à l'audience de la première chambre, y a été plaidée contradictoirement, et le ministère public y a donné ses conclusions. Mais les juges, considérant la gravité et la difficulté des questions qu'elle offrait à leur examen, ont rendu, le 9 décembre 1823, un arrêt par lequel ils l'ont renvoyée pour être plaidée en audience solennelle.

En conséquence, de nouvelles plaidoiries se sont ouvertes devant la même chambre réunie à une autre; et le 8 juillet 1824, il est intervenu un arrêt qui a confirmé le jugement dont le sieur Halluin était appelant.

Le sieur Halluin s'est pourvu en cassation contre cet arrêt, et a soutenu qu'il était nul, parcequ'il avait été rendu en audience solennelle dans une affaire qui, par sa nature et d'après le décret du 30 mars 1808, ne pouvait être jugée que par une seule chambre.

Mais par arrêt du 15 mars 1826, au rapport de M. Gartempe, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Attendu que le demandeur, ayant spontanément plaidé et conclu devant la cour royale à l'audience solennelle, après le renvoi de la cause en cette audience où elle a été jugée, aurait ainsi couvert, en cas de besoin, l'irrégularité de ce renvoi, et par conséquent n'est plus recevable aujourd'hui à s'en plaindre;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».

Les auteurs qui rapportent cet arrêt ne nous disent pas si le sieur Halluin attaquait l'arrêt du 9 décembre 1823 qui avait renvoyé la cause à une audience solennelle, en même temps que celui du 8 juillet 1824, qui avait été rendu à cette audience,

(1) *V.* la note sur les conclusions du 16 mai 1811, qui est indiquée à la fin du numéro précédent.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 26, page 397; Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, page 220.

BIU Cujas

ou s'il se bornait à attaquer celui-ci; et c'était pourtant une circonstance essentielle à remarquer.

S'il n'attaquait que le second arrêt, nul doute qu'il n'ait dû succomber. Cela résulte de ce qui est dit au mot *Appel*, §. 14, art. 1, n° 22-1°.

Mais s'il attaquait en même temps le premier arrêt, je ne conçois pas, j'ose le dire, comment son recours en cassation a pu être rejeté. Voyez les conclusions du 17 et l'arrêt du 18 germinal an 11, rapportés au paragraphe suivant, n° 1, et les conclusions du 16 mai 1811, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Jugement*, §. 1, n° 5-4°.

§. II. 1° *Avant la loi du 20 avril 1810, une chambre où se trouvait un nombre suffisant de juges, pouvait-elle appeler ou admettre au jugement d'une affaire dont elle était saisie, des juges pris dans une autre chambre?*

2° *La loi du 20 avril 1810 a-t-elle changé à cet égard la règle établie par les lois antérieures?*

I. La première de ces questions et plusieurs autres, etc.

§. II. *Page 622, col. 2, ligne 47 (1), après les mots* ne le font, *ajoutez en note :*

Les notes sur les conclusions du 21 floréal an 10, rapportées ci-dessus, §. 1, n° 1.

Même page et même col., à la fin de la ligne 56 (2), ajoutez en note :

Voyez le §. précédent, n° 2.

Même pages et col., supprimez-en les 4 dernières lignes (3), ainsi que les 34 premières de la page 623, col. 1, après quoi continuez ainsi :

Vous voyez que, bien loin que, etc.

Page 626, col. 2, après la ligne 43 (4), ajoutez ce qui suit :

II. Quant à la question de savoir si la loi du 20 avril 1810 a changé quelque chose au principe consacré par cet arrêt, qu'une section du tribunal d'appel où il se trouve un nombre suffisant de juges, ne peut pas admettre au jugement d'une affaire dont elle est saisie, des juges pris dans une autre section, j'ai établi la négative dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Jugement*, §. 1, n° 5-4°; et voici un arrêt de la cour de cassation à ajouter à ceux que j'ai rapportés au même endroit, à l'appui de cette doctrine.

Le 10 février 1820, la chambre correctionnelle de la cour royale de Limoges, saisie, en vertu de l'art. 2 du décret du 6 juillet 1810, d'une affaire civile entre les sieurs Gallerand et le sieur Trompat, qu'elle pouvait juger au nombre de cinq juges, a cru devoir, quoiqu'elle se trouvât composée de six magistrats présens, en appeler un septième pris dans une autre chambre; et c'est en cet état qu'elle l'a jugée, par arrêt du même jour, en faveur des sieurs Gallerand.

Mais le sieur Trompat s'est pourvu en cassation; et le 8 mars 1824, au rapport de M. Minier, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde, arrêt par lequel,

« Vu l'art. 2 du décret du 6 juillet 1810....;

» Attendu que l'arrêt prononcé, en date du 10 février 1820, porte qu'il a été rendu par la chambre des appels en matière de police correctionnelle;

» Attendu que cette chambre peut juger au nombre de *cinq juges*, et qu'audit jour 10 février 1820, six conseillers appartenant à ladite chambre assistaient à l'audience; d'où il suit que ladite chambre n'a pu s'adjoindre un septième juge appelé d'une autre chambre, et que l'adjonction de ce juge a vicié d'incompétence et de nullité l'arrêt auquel il a concouru;

» Par ces motifs, et sans qu'il soit besoin de s'occuper des autres moyens, la cour casse et annule l'arrêt rendu par la cour royale de Limoges, en sa chambre des appels en matière de police correctionnelle, le 10 février 1820, comme ayant violé l'art. 2 du décret du 6 juillet 1810, ci-dessus cité, en appelant sans nécessité un conseiller d'une autre chambre, lorsqu'il y avait à l'audience six juges présens, et par conséquent plus que la loi n'exigeait pour statuer sur l'appel soumis à sa décision.... (1) ».

Page 426, col. 2, après la ligne 50 (2), ajoutez ce qui suit :

§. IV. 1° *Lorsqu'une chambre d'un tribunal ou d'une cour est obligée, pour se compléter, d'appeler un magistrat d'une autre chambre,*

(1) *Page 554, col. 2, ligne 53 (2e édition).*
(2) *Même page et même col., ligne dernière (2e édition).*
(3) *Page 555, col. 1, ligne 1 (2e édition).*
(4) *Page 626, col. 2, ligne 43 (2e édition).*

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, année 1824, page 80.
(2) *Page 626, col. 2, ligne 50 (2e édition).*

BIU Cujas

est-elle astreinte à suivre l'ordre du tableau, pour déterminer quel doit être ce magistrat?

2° *Est-il nécessaire qu'en énonçant dans son arrêt qu'elle a appelé un magistrat en remplacement de l'un de ses membres, elle y énonce en même temps que l'un de ses membres n'a été remplacé que pour cause d'empêchement?*

I. Sur la première question, l'affirmative est nettement établie, pour les tribunaux de première instance, par l'art. 49 du décret du 30 mars 1808: « En cas d'empêchement d'un juge, y est-il dit, il » sera, pour compléter le nombre indispensable, » remplacé, ou par un juge d'une autre chambre qui » ne tiendrait pas audience dans le même temps; ou » par un des juges suppléans, *en observant, dans* » *tous les cas, et autant que faire se pourra, l'ordre* » *des nominations.* »

Mais pour les cours royales, le contraire paraît résulter de la manière dont est conçu l'art. 4 du même décret: *En cas d'empêchement d'un juge, il sera, pour compléter le nombre indispensable, remplacé par un juge d'une autre chambre qui ne tiendrait pas audience, ou qui se trouverait avoir plus de juges que le nombre nécessaire.* Il n'est point là question, comme l'on voit, de l'ordre du tableau; et la preuve qu'il n'a point été dans l'intention du législateur d'astreindre les cours à suivre cet ordre pour le cas prévu par cet article, c'est l'opposition qui se trouve à cet égard, non-seulement entre l'art. 49 et l'art. 4, mais même entre l'art. 4 et l'art. 3, qui cependant sont placés tous deux sous le titre *des Cours d'appel: Le premier président et les présidens seront, en cas d'empêchement, remplacés, pour le service de l'audience, par le juge présent LE PLUS ANCIEN DANS L'ORDRE DES NOMINATIONS.*

Toute difficulté paraît d'ailleurs levée par l'art. 9, du décret du 6 juillet 1810, lequel porte que *tous les membres des chambres civiles ou criminelles pourront être respectivement appelés, dans les cas de nécessité, pour le service d'une autre chambre.*

Il est vrai, comme on l'a vu aux mots *Partage d'opinions*, §. 3, que les cours sont astreintes, ni plus ni moins que les tribunaux de première instance, à suivre l'ordre du tableau dans l'appel qu'elles font des juges d'autres chambres pour vider les partages. Mais d'où cela vient-il? De ce que l'art. 468 du Code de procédure le veut ainsi; et l'on ne trouve rien de semblable dans les art. 4 et 9 des décrets des 30 mars 1808 et 6 juillet 1810, pour le cas du simple remplacement d'un conseiller sans qu'il y ait partage.

Aussi le sieur Castelot a-t-il vainement attaqué un arrêt rendu à son désavantage par une cour royale, sous le prétexte que la chambre de qui il était émané, n'avait pas suivi l'ordre du tableau dans l'appel qu'elle avait fait, pour se compléter, d'un magistrat d'un autre chambre. Par arrêt du 29 juin 1825, au rapport de M. Lecoutour, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau, la chambre des requêtes a rejeté le recours en cassation du sieur Castelot,

« Vu la loi du 30 mars 1808, contenant réglement pour la police des cours et tribunaux (art. 4 et 49, et l'art. 9 du titre 1er de la loi du 6 juillet 1810;

» Et attendu que, du rapprochement de ces articles, il résulte que, dans les tribunaux de première instance, le remplacement doit être fait, dans tous les cas et *autant que faire se pourra*, en observant l'ordre du tableau;

» Mais que la même règle n'est pas prescrite aux cours d'appel par l'art. 4 de ladite loi, qui, en cas de remplacement, leur donne la faculté d'appeler un juge d'une autre chambre, sans les assujettir à suivre l'ordre du tableau, comme le prescrit l'art. 49 aux tribunaux de première instance... (1) ».

II. La seconde question paraît devoir être résolue de la même manière pour les cours royales que pour les tribunaux de première instance.

En effet, si ce n'est *qu'en cas d'empêchement d'un juge*, que l'art. 49 du décret du 30 mars 1808 ordonne et par conséquent permet aux tribunaux de première instance l'appel d'un juge d'une autre chambre, ce n'est aussi qu'*en cas d'empêchement* d'un juge, que l'art. 9 du même décret ordonne et par conséquent permet le même appel dans les cours royales; et ce n'est également que pour les *cas de nécessité* que l'art. 9 du décret du 6 juillet 1810 autorise l'appel de « tous les membres des chambres civiles ou criminelles *des cours royales*, pour le service d'une autre chambre. Ainsi, point de différence, à cet égard, entre les cours royales et les tribunaux de première instance.

Or, il est de principe, comme l'a dit la cour suprême dans un arrêt de cassation du 27 mars 1822, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Jugement*, §. 1, n° 8, que « l'observation des » règles impératives exigées pour l'administration de » la justice, doit être constatée par les actes mêmes » pour lesquels elles ont été prescrites ».

Donc, de même que doit être annulé, comme

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1815, partie 1, page 353.

BIU Cujas

l'ont décidé plusieurs arrêts rapportés au mot *Avocat*, §. 3, un jugement en dernier ressort d'un tribunal civil auquel a concouru un avocat ou un avoué, appelé en remplacement d'un juge empêché, sans qu'il y soit fait mention ou qu'il y ait preuve légale de l'empêchement des autres juges et des suppléans, de même aussi doit être cassé un jugement en dernier ressort auquel a pris part un juge d'une autre chambre, appelé en remplacement, sans qu'il y soit fait mention ou qu'il y ait preuve légale de l'empêchement du juge en remplacement duquel il a été appelé.

Il est vrai que, dans l'espèce rapportée au n° précédent, le sieur Castelot s'est inutilement prévalu de ce que, dans l'arrêt qu'il attaquait, il était simplement dit que M. Hubert avait été *appelé en remplacement*, et qu'il n'y était pas fait mention de l'empêchement du juge qu'il avait remplacé; il est vrai aussi que son recours en cassation n'en a pas moins été rejeté,

« Attendu qu'en appelant M. Hubert en remplacement, sans autrement expliquer les motifs, la cour a usé de la faculté qui lui est accordée par l'art. 4 (du décret du 30 mars 1808);

» Attendu encore que cette faculté leur est conservée par l'art. 9 de la loi du 6 juillet 1810, qui, indéfiniment et sans restriction, permet aux membres des chambres civiles et criminelles de se remplacer respectivement... ».

Mais qu'il me soit permis d'en faire l'observation, la section des requêtes, en s'exprimant ainsi, a fait dire aux art. 4 et 6 des décrets des 30 mars 1808 et 6 juillet 1810, beaucoup plus qu'ils ne disent réellement. Ces articles ne permettent l'appel d'un juge dans une autre chambre, l'un qu'*en cas d'empêchement* d'un juge de la chambre saisie de l'affaire dont il s'agit; l'autre, que *dans les cas de nécessité*. Il ne dispense donc pas les cours de constater les *cas d'empêchement*, *les cas de nécessité*, qui seuls les autorisent à remplacer les juges d'une chambre par des juges pris dans une autre. Ils laissent donc subsister, sur la nécessité de constater ces cas, la règle générale qui, pour prévenir tout soupçon que des motifs particuliers et incompatibles avec l'exacte justice, aient fait écarter ou admettre tel ou tel juge, veut que la légalité de la composition des tribunaux soit, dans chaque affaire, prouvée authentiquement.

SÉPARATION DE BIENS. *Page* 637, *supprimez les lignes* 43 *à* 50 (1), *jusqu'aux mots* 6 prairial an 10, *de la ligne* 51, *col.* 2, *et substituez-y ce qui suit:*

§. II. 1° *Avant le Code civil, la séparation de biens consentie entre époux par un simple contrat, dans les provinces belgiques, et notamment à Dunkerque, pouvait-elle être opposée par la femme aux créanciers du mari?*

2° *La disposition de l'art.* 1443 *du Code civil, qui déclare nulle toute séparation volontaire, est-elle applicable aux époux qui se sont mariés avant la publication de cet article et dans un pays dont les lois ou la jurisprudence leur permettait de déroger, par des conventions* post-nuptiales, *à leur contrat de mariage?*

I. La première question a été jugée pour l'affirmative dans une affaire sur laquelle je me suis ainsi expliqué, le 6 prairial an 10, à l'audience de la section des requêtes de la cour de cassation:

« Le 9 novembre 1771, etc. »

Page 642, *col.* 2, *après la ligne* 44 (1), *ajoutez ce qui suit:*

II. Sur la seconde question, l'affirmative est la conséquence nécessaire du principe établi dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 3, art. 1, n° 2, que les époux mariés avant le Code civil, dans les coutumes qui leur permettaient de déroger par des *conventions post-nuptiales*, soit à leur contrat de mariage, soit aux dispositions de ces coutumes qui en avaient tenu lieu, en ont encore aujourd'hui la faculté.

C'est ce qui a été, en effet, jugé dans l'espèce suivante:

Les sieur et dame Ferrière s'étaient mariés avant le Code civil, sans contrat de mariage, sous l'empire de la coutume de Bruxelles, dont l'art. 245 permettait aux époux de révoquer ou modifier à leur gré, après la célébration de leur mariage, les conventions matrimoniales qui avaient précédé leur union.

En 1820, la dame Ferrière a formé, contre son mari, devant le tribunal de première instance de Huy, une demande en séparation de biens.

Le sieur Ferrière a acquiescé à cette demande, et les avocats des deux parties ont, en conséquence, rédigé un jugement d'expédient qu'ils ont ensuite présenté au tribunal.

Jugement qui, vu l'art. 1443 du Code civil, déclare qu'il n'y a lieu de recevoir cet expédient.

Mais sur l'appel des deux époux, arrêt du 22 juillet 1821, par lequel,

(1) *Page* 569, *col.* 1, *ligne* 51 (2e édition).

(1) *Page* 574, *col.* 1, *ligne* 19 (2e édition).

BIU Cujas

« Attendu que les époux Ferrière avaient contracté mariage sous l'empire des lois anciennes qui leur permettaient de faire des contrats post-nuptiaux et de régler leurs intérêts communs de la manière qu'ils jugeraient convenable; que, dès-lors, l'art. 1443 du Code civil ne peut être applicable;

» La cour (supérieure de justice de Liége), faisant droit sur les appels respectifs, met les appellations et ce dont est appel au néant; émendant, reçoit l'expédient qui avait été présenté aux premiers juges, et qui se trouve transcrit dans le jugement dont est appel.... (1) ».

Page 648, *col.* 2, *après la ligne* 18 (2), *ajoutez ce qui suit:*

§. VII. *Quel est, dans le royaume des Pays-Bas, par rapport aux immeubles qu'y possède une femme française, l'effet du jugement de séparation de biens que celle-ci obtient en France contre son mari?*

Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée devant la cour supérieure de justice de Bruxelles.

Le 3 février 1824, jugement du tribunal de première instance de Pont-l'Évêque, qui prononce la séparation de biens entre le duc et la duchesse de B....

Le duc de B.... appelle de ce jugement à la cour royale de Caen, et y laisse prendre un arrêt par défaut qui met l'appellation au néant.

Il y forme opposition; mais, par arrêt contradictoire du 18 août de la même année, son opposition est déclarée non-recevable.

Il se pourvoit en cassation, et oubliant ou ne sachant pas que son recours n'a point été suspensif, il vend, par acte sous seing-privé, daté de Paris, le 18 octobre 1824, aux sieurs Navez, Durieux et Bodson, tous trois belges, la coupe ordinaire du taillis d'un bois appartenant à sa femme dans le royaume des Pays-Bas.

Les trois acheteurs se mettent en mesure d'exploiter la coupe de ce bois; mais la duchesse de B... s'y oppose, et une instance s'engage devant le tribunal de première instance de Charleroi sur la validité de l'acte de vente du 18 octobre 1824.

La duchesse de B... soutient que cet acte est nul, parcequ'il est postérieur à l'arrêt de la cour royale de Caen, qui, en confirmant le jugement du tribunal de Pont-l'Évêque, a dessaisi son mari de l'administration des biens qu'elle possède même dans le royaume des Pays-Bas.

Les sieurs Navez, Durieux et Bodson ne nient pas qu'ils avaient connaissance de cet arrêt au moment de la vente; mais ils n'en prétendent pas moins avoir acheté valablement, et ils invoquent l'arrêté législatif du 9 septembre 1814, par lequel il est dit que *les arrêts et jugemens rendus en France depuis le 31 janvier précédent, n'auront aucune exécution dans la Belgique* (1).

Le tribunal de Charleroi accueille cette défense, et ordonne l'exécution de la vente.

Mais, sur l'appel, arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 16 mars 1825, par lequel,

« Attendu que l'opposition formée au jugement qui déclare l'appelante séparée de biens d'avec son mari, ayant été, par arrêt de la cour royale de Caen, déclarée non-recevable, il en résulte que la dame appelante, nonobstant le pourvoi en cassation pendant contre ledit arrêt, a repris, en vertu du même jugement et de l'art. 1449 du Code civil, l'administration de ses biens, non-seulement de ceux situés en France, où son mari et elle ont leur domicile, mais aussi de ceux situés au royaume des Pays-Bas, dans lequel la disposition du même article est également en vigueur;

» Attendu que ceci souffre d'autant moins de doute que la faculté ou la capacité récupérée par l'appelante, de régir et d'administrer ses propres biens, est un droit personnel et mobilier qui s'attache à sa personne et l'accompagne partout où elle peut avoir besoin de l'exercer;

» D'où il suit que son mari, privé de cette administration, n'a pu, comme il l'a fait, vendre aux intimés la coupe du bois taillis dont il s'agit au procès, et que la dame appelante a eu le droit de s'opposer à la coupe et à la vente de ce bois, droit qu'elle a pu faire valoir devant les tribunaux de ce pays où le bien est situé, et ce nonobstant l'arrêté du 9 septembre 1814, dont la lettre et l'esprit indiquent que son but n'est pas de refuser aux jugemens obtenus en France ni aux actes notariés y passés, toute force ou effet judiciaire ou conventionnel, mais uniquement d'empêcher que l'on ne s'en serve comme d'un titre d'exécution parée, en défendant aux officiers ministériels de justice et à ceux de la force publique d'agir et de se mettre en fonction en vertu d'un mandement d'exécution obtenu des autorités françaises, et non revêtu d'une attache ou

(1) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche-Laporte, année 1822, tome 2, page 471.

(2) *Page* 579, *col.* 1, *ligne* 29 (2e édition).

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Jugement*, §. 10.

BIU Cujas

mandat d'exécution de la part des tribunaux de ce royaume, devant lesquels les condamnés, s'ils sont habitans de ce pays, ont même la faculté de débattre de nouveau leurs droits, soit en demandant, soit en défendant;

» Par ces motifs, la cour, M. l'avocat-général Baumhauer entendu, et de son avis, met le jugement dont appel au néant; émendant, et vu le jugement rendu par le tribunal de Pont-l'Évêque, en date du 3 février 1824, qui a prononcé la séparation de biens de la duchesse de B..., adjuge à celle-ci ses conclusions prises en première instance; en conséquence, dit et déclare que le duc de B... était sans qualité et sans droit pour faire l'acte de vente dont il s'agit; par suite, déclare cet acte nul et de nulle valeur....(1) ».

Cet arrêt est parfaitement conforme aux principes que j'ai établis tant à l'article *Faillite*, §. 9, que dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Faillite* et *Banqueroute*, sect. 2, §. 2, art. 10.

Mais de ces principes mêmes il résulte

1° Que, si les sieurs Navez, Durieux et Bodson eussent ignoré, en traitant avec le duc de B....., l'existence de l'arrêt de la cour royale de Caen, du 18 août 1824, la vente aurait dû être déclarée valable à raison de leur bonne foi;

2° Que, si le duc de B..... était intervenu dans l'instance devant le tribunal de Charleroi, et eût demandé que la question de savoir s'il y avait lieu à la séparation de biens entre lui et sa femme fût jugée de nouveau par les tribunaux belges, son intervention et sa demande auraient dû être accueillies.

§. VIII. *Autres questions sur cette matière.*

V. l'article *Remploi*, §. 8, 9 et 10.

SÉPARATION DE CORPS. *Page* 648, *col.* 1, *supprimez tout l'intitulé de cet article* (2), *ainsi que les trois premières lignes du texte, et substituez-y ce qui suit:*

§. I. 1° *L'époux qui, pour cause de mauvais traitemens, obtient aujourd'hui sa séparation de corps, peut-il révoquer la donation qu'il a faite à son épouse par un contrat de mariage antérieur au Code civil?*

2° *Le peut-il, lorsque c'est sous le Code civil qu'a été passé le contrat de mariage contenant la donation?*

I. La première question s'est présentée, avec une autre qui est indiquée sous le mot *Remploi*, §. 6, dans l'espèce que voici:

Le 7 germinal an 11, etc.

Page 653, *col.* 2, *à la fin de la ligne* 22 (1), *ajoutez en note:*

V. l'article *Séparation de corps*, §. 2, n° 2.

Page 654, *col.* 2, *après la ligne* 22 (2), *ajoutez ce qui suit:*

V. le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 3, art. 6, n° 3.

II. Sur la seconde question, l'affirmative ne serait pas douteuse, si, pour la résoudre, on ne devait s'en rapporter qu'aux notions naturelles du juste et de l'injuste; mais, comme on vient de le voir au n° précédent, j'ai prouvé, dans mes conclusions du 10 août 1809, que la disposition de l'art. 959 du Code civil est trop générale pour qu'on puisse la restreindre aux donations que des tiers font aux futurs époux par leur contrat de mariage, et n'y pas comprendre celles que les futurs époux eux-mêmes se font l'un à l'autre par leurs conventions matrimoniales.

De là un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce:

Au mois de février 1809, le sieur Scheppers, receveur des contributions directes à Ramigny, fait assigner sa femme devant le tribunal civil de Rocroy pour voir dire que, d'après les faits d'adultère dont elle s'est rendue coupable, ils seront désormais séparés de corps, et que les avantages dont il l'a gratifiée par leur contrat de mariage, seront révoqués.

Le 26 août 1820, jugement qui adopte ces conclusions.

Appel de la part de la dame Scheppers; et, le 21 février 1821, arrêt de la cour royale de Metz qui confirme ce jugement, attendu, en ce qui concerne la révocation des avantages stipulés par le contrat de mariage des deux époux, que, par l'art. 299 du Code civil, il est dit que, *pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis, perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté.*

Mais, sur le recours en cassation de la dame

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1825, tome 1, page 267.
(2) *Page* 579, *col.* 1, *ligne* 30 (2e édition).

(1) *Page* 584, *col.* 1, *ligne dernière* (2e édition).
(2) *Page* 585, *col.* 1, *ligne* 54 (2e édition).

BIU Cujas

Scheppers, arrêt du 7 juin 1822, au rapport de M. Poriquet, sur les conclusions de M. l'avocat-général Jonbert, et après un délibéré en la chambre du conseil, par lequel,

« Vu les art. 299 et 959 du Code civil :

» Considérant que, sans distinguer les donations faites aux époux par des étrangers, des donations des époux entre eux, le Code civil dispose expressément que les donations faites par contrat de mariage, ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude;

» Qu'à ce principe général il n'a fait exception que pour le cas du divorce prononcé pour autre cause que le consentement mutuel;

» Que les tribunaux n'ont pas à examiner si, sous le rapport de la peine à prononcer contre l'époux, il eût été convenable d'assimiler la séparation de corps, qui ne rompt pas les liens du mariage, au divorce, qui le dissout sans retour;

» Qu'ils n'ont pas à balancer les divers motifs qui auraient pu déterminer le législateur à admettre ou à rejeter cette similitude entre les effets de deux actions dont, avant la loi abolitive du divorce, les époux avaient le choix;

» Qu'ils n'ont pas à rechercher pourquoi le législateur qui, dans l'art. 1518 du Code civil, a déclaré, en termes formels, que le divorce et la séparation de corps produiraient le même effet relativement au préciput, ne s'est pas exprimé de la même manière relativement aux donations et avantages portés au contrat de mariage, dont il n'a prononcé la privation que pour le cas du divorce;

» Qu'ils ne doivent, en un mot, connaître que le texte de la loi, sans pouvoir, sous des prétextes plus ou moins spécieux d'insuffisance dans ses dispositions, créer des exceptions aux principes généraux qu'elle a établis, distinguer où elle n'a pas distingué, et infliger des peines qu'elle n'a pas littéralement prononcées;

» Qu'il suit de là qu'en jugeant dans l'espèce, et par application de l'art. 299 du Code civil, relatif aux effets du divorce, *que la dame Scheppers a dû perdre tous les avantages que son mari lui a faits par son contrat de mariage, ou depuis, par l'effet de la séparation de corps prononcée contre elle*, la cour royale de Metz a excédé ses pouvoirs, faussement appliqué l'art. 299 du Code civil, et violé expressément l'art 959 du même Code;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt de la cour royale de Metz, du 21 février 1821, pour fausse application et violation formelle..... des article 959 et 299 du Code civil.... (1) ».

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 24, page 166.

Je sais qu'à cette décision solennelle on peut opposer la doctrine de M. Proudhon, dans son *Cours de droit civil*, tome 1er, page 341, et plusieurs arrêts de cours royales, notamment celui qui a été rendu à Caen le 22 avril 1812, et que j'ai rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Séparation de corps*, §. 4, n° 5.

Mais indépendamment de ce que mon opinion est embrassée par M. Grenier, dans son *Traité des donations*, tome 1er, page 392, et par M. Toullier, dans son *Droit civil français*, tome 2, n° 781; indépendamment de ce qu'elle est encore appuyée par un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, du 11 avril 1809, et par un autre de la cour royale de Nîmes, du 15 juin 1821 (1), il se présente, pour la justifier complétement, une considération péremptoire : c'est qu'il faudrait, pour la rejeter, pouvoir aller jusqu'à dire que le jugement de séparation de corps entraîne de plein droit, à l'instar du divorce, la révocation de la donation que l'époux au profit duquel il est rendu, a faite à l'autre par contrat de mariage. Or, un pareil système est-il soutenable? J'ai déjà dit que non, à l'endroit cité du *Répertoire de jurisprudence*, dans des notes sur l'arrêt de la cour d'appel de Caen, du 22 avril 1812; et voici un arrêt de la cour de cassation qui le juge ainsi formellement.

Le 9 ventôse an 12, contrat de mariage entre le sieur Mesnel et la demoiselle Perrine Mamaillard, par lequel les futurs époux donnent irrévocablement à celui des deux qui survivra l'autre, la jouissance de tous les biens que laissera le premier mourant.

Le 14 août 1817, jugement qui, sur la demande de la dame Mesnel, prononce la séparation de corps entre les deux époux, pour cause de sévices et de mauvais traitemens.

Le 16 du même mois, acte notarié par lequel le sieur Mesnel acquiesce à ce jugement, et les deux époux règlent leur compte.

Le 24 décembre 1818, décès de la dame Mesnel.

Le sieur Mesnel réclame alors l'effet de la donation stipulée au profit du survivant par le contrat de mariage.

La veuve Durocher, sœur et héritière de la dame Mesnel, soutient que cette donation a été révoquée de plein droit par la séparation de corps.

Le 6 mai 1819, jugement du tribunal civil de Mayenne, qui maintient la donation.

La veuve Durocher en appelle à la cour royale

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1822, page 351.

BIU Cujas

d'Angers, et y obtient, le 22 mars 1820, un arrêt qui, d'après l'art. 299 du Code civil, déclare la donation révoquée.

Mais le sieur Mesnel se pourvoit en cassation; et par arrêt du 19 août 1823, au rapport de M. Vergès, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde,

« Vu l'art. 959 du Code civil;

» Considérant que, d'après l'ancienne jurisprudence, la séparation de corps entraînait la révocation des donations faites à l'époux contre lequel la séparation était prononcée (1);

» Que cette jurisprudence a été abrogée par le Code civil;

» Qu'il résulte, en effet, de l'art. 959, que les donations en faveur de mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude;

» Que par conséquent, d'après cet article, l'ingratitude établie par le jugement même de séparation, n'opère pas cette révocation;

» Que cet article est conçu dans des termes généraux, et ne fait aucune distinction entre les donations faites en faveur de mariage par des tiers, et celles que font les futurs époux, sous le même rapport;

» Qu'il est par conséquent impossible d'admettre une distinction que la généralité des expressions de cet article proscrit;

» Considérant que l'art. 299 établit, à la vérité, une règle contraire relativement au divorce;

» Mais que cette règle ne peut être étendue du divorce à la séparation de corps, puisqu'aucun des articles du chapitre relatif à la séparation de corps, ne permet d'assimiler la séparation au divorce, quant aux effets qui doivent en résulter;

» Considérant que le divorce dissout les liens du mariage, tandis que la séparation de corps ne fait que les relâcher;

» Que le rapprochement possible des époux a pu déterminer le législateur à ne pas prononcer dans le cas de la séparation de corps, une disposition pénale, quoiqu'il l'eût prononcée dans le cas de divorce;

» Que les tribunaux ne peuvent pas aller au-delà;

» Considérant que l'art. 1518 est spécial pour le préciput;

» Qu'on ne peut, à l'aide d'un argument inverse de cet article, en étendre les dispositions pour anéantir les donations et les avantages ordinaires, puisque ces donations et ces avantages sont maintenus, dans le cas de séparation de corps, par des textes de loi formels et positifs;

» Qu'en déclarant le contraire, la cour royale d'Angers a faussement appliqué l'art. 299 et formellement violé l'art. 959 du Code civil;

» La cour casse et annulle l'arrêt de la cour royale d'Angers, du 22 mars 1820.... (1) ».

§. II. *Diverses questions sur la séparation de corps pour cause d'adultère.*

V. l'article *Adultère*, §. 7, 8, 9 et 10.

SERMENT. §. II. *Page* 683, *col.* 2, *ligne* 49 (2), *supprimez tout l'intitulé de ce paragraphe, et substituez-y ce qui suit :*

1° *Les juifs peuvent-ils être admis à jurer suivant les rites de leur religion?*

2° *Peuvent-ils y être forcés, nonobstant leur offre de jurer dans la forme ordinaire?*

3° *Le serment qu'ils prêtent dans la forme ordinaire, sans que les parties intéressées s'y opposent, est-il valable?*

I. La première question a été jugée pour l'affirmative dans l'espèce suivante :

Le 19 juillet 1807, etc.

Page 686, *col.* 2, *à la fin de la ligne* 5 (3), *ajoutez en note :*

En m'expliquant ainsi, je n'ai pas entendu décider qu'un juif ne pourrait pas être admis à prêter serment dans la forme ordinaire; et en effet, il n'appartient à personne de pénétrer dans le sanctuaire de sa conscience, et de juger qu'il croit ou qu'il ne croit

(1) Cette assertion ne paraît pas tout-à-fait exacte : la séparation de corps, dans l'ancienne jurisprudence, conférait bien à l'époux qui l'obtenait, la faculté de révoquer les avantages qu'il avait faits par contrat de mariage à son époux; et c'est sur l'exercice de cette faculté qu'ont été rendus les arrêts rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Séparation de corps*, §. 4, n° 5. Mais elle n'emportait pas partout, de plein droit, la révocation de ces avantages; et ce n'est que par une disposition exceptionnelle que l'art. 10 du chap. 121 des chartes générales du Hainaut en faisait dériver cet effet.

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 25, page 394.

(2) *Page* 609, *col.* 2, *ligne* 45 (2e édition).

(3) *Page* 612, *col.* 1, *ligne* 58 (2e édition).

BIU Cujas

pas à ce qui, dans tel ou tel dogme de la religion qu'il professe, se trouve en opposition avec le droit commun. *V.* le nº suivant.

Page 687, *col* 1, *après la ligne* 27 (1), *ajoutez :*

II. La seconde question est singulièrement controversée.

Un arrêt de la cour d'appel de Nancy, du 15 juillet 1808, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Serment*, §. 3, nº 2, l'a jugée pour l'affirmative; et en voici un de la cour royale de Colmar, du 18 janvier 1828, qui la résout encore dans le même sens, en confirmant un jugement du tribunal civil de Belfort, par lequel, nonobstant l'offre du sieur Mannheier de prêter dans la forme ordinaire un serment supplétif qui lui était déféré, il avait été ordonné que la prestation en serait faite *devant le rabbin Duffholtz*, en présence du juge de paix du canton de Cernay:

« Considérant (y est-il dit) que, pour résoudre la question de savoir si le serment déféré aux juifs, doit, dans l'état actuel de la législation, être prêté *more judaïco*, il faut d'abord se reporter à la nature du serment, et voir s'il est un acte purement civil, et comme tel soumis, quant à sa substance et à sa forme, tant extrinsèque qu'intrinsèque, à la seule législation civile; ou si, au contraire, il est en même temps et civil et religieux, et si, sous ce dernier rapport, il ne doit pas être prêté conformément au *rite* religieux de celui auquel il est déféré;

» Que la plus forte preuve que le serment est, de sa nature, en même temps civil et religieux, et que, s'il n'avait d'autre lien que la loi civile, il ne serait qu'une *simple affirmation* qui rentrerait dans les règles et les élémens qui régissent les promesses, les déclarations et les engagemens civils ordinaires, ce qui serait en contradiction formelle avec le texte, comme avec l'esprit de la loi, qui, en prescrivant le serment, en autorisant à le déférer, et surtout en punissant de peines graves le *parjure*, a eu évidemment en vue de corroborer l'engagement ou l'obligation civile par un lien plus que civil, par un lien sacré qui lie, non seulement le for intérieur, comme le for extérieur, mais encore qui ajoute toute la force et la puissance du lien religieux à celles du lien civil;

» Que, dès-lors, il faut reconnaître que le serment est à la fois civil et religieux; qu'il est civil, en ce qu'il est prescrit par la loi civile qui en règle la forme extrinsèque; et qu'il est religieux, en ce que c'est d'après l'idée religieuse que chacun, suivant son *rite*, attache au serment, c'est en prenant à témoin de la sincérité de ce même serment, le Dieu que l'on révère, qu'il est prêté;

» Que, comme conséquence, la loi civile, essentiellement étrangère au *rite* religieux de chacun, et qui autorise ou tolère tous les cultes, ne peut pas prescrire un mode uniforme de serment obligatoire pour tous, ni en régler la forme religieuse, et moins encore abroger celle qui se trouverait établie par tel ou tel *rite*;

» Considérant que la loi 5, §. 1, D. *de jure-jurando*, clairement expliquée par les notes de Godefroy, présente à cet égard la disposition la plus formelle: *jurijurando* (dit cette loi), *quod propriâ superstitione juratum est, standum;*

» Que cette loi a été constamment suivie en France, comme règle et comme raison écrite, dans l'ancienne législation, qui ne renfermait aucune disposition contraire; et l'on conçoit combien il importait à la société d'entourer le serment de tout ce qui pouvait le rendre de plus en plus efficace et sacré, et combien il était utile d'ajouter le lien religieux au lien civil;

» Que la nouvelle législation a imité, en ce point, le silence de l'ancienne, et que l'art. 121 du Code de procédure, en se bornant à régler la forme extrinsèque du serment, a, par cela même, maintenu son essence et sa nature de lien religieux, et s'en est référé au culte, au *rite* de chacun, quant au mode et à la forme intrinsèque de ce même serment, de manière à lui imprimer le sceau et la garantie de la religion que professe celui auquel il est déféré;

» Que, pour se renfermer dans ce qui concerne, quant au serment, les juifs d'Alsace, on voit que, non seulement la jurisprudence du ci-devant conseil souverain d'Alsace était uniforme et constante, et que son arrêt de réglement du 10 juin 1739, qui prescrit que le serment déféré aux juifs, sera reçu en langue vulgaire, par le rabbin, qui sera tenu de le faire *de la même manière que cela se pratique de juif à juif*, et sans fraude, a non seulement été suivi d'une exécution constante, et a été confirmé par les arrêts des 15 mai 1749, 8 juin 1753 et 12 juillet 1754, mais qu'encore des lettres-patentes, spéciales pour l'Alsace, en date du 10 juillet 1784, ont formellement prescrit que les juifs de cette province prêteraient serment d'après le *rite* usité en Allemagne, et cela par le motif que les juifs de cette province, allemande d'origine, suivaient de point en point le *rite* hébraïque usité en Allemagne, c'est-à-dire, qu'ils étaient comme eux *talmuddistes*, tandis que les juifs du midi de la France suivent le *rite* portugais, et n'admettent que la seule loi de Moïse dans toute sa pureté; qu'ils n'ont pas, comme les juifs allemands, deux manières de pré-

(1) *Page* 613, *col.* 1, *ligne* 11 (2e édition).

BIU Cujas

ter serment : l'une, entre eux, d'après le mode prescrit par leur *rite* qui seul les lie à leurs yeux, ainsi que cela résulte de ce qui précède; et l'autre en justice et à l'égard de ceux qui ne sont pas de leur culte, auquel serment ils mettent beaucoup moins d'importance, et à l'égard duquel on prétend qu'ils ne sont pas liés; que surtout les juifs du midi méconnaissent et repoussent comme loi religieuse les commentaires volumineux et plus ou moins divergens que présente le *talmuld;*

» Que les lettres-patentes de 1784, ainsi spéciales pour les juifs d'Alsace, et qui doivent être considérées beaucoup moins comme une loi établissant un point de législation, que comme une déclaration légale de ce que le *rite* spécial et particulier des juifs de l'Alsace prescrit quant au serment judiciaire, n'ont été abrogées ni directement ni indirectement par aucune disposition de la loi, et qu'elles ont continué de servir de règle à la cour qui a toujours eu, en ce point, la jurisprudence la plus uniforme : jurisprudence que les juifs eux-mêmes ont invoquée dans leurs discussions entre eux, et qui leur a paru tellement juridique, tellement conforme à leur *rite* et à leur loi religieuse, qu'un seul d'entre eux a critiqué, sous ce rapport, et déféré à la cour de cassation un des nombreux arrêts de la cour, mais que tous les autres ont été pleinement exécutés; que même les rabbins qui, par déférence à l'invitation du consistoire central des Israélites, à Paris, avaient d'abord cru pouvoir refuser leur ministère pour recevoir ces sermens, et paralyser, par-là, l'exécution des arrêts de la cour, s'y sont soumis, et se sont conformés ponctuellement au mode et à la formule sacramentelle prescrits par ces mêmes arrêts; que, d'un autre côté, il est bien constant que la législation ancienne concernant les juifs de France, était, en bien des points, différente pour ceux du midi que pour ceux d'Alsace; que cela résulte nettement d'une lettre ministérielle de M. de Choiseul, en date du 24 juillet 1764, qui prouve que le gouvernement a refusé d'étendre aux juifs d'Alsace une ordonnance du 16 juillet 1728, rendue en faveur des juifs de Bordeaux;

« Que la circonstance que les juifs qui n'étaient jusqu'alors que tolérés en France, ont été investis, par la loi du 27 septembre 1791, du titre et des droits de *citoyens français*, et que, comme eux, ils sont égaux devant la loi qui admet et proclame la liberté des cultes, ne change rien à la législation concernant le mode et la formule du serment de ces mêmes juifs d'Alsace, par cela même que cette loi, ainsi que la charte, en proclamant ainsi la liberté des cultes, ne déroge à aucun d'eux, et les laisse subsister tels qu'ils étaient avant; que ces lois, purement civiles, n'ont rien innové, quant à la loi religieuse, ni à sa corrélation avec le serment, lequel continuant, comme auparavant, d'être pour le juif citoyen français, un acte religieux, comme il en était un pour ce même juif, lorsqu'il n'était que toléré, doit, par cela même, continuer à être prêté d'après le *rite* et le mode admis par sa religion; que, loin de voir en cela une violation du principe qui admet et proclame la liberté des cultes, il en résulte, au contraire, la preuve et la reconnaissance la plus forte, que les préceptes de ce même culte hébraïque font concourir toute la force et la puissance du lien religieux pour rendre le serment de plus en plus sacré; et que, pour atteindre plus facilement ce but, les chefs de cette même religion ont établi une forme spéciale pour les juifs allemands, dont l'objet est d'environner de plus en plus ce serment de toute la pompe et de tout l'appareil de la religion;

» Que l'utilité et l'efficacité du mode de serment sont telles, que, lorsqu'il a été prescrit de nouveau par l'arrêt de la cour du 10 février 1809, tel qu'il était prêté avant la révolution, des juifs, auxquels ce serment avait été déféré d'abord sous la forme spéciale, et qu'ils avaient eux-mêmes assignés pour voir faire cette affirmation pure et simple devant le juge, ont ensuite refusé de faire celle qui leur a été imposée devant le rabbin, et ont préféré payer des sommes importantes;

» Que, d'un autre côté, il est arrivé aussi, et à la même époque, que le juif chargé par arrêt de prouver avoir fourni valeur entière et sans fraude, en conformité du décret du 17 mars 1808, avait offert de faire la preuve à lui imposée, et avait même déjà assigné les témoins juifs dont il entendait invoquer le témoignage; mais qu'au moyen du mode spécial de serment admis depuis cette assignation, le juif a renoncé à faire entendre ses co-religionnaires comme témoins; qu'alors leur témoignage ayant été invoqué par l'adversaire contre ce même juif, ils n'ont pas hésité de déposer contre lui, après le serment *more judaïco* qu'on leur a fait prêter;

» Considérant que c'est en vain que l'on prétend que, comme conséquence de la liberté des cultes, chacun peut modifier à son gré sa croyance religieuse, ne suivre qu'en partie le culte de ses pères, ou même en changer tacitement sans acte ostensible; qu'en un mot, la loi civile et la justice, qui en est l'organe, ne peuvent, sous aucun rapport, s'enquérir de la religion de l'une ou de l'autre des parties qui plaident devant elle, ni lui prescrire aucun acte religieux, et moins encore en régler le mode;

» Que d'abord, et en fait, cette objection, qui n'est qu'une vaine théorie, est peu admissible quant aux juifs d'Alsace qui, plus que tous les autres, tiennent à leur religion, sont soumis à l'in-

BIU Cujas

fluence de leur rabbin, et chez lesquels il est à peu près sans exemple de voir des *renégats;*

» Qu'ensuite, ce système, qui conduirait réellement à l'indifférence en matière de religion, ou même indirectement à *l'athéisme* (extrêmes également dangereux et subversifs de toute société), ne serait qu'un moyen détourné de se soustraire, quant au serment, à la force et à la puissance du lien religieux, et par conséquent de lui ôter toute son essence et son efficacité;

» Que, loin d'accueillir de pareilles abstractions, la justice doit, jusqu'à preuve contraire, admettre que chacun (ainsi que cela a lieu généralement, à très-peu d'exceptions près) a été élevé dans la religion de ses pères, qu'il l'a conservée et suivie, et que c'est d'après cette même religion que doivent se faire, le cas échéant, ceux des actes qui sont en même temps civils et religieux, tels que le mariage ou l'inhumation; que de même que, dans ce cas, le juif a recours au ministre de son culte, au rabbin, pour ajouter la sanction et la sainteté du lien religieux au lien civil que présente le mariage, et rendre par-là la foi promise et jurée de plus en plus sacrée; qu'en cela, il ne se plaint pas des formes spéciales admises par son *rite;* de même aussi il doit, conformément au principe général et à ce même *rite* spécial, se soumettre, quant au serment qui lui est déféré, et qui est un acte essentiellement religieux, à tout ce que la religion et son *rite* lui prescrivent;

» Que d'ailleurs il y a, de fait, comme aux yeux de la loi, une très-grande différence entre le serment prêté au criminel ou celui des fonctionnaires publics, et le serment *judiciaire* déféré, soit par la partie, soit d'office par le juge civil, lequel semble être plus particulièrement un acte religieux, puisqu'il n'est prescrit par la loi civile que comme complément de tout ce qu'il a été à son pouvoir d'ordonner, c'est-à-dire, comme devant avoir l'effet d'ajouter le lien religieux au lien civil;

» Considérant que non seulement la nouvelle législation n'a rien innové quant au mode de serment en général, considéré comme acte religieux, et que, par cela même, elle a maintenu, quant aux aux juifs d'Alsace, la législation et la jurisprudence spéciale résultant tant des lettres patentes du 12 juillet 1784, que des nombreux arrêts, tant anciens que modernes, qui en ont fait l'application la plus constante et la plus uniforme; mais qu'encore le texte même de plusieurs actes inhérens à cette nouvelle législation, ainsi que la jurisprudence y relative, vient corroborer et valider de plus en plus la forme spéciale du serment *more judaïco*, qui continue à être prescrite pour les juifs d'Alsace;

» Qu'en effet, le décret du 19 octobre 1808 ordonne que les membres du consistoire central israélite prêteront, *sur la Bible*, le serment prescrit par l'art. 6 de la loi du 18 germinal an 10, mode de serment qui est spécial et unique pour les membres de ce consistoire, et qui, loin de détruire, quant au serment judiciaire, les usages religieux admis quant aux juifs d'Alsace, semble, au contraire, les maintenir de plus en plus, puisque l'essence du mode de serment *more judaïco* est, comme celui des membres du consistoire, d'être prêté *sur la Bible*, spécialement à l'endroit où il est dit: *Tu ne prendras pas le nom de Dieu en vain;* que le surplus des formalités prescrites se rattache aux cérémonies religieuses les plus imposantes pratiquées dans la synagogue; cérémonies que l'on n'applique au serment que pour le rendre de plus en plus sacré; que si, d'après le décret de 1808, l'intervention des rabbins n'est pas nécessaire pour la réception du serment que ces membres du consistoire doivent prêter *sur la Bible*, c'est qu'ils sont considérés comme étant eux-mêmes supérieurs aux rabbins, sur lesquels ils ont une certaine autorité;

» Qu'il existe de plus une décision ministérielle de 1806, qui a même précédé l'arrêt sus-mentionné du 10 février 1809, par laquelle le ministre de la justice d'alors écrivait au procureur impérial de Mayence (lequel l'avait consulté à cet effet) *que non seulement rien n'empêche que le tribunal n'assujétisse les juifs à prêter leur serment selon le rite particulier à leur religion, mais je pense même* (dit le ministre) *qu'il doit en être ainsi : le serment est un acte* RELIGIEUX, *qui par conséquent doit être prêté dans la forme prescrite par la religion que professe celui auquel il a été déféré; ce principe s'accorde d'ailleurs parfaitement avec l'état actuel des choses, et* IL EST UNE SUITE DE LA LIBERTÉ DES CULTES;

» Considérant que, si on veut se reporter aux monumens de la jurisprudence, on y voit que, malgré la forme spéciale extrinsèque généralement admise pour le serment, le *quaker*, auquel sa religion défend de jurer au nom de Dieu, prête valablement serment, en se bornant, ainsi qu'elle le lui prescrit, à *affirmer en son âme et conscience*, et cela, parceque le serment est un acte religieux, et que la liberté des cultes est garantie par la loi (arrêt de la cour de cassation du 28 mai 1810); que, comme conséquence et par les mêmes motifs, il doit en être de même quant à la nécessité, pour les juifs d'Alsace, de se conformer au mode de serment religieux qui leur est tracé par leur rite et par les arrêts de la cour;

» Que la même cour de cassation a, par son arrêt du 12 juillet 1810, formellement résolu la question quant aux juifs d'Alsace, puisqu'elle a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la cour en date du 8 juillet 1809, qui avait ordonné que le serment imposé se-

BIU Cujas

rait prêté *more judaïco*, et avec toutes les formalités prescrites par l'arrêt du 10 février 1809 (1);

» Que non-seulement il n'existe, quant aux juifs d'Alsace, aucun arrêt de cassation contraire à cette décision, mais qu'encore il y en a qui rentrent, par analogie, dans la même solution, et qui décident que le serment prêté au criminel dans la forme ordinaire par un témoin juif, n'était pas nul par cela seul que ni l'accusé ni le ministère public n'avaient requis que ce serment fût prêté dans une autre forme (2);

» Qu'à la vérité, l'appelant s'est prévalu de deux arrêts de la cour de Nîmes, dans lesquels les magistrats ont cru entrevoir, dans la formule spéciale du serment *more judaïco*, une dérogation au principe sacré de la liberté des cultes et de l'égalité de tous les citoyens devant la loi (3); mais, indépendamment de ce que l'autorité de ces arrêts ne peut, aux yeux de la cour, avoir de force que celle des motifs qui lui servent de base, et que, par ce qui précède, il a été suffisamment justifié que le serment *more judaïco* ne porte aucune atteinte à la liberté des cultes, ni à l'égale protection que la loi accorde à tous, on doit indiquer que ces arrêts isolés, et à l'égard desquels la cour de cassation n'a pas encore eu à s'expliquer, donnent lieu à deux observations spéciales :

» La première, en droit, est que, comme on l'a déjà indiqué, les juifs du Midi, en faveur desquels ces arrêts sont intervenus, suivent le rite hébraïque portugais, et la seule loi de Moïse, abstraction faite des commentaires qui forment le *talmuld;* tandis que ce même *talmuld* est l'unique loi que suivent les juifs d'Alsace; que, sous ce rapport, on peut admettre, quant aux juifs du Midi, une forme spéciale de serment, sans qu'elle soit pour cela obligatoire pour les juifs d'Alsace; et que réciproquement on peut décider que le rite adopté par les juifs du Midi, n'admet aucune formule spéciale quant au serment, sans que cette décision soit exacte et obligatoire pour les juifs d'Alsace; et cela d'autant plus que les lettres-patentes du 10 juillet 1784, ci-devant rappelées, et qui sont, à certains égards, le type de la législation non abrogée, concernant le serment des juifs, ne concernaient que les juifs d'Alsace, et que, par cela même, il semblerait en résulter implicitement que ce mode spécial ne devait pas recevoir d'application aux juifs du Midi, parceque leur rite particulier ne le prescrivait pas ainsi;

» Que la seconde observation que comportent ces arrêts, est que ce qui serait le plus à désirer, tant pour les juifs d'Alsace que pour les habitans de cette province, serait que l'on puisse, avec vérité, plaider devant la cour de ce ressort, comme on paraît l'avoir fait devant celle de Nîmes, *que, depuis dix années, aucun juif n'a paru sous le poids d'un délit ou d'un crime; que, quant à l'habitude d'usure qu'on leur a tant reprochée, deux seulement ont été poursuivis dans tout le Midi, et encore sur de légères accusations, dans ces derniers temps où mille procédures ont signalé tant d'usuriers;*

» Que l'énorme disproportion qui existe, sous ce rapport, entre les deux localités, explique assez l'énorme différence d'entre les juifs qui les habitent; et que si, en fait, les juges du Midi ont la douce satisfaction de ne voir dans les juifs qu'ils ont sous les yeux, que des hommes probes, actifs, industrieux, en un mot, des citoyens qui, à l'égal de tous, sont utiles à leur patrie comme à eux-mêmes, on conçoit qu'ils peuvent, avec pleine sécurité de conscience pour les justiciables, se relâcher d'une formule spéciale de serment qui n'est plus nécessaire, ou qui même peut n'avoir jamais été légalement prescrite quant à ces juifs du Midi; mais qu'encore une fois, ces arrêts ne décident rien quant aux juifs d'Alsace, puisqu'ils ont un rite et une législation spéciale, surtout quant au serment, et qu'il importe d'autant plus d'en maintenir la formule, qu'elle remplit plus efficacement le but de la loi, celui d'ajouter le lien religieux au lien civil; que le concours à ce serment des rabbins, qui exercent une grande autorité et une grande influence, ne peut qu'être un moyen de plus en plus efficace, qui, il faut l'espérer, finira par produire tout l'effet désirable, celui d'effacer toute différence, quant aux habitudes et aux principes, d'entre les juifs d'Alsace et ceux du Midi, c'est-à-dire, entre les juifs et le surplus des Français; qu'alors, mais alors seulement, il sera bien doux pour les législateurs, et ensuite pour la justice, de faire cesser l'effet et la conséquence de cette distinction, lorsque, par des faits positifs et leur amélioration progressive, ils auront prouvé qu'elle est sans utilité réelle:

» Par ces motifs, la cour a mis et met l'appellation au néant; ordonne que ce dont est appel, sortira son plein et entier effet... (1) ».

(1) Cet arrêt, comme on l'a vu plus haut, n° 1, n'a pas jugé que, si les témoins qu'il s'agissait d'entendre, s'étaient refusés personnellement à prêter le serment *more judaïco*, ils auraient pu y être contraints, nonobstant leur offre de prêter serment dans la forme ordinaire; et il n'a pas pu le juger, puisque ces témoins n'étaient pas parties dans la cause sur laquelle il a été rendu.

(2) Ces arrêts seront rapportés au n° suivant, et l'on y verra que le second, bien loin d'appuyer le système de la cour royale de Colmar, le condamne formellement.

(3) Ces arrêts ont été rendus, comme on le verra dans un instant, les 10 janvier et 7 juin 1827.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 28, page 131.

BIU Cujas

L'opinion contraire a été soutenue avec autant de force que de talent par M. Crémieux, avocat à la cour royale de Nîmes, lors des deux arrêts de cette cour des 10 janvier et 7 juin 1827 qui sont cités dans celui de la cour royale de Colmar, du 18 janvier 1828.

« L'obligation qui serait imposée aux juifs (a-t-il dit), de prêter serment *more hebraïco*, anéantirait tout à la fois l'égalité devant la loi et la liberté des cultes.

» Elle détruirait l'égalité devant la loi : car l'égalité consacrée par l'art. 1er de la Charte, portant que les Français sont égaux devant la loi, est absolue. Il suit de cet article qu'il n'y a devant la loi que des Français ; que la loi ne reconnaît pas de classes, de cultes, de sectes. Or, que fait-on lorsqu'on soumet tel Français à tel mode de serment qu'on n'impose pas à un autre Français ? N'est-il pas évident que l'on établit une différence entre l'un et l'autre ? Dès le moment que vous dites à un citoyen, *tu feras autrement que moi tel acte que la loi prescrit*, vous ne le laissez plus à votre niveau, vous lui imposez une condition qui le fait sortir de votre classe ; vous créez pour lui une loi particulière, vous détruisez l'égalité.

» On se retranche derrière des absurdités : vous ne serez pas, dit-on, religieusement engagé ; le serment est un acte religieux. Ah ! que nous aurions besoin de nous entendre sur ce mot *acte religieux !* Quelle discussion il amènerait, surtout relativement aux juifs ! Pourquoi regardez-vous le serment comme un acte religieux ? C'est que vous invoquez tacitement le nom de Dieu. Et si les juifs ne peuvent l'invoquer sans sacrilége ! si la plupart d'entre eux attachent l'idée d'un crime à prononcer, à rappeler ce nom redoutable !

» Qui vous a dit d'ailleurs que le juif n'est pas lié lorsqu'il lève la main ? Dans quel livre avez-vous lu ce blasphème ? Loin de là, nous soutenons que les juifs sont liés par un simple serment ; nous le soutenons comme une vérité incontestable, et nous l'appuyons sur l'opinion des plus fameux docteurs de la loi, reproduite dans une décision doctrinale, rendue par les grands rabbins du consistoire de Paris...

» L'obligation de prêter serment *more judaïco* est contraire à la liberté des cultes, et pour le prouver, je n'ai besoin que de l'art. 5 de la Charte : *Chacun professe sa religion* (y est-il dit) *avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection.* JE PROFESSE MA RELIGION AVEC UNE ENTIÈRE LIBERTÉ ; cela veut dire : j'ai la religion que je veux, je la professe, *si je veux* ET QUAND JE VEUX ; par suite, je n'ai pas besoin de la faire connaître aux autres, et les autres n'ont pas droit de me demander quelle est ma religion. C'est un compte que je ne dois à personne, *pas même à la loi.* La loi, en effet, ne me demande pas de quelle religion je suis ; elle me laisse libre, sans me scruter, sans m'interroger. Aussi, lorsque je parais devant elle, ne craignez pas qu'elle s'informe de la religion que je professe, elle n'en sait rien, elle ne veut pas le savoir, elle ne voit qu'un citoyen qui réclame ses bienfaits. En d'autres termes, la loi ne connaît ni juif, ni protestant, ni catholique ; elle ne connaît que des Français. Il suit de là, non pas que la loi est athée, elle serait barbare, mais que la loi est sans religion spéciale, sans religion particulière ; cela est si vrai, que l'art. 6 de la Charte dit que la religion catholique est *la religion de l'État*, et non *la religion de la loi.* La loi les embrasse toutes, sans en distinguer aucune.

» De là cette conséquence que, si un citoyen est obligé de faire savoir sa religion à la loi, il n'est plus libre religieusement ; cette pensée religieuse, renfermée dans le sanctuaire de la conscience, ne permet pas qu'on l'interroge ; elle est muette à tous. Comment, en effet, savoir de quelle religion je suis ? Né dans la secte des hébreux, je puis avoir secrètement passé sous un autre culte ; les eaux du baptême peuvent s'être répandues sur ma tête dans l'ombre du mystère : tant de motifs humains peuvent commander le secret, et vous me forcez à le dévoiler !

» *Forcer !* Conçoit-on ce mot en matière d'acte religieux en présence de la liberté des cultes » ?

C'est sur ces raisons qu'ont été rendus les deux arrêts de la cour royale de Nîmes, des 10 janvier et 7 juin 1827. Le second, auquel le premier est substantiellement conforme, est ainsi conçu :

« Attendu que le serment judiciaire est, de sa nature, un acte religieux par lequel on prend la Divinité à témoin de ce qu'on affirme ; mais qu'il n'est pas moins certain qu'il n'appartient qu'à la loi civile de déterminer les formes extérieures auxquelles elle attache ce caractère, et d'après lesquelles les tribunaux doivent l'ordonner et le reconnaître ; qu'ainsi, pour décider si l'on peut ordonner que le serment soit prêté dans la forme particulière de tel ou tel culte, la cour doit soigneusement examiner quel est, en général, sur les formes du serment, l'état de notre législation ;

» Attendu que les lois romaines invoquées par les intimés, et notamment la loi 5, D. *de jurejurando*, au §. 1er, expliquée par Godefroy, et au §. 5, décident bien qu'on peut recevoir le serment *propriâ superstitione*, à moins qu'il ne s'agisse d'une religion prohibée ; mais qu'aucune de ces lois ne porte qu'il pourra être exigé en cette forme ; qu'ainsi, d'après cette législation, la question reste entière

BIU Cujas

sur le point à juger; qu'au surplus, y trouvât-on des dispositions impératives, il y aurait toujours lieu d'examiner si elles sont incompatibles avec l'état actuel de notre législation;

» Attendu qu'après les variations sans nombre sur les formes du serment judiciaire, toujours réglées par les tribunaux, l'usage généralement admis, et notamment depuis que l'assemblée constituante avait proclamé la liberté en matière de religion, était de le prêter par ces mots, *je le jure*, en tenant la main levée; que les choses étaient dans cet état lors de la promulgation des Codes civil et de procédure civile; que ces Codes, en parlant du serment, ne lui ayant prescrit aucune forme particulière, reconnurent, du moins d'une manière tacite, que ce mode d'affirmation, généralement en usage, constituait un véritable serment; que cette reconnaissance tacite se trouve fortifiée d'une disposition précise du Code d'instruction criminelle; qu'en effet, l'art. 312 de ce Code exige formellement des jurés le même serment, et n'en exige pas d'autre; de tout quoi on doit conclure que, soit d'après le silence de la loi civile, comparé à l'usage, soit d'après le texte précis de la loi, en matière criminelle, il intervient un acte, un lien religieux, un véritable serment, toutes les fois qu'on affirme dans la forme ci-dessus mentionnée; que celui qui l'offre en cette forme, accomplit l'obligation que la loi lui impose, et qu'on ne pourrait lui en imposer un autre sous prétexte de sa croyance religieuse, sans se jeter dans l'arbitraire, sans tomber dans un excès de pouvoir;

» Que, s'il en était autrement, il faudrait reconnaître que les tribunaux auraient le droit d'interpeller ceux à qui le serment est imposé, sur la religion qu'ils professent; qu'en cas de contestation sur le point de fait, il faudrait ordonner des preuves et des enquêtes; que, le fait reconnu, il faudrait entrer dans des discussions théologiques pour décider quelles sont les formes qui constituent le serment dans ce culte particulier, quelle en est l'efficacité religieuse; peut-être même appeler, pour le recevoir, l'intervention d'un tiers étranger au procès; ce qui serait un véritable désordre judiciaire, qui n'a pu entrer dans la pensée de la loi, et violerait cette égalité de protection et de liberté que la Charte garantit à tous les Français en matière de religion;

» Que, d'après ces diverses considérations, il est juste et sage, *conforme à la Charte*, à l'étendue et à la nature des pouvoirs des tribunaux, de n'admettre, en général, que la forme de serment légalement reconnue; *ce qui, au surplus, ne préjuge rien pour les cas particuliers où une croyance religieuse résisterait à ce serment*, et offrirait une autre forme d'affirmation équivalente, et qui porterait avec elle le même caractère religieux : de tout quoi il suit qu'en imposant à l'appelant le serment *more judaïco*, le tribunal est sorti des limites de la loi, et a fait un véritable grief;

» Par ces motifs, la cour met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, ordonne que Josias Vidal prêtera serment en la forme ordinaire (1) ».

Ces arrêts vont sans doute trop loin, en tant qu'ils établissent que les tribunaux ne peuvent admettre, de la part des juifs, d'autre forme de serment que celle qui consiste à lever la main, en disant : *Je le jure*. Mais en tant qu'ils jugent que l'on ne peut pas forcer un israélite à prêter, dans la forme judaïque, le serment qui lui est déféré, ils me paraissent calqués sur les vrais principes; et l'on verra, au n° suivant, que la cour de cassation en a expressément sanctionné la décision, par l'un des motifs de son arrêt du 10 juillet 1828. En effet, que répondre de raisonnable au juif qui déclare que, dans sa conscience, le serment prêté dans la forme ordinaire, a le même effet qu'un serment prêté *more judaïco*? Et comment des magistrats pourraient-ils rejeter une pareille déclaration sans s'ériger en théologiens?

III. Sur la troisième question, l'affirmative a été adoptée par deux arrêts de la cour de cassation.

Dans l'espèce du premier, Malagutti et Ratta, condamnés à mort pour crime d'assassinat suivi de vol, par un arrêt de la cour d'assises du département de la Seine, présentaient pour moyen de cassation le fait qu'un témoin ouï dans les débats, et qui professait notoirement la religion hébraïque, au lieu de prêter, suivant les rites de cette religion, le serment prescrit par l'art. 317 du Code d'instruction criminelle, ne l'avait prêté que dans la forme commune aux chrétiens.

Mais par arrêt du 19 mai 1826, au rapport de M. Bernard, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris,

« Attendu que, si les témoins qui professent une autre religion que celle de l'État, peuvent demander à être admis au serment suivant le rite prescrit par leur culte, on ne saurait en conclure que ces témoins, quelle que soit leur religion, lorsqu'avant leur déposition, ils ont été admis à prêter le serment prescrit par la loi, n'aient pas accompli l'obligation qui leur était imposée, et n'aient pas donné à la société et aux accusés la garantie que le législateur a voulu leur assurer, en les obligeant d'affirmer leur déclaration sous la foi du serment;

» Que, quand il serait vrai que, dans l'espèce,

(1) *Ibid.*, page 19.

BIU Cujas

un témoin, quoique juif de religion, aurait prêté le serment en la forme ordinaire, sans réclamation de sa part, il n'en aurait pas moins été pleinement satisfait au vœu de l'art. 317 du Code d'instruction criminelle;

» Attendu d'ailleurs que la procédure est régulière en la forme, et que la peine a été légalement appliquée aux faits déclarés constans;

» La cour rejette le pourvoi... (1) ».

Dans la seconde espèce, Gatien Beusse attaquait un arrêt de la cour d'assises du département de la Gironde, du 11 juin 1828, qui l'avait condamné à une peine d'après la déclaration du jury, portant qu'il était coupable du fait à raison duquel il avait été mis en accusation; et son moyen de cassation consistait à dire que, parmi les douze jurés dont cette déclaration était l'ouvrage, il y en avait deux qui, appartenant au culte hébraïque, avaient dû prêter, dans la forme déterminée par les rites de leur religion, le serment prescrit par l'art. 312 du Code d'instruction criminelle; que cependant ils l'avaient prêté dans la même forme que les autres jurés; qu'ils devaient donc être censés ne l'avoir point prêté du tout, et que par conséquent il y avait nullité.

Mais, par arrêt du 10 juillet de la même année, « Attendu qu'en supposant qu'au nombre des douze jurés de jugement, il se soit trouvé deux citoyens appartenant au culte israélite, ces deux jurés ont pleinement satisfait à la loi, en prêtant le serment prescrit par l'art. 312 du Code d'instruction criminelle; *qu'il suffit qu'ils n'aient point réclamé contre le mode de serment déterminé par cet article, pour qu'il ait été interdit de les soumettre à tout autre;*

» Attendu la régularité de la procédure et l'application légale de la peine;

» La cour rejette le pourvoi.... (1) ».

§. III. 1° *La délation d'un serment décisoire, acceptée par celui à qui elle est faite, peut-elle être rétractée tant que le juge n'en a pas donné acte, et n'a pas ordonné la prestation du serment?*

2° *Le juge qui a déféré le serment supplétif à une partie, peut-il en rétracter la délation, lorsqu'avant la prestation du serment, l'autre partie s'y oppose, en produisant une pièce de laquelle il résulte évidemment que ce serment serait faux, s'il était prêté?*

I. La loi 11, C. *de rebus creditis et jurejurando*, permettait à la partie qui avait déféré le serment à son adversaire, de se rétracter jusqu'à la fin du procès : *Si quis juramentum intulerit, et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, si voluerit, præstare, ità tamen ut hujusmodi licentia usquè ad litis tantummodò terminum ei præstetur.*

Mais qu'entendait cette loi par les mots, *usquè ad terminum litis* (jusqu'à la fin du procès)? C'est sur quoi les interprètes n'étaient pas d'accord.

Suivant les uns, le procès n'était censé terminé, à l'effet d'empêcher la rétractation de la délation de serment, que lorsque la délation de serment avait été non-seulement acceptée par la partie à qui elle était faite, mais encore suivie de la prestation effective du serment déféré; en sorte qu'elle pouvait encore être révoquée à l'instant même où la partie à qui elle avait été faite, était, en présence du juge et de son adversaire, sur le point de lever la main pour jurer; et telle était, comme l'atteste le président Favre dans son Code, liv. 4, tit. 1, défin. 22, la jurisprudence du sénat de Chambéry (1).

Suivant d'autres, il suffisait que la délation de serment eût été acceptée par celui à qui elle était faite, pour qu'elle fût à l'abri de toute révocation. C'était ce qu'enseignait notamment Gilkenius dans son *Commentaire sur le Code*, livre 4, tit. 1er.

Enfin, suivant une troisième opinion, l'acceptation de la partie à qui le serment était déféré, n'en rendait la délation irrévocable qu'après que le juge en avait donné acte; et c'était ainsi que l'avait décidé un arrêt du conseil souverain de Brabant, du 23 février 1713, rapporté par le président Wynants, §. 80 (2).

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 31, page 289.

(2) *Ibid.*, tome 33, page 632.

(1) Voici les termes de ce magistrat :

Jusjurandum ab eo delatum qui novas habeat et tutiores probationes, revocari potest, non solùm posteaquàm oblatam jurandi conditionem adversarius agnovit, sed in ipso procinctu jurandi, quia licet videatur pro jurato habendus quisquis in procinctu jurandi fuit, ne alioqui perindè arguatur de perjurio aut saltem de perjurandi voluntate atque si jàm jurasset, verùmtamen est juratum non esse, potuitque is qui fingebat fortassè paratum se in promptu jurare, voluntatem subindè mutare et nolle jàm jurare. Denique antè actum perfectum locus est pœnitentiæ ex utràque parte. Ita senatus ex tempore in secreto auditorio, 4 idibus februarii 1593, contra N. Suchet-Maurian.

(2) *Juramentum judiciale* (dit-il) *delatum per unum ex litigantibus, et acceptatum in judicio per alterum, antequàm judex decretum suum interposuisset, à deferente revocatum fuerat, qui asserebat novas sibi supervenisse probationes. Quæsitum*

BIU Cujas

De ces trois opinions la première était la plus conforme, non seulement au texte de la loi 11, C. *de rebus creditis et jurejurando*, mais encore aux principes du droit romain sur *les contrats innommés*, dont elle n'était que la conséquence; car, d'un côté, c'était bien un contrat innommé que celui qui se formait entre deux parties par la délation et l'acceptation d'un serment décisoire, puisqu'à la différence de la vente, du louage, de la société, du mandat, il n'avait point de nom particulier qui lui eût été donné ou confirmé par les lois civiles; et de l'autre, il était de règle, dans le droit romain, comme on peut le voir dans le commentaire de Voët sur le Digeste, liv. 19, titres 4 et 5, que les contrats innommés pouvaient être résiliés impunément tant que les choses restaient entières.

Mais de là même il suit évidemment que la seconde opinion, quoique contraire au texte de la loi 11, C. *de rebus creditis et jurejurando*, devait prévaloir dans l'ancienne jurisprudence, puisqu'on y tenait pour constant qu'il n'y avait plus de différence, quant à l'effet obligatoire, entre les contrats nommés et les contrats innommés, comme il n'y en avait plus entre les simples pactes et les stipulations.

Sur quoi donc s'était fondé le conseil souverain de Brabant pour adopter la troisième opinion par son arrêt du 23 février 1713? Il faut le dire, il ne s'était fondé que sur de vaines et frivoles considérations. Écoutons le président Winants : *Credidit enim senatus, solâ delatione et acceptatione juramenti, negotium totum non confici aut absolvi, sed ut perfectum ac irrevocabile jus acquiratur acceptanti, judicis decretum necessario hoc in casu accedere et præcedere debere, utpotè cujus sit dijudicare quomodo delatum, quomodo acceptatum, ac quomodo et quandò ad præstationem acceptatus admitti debeat, cùm et plures intercedere possint causæ ac circumstanciæ ob quas judex decretum recuset. Imperfecto autem adhuc actu, revocationis facultatem deferenti liberam esse creditum fuit, maximè si novas probationes se reperisse putet et dicat deferens, et ità perjurii ac perjurandi occasio etiam volenti eripiatur.*

Tout cela eût été bon à dire sous le pur droit romain, qui, tant que les choses restaient entières, permettait la résiliation des contrats innommés. Mais sous une jurisprudence qui assimilait les contrats innommés aux contrats nommés, et les considérait tous comme également obligatoires, il fallait tenir un autre langage; il fallait dire : la délation de serment est une offre de passer condamnation, si la partie à qui le serment est déféré, le prête; et cette offre acquiert, par l'acceptation qui en est faite, le caractère d'obligation conditionnelle. Or, où est-il écrit qu'une obligation conditionnelle peut être résiliée par l'une des parties, tant que n'est pas accomplie ou que n'a pas manqué la condition qui la tient en suspens? Nulle part, et le contraire est universellement reconnu (1). Qu'importe donc que le juge puisse rejeter la délation de serment, même après qu'elle a été acceptée, comme il doit la rejeter en effet, lorsqu'elle porte sur un objet qui ne dépend pas des conventions des parties? Il résulte bien de là que l'obligation formée par la délation et l'acceptation du serment, est subordonnée à deux conditions : l'une, qu'elle sera approuvée par le juge; l'autre, que le serment sera prêté en conséquence, et que le juge peut, par son refus d'approuver la délation et l'acceptation du serment, faire manquer la première de ces conditions; mais il n'en résulte certainement pas que, tant que la première de ces conditions reste en suspens, la délation de serment puisse être révoquée par la partie qui l'a faite.

Au surplus, l'art. 1364 du Code civil fait cesser là-dessus toute controverse, en disant que *la partie qui a déféré le serment, ne peut plus se rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.* *V.* l'article *Contrat judiciaire*, §. 2.

II. La seconde question s'est présentée dans l'espèce suivante :

Le 5 juin 1811, convention par laquelle le sieur Forgemolle s'engage, envers les sieurs Imbert et Jouteau, à voiturer et conduire à Angoulême des bois de marine qu'ils avaient fait exploiter dans les communes de Saint-Barban et de Bussière-Poitevine.

Le sieur Forgemolle commence par faire voiturer à Angoulême les bois existans dans la commune de Saint-Barban; et cela fait, les sieurs Imbert et Jouteau lui remettent, d'après un arrêté de compte du

---

fuit an revocari potuerit? Pro negativâ judicaverat magistratus Bruxellensis, ex eo quòd delatione et acceptatione partium, jus quæsitum esset, et quidem irrevocabile, ei qui acceptaverat, quasi ità conventum esset inter partes; ac propterea eo modo quo in contractibus nominatis, jus irrevocabile statutum esse, ac exclusus omnis pœnitendi locus, quod et similes variationes non essent admittendæ, sicut et illæ non recipiuntur in juramento voluntario, quoties extrà judicium pares convenerunt, ut, petitore aut defensore jurante, is præstito juramento victor esset; quod casu omnes conveniunt non dari locum pœnitentiæ.

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 2, n° 4.

BIU Cujas

16 février 1812, un effet de commerce qui excède de 381 francs 61 centimes la somme qu'ils lui doivent jusqu'à ce moment.

A l'échéance de cet effet, le sieur Forgemolle en touche le montant; et alors les sieurs Imbert et Jouteau le font assigner devant le tribunal de première instance de Civray, pour le faire condamner à leur restituer les 381 francs 61 centimes qu'il a reçus d'eux en sus de ce qu'ils lui devaient pour le transport des bois de la commune de Saint-Barban.

Il répond que, lors de l'arrêté de compte du 16 février 1812, il a été convenu verbalement entre eux que cette somme resterait entre ses mains, à valoir sur le prix du transport qu'il avait encore à faire des bois de la commune de Bussières-Poitevine; et qu'ainsi, leur demande est mal fondée.

Les sieurs Imbert et Jouteau nient cette convention.

Le 13 août 1819, jugement qui condamne le sieur Forgemolle à leur payer la somme qu'ils réclament, *en par eux dûment affirmant par serment que la somme qu'il a touchée en sus de celle qu'ils lui devaient, ne devait pas lui être imputée sur le prix des nouveaux charrois qu'il avait entrepris de faire pour leur compte, mais qu'il devait la leur remettre après avoir touché le montant de la lettre de change qu'ils lui avaient donnée en paiement.*

Le 30 juin 1820, les sieurs Imbert et Jouteau font signifier ce jugement au sieur Forgemolle, avec assignation pour être présent à la prestation du serment qui leur est déféré.

Le sieur Forgemolle comparaît, et, armé d'une lettre des sieurs Imbert et Jouteau, en date du 8 juin 1812, il s'oppose à la prestation du serment. Cette lettre est ainsi conçue : *D'après notre arrêté de compte du 6 février dernier, vous êtes notre redevable de la somme de 381 francs 61 centimes*, que vous avez promis nous remplir, en faisant l'enlèvement des bois de marine à nous appartenant sur le domaine des Granges, commune de Bussières-Poitevine. *Ayant eu occasion de passer dans cette contrée, je me suis informé si vous aviez commencé à faire cet enlèvement; on m'a dit n'avoir vu personne. En conséquence, nous vous prions de le faire le plus tôt qu'il vous sera possible, et de profiter de la facilité qu'offre la saison pour voyager dans ce pays. Vous aurez soin de recommander à ceux que vous y enverrez, de prendre les deux pièces qui ne sont pas reçues et qui sont dans le ruisseau. Veuillez nous faire part de ce que vous croyez faire à cet égard. Dans cette attente, nous avons l'honneur*, etc.

D'après cette lettre, le sieur Forgemolle conclut au rapport du jugement du 13 août 1819, et au rejet de la demande formée contre lui.

De leur côté, les sieurs Imbert et Jouteau persistent dans leur offre de prêter le serment supplétif qui leur a été déféré, et soutiennent que le tribunal ne peut pas rétracter le jugement qui en contient la délation.

Le 11 août 1820, jugement en dernier ressort par lequel,

« Considérant que Forgemolle a constamment soutenu, en plaidant, que la somme de 381 francs 61 centimes, faisant partie de l'effet qui lui avait été cédé, et excédant celle qui lui était due par Imbert et Jouteau, devait être compensée avec le prix des charrois qu'il avait entrepris de faire pour le compte de ces derniers, d'après la convention expresse qui avait été faite entre eux;

» Considérant que cette convention avait été formellement déniée par lesdits Imbert et Jouteau, qui avaient soutenu, au contraire, que le sieur Forgemolle s'était obligé de leur remettre ladite somme de 381 francs 61 centimes aussitôt qu'il l'aurait touchée;

» Considérant que la preuve du traité allégué par Forgemolle, résulte clairement de la lettre qui lui fut écrite le 18 juin 1812 par Imbert et Jouteau, et que ce ne fut qu'à défaut de cette preuve que le tribunal se détermina à déférer le serment aux demandeurs, sur ce que la somme de 381 francs 61 centimes que Forgemolle avait touchée en sus de celle qui lui était due, devait lui être remise aussitôt que ledit Forgemolle aurait touché le montant de la lettre de change qu'ils lui avaient donnée en paiement, et ne devait pas servir d'à-compte sur le prix des charrois que Forgemolle devait leur faire;

» Considérant que la condamnation prononcée par le jugement du 12 août 1819, étant subordonnée à la prestation de serment ci-dessus, le jugement ne peut être regardé comme définitif, mais seulement comme interlocutoire, et qu'il est de principe qu'un jugement de cette nature ne peut tellement lier les juges qu'ils ne puissent s'en écarter, surtout lorsqu'ils sont convaincus, d'après les pièces qu'ils ont sous les yeux, qu'ils consacreraient une injustice en le déclarant définitif....;

» Par ces motifs, le tribunal, sans s'arrêter ni avoir égard à son jugement du 13 août dernier, le rapporte pour n'avoir aucun effet.... (1) ».

Les sieurs Imbert et Jouteau se sont pourvus en

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 14, page 141.

BIU Cujas

cassation contre ce jugement, et l'ont attaqué comme violant l'art. 1351 du Code civil, concernant l'autorité de la chose jugée.

C'est en vain, ont-ils dit, que, pour rétracter le jugement du 13 août 1819, le tribunal de Civray l'a considéré comme interlocutoire. Ce jugement était véritablement définitif, puisqu'il nous constituait juges dans notre propre cause, et que la condition de laquelle il faisait dépendre la condamnation de notre adversaire, était absolument potestative de notre part. Aussi l'auteur du *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Jugement*, §. 3, n° 3, après avoir rappelé le principe que les jugemens interlocutoires ne lient pas les juges, ajoute-t-il : *Remarquez cependant qu'il est des jugemens interlocutoires auxquels cette maxime ne peut pas être appliquée : ce sont ceux qui, par la force de la loi, décident tellement le fond que le juge n'a plus rien à examiner en définitive, et que son ministère se réduit à déclarer la conséquence que la loi en fait sortir. Ainsi, le jugement par lequel le serment est déféré d'office à une partie, ne peut plus être changé par le juge qui l'a rendu*, parce qu'une fois le serment prêté, *la condamnation de la partie adverse en devient une suite nécessaire.* Donc le jugement du 13 août 1819 était irrévocable; donc, en le rapportant, le tribunal de Civray a violé l'art. 1351 du Code civil; donc le jugement par lequel il en a prononcé le rapport, ne peut pas échapper à la cassation.

Ce moyen était spécieux, et il a suffi pour déterminer l'admission de la requête en cassation des sieurs Imbert et Jouteau; mais il était impossible qu'il résistât au choc d'une discussion contradictoire. Sans doute, le tribunal de Civray était tombé dans une grande erreur, en considérant comme purement interlocutoire le jugement du 13 août 1819, par lequel il avait déféré aux sieurs Imbert et Jouteau le serment supplétif. Ce jugement ne pouvait pas être interlocutoire, puisqu'il ne laissait pas au tribunal la faculté qu'ont toujours les juges, après avoir ordonné l'instruction qui ne fait que préjuger le fond, de laisser de côté les preuves qui en sont résultées, et de revenir aux moyens que faisait *précédemment* valoir la partie contre les conclusions de laquelle ils l'ont admise. Il était donc nécessairement définitif. Mais il ne l'était pas d'une manière absolue; il ne l'était que conditionnellement; il ne l'était que sous la condition que les sieurs Imbert et Jouteau prêteraient le serment supplétif qui leur était déféré.

Or, les sieurs Imbert et Jouteau pouvaient-ils être admis à remplir cette condition, alors que le sieur Forgemolle produisait une pièce qui prouvait clairement qu'ils auraient commis un parjure en prêtant le serment ? Non, répondait M. Odilon-Barrot, défenseur du sieur Forgemolle devant la section civile, non. *Il en est des condamnations judiciaires conditionnelles comme des obligations conditionnelles. Les unes et les autres ne subsistent plus quand la condition vient à manquer, ou qu'il y a certitude qu'elle ne peut s'accomplir. La condition du serment est sans doute potestative pour celui à qui le serment est déféré; mais il faut que la condition arrive : or, la condition ne peut pas se réaliser lorsque, pour l'accomplir, un crime doit être commis. Alors la condition est impossible, et la condamnation soumise à cette condition, doit nécessairement tomber.*

Aussi le recours en cassation des sieurs Imbert et Jouteau a-t-il été rejeté par arrêt du 10 décembre 1823, au rapport de M. Gandon, sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier, et après un délibéré en la chambre du conseil,

« Attendu, en droit, que le serment ne peut être déféré d'office que quand les juges sont incertains sur le droit des parties contendantes, ou, selon le langage de l'art. 1367 du Code civil, quand il n'y a ni preuve complète ni absence totale de preuve, soit de la demande, soit de l'exception qui y est opposée;

» Que la délation d'office est fondée sur la présomption que cet état d'incertitude sera le même lors de la prestation du serment déféré;

» Que, si, avant la prestation du serment, cet état d'incertitude cesse, s'il devient démontré que les faits sur lesquels l'affirmation était exigée, sont contraires à la vérité, il est, par la nature des choses, dans le devoir, et conséquemment dans le pouvoir des juges, de rétracter la délation et de prévenir la profanation du serment;

» Attendu, en fait, que la lettre missive des demandeurs, du 12 juin 1812, prouve évidemment, ainsi que l'a dit le tribunal de Civray, que les demandeurs étaient convenus que la somme par eux réclamée comme exigible sans aucune condition, avait été par eux laissée au demandeur, pour être imputée à compte des charrois qui lui restaient à faire, ainsi que ce dernier l'avait maintenu

» Qu'admettre les demandeurs à affirmer par serment le contraire, en vertu d'une délation d'office, c'eût été autoriser un faux serment; et qu'ainsi, en révoquant cette délation, le tribunal de Civray n'a violé ni l'autorité de la chose jugée, ni l'art. 1351 du Code civil (1) ».

Qu'il me soit permis d'ajouter aux motifs de cet arrêt une considération qui en rend le bien-jugé encore plus sensible. Supposons que la cause n'eût pas été susceptible d'être jugée en dernier ressort,

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1824, page 6.

BIU Cujas

que le tribunal de Civray eût ordonné, nonobstant l'opposition du sieur Forgemolle, et la production de la nouvelle pièce sur laquelle il la motivait, qu'il serait passé outre à la prestation du serment déféré aux sieurs Imbert et Jouteau, et que le sieur Forgemolle eût appelé de ce jugement : bien certainement ce jugement eût été réformé par la cour royale (1) : or, qu'aurait fait la cour royale en le réformant? elle aurait fait ce que les premiers juges auraient dû faire; elle aurait donc décidé que les premiers juges avaient dû accueillir l'opposition du sieur Forgemolle à la prestation du serment.

§. IV. 1°. *Est-ce comme décisoire, est-ce comme supplétif, que doit être considéré le serment qu'une partie défère ou requiert les juges de déférer à l'autre, non d'une manière absolue, mais par des conclusions subsidiaires, et seulement pour le cas où ses autres moyens de preuve sur le fait contesté ne seraient pas accueillis?*

2° *L'arrêt qui rejette expressément de pareilles conclusions, sans en donner de motifs, est-il nul?*

3° *L'arrêt qui, sans statuer sur de pareilles conclusions, ne les rejette qu'implicitement et par son silence, peut-il, à défaut de motifs sur le rejet implicite qu'il en prononce, être annulé par la cour de cassation, ou ne peut-il être attaqué que par requête civile?*

J'ai rapporté, dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Serment*, §. 2, art. 2, n° 7, un arrêt de la cour de cassation, du 30 octobre 1810, qui juge qu'on ne peut considérer que comme supplétif, le serment qui est l'objet de la première de ces questions; et M. Toullier en justifie clairement la décision dans son *Droit civil français*, tome 10, nos 404 et 405.

Il est vrai que depuis, deux autres arrêts de la même cour, des 20 juin 1827 et 2 janvier 1828, en prononçant sur les seconde et troisième questions, ont qualifié de *décisoires* des sermens qui n'avaient été déférés, ou dont la délation n'avait été requise, que par des conclusions subsidiaires; mais dans quelles circonstances ont-ils été rendus? C'est sur quoi il importe de nous fixer.

Voici comment l'espèce du premier est rapportée dans le *Bulletin civil*, tome 29, pag. 201 :

« Au commencement de l'année 1816, la compagnie Boubée fut chargée du service des fourrages.

» Elle eut recours à la maison Laffitte pour obtenir les avances de fonds qui pourraient être nécessaires pour cette entreprise.

» Une instance fut engagée par la compagnie Boubée contre la maison Laffitte, le 21 septembre 1821.

» Il s'agissait dans cette instance de fixer le droit de commission qui était dû à la maison Laffitte, sur lequel les parties n'étaient pas d'accord.

» Il s'agissait aussi des opérations de banque qui avaient eu lieu entre les parties pendant l'année 1816, et du solde de ces opérations, où il fallait balancer les recettes et les dépenses, ainsi que les intérêts annuels.

» La compagnie Boubée avait pris des conclusions sur ces divers points.

» Par jugement du 15 avril 1822, le tribunal de commerce du département de la Seine, conformément aux conclusions du sieur Laffitte, déclara la compagnie Boubée non-recevable dans ses demandes.

» La compagnie Boubée appela de ce jugement devant la cour royale de Paris; les mêmes conclusions furent prises de nouveau par cette compagnie, soit relativement au droit de commission, soit quant au balancement des recettes et des dépenses, ainsi que des intérêts annuels et au solde desdites opérations.

» Elle conclut en outre *à ce que le serment décisoire fût déféré au sieur Laffitte*, sur le point de litige relatif à la commission (1).

(1) *V.* l'article *Appel*, §. 8, n° 3, et le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Affirmation*, n° 7.

(1) Le rédacteur du *Bulletin civil* suppose ici que ces conclusions étaient pures et simples : mais la copie que j'en ai sous les yeux prouve le contraire. Les voici telles qu'elles ont été signifiées le 2 décembre 1822 :

« Plaise à la cour, faisant droit sur l'appel de la sentence susdatée :

» Attendu qu'il résulte des faits et des circonstances de la cause, notamment de la correspondance d'entre les parties, qu'il a été invariablement arrêté entre elles que la maison Laffitte, nantie de la procuration de l'ex-compagnie Boubée, recevrait directement du ministre les lettres d'avis des ordonnances ministérielles, qu'elle les toucherait au trésor, qu'elle ferait à l'ex-compagnie Boubée une avance jusques à concurrence d'un million, laquelle, remboursée tous les mois au moyen des ordonnances, serait aussi renouvelée tous les mois; qu'il serait accordé à la maison Perregaux-Laffitte un demi pour cent de commission sur les recettes, et 5 pour cent d'intérêts sur ses avances;

» Attendu que des conventions écrites ne peuvent

BIU Cujas

» La cour royale (de Paris, par arrêt du 16 décembre 1822), confirma le jugement de première instance... dans toutes ses parties (et par-là), elle jugea implicitement, mais nécessairement, qu'il n'y avait pas lieu au serment demandé; elle ne donna cependant aucun motif de sa décision ».

être détruites par des allégations non prouvées, de prétendues conventions verbales;

» Attendu que des erreurs sont toujours susceptibles d'être rectifiées dans un compte courant;

» Mettre l'appellation et la sentence dont est appel au néant; émendant, décharger les appelans des condamnations contre eux prononcées;

» Au principal, sans s'arrêter ni avoir égard aux demandes, fins et conclusions de l'intimé,

» Ordonner qu'en réglant le compte courant d'entre les sieurs Perregaux-Laffitte et compagnie et l'ex-compagnie Boubée, au lieu de la commission que lesdits Perregaux-Laffitte et compagnie ont dûment portée à un pour cent sur toutes leurs sorties de caisse provenant, soit de leurs propres avances, soit même des sommes dont l'ex-compagnie Boubée était en avance chez eux, il sera alloué auxdits Perregaux-Laffitte et compagnie, conformément aux conventions d'entre les parties, demi pour cent sur les recettes qu'ils ont faites pour le compte de l'ex-compagnie Boubée, et provenant des ordonnances ministérielles;

» Renvoyer les parties devant telle personne qu'il plaira à la cour commettre, à l'effet d'établir, parties présentes ou dûment appelées, le compte courant d'après les bases ci-dessus, avec le réglement des intérêts annuellement balancés, suivant le taux convenu, savoir, à raison de 5 pour cent au profit des sieurs Perregaux-Laffitte, sur leurs avances par sortie de caisse, et de 4 pour cent seulement au profit de l'ex-compagnie Boubée;

» Pour ledit compte ainsi fait et rapporté, être par les parties conclu et par la cour ordonné ce qu'il appartiendra, quant au paiement du solde en résultant et aux intérêts d'icelui;

» Ordonner la restitution de l'amende consignée; condamner l'intimé, ès-noms qu'il procède, aux dépens des cause principale et d'appel;

» *Subsidiairement seulement*, et parceque devant la cour il faut conclure à toutes fins,

» *Donner acte aux sieurs Boubée et consorts de ce qu'ils défèrent au sieur Laffitte, ès-noms qu'il procède, le serment décisoire sur la question de savoir si, comme on le soutient en son nom, les conventions fixées conformément à la lettre du sieur Laffitte, du 19 février 1816, auraient été ultérieurement modifiées verbalement entre lui et lesdits sieurs Boubée et consorts; et si, par suite de ces modifications verbales, les propositions primitivement faites par les exmunitionnaires, dans leur lettre du 17 dudit mois de février 1816, seraient devenues la loi des parties...* ».

Les sieurs Boubée et consorts se sont pourvus en cassation contre cet arrêt, et l'ont attaqué, notamment, 1° comme violant les art. 1358 et 1360 du Code civil, en ce qu'il rejetait implicitement le chef de leurs conclusions qui tendait à ce que le *serment décisoire* fût déféré au sieur Laffitte; 2° comme violant l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, en ce qu'il ne motivait pas le rejet implicite qu'il en prononçait.

Le sieur Laffitte, dans son *Mémoire de défense*, dont j'ai entre les mains une copie, n'a pas relevé la dénomination de *serment décisoire* donnée par les sieurs Boubée et consorts au serment dont ils avaient demandé en cause d'appel que la délation lui fût faite; et supposant cette dénomination exacte, il s'est borné à soutenir que la cour royale n'avait pu violer, ni les art. 1358 et 1360 du Code civil, ni l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, puisqu'elle n'avait pas statué sur les conclusions subsidiaires des appelans; que si, par son défaut d'y statuer, elle avait, d'après l'art. 80 du Code de procédure, ouvert aux sieurs Boubée et consorts la voie de la requête civile, elle leur avait, par cela seul, fermé la voie de la cassation; qu'ainsi, les moyens de cassation que les sieurs Boubée et consorts prétendaient tirer des articles cités du Code civil et de la loi du 20 avril 1810, étaient non-recevables.

Les sieurs Boubée et consorts pouvaient écarter cette fin de non-recevoir par une observation très-simple, qui sans doute n'a pas échappé à leur défenseur.

Il est vrai (pouvaient-ils dire) que l'art. 480 du Code de procédure range *l'omission de prononcer sur l'un des chefs de demande*, au nombre des ouvertures de requête civile, et que, par-là, il s'oppose à ce qu'on en tire un moyen de cassation; mais, dans l'espèce, ce n'est point sur l'un des chefs de demande qui constituaient le litige entre les parties, qu'il a été omis de prononcer; l'omission porte sur des conclusions dont l'objet était de préparer et faciliter le jugement de ce litige; elle nous prive donc de l'effet que nous avions droit d'attendre d'un mode de preuve que la loi nous autorisait à invoquer pour justifier nos demandes au fond; et par conséquent elle viole la loi qui, en autorisant ce mode de preuve, place nécessairement le juge auquel il est proposé, dans l'alternative de l'admettre ou d'expliquer pourquoi il ne l'admet pas. Mais dès-là, il faut bien qu'il en résulte un moyen de cassation, et non pas une simple ouverture de requête civile. C'est, au surplus, ce qu'enseigne M. Carré, dans ses *Lois de la procédure*, n° 1749; voici ses propres termes:

« *Le silence du jugement sur les conclusions tendantes à être admis à une preuve, constitue-t-il une omission de prononcer?*

BIU Cujas

» Non, dit Serpillon, sur l'art. 34 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667, parceque ces conclusions sont un moyen et non une demande. Il cite en faveur de cette décision un arrêt du parlement de Dijon, du 18 mai 1694.

» Nous sommes de cet avis, attendu que l'art. 480 du Code, en tout semblable en ce point à l'art. 34 de l'ordonnance, n'ouvre la requête civile que dans le cas *où il a été omis de prononcer sur l'un des chefs de demande* : or, ces mots, *chefs de demande*, nous paraissent exprimer uniquement les divers points ou objets de contestation des parties, et non pas les conclusions qu'elles prendraient pour justifier les prétentions respectives relativement à ces chefs : c'est ce qu'exprime la maxime *sententia debet esse conformis* LIBELLO ».

Aussi la cour de cassation n'a-t-elle tenu aucun compte de la fin de non-recevoir que le sieur Laffitte opposait au moyen de cassation des sieurs Boubée et consorts.

Par arrêt du 20 juin 1827, au rapport de M. Vergès, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert :

« Vu les art. 7 de la loi du 20 avril 1810, 1358 et 1360 du Code civil.... ;

» Attendu que, d'après les art. 1358 et 1360 du Code civil, le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, et en tout état de cause;

» Qu'il résulte des conclusions de la compagnie Boubée que le serment *décisoire* a été déféré au sieur Laffitte, à l'effet de savoir si, comme on le soutenait en son nom, les conventions fixées par sa lettre du 19 février 1816, avaient été modifiées verbalement, et si, par suite de ces modifications, les propositions primitivement faites par ladite compagnie, seraient devenues la loi des parties;

» Que la cour royale, en confirmant purement et simplement le jugement de première instance, qui avait déclaré la compagnie Boubée non-recevable dans ses demandes, a implicitement et nécessairement décidé qu'il n'y avait pas lieu au serment demandé;

» Que cependant, quoique ce chef de conclusions fût extrêmement important, la cour royale n'a donné aucun motif de sa décision;

» Qu'elle est par conséquent contrevenue, sous ce nouveau rapport, audit art. 7 de la loi du 20 avril 1810;

» La cour casse et annule l'arrêt rendu par la cour royale de Paris, le 16 décembre 1822.... ».

Pourquoi cet arrêt qualifie-t-il de *décisoire* le serment que les sieurs Boubée et consorts avaient, par leurs conclusions subsidiaires, non pas déféré eux-mêmes, mais requis la cour royale de déférer au sieur Laffitte? Parcequ'il n'y avait là-dessus aucune contestation entre les parties; parceque les parties s'accordaient, par une erreur commune, à qualifier ce serment de *décisoire;* et surtout parce que, pour résoudre la question de laquelle dépendait le sort de l'arrêt attaqué, il était indifférent que ce serment fût *décisoire* ou *supplétif*. Cet arrêt ne contrarie donc nullement celui du 30 octobre 1810.

La seconde espèce nous est ainsi retracée par le *Bulletin civil*, tome 30, page 4 :

« Par acte du 17 août 1822, les sieurs Prévôt de Vaudigny et de Gestas ont vendu au sieur Secondé une propriété sise en la commune de Sillery.

» L'acquéreur, regardant comme compris dans la vente un terrain attenant, commença à y construire une grange; mais la dame veuve Picard, sa voisine, se plaignit que cette construction obstruait l'entrée et la sortie de sa propriété, et en demanda la démolition. Une instance s'engagea, et le sieur Secondé mit en cause ses vendeurs, contre lesquels il prétendait exercer une action en garantie.

» Sur ce chef, le sieur Secondé concluait à ce qu'il fût ordonné, avant faire droit, que les parties viendraient en personne s'expliquer sur l'objet de la vente, et particulièrement sur les faits suivans, savoir, 1° que le terrain sur lequel la veuve Picard a un passage, a été positivement compris dans la vente, dont le prix, à raison de ce, a été augmenté de 2,000 francs; 2° que, postérieurement au contrat, M. de Gestas lui-même a tracé sur le terrain les lignes à suivre et qui depuis ont été suivies dans la construction.

» Le jugement intervenu entre toutes les parties le 20 mai 1823, posa, sur ce chef, la question de savoir s'il y avait lieu, avant faire droit, d'ordonner la comparution en personne, à l'audience, des défendeurs à la garantie, pour s'expliquer sur les faits articulés; puis, il considéra que, d'après les développemens donnés, les discussions et les concessions faites, il ne pourrait rien en résulter qui pût détruire l'effet d'un acte synallagmatique devenu la loi des parties; qu'ainsi, il n'y avait pas lieu de recourir à une voie qui n'est prescrite que par le Code de commerce, et que la jurisprudence admet dans les tribunaux civils, mais seulement dans les causes qui ne gissent qu'en faits, et dans l'absence de tout autre document; que la seule voie légale eût été de recourir au moyen qu'autorise l'art. 324 du Code de procédure civile, ce qui n'avait point été requis; que, dans l'espèce, il n'était

BIU Cujas

pas prouvé que le terrain litigieux fît partie de l'acquisition; que la demande en garantie devait donc être rejetée. En conséquence, le tribunal en renvoya les défendeurs, après avoir ordonné, au profit de la veuve Picard, la démolition des ouvrages commencés sur ce terrain.

» Le sieur Secondé interjeta appel de ce jugement devant la cour royale de Paris, et il intima toutes les parties.

» Il conclut d'abord uniquement à la nullité de ce jugement, comme ayant été rendu par quatre juges, dont deux n'avaient pas assisté à l'audience où avaient eu lieu les plaidoiries; mais l'arrêt (du 28 février 1824) constate que, sur la barre, il prit des conclusions subsidiaires tendantes à la comparution des parties en personnes, et à ce qu'il lui fût donné acte de ce qu'il déférait à MM. de Vaudigny et de Gestas le serment décisoire sur le point de savoir, 1° s'ils avaient vendu, à lui appelant, le terrain dont il s'agissait; 2° si, postérieurement à la vente, M. de Gestas, auquel seul le serment serait déféré sur ce point, n'avait pas tracé ou indiqué sur le terrain l'emplacement d'une grange qui devait y être construite.

» L'arrêt contient ensuite les questions suivantes :

» 1° Le jugement dont est appel, doit-il être déclaré nul?

» 2° Doit-on s'arrêter à la prétendue nullité et aux conclusions subsidiaires de l'appelant?

» Puis, *la cour faisant droit, attendu que la sentence dont est appel fait foi des énonciations qu'elle contient, et adoptant les motifs des premiers juges, sans s'arrêter aux conclusions principales et subsidiaires de l'appelant, a mis l'appellation au néant.*

» Le sieur Secondé s'est pourvu en cassation contre cet arrêt. Il a soutenu que, si la cour, interprétant l'énonciation contenue au jugement attaqué par appel, a pu le démettre de ses conclusions principales en nullité de ce jugement, il n'en est pas de même de ses conclusions subsidiaires, par lesquelles il déférait aux défendeurs en garantie le serment décisoire. L'unique motif que contienne l'arrêt, est absolument étranger à ce chef de demande, dont le rejet ne saurait, dès-lors, être justifié qu'autant que les motifs donnés par les premiers juges, pourraient s'y appliquer : or, les premiers juges n'ont pas eu à s'expliquer sur une demande qui n'a été formée qu'en appel devant la cour royale. Mais il y a plus : ils ont reconnu que le sieur Secondé aurait pu recourir à la voie légale de l'interrogatoire sur faits et articles, autorisée par l'art. 324 du Code de procédure, mais qu'il ne l'avait pas requis; ils ont donc préjugé, dès-lors, qu'ils eussent admis ce moyen légal, s'il eût été requis. Ce que Secondé n'avait pas demandé en première instance, il l'a fait en la cour royale; mais en recourant à un moyen légal bien plus décisif, bien plus tranchant que l'interrogatoire sur faits et articles, et qu'il était formellement et expressément autorisé à proposer par les art. 1357, 1358 et 1360 du Code civil, qui veulent que le serment décisoire puisse être déféré sur quelque contestation que se soit, en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

» Il est donc évident que le rejet de ce moyen légal et toujours opposable, ne trouve sa justification dans aucun des motifs, soit du jugement de première instance, soit de l'arrêt attaqué; que ce chef important de conclusions a, dès-lors, été rejeté sans que la cour en ait donné aucun motif; que son arrêt contrevient ainsi à l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 et à l'art. 141 du Code de procédure civile ».

Le *Bulletin civil* ne dit pas comment les défendeurs ont combattu ce moyen de cassation; mais nous l'apprenons par le *Journal des audiences de la cour de cassation*, année 1828, page 78 : ils ont soutenu que le serment dont il s'agissait n'était pas *décisoire*, mais seulement *supplétif*.

« En effet (ont-ils dit), on voit par l'art. 1357 du Code civil que, pour que le serment déféré par une partie à sa partie adverse, soit *décisoire*, il faut que le jugement de la cause en dépende, comme le mot *décisoire* le fait entendre; et c'est là ce qui le distingue essentiellement du serment *supplétif*, qui n'est qu'un moyen d'éclairer de plus en plus la religion du juge. Le premier est, à lui seul, une preuve : la loi n'en demande pas d'autre : le second n'est que l'auxiliaire ou le complément d'une preuve imparfaite; la loi ne l'autorise qu'autant que ce commencement de preuve existe déjà (Code civil, art. 1357).

» Ce simple rapprochement fait déjà entrevoir à laquelle des deux espèces de serment appartient celui que le sieur Secondé, après avoir épuisé le développement des divers moyens de sa cause, a imaginé de déférer aux défendeurs, par les conclusions subsidiaires qu'il a prises.

» Quelque qualification qu'il lui ait plu de donner à ce serment, ce n'était pas un serment décisoire; car le sort de la contestation n'en dépendait pas. Non seulement Secondé n'avait abandonné aucun de ses moyens de défense, mais il leur avait donné toute l'extension dont ils pouvaient être susceptibles; et, bien loin de subordonner la décision à intervenir au serment des sieurs de Gestas et de Vaudigny, il ne le leur déférait qu'hypothétiquement et pour le

BIU Cujas

cas où il échouerait dans ses autres moyens, qu'il espérait fortifier à l'aide de cet expédient. Le serment dont il s'agit, n'était donc qu'un serment supplétif; et ce qui achève de le prouver, c'est que, si, au lieu de statuer sur les conclusions principales du sieur Secondé, la cour royale ne s'était occupée que du serment, unique objet des conclusions subsidiaires, son arrêt n'eût pu échapper à une juste censure.

» Au reste, il est aisé de comprendre qu'un serment déféré par une partie dans des conclusions subsidiaires, et sans renoncer à ses autres moyens, ne peut jamais être que supplétif, et que la faculté d'en ordonner ou d'en refuser la prestation, doit appartenir discrétionnairement aux tribunaux....

» Aussi la cour suprême a-t-elle constamment jugé que, quand une partie, après avoir fait valoir les moyens qu'elle a cru propres à justifier sa prétention, défère subsidiairement le serment à son adversaire, ce serment n'est pas décisoire, mais supplétif, et abandonné, dès-lors, à la discrétion du juge....

» Une fois établi que le serment était purement supplétif, on comprend que la cour royale n'a pas dû donner des motifs particuliers de son refus d'en ordonner la prestation; ce n'était là qu'un moyen nouveau et non une demande nouvelle; dès-lors, il est clair que le rejet des conclusions subsidiaires s'est trouvé implicitement et nécessairement justifié, par les motifs des premiers juges sur le fond de la contestation, motifs que la cour royale s'est appropriés, en admettant toutefois que les tribunaux soient obligés de motiver l'usage qu'ils font du pouvoir discrétionnaire dont ils sont investis de refuser la prestation d'un serment *supplétif* ».

Ainsi, dans cette espèce, les parties n'étaient pas, comme dans celle de l'arrêt du 20 juin 1827, d'accord sur le caractère du serment dont il s'agissait, puisque le demandeur en cassation le qualifiait de *décisoire*, et que les défendeurs, au contraire, soutenaient qu'il n'était que *supplétif*.

Mais, d'une part, c'était, dans cette espèce, une question tout-à-fait oiseuse; car, quand même le serment déféré par le sieur Secondé à ses adversaires, n'eût été que *supplétif*, le rejet des conclusions subsidiaires qui en contenaient la délation, n'en aurait pas moins dû être motivé, que s'il eût été *décisoire*. Qu'importe que ces conclusions ne constituassent pas une demande nouvelle, mais seulement un nouveau moyen? Il est d'une jurisprudence constante que le rejet des moyens nouveaux doit être motivé ni plus ni moins que le rejet des demandes nouvelles (1).

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Motif des jugemens*, n° 4.

D'un autre côté, c'était, à la vérité, par des conclusions subsidiaires, que le sieur Secondé avait déféré le serment aux sieurs de Gestas et de Vaudigny; mais en quel sens ces conclusions étaient-elles subsidiaires? L'étaient-elles en ce sens que le sieur Secondé ne les prenait que pour le cas où la cour royale n'eût pas accueilli ses moyens de preuve sur le fait contesté? Non, car, quoi qu'en ait dit le défenseur des sieurs de Gestas et de Vaudigny devant la cour de cassation, le sieur Secondé n'avait pas, devant la cour royale, reproduit, sur le fait contesté, les moyens de preuve qu'il avait employés devant les premiers juges; il s'était borné, en cause d'appel, à demander que le jugement de première instance fût déclaré nul; et comme le prouvait clairement la manière dont la cour royale avait posé les questions qu'elle avait à juger, ce n'était que pour le cas où cette demande eût échoué, qu'il avait, sur le fait contesté, déféré le serment à ses adversaires; ce serment était donc nécessairement décisoire.

Maintenant voyons comment la cour de cassation s'est expliquée, en cassant, par son arrêt du 2 janvier 1828, celui de la cour royale de Paris, du 28 février 1824:

« Ouï le rapport de M. le conseiller Legonidec, les observations de Guillemin pour le demandeur, celles de Dalloz pour les défendeurs, et les conclusions de M. l'avocat-général Cahier; et après qu'il en a été délibéré en la chambre du conseil, le tout aux audiences des 26 décembre dernier et de ce jour;

» Sur le moyen qui concerne le rejet du serment décisoire,

» Vu l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, et l'article 141 du Code de procédure civile;

» Attendu que l'arrêt attaqué constate que Secondé, après avoir conclu à la nullité du jugement, a pris sur la barre des conclusions subsidiaires, tendantes à ce qu'il lui fût donné acte de ce qu'il déférait à ses vendeurs le *serment décisoire* sur deux faits personnels par lui articulés;

» Que l'arrêt pose également la question s'il y a lieu de s'arrêter à ces conclusions, et que cependant, après avoir donné un motif uniquement relatif aux conclusions principales en nullité du jugement, la cour s'est bornée à dire : *Adoptant les motifs des premiers juges, sans s'arrêter aux conclusions principales et subsidiaires, a mis et met l'appellation au neant....*;

» Attendu que les motifs donnés par les premiers juges, ne peuvent, dans l'espèce, s'appliquer à la demande du serment décisoire formée pour la première fois devant la cour royale; que, si les premiers juges ont rejeté la comparution personnelle des

BIU Cujas

parties, qui leur était demandée, ils ont aussi reconnu formellement que le demandeur aurait pu recourir à la voie légale qui lui restait ouverte, de l'interrogatoire sur faits et articles, d'après l'art. 324 du Code de procédure civile;

» Qu'une pareille reconnaissance, loin d'être exclusive, serait au contraire un préjugé de l'admissibilité du serment décisoire, qui est aussi un moyen légal de preuve formellement autorisé par les articles 1357 et suivans du Code civil, en termes bien plus énergiques et plus étendus que ceux de l'art. 324 du Code de procédure civile; que le rejet de ce moyen ne peut donc trouver sa justification dans le jugement du tribunal de première instance; qu'il a été, dès-lors, prononcé sans motifs et en contravention de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, et de l'art. 141 du Code de procédure civile;

» Par ces motifs, la cour casse et annule l'arrêt de la cour royale de Paris, du 28 février 1824.... ».

Assurément, cet arrêt, en qualifiant de *décisoire* le serment qui avait été déféré aux sieurs de Gestas et de Vaudigny, et en le qualifiant ainsi après une discussion contradictoire sur le caractère qu'on devait lui attribuer, a jugé nettement que ce serment ne devait pas être considéré comme *supplétif*, quoique la délation n'en eût été faite que par des conclusions subsidiaires. Mais ce n'est pas à dire pour cela qu'il ait méconnu le principe consacré par celui du 30 octobre 1810; il en résulte seulement que ce principe n'est pas applicable au serment déféré par des conclusions prises subsidiairement pour le cas où seraient rejetés des moyens étrangers à la preuve du fait contesté, et qu'il doit être restreint au serment que des conclusions subsidiaires invitent le juge à déférer, en cas qu'il trouve la preuve du fait contesté insuffisante.

§. V. *Quel est l'effet du serment déféré ou prêté par le débiteur solidaire, pour ou contre ses co-débiteurs; par le débiteur principal, pour ou contre la caution; par la caution, pour ou contre le débiteur principal?*

V. l'article *Chose jugée*, §. 18, n°s 2, 4 et 5.

§. VI. *De ce qu'en thèse générale les fonctionnaires publics ne peuvent pas exercer leurs fonctions hors du territoire qui leur est assigné, et pour lequel ils sont assermentés, s'ensuit-il que les préposés des administrations des douanes, des contributions indirectes et des forêts, qui ont prêté serment devant le juge du lieu où ils sont, pour la première fois, entrés en fonctions, ne puissent pas, lorsqu'ils sont transférés avec le même grade dans un autre arrondissement, y instrumenter sans avoir renouvelé leur serment devant le juge territorial?*

I. Pour les préposés des douanes, la négative est établie en termes exprès par l'art. 13 du titre 13 de la loi du 22 août 1791. *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Commis*, n° 3.

II. Un arrêt de la cour royale de Grenoble, du 25 novembre 1822, en avait jugé autrement à l'égard des préposés de l'administration des contributions indirectes; mais il a été cassé en ces termes, le 11 février 1825:

« Ouï le rapport de M. Chasles, conseiller, et les conclusions de M. Laplagne-Barris, avocat-général;

» Attendu que, par la nature même des fonctions qui sont confiées aux soins de l'administration des contributions indirectes, il n'appartient qu'à elle seule d'en régler le service, ainsi que de distribuer et de placer ses préposés selon que les localités et les besoins du service lui paraissent l'exiger, comme d'étendre leur surveillance sur les différens lieux où elle la croit nécessaire;

» Que les tribunaux n'ont nullement à s'occuper de ce service distributif et de discipline qui ne peut jamais les concerner; que tout ce qu'ils peuvent exiger de ceux qui se qualifient préposés de l'administration, est de représenter leur commission et l'acte de leur prestation de serment, qu'ils ne sont pas obligés de répéter lorsqu'ils passent d'un arrondissement ou d'un département dans un autre, pour y exercer avec le même grade;

» Attendu qu'en assimilant les préposés de l'administration avec les fonctionnaires publics ordinaires, qui ne peuvent exercer leurs fonctions hors du territoire qui leur est assigné, la cour royale de Grenoble a commis une erreur grave, en ce qu'elle a confondu les principes du droit commun avec ceux de la législation spéciale et particulière qui régit les administrations publiques;

» Attendu qu'en annulant le procès-verbal rédigé, le 16 juillet 1822, contre la veuve Charlin, par le motif que les préposés, rédacteurs de ce procès-verbal, étant fixés à la résidence de Lyon, n'avaient aucun caractère, et qu'ils étaient sans qualité pour exercer leurs fonctions dans l'arrondissement de Vienne, lieu du domicile de la demanderesse, ladite cour royale a tiré une fausse induction de l'art. 20 du décret du 1er germinal an 13, et qu'elle a en même temps violé l'art. 26 du même décret, qui défend expressément aux tribunaux d'admettre, contre les procès-verbaux, d'autres nullités que celles résultant de l'omission des formalités prescrites par les articles précédens, lesquels articles

BIU Cujas

ne parlent nullement des cas particuliers dont il s'agit;

» Par ces motifs, la cour, faisant droit sur le pourvoi de l'administration, casse et annule l'arrêt de la cour royale de Grenoble, du 25 novembre 1822.... (1) ».

III. Deux arrêts de la cour de cassation, des 11 mars et 15 avril 1808, qui sont rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Serment*, §. 1, art 1, n° 4, avaient jugé la même chose quant aux préposés de l'administration forestière.

Mais, comme on l'a vu au même endroit, l'article 16 du Code d'instruction criminelle ayant limité les fonctions des *gardes-forestiers*, comme celles des gardes-champêtres, à la recherche, *chacun pour le territoire dans lequel ils sont assermentés*, des délits et des contraventions de police qui auraient porté atteinte aux propriétés forestières et rurales, il en est résulté, quant aux gardes de l'administration des forêts, un changement dans la jurisprudence de la cour de cassation.

Toutefois, ce changement ne s'est étendu ni n'a dû s'étendre jusqu'aux employés supérieurs de l'administration forestière, ni même jusqu'aux gardes généraux; et c'est ce que prouve un arrêt de la cour de cassation, du 16 février 1825, qui est ainsi conçu :

« Vu l'art. 7 de la loi du 16 nivôse an 9;

» Attendu que les préposés supérieurs de l'administration forestière, dûment commissionnés et assermentés, au nombre desquels il faut ranger les gardes généraux, qui ont une surveillance plus étendue que les simples gardes, et qui embrassent le ressort de plusieurs arrondissemens judiciaires, ont un caractère public qui n'est restreint par aucune limite territoriale; que les dispositions de l'art. 16 du Code d'instruction criminelle ne concernent que les gardes-forestiers proprement dits, et non les gardes-généraux; qu'il suit de là que, lorsque les gardes-généraux des forêts, qui ont prêté serment avant d'entrer en fonctions, passent dans une autre résidence pour y continuer l'exercice des mêmes fonctions, aucune loi ne les oblige de prêter un nouveau serment devant le tribunal de leur nouvelle résidence;

» Attendu que l'enregistrement de la commission d'un agent forestier au tribunal civil d'une nouvelle résidence, n'est pas non plus nécessaire pour donner un caractère légal aux fonctions de cet agent dans sa nouvelle résidence;

» Attendu, dans l'espèce, que Picoreau, commissionné garde-général des bois et chasses de S. M. à la résidence de Valence, canton de Chatenet, ayant exercé ses fonctions dans la conservation de Paris, avait, avant d'entrer en fonctions, prêté serment devant le tribunal de première instance de la Seine, conformément à l'art. 7 de la loi ci-dessus; qu'ainsi, ayant été nommé pour exercer, dans l'arrondissement de Melun, les mêmes fonctions qu'il avait exercées dans l'arrondissement de Paris, il a pu le faire sans prêter un nouveau serment devant le tribunal de Melun;

» Attendu que la cour royale de Paris, chambre des appels de police correctionnelle, en refusant, par son arrrêt du 17 décembre dernier, d'ajouter foi au procès-verbal dressé par le garde-général Picoreau, le 20 juillet dernier, contre Giboulet fils, trouvé chassant dans l'arrondissement du tribunal de Melun, sur le motif que ce garde n'avait pas prêté serment devant ce tribunal, lorsqu'il était reconnu qu'il l'avait prêté en la même qualité, avant d'entrer en fonctions, devant le tribunal de première instance du département de la Seine, et, en annulant ce procès-verbal, a créé une nullité, commis un excès de pouvoir, et violé l'art. 7 de la loi du 16 nivôse an 9:

» Par ces motifs, la cour casse et annule.... (1) ».

Au surplus, la disposition de l'art. 16 du Code d'instruction criminelle, qui, en restreignant les fonctions des gardes de l'administration forestière au territoire pour lequel ils étaient assermentés, les assujettissait à la prestation d'un nouveau serment, toutes les fois qu'ils changeaient de résidence, est abrogée par l'art. 5 du Code forestier du 21 mai 1827, qui est conçu en termes trop généraux pour ne pas comprendre même les simples gardes-forestiers :

» Les agens et préposés de l'administration forestière (y est-il dit) ne pourront entrer en fonctions qu'après avoir prêté serment devant le tribunal de première instance de leur résidence, et avoir fait enregistrer leur commission et l'acte de prestation de leur serment au greffe des tribunaux dans le ressort desquels ils devront exercer leurs fonctions.

» Dans le cas d'un changement de résidence qui les placerait dans un autre ressort en la même qualité, il n'y aurait pas lieu à une autre prestation de serment ».

§. VII. *En matière criminelle, correctionnelle et de police, les experts et les témoins*

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 30, page 72.

(1) *Ibid.*, page 85.

BIU Cujas

peuvent-ils, du consentement du ministère public et de l'accusé ou du prévenu, être dispensés du serment à la prestation duquel la loi les oblige ?

C'est demander, en d'autres termes, si le ministère public peut consentir d'avance à ce que l'accusé ou le prévenu soit acquitté sur des preuves illégales de son innocence, et si l'accusé ou le prévenu peut consentir d'avance à ce qu'il soit condamné à une peine sur des preuves illégales de sa culpabilité. Or, sur l'un et l'autre point, la négative est la conséquence nécessaire du principe consacré par l'art. 6 du Code civil, qu'*il ne peut être dérogé par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public.*

De là un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce.

Dans les premiers jours du mois d'août 1828, un commissaire de police de la ville de Paris, faisant la visite de la cave du sieur Loignet, marchand de vin, y saisit une feuillette dont il déclare que le contenu constitue celui-ci en contravention, et il en dresse procès-verbal.

Le sieur Loignet est en conséquence cité à l'audience du tribunal de police, du 7 du même mois; et là, usant du droit que lui donne l'art. 154 du Code d'instruction criminelle, de combattre, par une preuve contraire, le procès-verbal du commissaire de police, il demande que le liquide contenu dans la feuillette saisie, soit examiné et analysé par un homme de l'art.

Le ministère public ne s'y oppose pas; il consent même, sur la proposition du sieur Loignet, à ce que l'expert qui sera nommé par le tribunal, soit dispensé du serment.

Jugement du même jour, qui commet un expert pour procéder à l'examen et à l'analyse dont il s'agit, et ordonne, du consentement des parties, qu'il y procédera sans serment préalable.

L'expert s'acquitte de sa mission; et sur son rapport, favorable au sieur Loignet, il intervient, le 13 novembre suivant, un jugement qui acquitte le prévenu.

Mais le ministère public se pourvoit en cassation; et par arrêt du 27 décembre de la même année,

« Ouï le rapport...., et les conclusions de M. Laplagne-Barris, avocat-général;

» Vu les art. 54, 154 et 155 du Code d'instruction criminelle;

» Attendu que tout procès-verbal régulier, en matière de contravention de police, fait foi en justice, jusqu'à ce qu'il soit détruit ou débattu par une preuve contraire; que cette dernière preuve n'a de caractère légal, que lorsqu'elle est accompagnée des garanties exigées par la loi, soit des experts, soit des témoins appelés à éclairer la justice sur l'existence et la nature des faits qui donnent lieu à la prévention; que ces garanties consistent essentiellement dans la prestation du serment qui leur est imposée par la loi; que les conventions des particuliers ne peuvent altérer ou modifier les règles du droit public établies dans l'intérêt de la société, et d'une bonne administration de la justice; d'où il suit que les parties ne peuvent pas plus que les magistrats dispenser les experts ou les témoins de l'accomplissement de la formalité substantielle de la prestation du serment;

» Attendu que le jugement du tribunal de police de Paris, du 7 août dernier, en nommant un expert pour procéder à l'examen et à l'analyse du liquide contenu dans la feuillette saisie, dispense cet expert du serment, du consentement de la partie et du ministère public;

» Attendu que le jugement définitif du 13 novembre suivant, rendu sur le rapport d'un expert non assermenté, ne repose sur aucune base légale; d'où il résulte que ces deux jugemens contiennent une violation formelle des art. 44 et 154 du Code d'instruction criminelle;

» La cour, disant droit sur le pourvoi, casse et annule les jugemens du tribunal de police de Paris des 7 août et 13 novembre derniers... (1) ».

§. VIII. *Le témoin qui, après avoir prêté, comme tel, à l'audience d'une cour d'assises, le serment prescrit par l'art.* 317 *du Code d'instruction criminelle, a fait sa déposition en conséquence, peut-il, pendant les débats, procéder comme expert à la vérification d'un fait, sans avoir préalablement prêté le serment prescrit par l'art.* 44 *du même Code ?*

Voici un arrêt de la cour de cassation, du 19 janvier 1827, qui juge qu'il ne le peut pas, et que, s'il le fait, il en résulte une nullité qui vicie, non seulement les débats, mais encore tout ce qui s'en est ensuivi:

» Attendu qu'aux termes de l'art. 44 du Code d'instruction criminelle, les officiers de santé appelés à faire un rapport en justice, comme experts, doivent prêter serment de faire ce rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience;

» Que les dispositions de la loi, touchant l'affir-

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 33, page 964.

BIU Cujas

mation, sous la foi du serment, des rapports ou des témoignages, sont substantielles à l'instruction, et que les formalités qu'elles prescrivent sont instituées dans l'intérêt de la manifestation de la vérité;

» Que les formules légales de serment sont inviolables comme le serment lui-même; qu'une de ces formules ne peut arbitrairement être substituée à une autre;

» Que, dans l'espèce, trois officiers de santé, après avoir été entendus comme témoins, ont, sur la demande d'un accusé, été chargés par le président, en exécution d'un arrêt de la cour d'assises, de visiter corporellement le témoin Collette, et de faire rapport à la cour d'assises du résultat de leur opinion;

» Que, par l'effet de cette mission, leur qualité a été changée, et qu'ils sont devenus experts, de simples témoins qu'ils étaient;

» Que néanmoins ils n'ont pas prêté, avant leur visite, le serment prescrit par l'art. 44 du Code d'instruction criminelle, et n'ont été entendus en leur rapport que sous la foi du serment qu'ils avaient prêté comme témoins, en exécution de l'art. 317 du Code d'instruction criminelle; d'où suivent la violation dudit art. 44 et la fausse application dudit art. 319;

« Par ces motifs, la cour casse et annule le débat dans le procès intenté à Foyer et à Tichan, tout ce qui s'en est ensuivi, et notamment l'arrêt de la cour d'assises de la Seine, du 14 décembre dernier (1) ».

§. IX. *L'affirmation équivaut-elle*, etc.

SERVITUDE, §. II. *Page* 690, *col.* 2, *ligne* 35 (2), *après le mot* servitude, *ajoutez* : §. 22.

§. IV. *Page* 696, *col.* 2, *supprimez les lignes* 39 *et* 40 (3), *et substituez-y ce qui suit* :

J'ai établi la négative dans les conclusions du 9 avril 1810, qui sont rapportées à l'article *Séparation de patrimoine*, §. 2, ainsi que dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Prescription*, sect. 1, §. 3, n° 8, et elle a servi de fondement à un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 24 janvier 1821, dans lequel il est dit

« Que l'art. 691 du Code civil statue, en termes formels, que les servitudes, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titre; que la possession immémoriale ne suffit pas pour les acquérir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière;

» D'où il résulte que la loi insérée au Code civil, relatives aux servitudes, ayant été promulguée le 10 février 1804, les servitudes discontinues, de la classe desquelles est la servitude de passage dont il s'agit dans l'espèce, sont devenues imprescriptibles sans titre depuis ladite époque du 10 février 1804;

» De sorte qu'il faut que le droit soit acquis, la possession commencée, ne manquât-il qu'un jour pour achever la prescription, ayant perdu toute sa force par la promulgation dudit Code civil, qui ne permet plus d'acquérir ces espèces de servitudes sans titre (1) ».

C'est aussi ce que supposent nécessairement les arrêts de la cour de cassation, des 17 février 1813 et 13 octobre 1814, qui sont rapportés ci-après, §. 5, n° 2.

§. V. *Page* 696, *col.* 2, *ligne pénultième* (2), *après le n° 1, ajoutez* :

Sur la première question la négative est incontestable; et voici un arrêt de la cour de cassation qui, sur mon réquisitoire, et dans l'intérêt de la loi, l'a consacrée formellement :

« Le procureur général, etc. »

Page 700, *col.* 2, *supprimez les lignes* 19 *à* 31 (3), *jusqu'aux mots*, n° 717, *de la ligne* 32, *et substituez-y ce qui suit* :

II. Sur la seconde question, qui n'est qu'indiquée dans le réquisitoire sur lequel a été rendu l'arrêt qui précède, et que cet arrêt, qui n'avait pas à la juger, se borne à présenter comme susceptible de *quelque difficulté*, M. Toullier, dans la première édition de son *Droit civil français*, liv. 2, tit. 4, etc.

N° II. *Page* 701, *col.* 1, *après la ligne* 3 (4), *ajoutez* :

Mais, d'une part, cette doctrine supposait que le

(1) *Ibid.*, tome 32, page 29.
(2) *Page* 616, *col.* 1, *ligne antépénultième* (2e édition).
(3) *Page* 622, *col.* 1, *ligne* 36 (2e édition).

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1821, tome 1, page 101.
(2) *Page* 622, *col.* 1, *ligne pénultième* (2e édition).
(3) *Page* 625, *col.* 2, *ligne dernière* (2e édition).
(4) *Tome* 6, *page* 744, *col.* 2, *ligne* 31 (2e édition).

BIU Cujas

juge de paix peut, en statuant sur une action en complainte, et pour en établir l'admissibilité, porter ses recherches, jusqu'aux temps antérieurs de plus d'une année, au trouble que cette action tend à faire cesser; et cette supposition était une erreur que M. Henrion de Pansey a complétement réfutée dans son *Traité de la compétence des juges de paix*, chapitre 43, §. 7, 7e édition.

D'un autre côté, M. Toullier convenait, avec M. Henrion de Pansey, que *la question de savoir si la complainte a lieu pour une servitude, est subordonnée à celle de savoir si cette servitude peut s'acquérir par la prescription.* Il convenait aussi que, comme on l'a vu plus haut, §. 4, la prescription d'une servitude discontinue ne peut, quoique commencée sous l'empire des anciennes lois, être complétée sous le Code civil. Il se contredisait donc lui-même en soutenant que l'on peut, depuis la publication du Code civil, intenter complainte pour une servitude discontinue, sous le prétexte qu'on l'a possédée auparavant pendant quelques années et qu'on la possède encore.

Aussi s'est-il rétracté dans sa seconde édition, tome 3, page 550.

Voici d'ailleurs trois arrêts de la cour de cassation, qui condamnent formellement sa première opinion.

En 1809, les sieurs Velten et Vandhommer font citer le sieur Hugel devant le juge de paix du canton de Strasbourg, en réparation du trouble qu'il vient d'apporter, par la construction d'un mur, à la possession dans laquelle ils étaient depuis plus d'une année, et même long-temps avant le Code civil, de passer sur son terrain.

Le sieur Hugel répond que cette prétendue possession n'a été que l'effet de sa tolérance, et que d'ailleurs elle ne peut pas servir de base à une action en complainte, puisque la servitude de passage étant discontinue, ne peut jamais s'acquérir par prescription.

Les sieurs Velden et Vandhommer répliquent que la possession dont ils se prévalent, remonte à un grand nombre d'années antérieures au Code civil; qu'avant la publication de ce Code, les servitudes discontinues pouvaient s'acquérir en Alsace par la seule possession de trente ans, et que telle était la jurisprudence constante du conseil souverain de Colmar.

Sur ces débats, jugement qui maintient les sieurs Velten et Vandhommer dans leur possession annale, attendu qu'elle n'est que la continuation de celle dont ils jouissaient de temps immémorial avant le Code civil.

Appel de la part du sieur Hugel au tribunal civil de Strasbourg; et le 12 janvier 1810, jugement par lequel,

« Considérant que, par la sentence dont est appel, il a été statué sur une question de droit de servitude discontinue d'un passage qui, conformément aux dispositions de l'art. 691 du Code civil, ne peut plus s'acquérir par une possession, même immémoriale, et que l'action possessoire ne peut être exercée que quand la possession est utile et fait présumer la propriété; que vainement on avait allégué que ces sortes de servitudes pouvaient, dans la ci-devant Alsace, s'acquérir par possession, et que le même article maintient celles existantes dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière; que cela est vrai; mais qu'il faudrait, avant tout, si l'on voulait faire usage de la possession, reconnaître que, lors de la promulgation du Code civil, la servitude était acquise, et que cela ne pouvait être la matière d'une action possessoire;

» Attendu, d'un autre côté, que, par le même jugement, le pétitoire a été cumulé avec le possessoire, *en ce qu'il est décidé que les demandeurs ont été en possession de temps immémorial du passage litigieux*, ce qui est interdit par l'art. 25 du Code de procédure civile »;

Le tribunal de Strasbourg déclare le jugement de la justice de paix nul et incompétemment rendu.

Les sieurs Velten et Vandhommer se pourvoient en cassation contre ce jugement, et l'attaquent comme violant l'art. 23 du Code de procédure.

Mais par arrêt contradictoire, du 10 février 1812, au rapport de M. Reuvens, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Giraud-Duplessis,

« Considérant que les demandeurs en cassation ont prétendu, devant le juge de paix, la possession d'un droit de passage; que ce droit se trouve rangé, par l'art. 686 du Code civil, dans la classe des servitudes discontinues; que, suivant la disposition de l'art. 691 du même Code, les servitudes de cette nature ne peuvent s'établir que par titres; qu'ainsi, la possession de ces servitudes ne peut jamais faire présumer ni naître la propriété, sauf le cas prévu par le même art. 691; que, dans ce cas, il ne s'agit plus de la possession, mais de la propriété, acquise déjà par une possession alors suffisante, avant l'introduction du Code civil; que, hors ce cas, la prétendue possession de servitudes discontinues ne peut jamais être utile; qu'elle n'est donc jamais une véritable possession aux yeux de la loi, et conséquemment ne peut, dans aucun cas, fonder ni l'action possessoire, ni la compétence du juge de paix;

» Considérant que le juge de paix ayant adjugé aux demandeurs la prétendue possession d'un droit de servitude discontinue, son jugement a pu être

BIU Cujas

attaqué pour incompétence, et l'a été effectivement; qu'ainsi, suivant l'art. 454 du Code de procédure civile, l'appel en a été recevable;

» D'où il résulte que le tribunal de Strasbourg, en recevant l'appel des jugemens de la justice de paix, et en les annulant comme incompétemment rendus, a justement regardé les lois et articles invoqués par les demandeurs, comme n'étant point applicables à l'espèce;

» La cour rejette le pourvoi..... (1) ».

En 1807, le sieur Bertrand, pour faire cesser la possession dans laquelle est le sieur Andoque, de passer sur son terrain, y fait placer une chaîne à l'entrée.

Le sieur Andoque se pourvoit en complainte devant le juge de paix du canton, et met en fait que sa possession de passer sur le terrain du sieur Bertrand, n'est pas seulement annale, mais qu'elle remonte même au-delà de la publication du Code civil.

Jugement qui, après un transport du juge de paix et une enquête sur les lieux, maintient le sieur Andoque dans sa possession.

Appel de la part du sieur Bertrand au tribunal civil de Saint-Pons; et le 28 janvier 1812, jugement confirmatif,

« Attendu qu'il résulte des déclarations des témoins produits par le sieur Andoque, qu'il est en possession de passer et repasser à travers l'olivet du sieur Bertrand pour se rendre à sa pièce située au-dessus, soit pendant l'année qui a précédé la publication du titre du Code civil relatif aux servitudes, soit pendant l'année qui a précédé la demande en complainte formée par le sieur Andoque;

» Que, dans le ressort du ci-devant parlement de Toulouse, une servitude discontinue pouvait être acquise sans titre et par la seule possession immémoriale (2); qu'à plus forte raison, une servitude de passage, telle que celle dont il s'agit, pouvait s'acquérir par la possession paisible de trente années, au vu et au su du propriétaire du fonds assujetti;

» Que l'art. 691 dispose qu'on ne pourra attaquer les servitudes discontinues dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière ».

Mais le sieur Bertrand se pourvoit en cassation, et par arrêt du 3 octobre 1814, au rapport de M. Pajon, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Giraud-Duplessis,

« Vu l'art. 691 du Code civil....,

» Et attendu qu'en supposant, comme l'atteste le jugement attaqué, que, dans le ressort du ci-devant parlement de Toulouse, la servitude réclamée par le défendeur, fût du nombre de celles qui pouvaient s'acquérir par une possession trentenaire, il fallait au moins, dans l'espèce de la cause, que la possession par lui alléguée fût à la fois de cette nature, et antérieure à la publication du Code civil;

» Or, comme le jugement attaqué se borne à énoncer que le défendeur était en possession de passer sur le terrain du demandeur, pendant l'année qui a précédé cette publication, sans indiquer d'une manière précise l'époque à laquelle cette possession aurait pris naissance, il s'ensuit nécessairement que le tribunal de Saint-Pons a faussement appliqué l'exception énoncée au susdit art. 691 du Code, laquelle n'est applicable qu'au seul cas où la possession trentenaire alléguée serait acquise au moment de la publication du Code civil, et qu'il a par conséquent méconnu les règles de la compétence judiciaire, en confirmant la décision du juge de paix qui avait mal à propos admis, par voie de complainte, une action qui ne pouvait être poursuivie que par voie pétitoire....;

» La cour donne défaut du défendeur, et en adjugeant le profit, casse et annule le jugement rendu par le tribunal de Saint-Pons, le 28 janvier 1812 (1)».

L'espèce du troisième arrêt ne peut être bien comprise que par le compte qui en est rendu dans le *Bulletin civil*, tome 25, page 311:

« Du grand canal de Briançon dérivent de petits canaux appelés *Peyras*, qui servent à l'arrosement des terres.

» Le 22 juillet 1757, il fut fait un réglement homologué par le parlement de Grenoble, dans lequel les sieurs Lacombe, Violin et Chancel se trouvent désignés comme part-prenant dans la Peyra Raymond-Voyron.

» Le sieur Lacombe, riverain de la droite de cette Peyra, après avoir dérivé les eaux de ce petit canal, les conduit par un fossé pratiqué à la crête de son fonds, d'où il les répand sur ses terres.

» Le sieur Violin, propriétaire inférieur à Obert, et son voisin du côté de la Peyra, après avoir pris les eaux dans la même Peyra, les conduit par un fossé établi à la cime de ses terres, où il les étend sur ses terres.

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 13, page 3.

(2) *V.* ci-devant, §. 5.

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 16, page 235; Jurisprudence de la cour de cassation, tome 15, page 145.

BIU Cujas

» Quant au sieur Chancel, ses terres se trouvant placées derrière celles du sieur Violin, qui les séparent de la Peyra, il ne peut prendre les eaux que par le fossé de Violin, ou par celui du sieur Obert.

» On est d'accord qu'il les a dérivées, pendant quelque temps, par l'un et par l'autre de ces fossés.

» Cependant, en 1816, le sieur Obert ferma son fossé, et empêcha ainsi le sieur Chancel de s'en servir pour dériver les eaux sur son fonds.

» Cette entreprise obligea le sieur Chancel de se pourvoir, le 8 décembre de la même année, en complainte devant le juge de paix, tant contre le sieur Obert que contre le sieur Violin.

» Il prétendit qu'aux termes du réglement de 1757, il avait droit de prendre dans la Peyra les eaux nécessaires pour l'arrosement de ses fonds; qu'il les dérivait par deux béalières, par le fossé de Violin, mais que ces eaux ne pouvaient lui servir pour l'irrigation de ses autres fonds, parcequ'il n'était pas possible de les faire monter plus haut, à cause de la trop grande élévation de ses terres; de sorte que, pour arroser le surplus de ses fonds, il était obligé de dériver l'eau nécessaire par le fossé d'Obert, d'où il les conduisait dans une autre Peyra, appelée *des Jardins*, dans laquelle il les prenait par voie de compensation. En conséquence, il demanda le maintien en la possession plus qu'annale dans laquelle il était de se servir de l'un et de l'autre fossé.

» Le sieur Violin ne se refusa point à la demande du sieur Chancel.

» Le sieur Obert, de son côté, convint qu'il avait toléré, pendant quelque temps, que le sieur Chancel dérivât les eaux de la Peyra Raymond-Voyron par son fossé, d'où elle conduisait jusqu'à celle des Jardins, dans laquelle il les prenait; mais il soutint que c'était par pure tolérance; que Chancel n'avait qu'une possession précaire, insuffisante pour donner lieu à l'action en complainte.

» Par jugement du 5 juin 1817, le juge de paix accueillit cette exception, déchargea le sieur Obert de la demande du sieur Chancel, et maintint celui-ci en la possession de se servir du fossé de Violin pour l'irrigation de ses fonds.

» Sur l'appel, au contraire, par jugement du 28 juillet 1819, le tribunal civil de Briançon déclara l'action en complainte recevable et fondée contre le sieur Obert, et mit le sieur Chancel hors d'instance.

» Les motifs furent qu'il est de principe certain qu'en Dauphiné, les servitudes discontinues pouvaient s'acquérir sans titre et par l'effet d'une possession immémoriale; et qu'en envisageant même la servitude réclamée par Chancel, sous ce point de vue, elle avait pu et dû donner lieu à la complainte possessoire; que par conséquent Chancel était recevable dans son action;

» Qu'il résultait clairement des enquêtes respectives, que Chancel avait joui paisiblement, publiquement et de jour, depuis plus d'un an, du droit de faire passer l'eau par le canal en tête de la propriété d'Obert, pour l'arrosage de dix-huit béalières de la sienne; qu'il suivait de là que le caractère de sa possession ne pouvait être soupçonné de clandestinité; qu'il était par conséquent fondé à demander d'être maintenu en cette possession;

» Que, quant à Violin, il ne disputait pas à Chancel l'usage de son canal pour deux béalières, et que Chancel ne lui en demandait pas davantage.

» Le sieur Obert a demandé la cassation de ce jugement, pour violation de l'art. 23 du Code de procédure, des art. 691 et 2229 du Code civil, et de l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12.

» Par les motifs énoncés dans l'arrêt suivant, sa demande a été accueillie, et en conséquence le jugement a été annulé (par arrêt du 22 juillet 1823) ainsi qu'il suit :

» Ouï le rapport fait par M. le conseiller Cassaigne, les observations de Dejean, avocat d'Obert, celles de Piet, avocat de Chancel, et les conclusions de M. l'avocat-général Joubert;

» Vu l'art. 25 du Code de procédure, les art. 691 et 2229 du Code civil, et l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12;

» Attendu que la possession ne donne lieu à l'action possessoire qu'autant qu'elle est capable de faire acquérir la propriété par la prescription; que les servitudes discontinues ne peuvent s'acquérir par la prescription, ni par conséquent leur possession donner lieu à la complainte; qu'on ne peut juger le contraire, sous prétexte qu'elles se trouvaient acquises, avant le Code, par la prescription, d'après l'usage local, et qu'on ne peut attaquer celles déjà acquises, avant cette loi, par la possession dans les pays où elle pouvait s'acquérir de cette manière, parceque cette prescription, étant incertaine et en contestation, ne peut donner lieu qu'à l'action pétitoire, et que le juge de paix, n'étant compétent que pour juger le possessoire, ne peut le vérifier et constater pour en faire l'application au possessoire, sans excéder sa compétence, en préjugeant le pétitoire; que, dans le fait, le jugement attaqué déclare qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une servitude discontinue; et néanmoins il déclare que la possession de cette servitude donne lieu à la complainte, sous prétexte que la servitude se trouvait acquise avant le Code, d'après l'ancien usage du Dauphiné, qui, d'ailleurs, se trouve aboli par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, sauf à l'égard des prescriptions acquises, réservées par le Code; qu'en cela, le juge-

BIU Cujas

ment renferme un excès de pouvoir, et viole formellement les lois ci-dessus citées;

» La cour casse et annule le jugement du tribunal civil de Briançon, du 28 juillet 1819... (1) ».

§. VI. *Page* 704, *supprimez les* 6 *premières lignes* (2) *de la col.* 1, *et substituez-y ce qui suit :*

La question s'est représentée trois fois depuis, et a encore été jugée de même.

Les deux premiers arrêts, qui ont été rendus le 6 juillet 1812 et le 13 juin 1814, sont rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Servitude*, §. 35, n° 2 *bis*.

Voici l'espèce du troisième :

Le 25 juin 1818, etc.

Page 705, *col.* 2, *après la ligne* 5 (3), *ajoutez :*

§. IX. *La résolution du droit de celui qui a consenti ou constitué une servitude, en opère-t-elle toujours l'extinction?*

V. l'article *Résolution*, §. 1.

§. X. *Le jugement rendu pour ou contre l'un des propriétaires d'une servitude, a-t-il l'autorité de la chose jugée pour ou contre ses co-propriétaires?*

V. l'article *Chose jugée*, §. 18.

§. XI. *Autres questions sur cette matière.*

V. l'article *Dénonciation de nouvel œuvre*.

SIGNATURE, §. II. *Page* 716, *col.* 1, *après la dernière ligne* (4), *ajoutez :*

V. le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Signature*, §. 3, art. 2, n° 7.

§. III. *Même page*, *col.* 2, *après la ligne* 14 (5), *ajoutez :*

Voici une espèce dans laquelle j'ai traité ces trois questions.

Le 9 messidor an 7, etc.

Page 722, *col.* 1, *après la ligne* 4 (1), *ajoutez :*

Du reste, la question de savoir si le testament qui contient de la part du testateur la déclaration de ne savoir pas signer, est nul, lorsqu'il est prouvé que cette déclaration est fausse, a été jugée, depuis la publication du Code civil, par plusieurs arrêts des cours supérieures, de la même manière qu'elle l'avait été précédemment par ceux des parlemens d'Aix, de Dijon et de Bordeaux, qui sont cités dans mes conclusions.

En voici d'abord un de la cour royale de Grenoble.

Le 12 prairial an 12, Rose Civet, épouse du sieur Jacolin, fait un testament qu'elle signe, et par lequel elle institue pour son héritière universelle Marie Fayot, épouse du sieur Armard.

Par un second testament du 5 nivôse an 14, qu'elle ne signe pas, en déclarant *qu'elle ne sait pas signer*, elle lègue à son mari différentes sommes et l'usufruit de tous ses biens.

Après la mort de la testatrice, le sieur Jacolin forme, en exécution du second testament, diverses demandes contre Marie Fayot et son mari. Ceux-ci y défendent par des moyens étrangers à la validité du testament.

Le 5 juin 1809, jugement du tribunal de première instance de Saint-Marcellin, qui prononce en faveur du sieur Jacolin.

Marie Fayot et son mari en appellent, et soutiennent que les demandes formées contre eux, portent sur une fausse base; qu'en effet, le testament du 5 nivôse an 14 est nul, parcequ'il n'est point signé de Rose Civet, quoiqu'elle sût bien notoirement signer.

Le sieur Jacolin excipe vainement, et de ce que les appelans n'ont pas attaqué en première instance le testament du 5 nivôse an 14, et de ce qu'aucune disposition du Code civil ne permet d'annuler un testament sous le prétexte de la fausseté de la déclaration que le testateur y a faite de ne savoir signer.

Par arrêt du 25 juillet 1810,

« Considérant que la signature du testateur est ce qu'il y a de plus essentiel dans les formes prescrites pour assurer la foi de ses dispositions;

» Considérant que la déclaration de Rose Civet, testatrice, de ne savoir signer, lorsqu'il est cons-

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 25, page 311.

(2) *Tome* 6, *page* 747, *col.* 2, *ligne* 28 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 749, *col.* 1, *ligne* 35 (2e édition).

(4) *Page* 636, *col.* 1, *ligne* 55 (2e édition).

(5) *Même page*, *col.* 2, *ligne* 8 (2e édition).

(1) *Page* 642, *col.* 2, *ligne* 15 (2e édition).

BIU Cujas

tant, par son contrat de mariage, et par son testament antérieur à celui du 5 nivôse an 14, signé d'elle, que cette déclaration n'est point sincère, et est une preuve évidente que le dernier testament n'est point sa volonté;

» Considérant que l'ancienne jurisprudence a déclaré nuls tous les testamens où l'omission de la signature du testateur n'était excusée que par une pareille déclaration, et que le Code civil n'a point abrogé un usage si conforme à la raison;

» Considérant que l'exception de nullité du titre sur lequel le demandeur se fonde, peut être proposé en tout état de cause, et que tout ce qu'il réclame en vertu du testament nul, doit être rejeté;

» La cour (d'appel de Grenoble) a mis les appellations respectives du jugement rendu par le tribunal de Saint-Marcellin, le 6 juin 1809, et ce dont est appel, au néant; et par nouveau jugement, sans s'arrêter au testament de Rose Civet, du 4 nivôse an 14, qui est délaré nul... (1) ».

Le 21 mars 1809, testament par lequel Waudelin Henninger institue son épouse héritière universelle. L'acte est ainsi terminé : *Le testateur a déclaré qu'il ne pouvait pas signer, ne sachant écrire.*

Après la mort du testateur, Philippe Henninger, son frère, argué ce testament de nullité, en ce que la cause qui a empêché le testateur d'y apposer sa signature, n'y est pas suffisamment exprimée (2).

Le 13 novembre 1809, jugement du tribunal civil de Mayence, qui déclare le testament valable.

Sur l'appel, Philippe Henninger propose un second moyen de nullité, et soutient, avec offre de le prouver, que le testateur savait signer et signait habituellement les actes qui le concernaient.

L'héritière instituée objecte inutilement que la preuve offerte tendrait à renverser l'authenticité de l'acte: l'appelant répond qu'il ne nie pas la déclaration attestée par le notaire, mais qu'il l'attaque, toute réelle qu'elle est, comme intrinsèquement fausse, et que, s'il parvient à prouver qu'elle l'est effectivement, il en résultera tout naturellement que la volonté du testateur répugnait à la disposition consignée dans son testament.

Par arrêt du 18 novembre 1812,

« Attendu que l'art. 973 du Code civil, portant, en termes impératifs, que le testament doit être signé par le testateur, il s'en infère évidemment que, lorsque le testateur sait signer, il doit revêtir de sa signature l'acte contenant ses dernières dispositions; que, si, au lieu de le signer, lorsqu'il le sait faire, il déclare ne le savoir, dans ce cas le testament ne reçoit pas le complément et la perfection qu'il doit avoir pour sa validité; que cette déclaration, fausse de la part du testateur, manifeste, ou qu'il n'avait pas réellement la volonté de tester, ou que ce qui a été fait n'était que l'œuvre de l'obsession;

» Que l'appelant ayant offert, sur le barreau, devant la cour, de prouver que le testateur Waudelin Henninger savait signer, ce moyen rentrant dans le vœu de la loi, est susceptible d'être pris en considération;

» Par ces motifs, la cour (d'appel de Trèves), avant faire droit, tous droits et moyens des parties saufs et réservés, charge l'appelant de faire preuve, tant par titres que par témoins, que Waudelin Henninger, vers l'époque de son testament, avait habituellement l'usage de signer...., la preuve contraire réservée.... (1) ».

Le 22 mars 1817, arrêt semblable de la cour supérieure de justice de Bruxelles :

« Attendu (y est-il dit) qu'il est prouvé par les actes produits au procès, que la déclaration faite par la testatrice de ne savoir écrire ni signer, parcequ'elle ne l'avait pas appris, est fausse;

» Qu'il conste, par ces actes, que la testatrice savait signer, et qu'elle a signé diverses fois, tant avant le 7 janvier 1810 (date de son testament), que depuis; que la cause de cette déclaration mensongère paraît résulter des dispositions mêmes de cet acte, par lesquelles la testatrice donnait à son mari l'usufruit de tous ses biens, et privait ses enfans du premier lit de la moitié des biens de leur père;

» Que, de tout ce qui précède, il résulte que la testatrice savait signer; qu'elle n'a déclaré ne savoir signer, parcequ'elle ne l'avait pas appris, que pour ne pas signer un acte contraire aux intérêts de ses enfans;

» D'où il suit que l'acte est encore nul, à défaut d'avoir été signé par la testatrice (2) ».

§. V. *Page* 723, *col.* 1, *ligne* 16 (3), *après les mots:* Le tribunal, *ajoutez : Par lequel il est énoncé avoir été rendu et signé, à le regarder comme non*

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 11, partie 2, page 377.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Signature*, §. 3, art. 2, n° 3.

(1) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 28, page 125.

(2) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1817, tome 1er, pages 181 et 182.

(3) *Page* 642, *col.* 2, *lignes* 21 *et* 22 (2e édition).

BIU Cujas

existant, quoiqu'on lui en représente une expédition authentique, qui relate les signatures apposées à la minute?

2° *La cour de cassation peut-elle et doit-elle annuler, comme non existant aux yeux de la loi, un arrêt de cour d'assises dont l'expédition qu'elle en a sous les yeux, énonce que la minute n'en est signée que du président et du greffier?*

I. La première de ces questions s'est présentée à l'audience, etc.

Page 724, *col.* 2, *ligne* 15 (1), *après les mots* et des peines, *ajoutez en note:*

Comment ce premier motif a-t-il pu échapper à la cour de cassation? Le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, n'était pas seulement muet sur la signature des minutes des jugemens des tribunaux de police; il l'était également sur la signature des exploits de citation, et il se bornait à dire, article 35: *La citation est notifiée par un huissier qui en laisse une copie au prévenu.* Résultait-il de là que, sous l'empire de ce Code, un exploit de citation non signé de l'huissier, par lequel il était énoncé avoir été signifié, n'eût pas été vicié d'une nullité de non-existence? Non assurément. Il devait donc en être de même d'un jugement de tribunal de police dont la minute ne portait pas la signature du juge de paix et des assesseurs, par lesquels il énonçait avoir été rendu.

Même page et même col., après la ligne 24 (2) *ajoutez:*

On trouvera au n° suivant un arrêt de la même cour, du 15 avril 1824, qui, par l'un de ses motifs, juge également que l'expédition d'un jugement dans laquelle sont relatées les signatures des juges qui l'ont rendu, prouve authentiquement que ces juges en ont signé la minute.

II. La seconde question a été jugée pour la négative par un arrêt de la cour de cassation, du 15 avril 1824, rendu sur la réclamation de Gaspard Renau, François Delaporte et autres, contre un arrêt de la cour d'assises du département de la Seine, du 22 mars précédent:

« Sur le quatrième moyen de nullité, tiré (y est-il dit) de ce que la minute de l'arrêt de condamnation n'aurait pas été signée par les juges qui l'ont rendu, ainsi que le prescrit l'art. 370 du Code d'instruction criminelle, et qu'elle n'est signée que du président et du greffier.

» Attendu, en droit, que cet article porte, pour cette omission, des peines parmi lesquelles n'est pas comprise celle de nullité;

» Attendu, en fait, que ce moyen est formellement contredit par l'expédition authentique de l'arrêt de condamnation, jointe aux pièces du procès; que cette expédition porte textuellement, à la suite des noms du président et des autres magistrats qui composaient la cour d'assises, qui étaient présens et y siégeaient, *lesquels ont tous signé la minute du présent arrêt*, avec M. Grandin, greffier d'audience;

» Que, dès-lors, ce moyen, invalide en droit, est inexact en fait...;

» La cour, d'après ces motifs, rejette les pourvois... (1) ».

Assurément, dans cette espèce, la cour de cassation ne pouvait pas accueillir le moyen de nullité proposé par les réclamans, puisqu'ils n'arguaient pas de faux l'expédition authentique qui constatait que la minute de l'arrêt attaqué était signée par tous les juges de la cour d'assises; mais elle n'en a pas moins décidé, en point de droit, que ce moyen aurait dû être rejeté, quand même la minute de l'arrêt attaqué n'eût été signée que par le président et le greffier: et son motif a été que l'art. 370 du Code d'instruction criminelle porte, *pour cette omission, des peines parmi lesquelles n'est pas comprise celle de nullité.*

Effectivement, l'article se borne à dire que *la minute de l'arrêt sera signée par les juges qui l'auront rendu, à peine de* 100 *francs d'amende contre le greffier, et, s'il y a lieu, de prise à partie, tant contre le greffier que contre les juges.*

Mais l'art. 372 du même Code, en chargeant le greffier de dresser *un procès-verbal de la séance, à l'effet de constater que les formalités prescrites ont été observées*, se borne également à dire: « Le » procès-verbal sera signé par le président et par » le greffier. Le défaut de procès-verbal sera puni » de cinq cents francs d'amende contre le greffier ».

Cependant cinq arrêts de la cour de cassation, des 2 mai, 29 août et 23 décembre 1816, 5 juin 1823 et 17 septembre 1829 (2), jugent formellement que le procès-verbal des débats est frappé d'une nullité de non-existence, par cela seul qu'il n'est

(1) *Page* 644, *col.* 1, *ligne* 17 (2e édition).
(2) *Même page et même col., ligne* 26 (2e édition).

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 29, page 150.

(2) Les quatre premiers sont rapportés à l'article *Procès-verbal des débats*, §. 1; on trouvera le cinquième dans le *Bulletin criminel*, à l'ordre de sa date.

BIU Cujas

pas signé du greffier, quoiqu'il le soit du président, ou qu'il ne l'est pas du président, quoiqu'il le soit du greffier; et ils le jugent sur le fondement que, par *le défaut de* l'une ou de l'autre *signature*, le *procès-verbal manque d'une forme substantielle ordonnée par la loi pour qu'il puisse avoir le caractère d'authenticité et de preuve.*

Or, la signature est-elle, dans les jugemens, une forme moins substantielle que dans les procès-verbaux des débats? Est-elle moins nécessaire dans les uns que dans les autres, pour qu'ils puissent *avoir le caractère d'authenticité et de preuve?* Et, dès-lors, comment ne pas réputer non-existant aux yeux de la loi, un arrêt dont la minute n'est revêtue que d'une ou de deux signatures, tandis que la loi en prescrit cinq? *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Signature*, §. 2, n° 5.

Page 725, *col.* 2, *ligne* 32 (1), *après le mot* Témoin, *ajoutez ce qui suit :*

V. l'article *Témoin instrumentaire.*

§. VIII. *Peut-on déclarer un testament nul, par cela seul que le testateur ne l'a pas signé de son véritable nom de famille, mais d'un autre nom sous lequel il était connu dans la société, et qu'il prenait habituellement dans tous les actes qui le concernaient?*

J'ai établi la négative dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Signature*, §. 3, art. 4; et voici un arrêt de la cour de cassation qui le juge ainsi formellement.

En 1822, le sieur de Berthonnet fait, devant un notaire et quatre témoins, un testament par lequel il institue Cécile Billoux sa légataire universelle; et il le signe, non pas de son nom de famille, mais de celui de Mont-Roger.

Après sa mort, ce testament est attaqué par les héritiers *ab intestat*, sur le fondement qu'il ne porte pas la signature du testateur, et que par conséquent il est dépourvu de la formalité prescrite par l'art. 973 du Code civil, sous la peine de nullité écrite dans l'art. 1001 du même Code.

Le 7 mars 1827, arrêt de la cour royale de Bordeaux, qui rejette le moyen de nullité,

« Attendu que, si le nom de famille du testateur était Berthonnet, si même il a employé ce nom jusqu'en 1810, pour la souscription des actes publics où il a figuré, il est prouvé, par une foule de documens, qu'il était généralement connu sous le nom de Mont-Roger, que son père avait joint au sien, pour se distinguer des autres branches de la famille de Berthonnet;

» Qu'il est établi, par deux actes publics du 29 novembre 1820 et du 20 novembre 1821, qu'il avait adopté ce nom de Mont-Roger pour signature, sans le faire suivre ou précéder du nom de Berthonnet;

« Que la signature d'un individu consiste dans l'apposition de celui des noms qui lui appartiennent légitimement, qu'il a adopté pour souscrire les actes passés par lui, et par lequel on le désigne particulièrement;

» Que les lois sur les changemens de noms ne reçoivent, dans la cause, aucune application, puisqu'il est établi que, depuis plus de quatre-vingts ans, la branche de la famille Berthonnet à laquelle appartient le testateur, se distinguait des autres par le nom de Mont-Roger ».

Les héritiers *ab intestat* se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'attaquent comme violant l'art. 973 du Code civil. Le testament, disent-ils, est bien revêtu d'une signature que le testateur y a apposée; mais cette signature n'est pas celle de son véritable nom; il ne l'a signé que d'un nom qui n'était pas le sien, et qu'il s'était attribué de lui-même, en contravention aux lois des 19-23 juin 1791, 6 fructidor an 2 et 11 germinal an 11.

Mais par arrêt du 10 mars 1829, au rapport de M. Voysin-de-Gartempe, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu que, des faits et des actes vérifiés par la cour royale, il demeure constant que la signature au bas du testament dont il s'agit, fut la vraie signature du testatuer, celle habituelle qu'il était dans l'usage, depuis plusieurs années, d'apposer aux actes civils, solennels ou privés, qu'il a souscrits avant le testament contredit par les demandeurs...;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

§. IX. *Un testament est-il nul, par cela seul que la signature dont le testateur l'a revêtu, est mal formée, que les caractères en sont difficiles à lire, et qu'il y manque une lettre de son nom?*

Dans l'espèce rapportée au §. précédent, les héritiers *ab intestat* du sieur de Berthonnet ne se bornaient pas au moyen de nullité qui y est retracé : ils en faisaient encore résulter un de ce que le nom de

(1) *Page* 645, *col.* 1, *ligne* 30 (2e édition).

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, page 253.

BIU Cujas

Mont-Roger que le testateur y avait apposé pour toute signature, était illisible et incorrect.

Mais l'arrêt de la cour royale de Bordeaux, du 7 mars 1827, a également rejeté ce moyen,

« Attendu que, si les caractères qui servent à former le nom de Mont-Roger, qui se trouve au bas du testament, ne sont pas corrects, si une lettre même de ce nom paraît manquer, les appelans ne nient pas que ces caractères n'aient été tracés par le testateur;

» Que, malgré l'état de faiblesse où il se trouvait, par l'effet de la maladie, qui a, peu de jours après, causé sa mort, faiblesse qui explique l'irrégularité de son écriture, le nom de Mont-Roger est cependant lisible; et que la possibilité de lire le nom qui forme la souscription d'un testament est tout ce que peut exiger la raison, pour la validité d'une signature ».

Et il est à remarquer que les héritiers *ab intestat* ont eux-mêmes rendu hommage à la justesse de ces motifs, en ne reproduisant pas devant la cour de cassation le moyen de nullité qu'ils avaient cru d'abord pouvoir tirer de l'incorrection et de la prétendue illisibilité de la signature du testament.

On trouvera des arrêts semblables dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Signature*, §. 3, art. 6.

SIGNIFICATION, §. II. *Page* 725, *col.* 2, *après la ligne* 40 (1), *ajoutez :*

2° *La signification du pouvoir spécial dont un huissier a besoin pour procéder à un emprisonnement ou à une saisie immobilière, doit-elle, à peine de nullité, précéder ou du moins accompagner ou suivre, soit la saisie immobilière, soit l'emprisonnement ?*

Sur la première question, *V.* l'article *Hypothèque*, §. 14; et sur la seconde, l'article *Saisie immobilière*, §. 1.

SIMULATION, §. I. *Page* 730, *col.* 2, *ligne* 47 (2), *supprimez la note qui se trouve après les mots* de cette mort; *et plus bas, après la ligne* 53 (3), *ajoutez :*

V. les conclusions du 20 fructidor an 12, rapportées à l'article *Suppression de titre*, §. 2.

(1) *Page* 645, *col.* 1, *ligne* 38 (2e édition).
(2) *Tome* 6, *page* 749, *ligne* 5 (2e édition).
(3) *Page* 650, *col.* 1, *ligne* 21 (2e édition).

Page 731, *col.* 2, *après la dernière ligne* (1), *ajoutez :*

§. IV. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles *Dot*, §. 11, et *Enregistrement (droit d')*, §. 3, n° 2.

SOCIÉTÉ, §. I. *Page* 1, *col.* 1, *supprimez les lignes* 1 *à* 7 (2), *et substituez-y ce qui suit :*

1° *Avant le Code de commerce, une société commerciale dont il n'existait point d'acte rédigé par écrit, mais qui était prouvée par d'autres moyens, était-elle valable à l'égard des créanciers des associés ?*

2° *Les créanciers d'une société commerciale dont l'acte constitutif n'avait pas été enregistré dans les formes prescrites par l'ordonnance du mois de mars* 1673, *pouvaient-ils s'en prévaloir contre les associés ?*

3° *Les associés pour fait de commerce pouvaient-ils se prévaloir entre eux d'une société dont il n'existait point d'acte rédigé par écrit, ou dont l'acte constitutif n'avait pas été dûment enregistré ?*

4° *Quel est, sur ces trois points, l'état actuel de la législation ?*

I. Les deux premières questions, etc.

Page 2, *col.* 2, *ligne* 27 (3), *après le mot* société, *ajoutez en note.*

Ceci est bien exact, et n'aurais-je pas dû dire, au contraire, que l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 n'eût pas été violé, quand même le jugement du tribunal du Lot n'eût été fondé que sur une preuve purement testimoniale de l'existence notoire de la société? En effet, comme l'a dit la cour de cassation, dans l'arrêt qu'elle a rendu sur ces conclusions, la disposition de cet article *ne concerne que les associés entre eux*. *V.* ci-après, n° 31.

Page 7, *col.* 2, *lignes* 6 *et* 7, *supprimez les mots* se rapporte à la même matière, *et substituez-y ce qui suit :* juge la seconde question dans le même sens, mais par un motif tout différent, et qui paraîtra sans doute plus conforme à ce que les art. 2 et 6 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 auraient dû dire qu'à ce qu'ils disaient réellement.

Dans le fait, etc.

(1) *Page* 650, *col.* 1, *ligne* 30 (2e édition).
(2) *Même page et même col., ligne* 31 (2e édition).
(3) *Page* 656, *col.* 1, *ligne* 41 (2e édition).

BIU Cujas

Même page et même col., supprimez les lig. 44, 45 *et* 46 (1), *et substituez-y ce qui suit :*

Je reviendrai encore là-dessus dans le §. suivant.

II. Sur la troisième question, il est d'abord certain, et je l'ai prouvé par les conclusions du 22 messidor an 9, rapportées au n° précédent, que, lorsqu'avant le Code de commerce, il existait un acte de société, cet acte avait, quoique non-enregistré, et nonobstant les art. 2, 3 et 6 du titre 4 de l'ordonnance de 1673, son plein effet entre les associés.

Il ne reste donc plus, pour résoudre complétement notre troisième question, que de savoir si les associés entre eux pouvaient, à défaut d'acte de société, prouver leur association par d'autres pièces.

On peut alléguer pour la négative, que l'arrêt de la cour de cassation, du 22 messidor an 9, en disant que l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 *ne concerne que les associés entre eux*, est censé dire que, si, à l'égard des tiers, la représentation d'un acte d'association peut être suppléée par d'autres preuves, il n'en est pas de même à l'égard des associés agissant les uns contre les autres.

Telle serait, en effet, la conséquence que l'on devait tirer de cet arrêt, si le sens de l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 était qu'une société ne peut être prouvée que par la représentation de l'acte qui l'a constituée. Mais, comme je l'ai établi dans les conclusions qui ont précédé cet arrêt, ce n'est point là ce que veut dire l'article dont il s'agit. Il n'a d'autre objet, et il ne peut avoir d'autre résultat, à l'égard des associés entre eux, que de les réduire à l'impuissance de prouver leur association par témoins; et cela est si vrai, que, comme je l'ai démontré dans d'autres conclusions du 16 avril 1806, et comme l'a jugé la cour de cassation par un arrêt du même jour (rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Société*, sect. 3, §. 2, art. 1, n° 2), il ne les empêche même pas de fortifier, par une preuve testimoniale, les commencemens de preuve par écrit qu'ils en produisent. On ne peut donc pas, de ces termes de l'arrêt du 22 messidor an 9, *ne concerne que les associés entre eux*, raisonnablement conclure qu'en rendant cet arrêt, la cour de cassation ait entendu mettre en principe qu'une société ne peut, entre les associés, être prouvée que par un acte exprès d'association.

Aussi a-t-elle jugé formellement le contraire, non seulement par l'arrêt du 16 avril 1806, que je viens de rappeler, mais encore par trois autres, sur les motifs desquels il y a quelques observations à faire.

Dans la première espèce, etc.

Page 8, *col.* 1, *supprimez les lignes* 10 *à* 23 (1), *jusqu'aux mots* d'un jugement *et de la ligne* 24, *et substituez-y ce qui suit :*

Cet arrêt a sans doute bien jugé; mais qu'a-t-il voulu dire par le motif sur lequel il s'est appuyé : *ce n'est que vis-à-vis des tiers que l'art.* 1er *du tit.* 4 *de l'ordonnance de* 1673 *exige que toute société soit rédigée par écrit*? A-t-il voulu dire que, d'après l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, des tiers ne pouvaient agir contre les associés, qu'en représentant l'acte de leur association? Il n'a fait que proclamer gratuitement une erreur qui, à l'époque où il a été rendu, avait déjà été condamnée par l'arrêt du 22 messidor an 9. A-t-il voulu dire que l'un des associés ne pouvait agir contre un tiers, sous la raison sociale, sans représenter, en cas de dénégation, au moins un extrait de l'acte de société? je n'examine pas s'il a énoncé une chose vraie en soi, mais il n'a certainement pas pu la fonder sur l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673; car, encore une fois, l'objet direct, l'unique objet de cet article, était d'interdire aux associés entre eux la preuve purement testimoniale de leur association.

Dans la seconde espèce, qui se trouve à l'endroit cité du *Répertoire de jurisprudence*, n° 3, le sieur L... F... attaquait un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 22 avril 1807, qui, d'après son propre aveu consigné dans sa demande introductive d'instance, et un grand nombre de lettres qu'il avait écrites au sieur L...., l'avait jugé associé en commandite de celui-ci, et il soutenait que cet arrêt avait violé l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673.

Par arrêt du 28 juillet 1808, la cour de cassation a rejeté sa requête, *attendu qu'en jugeant ainsi, d'après le titre qui servait de base à sa demande, et d'après la correspondance qui avait eu lieu entre les parties, la cour d'appel n'a point contrevenu aux dispositions du tit.* 4 *de l'ordonnance de* 1673, *modifiées par l'usage et la jurisprudence antérieurs au nouveau Code de commerce.*

Il semblerait, à la première vue, qu'en motivant ainsi cet arrêt, la cour de cassation ait voulu dire que l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, pris isolément, proscrivait toute société dont il n'existait point d'acte rédigé par écrit, et que si cet article

(1) *Même page, col.* 2, *ligne* 18 (2e édition).

(1) *Même page et même col., ligne* 43 (2e édition).

BIU Cujas

n'eût pas été *modifié par l'usage et la jurisprudence*, le recours en cassation du sieur L... F... aurait dû être accueilli.

Mais, ainsi entendu, cet arrêt serait en contradiction manifeste avec celui du 16 avril 1806, qui juge et prouve très-clairement qu'il était dans l'esprit de l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, de n'exclure, en fait de moyens de constater les sociétés de commerce, que la preuve purement testimoniale des contrats de société.

Aussi remarquons-nous que ce n'est pas précisément des dispositions de l'art. 1er, mais des *dispositions du tit.* 4 de l'ordonnance de 1673, que l'arrêt dit qu'elles avaient été modifiées, avant le Code de commerce, par l'usage et la jurisprudence. C'est donc comme s'il disait: si les dispositions des art. 2, 3 et 6 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 avaient été constamment observées, ce serait en vain que, pour prouver qu'une société prétendue contractée sous l'empire de cette loi, et dont il n'existerait pas d'acte exprès, on aurait recours à des lettres missives, à des écrits quelconques, et même à des aveux judiciaires, qui en formeraient une preuve complète; cette preuve, quoique parfaitement légale, quoique jugée et démontrée telle par l'arrêt de la cour du 16 avril 1806, serait absolument frustratoire, parceque, toute prouvée que serait la société, elle resterait nécessairement sans effet, même entre les associés, à défaut d'enregistrement. Mais ces dispositions avaient été abrogées long-temps avant le Code de commerce, par l'usage et la jurisprudence; elles ne peuvent donc aujourd'hui former aucun obstacle à ce qu'une société contractée sous l'ordonnance de 1673, soit prouvée par des moyens légaux que l'art. 1er de cette ordonnance n'exclut pas.

Dans la troisième espèce, il s'agissait de savoir si le sieur Arbaud avait été, du vivant de sa mère, décédée le 16 fructidor an 3, valablement associé par elle au commerce considérable de pelleteries qu'elle faisait, et si en conséquence il avait droit de prélever, dans le partage de la succession, la moitié des valeurs dont se composait le fonds de ce commerce.

Ses cohéritiers, tout en convenant du fait de l'association, soutenaient la négative, et ils se fondaient sur l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673.

Déboutés de leur prétention par un arrêt de la cour royale d'Aix, du 22 juillet 1816, confirmatif d'un jugement du tribunal civil de Draguignan, ils se sont pourvus en cassation pour violation de la loi qu'ils avaient inutilement invoquée tant en première instance qu'en cause d'appel. Mais par arrêt du 18 février 1818, au rapport de M. Lefessier de Grandprey, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde,

» Attendu que la société qui a pu exister entre la veuve Arbaud et son fils Arbaud, s'était formée entre eux avant les lois qui ont ordonné que toute société serait rédigée par écrit, et dans un temps où la disposition de l'ordonnance de 1673 à cet égard était tombée en désuétude;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».

Cet arrêt est évidemment motivé dans le même esprit que le précédent. Quelle était en effet, relativement aux sociétés commerciales, la disposition de l'ordonnance de 1673, qui, avant le Code de commerce, était tombée en désuétude? Ce n'était certainement pas celle de l'art. 1er du titre 4, puisqu'alors même il était extrêmement rare que les sociétés commerciales ne fussent pas rédigées par écrit, et que l'on fût réduit à en chercher la preuve dans d'autres pièces; c'était uniquement celle des art. 2, 3 et 6 du même titre, qui, en assujétissant ces sociétés à la formalité de l'enregistrement, et en les privant de tout effet à défaut de cette formalité, en rendait la rédaction par écrit indispensable, et ne permettait pas d'avoir égard aux autres preuves que l'on pouvait en rapporter. Le sens de l'arrêt est donc que la nécessité de l'enregistrement des sociétés commerciales ayant cessé par la désuétude dans laquelle étaient tombés les art. 2, 3 et 6, on ne devait plus s'attacher qu'à l'art. 1er qui, à la vérité, voulait que les sociétés commerciales fussent rédigées par écrit, mais ne le voulait pas à peine de nullité, et permettait implicitement de suppléer à un acte exprès d'association, par d'autres preuves, pourvu qu'elles ne fussent pas purement testimoniales.

III. Les changemens que le Code de commerce a faits, sur cette matière, tant aux dispositions de l'ordonnance de 1673, qu'à l'usage qui les avait modifiées, sont retracés dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Société*, sect. 3, §. 2, art. 2: ils consistent principalement en ce qu'aux termes de l'article 42 de ce Code, tout acte de société commerciale en nom collectif et en commandite, qui n'est pas enregistré et affiché de la manière réglée par cet article, est *nul à l'égard des intéressés*, mais que le défaut de ces formalités ne peut pas *être opposé à des tiers par les associés*.

De là naissent plusieurs questions:

1° En est-il, à cet égard, par rapport aux tiers, de l'absence d'un acte de société, comme du défaut d'enregistrement et de publication de l'acte de société qui existe? En d'autres termes, des tiers peuvent-ils être admis à prouver autrement que par la

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1818, page 671.

BIU Cujas

représentation d'un acte de société, que tels ou tels ont agi et opéré comme associés?

L'art. 39 du Code de commerce porte que *les sociétés en nom collectif et en commandite seront constatées par des actes publics ou sous signature privée;* et l'art. 41 ajoute qu'*aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans des actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit lors de l'acte, avant l'acte, ou depuis, encore qu'il s'agît d'une somme ou valeur au-dessous de 150 francs.*

Dans la discussion de ce dernier article au conseil-d'état, on éleva la question de savoir si, à défaut de rédaction par écrit, le contrat de société serait nul; et ceux qui soutenaient la négative, faisaient observer *qu'il ne faudrait du moins admettre la nullité qu'entre les associés, mais* (que) *la société une fois prouvée, ne fût-elle pas constatée par un acte, les obligations contractées en son nom, au profit des tiers, n'en devaient pas moins avoir leur effet.*

« Mais ici (lisons-nous dans l'*Esprit du Code de commerce* de M. Locré, art. 41) la discussion changea de face. On observa, en effet, qu'elle se rattachait moins à l'art. 41 qu'à l'art. 42, attendu que cet article, en ordonnant la remise au greffe d'un extrait des actes de société, suppose que tous ces actes doivent être rédigés par écrit; et cette induction toute naturelle, a-t-on dit, remplace ici le principe qui n'est point formellement posé de l'obligation d'écrire de tels contrats.

» En conséquence, on ne s'occupa plus qu'à examiner quelle suite aurait le défaut d'enregistrement et d'affiche de l'acte de société.

» Je dois renvoyer à l'art. 42 la suite de la discussion, et je dois observer en même temps que le conseil-d'état ayant confondu la question de savoir quel serait, relativement à la preuve de l'association, l'effet de l'absence de tout acte écrit, et celle qui concernait la nullité faute de publication, il est évident que la décision intervenue sur cette dernière question résout également l'autre ».

Il résulte clairement de cette explication, qu'en décidant que les associés ne peuvent pas opposer aux tiers le défaut de publication du contrat de société, l'art. 42 du Code de commerce décide également qu'ils ne peuvent pas non plus leur opposer le défaut de représentation de ce contrat, soit en original, soit en expédition ou copie dûment collationnée.

2° Mais les tiers peuvent-ils, sans un commencement de preuve par écrit, être admis à prouver par témoins l'existence publiquement notoire d'une société dont ils ne représentent point l'acte constitutif?

Ils ne le pourraient pas, sans doute, si l'on devait prendre dans un sens abstrait et absolu la disposition de l'art. 39 du Code de commerce, par laquelle il est dit que *les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée,* ou ce qui est la même chose, si l'objet de cet article était d'établir que nul, quel qu'il soit, associé ou non, ne peut prouver que par écrit l'existence d'une société en nom collectif ou en commandite. Dans cette hypothèse, en effet, le tiers qui demanderait à prouver par témoins seulement, l'existence d'une pareille société, se trouverait arrêté tout court par le principe que la preuve purement testimoniale est interdite à quiconque n'est admis par la loi qu'à une preuve par écrit.

Mais tels ne sont ni l'objet ni le sens de l'art. 39: il ne fait que renouveler la disposition de l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673: or, celui-ci *ne concernait* (pour me servir des expressions de l'arrêt de la cour de cassation du 22 messidor an 9, transcrit ci-dessus, n° 1) *que les associés entre eux;* ce n'est donc aussi qu'aux *associés entre eux* que se rapporte celui-là. C'est d'ailleurs ce que fait clairement entendre l'art. 41, lorsqu'il ajoute, en copiant encore l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, qu'*aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte, ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de 150 francs;* car cette disposition est évidemment inapplicable aux tiers qui allégueraient qu'un contrat de société, même enregistré et publié, conformément à l'art. 42, s'étend à plus d'objets ou comprend plus de personnes que n'en énonce l'acte qui en est représenté, ou qu'il a été, depuis sa conclusion, modifié par de nouvelles clauses (1); et dès que cette disposition, qui n'est que la suite de l'art. 39, ne peut pas être opposée aux tiers, il est bien impossible qu'on leur oppose celle de l'art. 39 lui-même.

Ainsi, nul obstacle à ce que les tiers soient admis, sans commencement de preuve par écrit, à prouver par témoins l'existence notoirement publique d'une société en nom collectif ou en commandite.

C'est effectivement ce que la cour de cassation a jugé par un arrêt du 23 novembre 1812, rapporté dans le *Répertoire de Jurisprudence*, au mot *Société*, section 3, §. 2, art. 2, n° 7.

C'est aussi ce qu'enseigne M. Pardessus, dans son *Cours de droit commercial*, n° 1007: *C'est aux tribunaux* (dit-il) *à veiller, par leur sagacité, dans l'admission des preuves, à ce que ce prin-*

(1) *V.* M. Toullier, tome 9, n° 165.

BIU Cujas

cipe d'équité ne devienne pas un moyen de vexations injustes : il suffit de tenir comme principe certain, que la preuve testimoniale, même sans commencement de preuve par écrit, est admissible ; mais il faut que la preuve de la société porte sur des faits personnels à celui contre qui on veut l'établir ; car de ce que Pierre aurait signé un billet sous la raison Pierre et Paul, *il ne faudrait pas conclure que ce dernier fût associé de Pierre, s'il n'en existait pas de preuve plus directe.*

3° Quel est, dans l'art. 42, le sens des mots, *ces formalités seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés?* En résulte-t-il que le contrat de société doit, faute d'avoir été publié dans les formes prescrites par cet article, être annulé sur la demande de l'un des associés? Ou signifient-ils seulement que les associés ne peuvent pas l'opposer aux tiers ?

De ces deux partis, M. Delvincourt soutient le second, dans ses *Institutes du droit commercial.*

Mais pour réfuter cette opinion, il suffit de se reporter à la manière dont a été amenée, dans l'art. 42, la disposition dont il s'agit.

Cet article, dans le projet qui en a été présenté à la séance du conseil-d'état, du 15 janvier 1807, ne contenait que les deux premiers des trois paragraphes dont il est aujourd'hui composé, et se bornait par conséquent à prescrire l'enregistrement et la publication des sociétés, sans assurer, par aucune sanction pénale, l'accomplissement de ces formalités. J'en ai fait l'observation, et de-là est venue une discussion que le procès-verbal nous retrace en ces termes, tome 1er, pages 182 et 183 de l'édition officielle de 1813 :

« M. Merlin demande si l'inexécution de l'article n'entraînera aucune peine.

» M. de Ségur répond que les suites de l'inexécution sont déterminées au titre *des Faillites.*

» M. Bigot-Préameneu désirerait qu'en outre il y eût une amende.

» M. Begoin dit que l'amende ne serait toujours exigée que dans les cas de faillite, et appuie en conséquence l'observation de M. de Ségur, qu'il suffira de déterminer au titre *des Faillites* la peine de l'inexécution.

» M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) dit qu'elle le serait dans tous les cas, et que la condamnation serait poursuivie par la partie publique.

» Mais il y a une autre difficulté : si l'existence de la société était niée, comment la prouver et obliger à la représentation de l'acte qui n'a pas été produit ?

» M Treilhard pense qu'on doit déclarer l'acte nul. Cette nullité ne saurait avoir d'inconvéniens, lorsqu'elle n'a d'effet que contre les associés qui doivent tous également s'imputer le défaut d'enregistrement, et qu'elle ne s'étend pas aux tiers. Une telle peine est plus efficace que celle de l'amende.

M. Cretet objecte qu'il sera cependant nécessaire de régler les affaires qui ont été faites en société.

» M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) dit que, suivant Jousse, la nullité n'est pas ordinairement prononcée pour défaut d'enregistrement, mais qu'on exige seulement que l'existence de la société soit prouvée.

» M. Cambacérès dit que cette doctrine est évidemment la seule raisonnable. L'objection de M. Cretet le prouve, et il est impossible d'y répondre.

» M. Bigot-Préameneu dit que l'enregistrement n'est établi que dans l'intérêt des tiers ; qu'il ne doit donc pas avoir d'effet entre les associés.

» Le conseil rejette la proposition de punir, par une amende, l'omission de l'enregistrement de l'acte de société au greffe du tribunal de commerce ».

Le procès-verbal n'ajoute pas que, conformément à la proposition de M. Treilhard, le vœu de la majorité des membres du conseil a été qu'à défaut d'enregistrement et de publication, le contrat de société serait nul à l'égard des associés entre eux; mais c'est évidemment une omission, et le texte même de l'art. 42 prouve manifestement qu'il a été, non seulement adopté par le conseil-d'état, mais encore décrété et promulgué tel qu'il avait été proposé par M. Treilhard.

Voici, au surplus, une espèce dans laquelle l'opinion de M. Delvincourt a été formellement condamnée.

Le 3 octobre 1808, acte sous seing-privé, par lequel le sieur Massabiau et deux autres particuliers qu'il s'est associés pour exploiter des mines d'alun, admettent le sieur Dufau à participer en commandite aux bénéfices de leur entreprise, moyennant une somme de 12,000 francs qu'il verse entre leurs mains, à la charge, 1° que le sieur Dufau ne pourra, durant la société, demander à ses associés aucun compte, s'ils lui paient annuellement l'intérêt de sa mise de fonds à raison de 6 pour cent; 2° que si, dans le cours de l'association, il arrivait que, pendant deux années consécutives, les bénéfices de l'exploitation ne s'élevassent pas au niveau de l'intérêt promis au sieur Dufau, ses associés pourront, en lui rendant un compte exact de toute la ges-

BIU Cujas

tion, réduire cet intérêt au taux de leurs propres bénéfices.

Ni le sieur Massabiau, ni ses associés en nom collectif, ni le sieur Dufau ne se mettent en devoir de faire enregistrer et publier cet acte au tribunal de commerce.

Le 14 octobre 1814, le sieur Dufau fait assigner le sieur Massabiau pour voir dire, qu'attendu la nullité dont cet acte est frappé entre eux par l'art. 42 du Code de commerce, il sera condamné à lui payer une somme de 7,733 francs pour sa part dans les 12,000 francs et dans les intérêts échus.

Le sieur Massabiau répond que le sieur Dufau interprète mal l'art. 42 du Code de commerce; que l'acte du 3 octobre 1808, quoique non publié dans la forme prescrite par cet article, n'en est pas moins valable entre les parties qui l'ont signé.

Cette défense est accueillie par les premiers juges; mais sur l'appel, arrêt de la cour royale de Montpellier, du 9 janvier 1816, qui *déclare nul* le contrat de société en commandite,

« Attendu que l'ensemble de l'acte et sa dernière clause, notoirement explicative de toutes celles qui précèdent, ne laisse aucun doute qu'il y a entre les parties une société en commandite, soumise à toutes les règles de ces contrats, et que, par suite, il n'y a pas simple prêt;

» Attendu que ce contrat de société, pour un objet commercial, soumis en cette qualité aux formalités exigées, à peine de nullité, par l'art. 42 du Code de commerce, est dans le cas d'être annulé, sur la demande en nullité qui est formée dans le cours du procès ».

Le sieur Massabiau se pourvoit en cassation, et soutient que, par cet arrêt, la cour royale de Montpellier a tout à la fois violé et faussement appliqué le dernier alinéa de l'art. 42 du Code de commerce.

« Les termes et l'esprit de la loi (dit-il) condamnent également le système accueilli par cette cour. Il est visible d'abord que ce n'est que par opposition *aux tiers* que la nullité est établie *à l'égard des intéressés;* qu'ainsi, entre les associés eux-mêmes, l'acte n'est pas moins valable. Si le législateur eût pensé différemment, il ne se serait pas servi de ces expressions, *à l'égard des intéressés;* il aurait déclaré l'acte nul ENTRE *les intéressés* OU ENTRE *les associés;* au lieu qu'on voit clairement, par les termes qu'il emploie, qu'il a voulu seulement que les associés, auxquels le défaut de publicité pourrait être opposé par les tiers, ne pussent à leur tour s'en prévaloir contre eux.

» Et l'on s'en convaincra bien mieux encore si l'on réfléchit un instant sur les motifs qui ont dicté cette disposition. On conçoit aisément pourquoi l'inobservation des formalités dont il s'agit, peut être opposée par les tiers aux associés, bien que ceux-ci n'aient pas le droit de l'invoquer : c'est parceque ces formalités sont prescrites dans l'intérêt des tiers, qui seuls peuvent être trompés, et qu'on ne saurait les rendre victimes de l'omission de ces mêmes formalités, puisqu'ils ne sont pas à portée de les remplir, et que la loi ne les a point mises à leur charge. Mais il n'est aucune raison plausible à donner pour soutenir que les associés entre eux puissent se prévaloir de l'inobservation des mêmes formalités. Certes, on ne prétendra pas qu'elles sont de l'essence du contrat de société; autrement, il n'existerait sans elles, pas plus à l'égard des tiers qu'à l'égard des associés, et il ne se formerait que du jour où elles sont remplies; tandis qu'il résulte bien clairement, au contraire, de l'article qui donne lieu au procès, que ce contrat subsiste auparavant. Or, si ces formalités ne sont qu'accessoires, si, sans elles, le contrat est parfait, comment, sous prétexte qu'elles n'ont pas été observées, un des associés pourrait-il soutenir envers l'autre qu'il n'est pas obligé? Comment pourrait-il prétendre que des conventions qu'il a librement consenties, ne doivent pas recevoir leur exécution?

» Vainement dit-on que la nullité du contrat entre les associés eux-mêmes, est une peine nécessaire pour les obliger de se conformer à la loi. La loi n'a-t-elle pas une sanction suffisante, lorsque les tiers peuvent leur opposer cette nullité, et qu'eux-mêmes ne peuvent s'en prévaloir?

» Enfin, tous les associés sont également coupables de la contravention dont il s'agit : dès-lors, ils sont tous également non-recevables à se l'opposer mutuellement.

» Il est vrai que l'art. 2 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 accordait positivement ce droit à chacun des associés. Mais l'art. 42 du Code de commerce étant conçu dans des termes tout différens, on ne peut plus le décider de même aujourd'hui. D'ailleurs on peut d'autant moins croire que le nouveau législateur ait entendu reproduire de point en point les dispositions de l'ordonnance, que l'art. 2, que nous venons de citer, était tombé en désuétude, comme trop rigoureux. Ainsi, l'on doit croire qu'instruits par l'expérience, les rédacteurs du Code de commerce n'ont reproduit que celle des dispositions de cet article qui sont conformes à l'équité et à la raison, c'est-à-dire, celles-là seules qui permettaient aux tiers de se prévaloir du défaut de publicité entre les associés, et qui refusaient le même droit à ceux-ci ».

Mais par arrêt du 2 juillet 1817, au rapport de M. Vallée, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

BIU Cujas

« Attendu que l'arrêt attaqué, en interprétant les actes intervenus entre les parties qui sont des négocians, a pu juger ainsi qu'il l'a fait, sans violer aucune loi;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi.... ».

Les rédacteurs du *Journal des audiences de la cour de cassation*, en rapportant cet arrêt (année 1818, page 390), en justifient clairement la décision:

« La dernière disposition de l'art. 42 (disent-ils) se compose de deux membres de phrases dont le premier semble avoir été fait avant qu'on ait songé au second; et si celui-ci vient après coup former une opposition avec celui-là, on voit assez clairement qu'il ne déroge point à sa généralité. Or, quand la loi dit d'une manière générale que les formalités dont il s'agit *seront observées à peine de nullité* A L'ÉGARD DES INTÉRESSÉS, n'est-ce pas créer une distinction arbitraire que de prétendre que la nullité a lieu *à l'égard des intéressés* vis-à-vis des tiers, et qu'elle n'existe point *à l'égard des intéressés entre eux?* L'un et l'autre cas ne se trouvent-ils pas également compris dans les termes de la loi? Cette interprétation est, d'ailleurs, quoi qu'en ait dit le sieur Massabiau, puissamment fortifiée par les dispositions de l'art. 2 du tit. 4 de l'ordonnance. Voilà pour le texte de la loi.

» Quant aux autres raisons qu'invoquait le demandeur, elles s'écartent en peu de mots. Les associés qui ne rendent pas public le contrat qu'ils ont formé, ont l'intention de tromper les tiers. Dès-lors, la loi ne leur doit point sa protection. Elle ne doit que régler ce qui a été fait pour que l'un d'eux ne s'enrichisse pas aux dépens de l'autre; mais elle ne doit pas sanctionner un pacte en quelque sorte frauduleux par sa clandestinité, et autoriser une des parties à demander la continuation de son exécution ».

4° Lorsque le contrat de société est annulé faute d'enregistrement et de publication, sur la demande de l'un des associés, comment doit-on régler entre eux les affaires déjà faites pour leur compte commun?

Suivant M. Locré, dans son *Esprit du Code de commerce*, art. 42, n° 4, *on doit juger comme s'il n'y avait point eu de société, c'est-à-dire*, qu'il ne doit point y avoir, *même pour le passé, communauté de pertes et de gains.*

M. Pardessus, dans son *Cours de droit commercial* (n° 1009, 5e édition), pense tout autrement:

» Si (dit-il) la convention d'être associé pour une chose contraire aux lois, par exemple, pour la contrebande, serait illicite, et si, quelle que fût la mise que l'un ait confiée à l'autre, quelque somme que l'un ait à demander à l'autre pour sa part des bénéfices, toute action, toute exception leur seraient respectivement déniées; il ne doit pas en être ainsi de la nullité qui proviendrait du seul défaut d'observation des formalités prescrites pour constater et rendre publique l'existence de la convention.

» Lorsque ceux qui ont ainsi contracté une société sans se conformer à ce qu'exigeait la loi, ont eu des relations ou une communauté d'affaires susceptibles de produire des effets, et par conséquent des actions que les bonnes mœurs ne proscrivent pas, les tribunaux ne peuvent refuser de prononcer suivant les règles de l'équité. La situation respective des parties présente une sorte d'association semblable à celle dont nous donnerons les règles dans le chapitre quatrième. La nullité, à l'égard des intéressés, ne doit donc consister qu'en ce qu'aucun d'eux ne peut être contraint de réaliser l'engagement d'entrer en société, et que, si elle a commencé, chacun peut la dissoudre, quand il ne juge plus à propos d'y rester, sans que les autres puissent le forcer à l'exécution de l'acte qui en détermine la durée ».

Aussi, dans l'espèce rapportée sur la question précédente, la cour royale de Montpellier a-t-elle, par son arrêt du 8 janvier 1816, rejeté l'opinion de M. Locré:

« Attendu toutefois (a-t-elle dit) que, nonobstant la nullité du contrat de société en la forme, les stipulations des parties ont reçu de bonne foi leur pleine et entière exécution, jusqu'au moment de la demande en nullité; que, jusque-là, il y a eu opération et intérêts communs et communauté réelle pour l'objet social, et des opérations y relatives, pour le temps de cette communauté;

» La cour déclare nul le contrat de société en commandite, et renvoie les parties devant le tribunal de première instance de Rhodez, pour s'y rendre respectivement compte, et s'y faire mutuellement raison de l'objet primitivement mis en société, par les stipulations de l'acte du 3 octobre 1808, ainsi que des opérations administratives faites dans l'intérêt commun, seulement jusqu'au jour de la demande en nullité ».

Le sieur Massabiau a vainement attaqué ce chef de l'arrêt, sous le prétexte qu'il était en contradiction avec celui qui déclarait la société nulle à défaut d'enregistrement et de publication. Vainement a-t-il prétendu que, pour être conséquente avec elle-même, la cour royale de Montpellier avait dû, en annulant la société, la juger sans effet pour le passé comme pour l'avenir, et qu'ainsi, au lieu d'ordonner un compte de toutes les opérations qui avaient précédé la demande en nullité du sieur Dufau, elle avait dû se borner à ordonner que le capital fourni par le sieur Dufau, lui serait remboursé, et lui refuser tout intérêt, comme tout bénéfice, puisque l'acte qui en contenait la stipulation, était

BIU Cujas

nul : la cour de cassation n'en a pas moins déclaré, par son arrêt du 2 juillet 1817, qu'en jugeant ainsi, la cour royale de Montpellier n'avait *violé aucune loi*.

D'une part, en effet, l'art. 42 du Code de commerce dit bien qu'à défaut des formalités qu'il prescrit, l'acte de société *sera nul à l'égard des intéressés ;* mais il ne dit pas que la nullité en sera encourue de plein droit, et qu'elle aura lieu sans demande ni jugement; il veut seulement qu'elle soit prononcée par le juge, du moment que l'une des parties y conclut.

D'un autre côté, il est sans doute beaucoup de cas où l'annullation d'un contrat, lorsqu'elle est prononcée sur la demande de l'une des parties, agit sur le passé comme sur l'avenir, et auxquels par conséquent s'applique, dans toute sa généralité, la règle *quod nullum est, nullum producit effectum:* mais ces cas ne sont et ne peuvent être que ceux où la nullité provient, soit d'un vive inhérent à l'acte, soit d'un fait personnel à la partie contre laquelle l'annullation est demandée; et quel argument peut-on en tirer ici ? Aucun; et pourquoi ? Parceque la nullité qui nous occupe, a pour cause un fait qui est non seulement extrinsèque à l'acte, mais encore commun aux deux parties; parceque les deux parties l'ont couverte autant qu'il était en elles, c'est-à-dire, pour le passé, par l'exécution qu'elles ont donnée à l'acte.

5° En cas de faillite d'un associé par acte non publié dans les formes prescrites par l'art. 42, ses créanciers peuvent-ils en opposer la non-publication à son associé ? Peuvent-ils au moins exciper contre lui de ce que l'acte de société dont il se prévaut, est sous seing-privé, et n'avait point acquis, par l'enregistrement fiscal, une date certaine avant l'ouverture de la faillite de leur débiteur ?

Voici une espèce dans laquelle ces deux questions se sont présentées :

Le 28 décembre 1816, acte sous seing-privé par lequel le sieur Chatelet, commerçant en cuivre, depuis environ 40 ans, à Rhodez, contracte avec le sieur Grellet, pour la continuation de son commerce, une société qui doit durer jusqu'au premier janvier 1826.

Cet acte n'est ni revêtu de la formalité fiscale de l'enregistrement, ni transcrit et publié au tribunal de commerce.

En 1818, les créanciers personnels du sieur Chatelet le font déclarer failli, et les scellés sont en conséquence apposés sur les magasins et les marchandises de la société existante de fait entre lui et le sieur Grellet.

Les sieurs Balleydier et consorts, créanciers de cette société, demandent que ces marchandises soient distraites de l'actif de Chatelet, et qu'elles soient vendues pour leur compte, sauf, dans le cas où la valeur en excéderait le montant des créances sociales, à répartir cet excédant entre les deux associés ou leurs créanciers personnels.

Les syndics de la faillite de Chatelet répondent que ces marchandises appartiennent exclusivement à leur débiteur; que ni le sieur Grellet ni ses créanciers n'y peuvent rien prétendre, en vertu de l'acte de société du 28 décembre 1816 : d'abord, parceque cet acte n'a point de date certaine antérieure à la faillite de Chatelet; ensuite, parcequ'il n'a été ni transcrit ni publié au tribunal de commerce.

Jugement qui accueille la demande des sieurs Balleydier et consorts.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour royale de Montpellier, du 24 mars 1819, qui la rejette,

« Attendu que l'acte de société est un acte sous seing-privé qui, n'ayant été enregistré qu'après la faillite du sieur Chatelet, ne peut, aux termes de l'art. 1328 du Code civil, être valablement opposé aux créanciers personnels du sieur Chatelet, qui sont des tiers;

» Que d'ailleurs ces créanciers personnels de Chatelet étant des tiers, mais des tiers *intéressés*, l'acte de société est nul à leur égard, aux termes de l'art. 42 du Code de commerce, qui veut que les sociétés commerciales soient rendues publiques, à peine de nullité *à l'égard des intéressés* ».

Les sieurs Balleydier et consorts se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'attaquent par deux moyens : fausse application de l'art. 1328 du Code civil; violation de l'art. 1166 du même Code, et fausse interprétation de l'art. 42 du Code de commerce.

En thèse générale (disent-ils), et aux termes de l'art. 1328 du Code civil, l'acte sous seing-privé n'a de date certaine contre les tiers que du jour de son enregistrement ; mais, dans l'espèce, il y a fausse application de cet article. Il ne s'applique, en effet, qu'au cas où l'un des contractans voudrait se prévaloir de sa date contre un tiers, à cause de la facilité qu'aurait ce contractant d'antidater l'acte sous seing-privé; il ne peut donc être applicable aux créanciers de la société qui n'ont pas figuré dans cet acte, et qui ne sont eux-mêmes que des tiers. La cour royale de Montpellier a donc évidemment appliqué à faux l'art. 1328 du Code civil.

Elle a également violé (continuent-ils) l'art. 1166 du même Code, qui permet aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs; et elle l'a violé par une fausse interprétation de l'art. 42 du Code de commerce, qui déclare nulle, à l'égard

BIU Cujas

des *intéressés*, la société dont l'acte n'a pas été rendu public par les voies que cet article indique. En effet, par ce mot *intéressés*, le législateur a indubitablement entendu désigner les associés et nullement les tiers qui peuvent avoir intérêt à l'existence ou à l'inexistence de la société. C'est ce qui résulte évidemment de la partie finale du même art. 42, qui porte que l'inobservation des formalités qu'il prescrit pour la publicité des sociétés commerciales, ne pourra jamais être opposée aux tiers par les associés.

De ces deux moyens de cassation, le second était sans réplique; mais le premier tombait de lui-même, et le motif de l'arrêt de la cour royale de Montpellier contre lequel il était dirigé, conservant dès-lors toute sa force, les sieurs Balleydier et consorts ont nécessairement dû succomber.

Aussi, par arrêt du 13 février 1821, au rapport de M. Dunoyer, et sur les conclusions conformes de M. l'avocat-général Joubert,

« Attendu qu'il est reconnu, en fait, par l'arrêt attaqué, que, depuis quarante ans, Chatelet faisait le même commerce qu'à l'époque de sa faillite; qu'il avait les mêmes marchandises, les mêmes usines; que ses créanciers avaient traité avec lui sous la foi de la confiance et du crédit attachés à cette existence commerciale; et qu'en jugeant qu'une partie de ces mêmes créanciers n'avaient pu être déchus de leurs droits sur la presque totalité de l'actif de ce débiteur failli, au profit d'une autre classe de créanciers, sous le prétexte d'une société portée sur un acte sous signature privée, non enregistré avant l'ouverture de la faillite, et demeuré inconnu jusqu'alors, la cour royale de Montpellier n'a violé aucune loi;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi..... (1) ».

§. II. 1°. *Sous l'ordonnance de 1673, un tiers qui avait intérêt de prouver que deux commerçans, à l'un desquels il avait fourni des marchandises, étaient associés en participation, avait-il besoin, pour en établir la preuve, de représenter un acte exprès de société? Ne lui suffisait-il pas de prouver que ces deux commerçans agissaient ouvertement comme associés, ou étaient publiquement connus pour tels?*

2° *Pouvait-il, en prouvant que ces marchandises avaient tourné au profit de la société publiquement connue, en réclamer solidairement le prix contre l'associé de celui à qui il les avait vendues et qui les avait achetées en son seul nom?*

3° *Quelles conséquences y a-t-il aujourd'hui à tirer, sur ces deux points, de l'art. 49 du Code de commerce?*

4° *Peut-on, à cet égard, assimiler au cas où, de deux personnes notoirement associées en participation, l'une achète à crédit, en son seul nom, des marchandises qui sont ensuite revendues ou employées au profit de la société, le cas où, de deux personnes qui n'ont entre elles aucun rapport social, l'une achète à crédit en son seul nom et pour son propre compte, des marchandises pour la manipulation ou la revente desquelles elle s'associe ensuite l'autre, sous la condition que celle-ci paiera la moitié du prix qui en est dû au vendeur, et qu'elle aura la moitié des bénéfices de la manipulation ou de la revente? Et de ce que, dans le premier cas, le vendeur des marchandises a, pour le paiement du prix qui lui en est dû, une action solidaire contre l'associé de son acheteur, s'ensuit-il qu'il doit également l'avoir dans le second cas?*

I. Les deux premières questions ont été jugées pour l'affirmative, à l'audience de la cour de cassation, section des requêtes, le 28 germinal an 12, sur le recours exercé par François Billaud, contre un arrêt du tribunal d'appel de Limoges, du 6 prairial an 11, etc.

Page 8, *col.* 2, *ligne* 49 (1), *après le mot* anonyme, *ajoutez en note :*

Dans ces conclusions, qui ont précédé de plusieurs années le Code de commerce, les mots *Société anonyme* sont employés dans un sens tout différent de celui auquel ce Code les a restreints. *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Société*, sect. 2, §. 3, art. 3.

Page 9, *col.* 1, *ligne* 13 (2); *après le mot* proscrite, *ajoutez en note :*

V. la seconde des deux notes suivantes.

Même page, col. 2, *à la fin de la ligne* 4 (3), *ajoutez en note :*

V. ci-dessus, §. 1, n° 1, la note sur un passage semblable des conclusions du 22 messidor an 9.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 22, page 330; et Journal des audiences de la cour de cassation, année 1822, page 126.

(1) *Page* 657, *col.* 2, *ligne* 19 (2e édition).
(2) *Même page et même col., ligne* 43 (2e édition).
(3) *Page* 658, *col.* 1, *ligne* 28 (2e édition).

BIU Cujas

Page 11, *col.* 2, *ligne* 29 (1), *après les mots* son associé, *ajoutez en note :*

Ce raisonnement était juste sous l'ordonnance de 1673, qui, en exigeant, tit. 4, art. 3, que l'enregistrement des sociétés contînt *les noms, surnoms, qualités et demeures des associés*, faisait clairement entendre que les sociétés en commandite n'étaient pas assujetties à cette formalité, et devaient par conséquent rester inconnues au public. Mais il porterait à faux sous le Code de commerce, dont les art. 42 et 43 soumettent les sociétés en commandite au même enregistrement et à la même publication que les sociétés en nom collectif, sauf que les commanditaires ne doivent pas y être nommés, et qu'il doit seulement y être fait mention du montant des valeurs fournies ou à fournir par eux.

Page 16, *col.* 2, *ligne* 1 (2), *après le mot* commandite, *ajoutez en note :*

Mauvaise raison. *V.* l'arrêt du 22 messidor an 9, rapporté au §. précédent, n° 1.

Même page et même col., lignes 6 *et* 7 (3), *après le mot* testimoniale, *ajoutez en note :*

Les termes, *sans employer la preuve testimoniale*, sont ici de trop. *V.* ci-dessus, §. 1, n° 1, la note sur les conclusions du 22 messidor an 9.

Même page et même col., après ligne 16 (4), *ajoutez :*

II. Le Code de commerce, après avoir dit, art. 47, qu'indépendamment des sociétés en nom collectif, en commandite et anonymes, *la loi reconnaît les* associations commerciales en participation; et art. 48, que *ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce*, et qu'*elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les parties*, ajoute, art. 49: *Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.*

Quelle influence cette disposition doit-elle avoir, et sur la question de savoir de quelle manière une société en participation peut être prouvée par des tiers, et sur celle de savoir si des tiers peuvent, en prouvant que les marchandises ou les sommes qu'ils ont fournies à un associé en participation, publiquement connu comme tel, ont tourné au profit de la société, actionner solidairement l'associé de celui avec lequel ils ont traité?

Voici ce qui a été dit là-dessus dans la discussion qui a eu lieu au conseil-d'état, le 15 janvier 1807, sur le projet de l'art. 49 :

« M. Jaubert dit que les sociétés en participation sont utiles et d'un fréquent usage, qu'il faut donc les maintenir; mais est-ce entre associés ou aussi relativement aux tiers qu'on se propose d'en régler les effets? Le tiers ne connaît que la personne avec laquelle il a traité : c'est cette personne qu'il actionne; on ne doit pas permettre de lui opposer une société qu'il n'est pas obligé de reconnaître : dès-lors, les règles qu'on veut établir sur la société en participation, ne concernant plus que les associés, l'art. 44 devient inutile.

« M. Janet (maître des requêtes) dit que la question envisagée sous le rapport des tiers, acquiert une assez haute importance pour mériter d'être décidée par une disposition expresse.

« Elle s'est présentée à la cour de cassation. Des marchands avaient acheté des bestiaux en Auvergne; ils les envoyèrent à Paris, à d'autres marchands avec lesquels ils faisaient ces achats en participation, et ces associés vendirent. Dans l'intervalle, les marchands d'Auvergne firent faillite avant d'avoir payé les bestiaux. Les vendeurs se pourvurent contre les associés de Paris, et la cour de cassation n'hésita pas à déclarer qu'il y avait solidarité. Cette contestation ne se serait pas élevée, si le droit eût été fixé par une disposition de la loi.

« M. Merlin dit que, comme procureur-général de la cour de cassation, il a porté la parole dans cette affaire, et qu'il a détruit l'opinion de Pothier qu'on invoquait, en lui opposant les lois romaines et le sentiment unanime des autres docteurs français et étrangers.

« M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) dit que cette doctrine serait subversive des principes. Le refus du recours contre les associés en participation ne saurait tromper la foi publique, puisque le vendeur n'a connu que celui avec lequel il a traité directement, et n'a pas compté sur une autre garantie. Il en serait autrement, sans doute, si on lui avait annoncé qu'il aura en outre pour débiteurs des associés en participation : alors le recours contre ces associés ne pourrait lui être refusé. Mais ce n'est là qu'une exception qui ne doit pas empêcher d'établir en principe que, hors cette circonstance particulière, le vendeur n'a pour garant que ceux auxquels il a directement vendu. On ne peut se relâcher de ce principe sans entraver les opérations de commerce et ôter au commerce ses ressources. Les capitalistes, pour l'ordinaire, répugnent aux embarras, et ne consentent à mettre leurs fonds dans le com-

(1) *Page* 660, *col.* 1, *ligne* 52 (2e édition).
(2) *Page* 666, *col.* 1, *ligne* 10 (2e édition).
(3) *Même page et même col., lignes* 15 *et* 16 (2e édition).
(4) *Même page et même col., ligne* 25 (2e édition).

BIU Cujas

merce que lorsqu'ils sont certains de ne se trouver engagés dans aucune contestation avec des tiers. S'ils pouvaient craindre d'être compromis par ceux avec lesquels ils ont des rapports, et sont mis en cause, ils feraient un autre emploi de leurs capitaux. Ce n'est pas, au surplus, par les lois romaines, qui n'établissent que le droit civil, qu'on peut décider des questions de commerce, surtout chez une nation tout autrement organisée et constituée que les Romains.

» M. Cambacérès est d'avis que, dans un Code de commerce, il convient d'éviter les règles trop précises. Sans cette précaution, la loi manquera souvent son effet. On abusera, dans l'usage, de la doctrine que le Code aura établie. Les véritables règles du commerce sont celles de la bonne foi et de l'équité : il faut bien se garder de les affaiblir par des règles trop positives, qui, dans beaucoup de circonstances, en gênent l'application. L'art, dans les lois de cette espèce, est de poser des principes féconds en conséquences, et qui, dans l'exécution, ne résistent jamais à l'équité. L'art. 44 (aujourd'hui 49) paraît donc bien rédigé; il ne borne pas l'effet de la disposition aux associés, il ne l'étend pas aux tiers; mais il permet aux juges, relativement aux preuves, une latitude qui leur permet de se déterminer d'après les circonstances.

« M. Cretet dit que, quand on exclut, pour la preuve par témoins, la nécessité d'un commencement de preuve par écrit, il faut bien établir, par une disposition formelle, cette exception aux principes généraux. L'article n'a pas d'autre but. Il laisse dans le droit commun ce qui concerne les tiers et toutes les autres questions étrangères à son objet....

» M. Defermon est persuadé que la cour de cassation n'a pas vu une société en participation dans l'affaire qu'on a rappelée....

» L'art. 44 (aujourd'hui 49) est adopté (1) ».

Que devons-nous conclure de cette discussion et du résultat qui l'a terminée?

D'abord, il n'est pas douteux qu'en adoptant l'art. 49, sans avoir égard à la proposition faite par M. Jaubert de le supprimer comme inutile, le conseil-d'état n'ait entendu que, s'il se présentait des cas où un tiers fût recevable à demander, contre un associé en participation, l'exécution du traité qu'il aurait fait avec son participant, il pourrait, lorsque leur association serait déniée, la prouver, soit par leurs livres respectifs soit par lettres missives, soit par témoins; car il serait absurde de refuser à un tiers qui a intérêt d'établir l'existence d'un contrat, des moyens de preuve qui sont accordés aux parties contractantes elles-mêmes.

En second lieu, il n'est pas moins évident que le conseil-d'état, en s'abstenant d'ajouter à l'art. 49, comme le demandait M. Janet, une disposition explicative des droits des tiers, n'a pas pour cela adopté et encore moins érigé en loi, dans toute sa généralité, la doctrine professée dans cette discussion par M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, et qu'il n'a fait, comme le proposait M. Cretet, que *laisser dans le droit commun ce qui concerne les tiers*. Or, quelle est, selon les principes du droit commun, la position de deux associés en participation vis-à-vis des tiers? La règle générale est sans doute que les tiers n'ont action que contre celui des deux avec lequel ils ont contracté. Mais à côté de cette règle, l'équité, la bonne foi, la grande maxime de droit naturel, que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui (1), exigent impérieusement que l'on place une exception pour le cas où les co-participans ont notoirement et publiquement opéré comme tels, et où les tiers qui ont contracté avec l'un d'eux, prouvent que le produit du contrat est entré dans l'actif de l'association.

Aussi a-t-il été rendu par la cour de cassation, depuis la publication du Code de commerce, un arrêt parfaitement conforme à celui qu'elle avait rendu le 28 germinal an 12, sous l'ordonnance de 1673.

Les sieurs Petit et Flamarion, qui tenaient à bail du sieur Hom la verrerie de Melun, et l'exploitaient, tant pour leur compte que pour celui de leur bailleur, avaient souscrit, au profit du sieur Cretin, six lettres de change, montant ensemble à 8,224 francs, pour prix des charbons de terre qu'il leur avait fournis.

Ces traites ayant été protestées, à leur échéance, faute de payement, le sieur Cretin a fait assigner les sieurs Hom, Petit et Flamarion devant le tribunal de commerce de Paris, pour les faire condamner solidairement et par corps à lui en payer le montant.

Le 20 mars 1816, jugement par défaut qui les y condamne, en effet, tous trois.

Le sieur Hom forme opposition à ce jugement, et soutient qu'il n'est point associé des sieur Petit et Flamarion, qu'ils ne sont que ses fermiers, et qu'étranger à leur commerce, il ne peut être lié par des engagemens qu'ils ont seuls contractés.

---

(1) Procès-verbal de la discussion du Code de commerce, tome 1er, pages 173, 174, 175, 176 et 177, de l'édition officielle de 1813.

(1) *Jure naturæ æquum est nominem, cùm alterius detrimento et injuriâ fieri locupletiorem.* (Loi 206, D. *de regulis juris.*)

BIU Cujas

Le 29 mai de la même année, jugement contradictoire qui rejette l'opposition,

« Attendu qu'il résulte des débats de la cause, des divers renseignemens et des conventions verbales, que, bien que le sieur Hom eût donné, à titre de location, aux sieurs Petit et Flamarion, l'établissement de la manufacture de verrerie de Melun, dont il était propriétaire, il n'en est pas moins constant, pour le tribunal, qu'il a existé entre eux des rapports d'une toute autre nature, et qui indiquent que le sieur Hom doit être considéré comme l'associé en participation des sieurs Petit et Flamarion, puisqu'il s'en est arrogé les fonctions, et qu'il a participé dans les bénéfices; qu'en effet, il a été avoué et non contesté, savoir, 1° que le sieur Hom *est notoirement connu pour être le bailleur de fonds, et qu'ainsi la manufacture ne marchait que par son crédit, et par la confiance qu'il inspirait seul aux fournisseurs qui suivaient sa foi;* 2° que le sieur Hom s'était réservé la surveillance de la caisse; que tous les achats et ventes devaient lui être soumis pour recevoir son approbation; qu'il devait toucher les rentrées effectives, soit en espèces ou billets qui proviendraient des produits de la verrerie; 3° que les comptes devraient être arrêtés chaque mois, les inventaires régulierement faits chaque année et lui être soumis; que, nonobstant les intérêts qu'il touchait à raison d'une mise de fonds de la somme de 40,000 francs, il prélevait sur les bénéfices une somme de 7,000 francs; qu'indépendamment il devenait encore co-partageant, pour les deux tiers, dans les bénéfices qui pourraient excéder; que même, dans leurs conventions, il y avait stipulation d'arbitres-juges, en cas de difficulté sur le partage des bénéfices;

» Attendu que toutes ces conventions n'étaient pas attributives de celles d'une location ordinaire; qu'au contraire, elles concouraient à établir les preuves les plus convaincantes, comme les caractères les plus distinctifs, de la société qui avait été contractée entre les sieurs Petit, Flamarion et le sieur Hom; qu'aujourd'hui il ne pourrait s'y soustraire sans tromper et frustrer la foi des fournisseurs qui avaient dû le regarder comme le gérant de fait; d'autant que la manufacture était entièrement sous son influence, ne marchait que par son crédit, et que celui-là était vraiment le régisseur, le chef de l'établissement, dès-lors qu'il s'en attribuait les fonctions, et que les opérations étaient soumises à sa sanction;

» Attendu aussi que le bénéfice de l'établissement, tel qu'il avait pu être, n'avait été profitable qu'au sieur Hom, par les prélèvemens tant d'intérêts que des bénéfices énormes qu'il s'appliquait, et encore par les deux tiers dans le surplus des bénéfices qui lui étaient attribués en sa qualité de co-partageant ».

Appel de ce jugement, de la part du sieur Hom, à la cour royale de Paris.

Le 30 juillet de la même année, arrêt qui, adoptant les motifs des premiers juges, confirme la décision à laquelle ils ont servi de base.

Le sieur Hom se pourvoit en cassation, et soutient, 1° qu'en le jugeant associé en participation des sieurs Flamarion et Petit, la cour royale de Paris a fait une fausse application de l'art. 49 du Code de commerce; 2° qu'en le condamnant solidairement à payer les lettres de change, elle a violé tout à la fois, et l'art. 1202 du Code civil, aux termes duquel la solidarité n'a lieu de plein droit que dans les cas déterminés par des lois expresses, et l'art. 22 du Code de commerce qui ne déclare *solidaires pour tous les engagemens de la société*, même lorsqu'ils ont été contractés sous la raison sociale, que *les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société;* 3° qu'en l'y condamnant par corps, quoiqu'il ne fasse aucun commerce, elle a violé toutes les lois relatives à ce mode de contrainte.

Mais par arrêt du 7 mars 1817, au rapport de M. Favard de Langlade, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier,

« Considérant que, d'après l'art. 49 du Code de commerce, les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance et autres documens;

» Attendu que, d'après le résultat de plusieurs faits énoncés dans l'arrêt attaqué, le sieur Hom a été regardé comme l'associé en participation des sieurs Petit et Flamarion; que ces faits sont, à la vérité, contestés par le sieur Hom, mais qu'il suffit qu'ils aient été déclarés constans par les premiers juges, pour que la cour de cassation doive les regarder comme tels, sans entrer dans l'examen de leur appréciation;

» Attendu qu'il a été également reconnu que les six lettres de change dont il s'agit, avaient été souscrites pour fournitures de charbon de terre nécessaire à l'exploitation de la verrerie qui forme l'objet de la société; que, dès-lors, la condamnation solidaire a pu être prononcée contre les associés;

» Attendu que, d'après l'art. 1er du tit. 2 de la loi du 15 germinal an 6, la contrainte par corps peut être prononcée contre des associés pour fait de marchandises relatives à leur société, et qu'en prononçant cette contrainte, la cour royale de Paris n'a fait que se conformer à la loi;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».

---

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1817, page 384.

BIU Cujas

III. La quatrième question ne présente aucune difficulté sérieuse.

Dans l'hypothèse qu'elle a pour objet, de qui le vendeur des marchandises a-t-il suivi la foi? Bien évidemment il n'a suivi et il n'a pu suivre que celle de son acheteur, puisqu'au moment de la vente, son acheteur n'était encore associé avec personne.

Ce n'est donc que contre son acheteur qu'il a acquis, en lui vendant les marchandises, une action pour s'en faire payer le prix.

Comment, dès-lors, aurait-il pu ensuite, par la cession que son acheteur a faite de la moitié indivise de ces marchandises au tiers qu'il s'est associé pour les manipuler ou les revendre, à la charge de payer la moitié du prix qui en était dû, acquérir une action solidaire contre celui-ci? Le contrat formé par cette cession, entre son acheteur et le tiers, lui est étranger; il ne peut donc s'en prévaloir contre le tiers, qu'en vertu de l'art. 1121 du Code civil, qui, en modifiant la règle établie par l'art. 1119, qu'*on ne peut stipuler que pour soi-même*, déclare qu'on peut néanmoins « stipuler au » profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une » stipulation que l'on fait pour soi-même ». Or, qu'a-t-il été stipulé à son profit, par son acheteur, de la part du cessionnaire qu'il s'est associé après la vente? Rien autre chose, si ce n'est que le cessionnaire payerait la moitié du prix des marchandises vendues. C'est donc à cette moitié qu'est restreinte l'action du vendeur contre le cessionnaire; le cessionnaire ne peut donc pas être actionné solidairement par le vendeur.

Voici cependant une espèce dans laquelle le contraire a été jugé, tant en première instance qu'en cause d'appel.

En 1813, le sieur Machet et le sieur Jean Guisse se rendent adjudicataires, dans le département du Bas-Rhin, l'un, de la coupe du bois national *Vimenau;* l'autre, sous le cautionnement de Michel Guisse, son frère, de la coupe du bois national *Mareswold.*

Les deux adjudicataires font ensuite entre eux l'échange de leurs adjudications : Jean Guisse cède à Machet la coupe de Mareswold, et Machet cède à celui-ci la coupe de Vimenau.

Cela fait, Jean Guisse s'associe, pour l'exploitation de la coupe de Vimenau, le sieur Wolbrett, sous la condition que le prix de l'adjudication sera payé *par moitié pour chaque associé*, et que les bénéfices de l'exploitation seront partagés entre eux dans la même proportion.

Cependant le prix des deux adjudications n'est pas payé en entier, et des poursuites sont exercées, pour un reliquat de 14,718 francs 8 centimes, tant contre le sieur Machet, que contre Michel Guisse, caution de son frère Jean.

De là une transaction du 12 août 1823, par laquelle Machet et Michel Guisse s'obligent envers le receveur-général du département, l'un, au paiement du solde de la coupe du bois Mareswold, l'autre, au paiement du solde de la coupe du bois Vimenau; au moyen de quoi, ils sont subrogés aux droits du trésor contre Jean Guisse et Wolbrett.

Les choses en cet état, et Jean Guisse étant en faillite, Michel Guisse, son frère, fait assigner devant le tribunal civil de l'arrondissement de Saverne, jugeant commercialement, le sieur Wolbrett et le sieur Danot, avoué, syndic de la faillite de Jean Guisse, pour se voir condamner solidairement à lui rembourser le solde du prix de la coupe du Vimenau.

Le sieur Wolbrett répond, entr'autres choses, qu'en devenant l'associé de Jean Guisse, pour l'exploitation de cette coupe, il ne s'est obligé à en payer le prix que pour moitié, et il offre la moitié de ce qui est encore dû.

Quant au syndic, il déclare s'en rapporter à la prudence du tribunal.

Le 4 octobre 1823, jugement ainsi conçu:

« Considérant que le demandeur (Michel Guisse), par suite du cautionnement par lui fourni...., a été tenu de payer sur le prix de la coupe la somme de 14,718 francs 8 centimes, outre ses accessoires, ainsi que cela résulte de la transaction conclue le 12 août dernier, par laquelle il a été subrogé aux droits du trésor contre le défendeur (le sieur Wolbrett); qu'au moyen de cette transaction, il se trouve dans le cas prévu par le n° 1er de l'art. 2032 du Code civil, et en outre, à l'égard de Jean Guisse, dans celui prévu par le n° 2 du même article; qu'il est prouvé, par les pièces produites, et qu'il n'a pas été dénié, que l'exploitation de la coupe dite Vimenau a eu lieu pour le compte commun des sieurs Jean Guisse et Wolbrett, qui s'étaient associés pour cet objet;

» Que, des dispositions de l'art. 1862 du Code civil combinées avec celles du Code de commerce, *sur les sociétés commerciales*, il résulte que tout engagement d'un associé pour le *compte commun* de la société *commerciale*, oblige *solidairement* tous les autres co-associés, *même en participation;* qu'au cas présent, le sieur Wolbrett est d'autant moins fondé à prétendre se soustraire à cette solidarité, que l'engagement à raison duquel il est recherché, *a pour objet la valeur même de la chose commune;*

» Que par conséquent *peu importe que, dans l'origine, le prix de la coupe ait été une dette*

BIU Cujas

personnelle à Jean Guisse, puisque, depuis, il est devenu une *dette sociale, par la circonstance qu'il devait être payé en commun*, de même que le produit devait être partagé par moitié; qu'ainsi, le sieur Wolbrett est devenu obligé *solidaire, non pas*, à la vérité, *par suite d'une convention expresse*, puisqu'on n'en représente point, mais de *l'engagement tacite résultant du fait de l'association*, engagement qui dérive de ce que les lois anciennes appelaient *de in rem verso*, c'est-à-dire, de l'emploi d'une chose propre ou commune au débiteur.....;

» Par ces motifs, le tribunal, jugeant commercialement, sans s'arrêter aux fins de non-recevoir....., a condamné les défendeurs solidairement, Me Danot, en la qualité qu'il agit, et le sieur Wolbrett, même par corps, à payer au demandeur (Michel Guisse), 1° la somme de 177 francs 92 centimes, pour frais qu'il a payés à leur décharge, avec intérêts à 6 pour cent, à compter du jour du paiement; 2° 14,718 francs 8 centimes, pour restant du prix de la coupe dite Vimenau par eux exploitée en société, aussi avec intérêts à 6 pour cent ».

Appel de ce jugement, de la part du sieur Wolbrett, à la cour royale de Colmar.

Le 5 janvier 1824, arrêt qui, adoptant les motifs des premiers juges, met l'appellation au néant.

Mais le sieur Wolbrett se pourvoit en cassation, et soutient que cet arrêt viole, par une fausse application de l'art. 1862 du Code civil et de l'art. 22 du Code de commerce, la disposition de l'art. 1202 du premier de ces deux Codes, concernant la solidarité des obligations.

Par arrêt du 7 mars 1827, au rapport de M. Rupérou, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier,

« Vu les art. 1202 du Code civil et 22 du Code de commerce;

» Attendu, en droit, que la solidarité ne se présume pas, et doit être expressément stipulée dans tous les cas où elle n'est pas prononcée par la loi;

» Attendu, en fait, qu'il est exposé, dans les qualités de l'arrêt, que Jean Guisse a acquis, sous le cautionnement de Michel Guisse, son frère, la coupe de bois dite Mareswold; qu'il l'a échangée contre celle dite Vimenau, adjugée par le même procès-verbal à un sieur Machet, et qu'il a associé le sieur Wolbrett à l'exploitation de cette coupe, qu'ils ont ensuite faite en commun;

» Attendu qu'il ne résulte pas de ces faits que Jean Guisse et Wolbrett aient acquis en commun ladite coupe; qu'au contraire, l'arrêt reconnaît que ce ne fut que pour cette *exploitation, et postérieurement à l'adjudication*, qu'ils s'associèrent; qu'en effet, après avoir déclaré, dans ses qualités, que Jean Guisse avait acquis la coupe et qu'il avait associé Wolbrett à *l'exploitation*, il décide dans ses motifs *que peu importe que, dans l'origine, le prix de la coupe ait été une dette* PERSONNELLE *à Jean Guisse, puisque, depuis, il est devenu une dette sociale, par la circonstance qu'il devrait être payé en commun;*

» De tout quoi il suit qu'en faisant résulter de la société contractée pour l'*exploitation*, postérieurement à la vente, la solidarité pour le paiement du prix principal de cette vente, la cour royale de Colmar a violé l'art. 1202 du Code civil, et faussement appliqué l'art. 22 du Code de commerce;

» Par ces motifs, la cour casse et annule.... (1) ».

§. III. *Quel est, dans un contrat de société, l'effet de la clause par laquelle quelques-uns des associés déclarent s'en rapporter à la loyauté du gérant, sans pouvoir contrôler ses écritures, et par conséquent sans pouvoir exiger de lui un compte en règle ?*

Cette question est traitée par Voët, dans son *Commentaire sur le digeste*, titre *pro socio*, n° 11.

Après avoir établi que, conformément à la loi 9 du titre *de edendo*, tout associé gérant est obligé de donner à ses associés communication de ses écritures; après avoir conclu de là qu'il est également obligé de leur rendre un compte régulier de sa gestion, toutes les fois qu'ils l'en requièrent, ce jurisconsulte ajoute qu'encore que, la société finie, il puisse être déchargé de cette obligation pour le passé, il ne le serait pas efficacement par le contrat même d'association et pour l'avenir, comme un tuteur ne serait pas valablement déchargé, par l'acte qui lui défère la tutelle, de l'obligation de rendre compte de son administration : *Tamen ab initio, tempore eo quo societas initur, remissionem talem fieri non magis socio posse quàm tutoribus cùm ad tutelæ gestionem vocantur meritò visum est, argumento legis* 5, §. 7, D. *de administratione et periculo tutorum*. En effet, continue-t-il, ce serait renoncer pour l'avenir au droit d'exciper du dol, et une pareille renonciation serait radicalement nulle : *Quid nullâ conventione dolus in futurum remitti potest, quod tamen fieret si à rationum redditione statim ab initio immunes essent, argumento legis* 27, §. 3, D. *de pactis*.

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 25, page 511.

BIU Cujas

On ne peut donc pas douter que cette renonciation ne soit nulle; mais la nullité dont elle est frappée, rejaillit-elle sur le contrat même de société qui la contient?

Voët ne va point jusque-là. Il fait, au contraire, entendre très-clairement que le contrat de société subsiste, nonobstant la nullité de cette clause, puisque, dans son opinion, l'associé gérant n'en demeure pas moins obligé de rendre compte à ses associés, obligation qui n'existerait pas, si la nullité de cette clause avait empêché le contrat de société de se former.

D'où cela vient-il? De ce que cette clause se réduit, dans l'exécution, à constituer l'associé gérant *arbitre d'équité* des parts à prendre par ses associés dans les bénéfices et les pertes, et que cette qualité ne met pas l'associé non gérant à sa merci, mais laisse à celui-ci les voies de droit pour faire réparer sa malfaçon.

Ce principe des lois romaines a passé dans le Code civil; et c'est ce que suppose manifestement l'art. 1854, lorsqu'il dit que, *si les associés sont convenus de* S'EN RAPPORTER A L'UN D'EUX *ou à un tiers pour le réglement des pertes, ce réglement ne peut être attaqué, s'il n'est évidemment contraire à l'équité.*

§. III *bis*. *Questions diverses sur les sociétés en commandite, et sur les sociétés anonymes.*

I. Est-ce comme associé en nom collectif, ou comme associé en commandite, que l'on doit considérer celui qui a mis ou s'est engagé à mettre tel capital dans une maison de commerce, avec la clause qu'il prendrait part, en proportion de ce capital, aux bénéfices et aux pertes qu'elle ferait dans ses opérations?

On a vu, dans les conclusions du 2 février 1808, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Société*, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 2, que la société en nom collectif ne diffère de la société en commandite qu'en ce que l'associé en nom collectif est tenu indéfiniment des dettes sociales, au lieu que l'associé en commandite ne l'est que jusqu'à concurrence de sa mise de fonds.

On y a vu en même temps que la société en commandite est une exception au droit commun, et que dès-là une société dont le caractère n'est pas clairement déterminé par l'acte qui la constitue, ne peut pas être réputée en commandite, si cet acte ne la qualifie pas expressément telle, ou s'il ne limite pas formellement les obligations de l'associé au capital qui compose sa mise.

Notre question est résolue par cela seul. Du moment qu'en mettant des fonds dans une maison de commerce, vous ne stipulez pas, soit que vous ne serez associé qu'en commandite, soit que vous ne serez obligé que jusqu'à concurrence de votre mise, vous êtes nécessairement censé vous associer à cette maison en nom collectif; et c'est, en effet, ce qu'enseigne M. Pardessus, dans son *Cours de droit commercial*, n° 1028.

II. Par la même raison, ce serait aussi comme associé en nom collectif, et non comme simple commanditaire, que devrait être considéré, par rapport aux tiers, celui qui, ayant versé, sans acte préalable, un capital dans une maison de commerce, aurait ensuite pris part aux bénéfices et aux pertes proportionnellement à ce capital, sans qu'il résultât clairement des pièces constatant cette participation, qu'elle a eu lieu à titre de commandite.

En effet, comme on l'a vu plus haut, §. 1, n° 3, le défaut d'acte de société qui, sous le Code de commerce, emporte nullité à l'égard des associés entre eux, ne peut jamais être opposé par ceux-ci aux tiers; et ceux-ci peuvent, en prouvant qu'une société a été contractée de fait, n'importe comment, exercer contre eux les mêmes droits que si cette société eût été établie par un acte parfaitement régulier, et revêtu de toutes les formes prescrites par la loi.

Or, s'il existait un acte régulier et revêtu de toutes les formes légales, par lequel vous auriez purement et simplement mis tel capital dans une maison de commerce, sous la condition qu'il vous en reviendrait une part proportionnelle dans les bénéfices et les pertes, et sans stipuler expressément que vous ne seriez que l'associé en commandite de cette maison, il est certain, nous venons de le voir, que cet acte vous constituerait associé en nom collectif.

Il en doit donc être de même, si votre association, au lieu d'être constatée par un acte rédigé *ad hoc*, ne l'est que par ses résultats; car vous ne pouvez pas être, relativement aux tiers, de meilleure condition, pour être entré dans la société d'une manière irrégulière, que vous ne le seriez si vous y étiez entré régulièrement. *L'existence de la société* (dit M. Pardessus, n° 1007) *étant prouvée au profit d'un tiers contre l'associé qui la dénie, c'est la même chose que s'il y avait eu un acte; et la conséquence est qu'il n'appartient plus à cet associé de qualifier sa position au gré de son intérêt, parce qu'il est en faute, et par conséquent réputé en fraude.*

III. Il arrive quelquefois qu'un particulier, en versant un capital dans une maison de commerce sous la condition de participer proportionnellement à ses bénéfices, déclare s'en rapporter à la loyauté

BIU Cujas

du chef de cette maison pour les dividendes qui lui reviendront, et renoncer à toute inspection sur les livres, registres et papiers relatifs aux affaires sociales. Cette déclaration, sur l'effet de laquelle je me suis expliqué dans le §. précédent, suffit-elle seule pour qu'il soit réputé ne s'être associé qu'en qualité de commanditaire?

Cette question revient, en d'autres termes, à celle-ci : une pareille déclaration rentre-t-elle plutôt dans la nature d'une société en commandite que dans celle d'une société en nom collectif?

Et il faut répondre que non.

De droit commun, l'associé en commandite n'est pas moins fondé que l'associé en nom collectif, à prendre connaissance des livres, registres et écritures de la maison sociale. Il a même, comme lui, le droit de prendre part aux délibérations de la société.

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 27 du Code de commerce, *l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration.*

« Mais (dit M. Locré, *Esprit du Code de commerce*, art. 27) le Code n'interdit au commanditaire que les actes de gestion, et non le concours » aux délibérations de la société. Cette limitation de » la défense résulte non seulement du texte, mais » encore de ce qui s'est passé lors de la discussion. » En effet, la rédaction adoptée d'abord au conseil- » d'état décidait que le commanditaire ne pourrait » *concourir ni être employé en aucune manière* » *aux achats, ventes, etc.* Le tribunat observa » qu'*un des droits du commanditaire est de par-* » *ticiper aux délibérations générales de la so-* » *ciété; et ces délibérations ont souvent pour objet* » *ou d'en approuver les opérations, ou d'en au-* » *toriser les engagemens; de sorte que, sous ce* » *rapport, le commanditaire y concourt, et doit* » *y concourir au moins par son consentement.* Ces » observations ont été adoptées par le conseil-d'é- » tat, et l'on y a conformé la rédaction ».

Il est donc bien constant que stipuler qu'un associé ne pourra pas contrôler les registres de la société, ce n'est pas plus stipuler qu'il sera associé en commandite, que ce n'est stipuler qu'il sera associé en nom collectif; que c'est seulement le faire renoncer à un droit qu'il aurait aussi bien comme associé en nom collectif que comme associé en commandite; et que la question de savoir en laquelle de ces deux qualités il est associé, reste tout entière subordonnée au grand principe que la commandite étant une exception au droit commun, elle ne peut être admise qu'autant qu'elle est établie en termes formels.

IV. Quelle est par rapport à ceux qui forment une société anonyme, la peine de l'inobservation de l'art. 37 du Code de commerce?

Il est certain que le défaut d'autorisation du gouvernement n'expose, soit les simples actionnaires, soit les administrateurs d'une société anonyme, à aucune espèce de peine publique.

Mais ce défaut d'autorisation doit produire des effets civils; quels sont ces effets?

A cet égard, il faut distinguer les rapports des actionnaires entre eux d'avec leurs rapports avec les tiers.

Dire, comme le fait l'art. 37 du Code de commerce, que *la société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du gouvernement*, c'est dire bien clairement que, sans l'autorisation du gouvernement, la société anonyme n'existe pas, qu'elle est comme non-avenue, et que par conséquent il n'en résulte aucun engagement entre ceux qui l'ont contractée.

C'est d'ailleurs ce que suppose l'obligation imposée par l'art. 45, aux sociétaires anonymes, de faire afficher dans l'auditoire du tribunal de commerce l'autorisation du gouvernement, en même temps que leur acte d'association; car en étendant ainsi à la société anonyme la nécessité de l'observation des formalités prescrites par l'art. 42 pour les sociétés en nom collectif et en commandite, l'art. 45 rend évidemment commune à cette société la disposition de l'art. 42 lui-même, par laquelle il est dit que *ces formalités seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés.*

Relativement aux tiers, c'est autre chose. Du moment que des engagemens ont été contractés envers eux par une société, il faut que cette société les remplisse, n'importe qu'elle soit ou qu'elle ne soit pas en règle, n'importe qu'elle soit valablement instituée, ou qu'elle n'existe que de fait, n'importe que les associés aient ou n'aient pas d'action les uns contre les autres; et c'est d'après ce principe que l'art. 42 du Code de commerce, après avoir dit que les contrats de société, tant en nom collectif qu'en commandite, seront enregistrés et publiés dans les tribunaux de commerce, *à peine de nullité à l'égard des intéressés*, ajoute : *mais le défaut d'aucune de ces formalités ne pourra être opposé à des tiers par les associés.*

Qu'on ne dise pas que cette disposition est limitée à la société en nom collectif et à la société en commandite, et qu'elle ne peut pas être étendue à la société anonyme.

Cette disposition n'est que l'explication de celle qui déclare nul, à l'égard des associés en nom collectif ou en commandite, le contrat de société qui n'a

BIU Cujas

pas été revêtu des formalités prescrites par l'art. 42; et puisque celle-ci s'applique, et par suite de l'art. 45, à la société anonyme, il faut bien que celle-là s'y applique également.

Mais dans quelle proportion les actionnaires d'une société anonyme non autorisée par le gouvernement, sont-ils tenus envers les tiers?

Nulle difficulté sur ce point, quant aux actionnaires non gérans. L'illégalité de l'existence de leur société anonyme ne peut pas avoir plus d'effet contre eux, que n'en a, contre un associé en commandite, le non-enregistrement et la non-publication de la société dont il fait partie. Or, il est certain que le simple commanditaire d'une société non enregistrée ni publiée, n'est tenu envers les tiers que dans la même proportion qu'il le serait si la société avait eu toute la publicité requise par la loi, c'est-à-dire, que jusqu'à concurrence de sa mise; il en doit donc être de même des actionnaires non gérans d'une société anonyme.

Mais que doit-on décider par rapport aux actionnaires qui réunissent à cette qualité celle d'administrateurs?

Il paraîtrait, à la première vue, qu'ils ne dussent être tenus que jusqu'à concurrence du capital de leurs actions. Telle serait, en effet, leur condition, s'ils n'étaient qu'actionnaires: et pourquoi leur qualité d'administrateurs y apporterait-elle quelques changemens? Cette qualité est purement accidentelle: ce n'est point à raison de leurs actions qu'ils en sont investis; ils ne la tiennent que de la confiance de leurs co-actionnaires, et c'est comme simples mandataires qu'ils l'exercent; comment, dès-lors, pourraient-ils être obligés personnellement envers les tiers? Jamais un mandataire qui contracte comme tel, ne s'oblige personnellement, quoique d'ailleurs son mandat lui ait été donné par des personnes non légalement qualifiées à cet effet, parceque ce n'est pas sa foi, mais celle de ses commettans, que suivent ceux qui traitent avec lui.

Mais ce n'est là qu'un faux aperçu; et l'on s'en convaincra bientôt, si, d'une part, on remonte à la jurisprudence qui régissait cette matière avant que le Code de commerce soumît les sociétés anonymes à la nécessité de l'autorisation du gouvernement, et que, de l'autre, on se pénètre bien du motif sur lequel cette jurisprudence était fondée.

Avant le Code de commerce, il était de règle que les actionnaires des sociétés anonymes qui en administraient les affaires, s'obligeaient solidairement envers les tiers. C'est ce qui résulte des passages suivans de *l'Exposé des motifs* du titre *des Sociétés* de ce Code:

« Les sociétés anonymes ou par actions (disait l'orateur du gouvernement), sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises...; mais trop souvent des associations mal combinées dans leur origine, et mal gérées dans leurs opérations, ont compromis la fortune des actionnaires et des administrateurs, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique...

» Avec la précaution d'exiger l'autorisation du gouvernement, avec celle de la publication commune aux trois espèces de sociétés, les administrateurs de la société anonyme, ou par actions, géreront avec sécurité pour eux et pour les actionnaires; ils ne seront plus exposés à ces recours en garantie, à ces *poursuites solidaires* qui ont troublé le repos, détruit l'aisance et ruiné le crédit des hommes les plus estimables (1) ».

Il ne faut pas s'étonner qu'avant le Code de commerce, la jurisprudence eût fait résulter un pareil effet du concours de la qualité d'administrateur avec celle d'actionnaire d'une société anonyme dans la même personne, et qu'elle eût ainsi attribué à l'une la vertu d'obliger solidairement celui que l'autre, si elle eût été isolée, n'aurait par elle-même obligé que jusqu'à concurrence de son action.

Dans le droit romain, les associés n'étaient régulièrement tenus, envers le tiers, des dettes de la société, que pour leurs quotes-parts respectives. Cependant, lorsque l'un d'eux s'obligeait sous le nom social, en vertu du pouvoir que lui en avaient donné ses associés, il répondait solidairement de l'obligation qu'il contractait de cette manière; c'est ce que prouve très-clairement Voët, *ad Pandectas*, liv. 17, tit. 2, n° 3, d'après la loi 67, D. *pro socio*.

Et la même raison conduisait nécessairement à dire que l'actionnaire administrateur d'une société anonyme devait répondre solidairement des obligations qu'il contractait pour elle.

Cela est si vrai, qu'avant même que les art. 27 et 28 du Code de commerce eussent déclaré l'associé commanditaire qui prend part à la gestion des affaires sociales, solidairement responsable des engagemens de la société, on le jugeait ainsi dans les tribunaux, et que la cour de cassation avait sanctionné cette jurisprudence par un arrêt du 26 germinal an 11.

Pourquoi le jugeait-on ainsi dès-lors? Parcequ'il est de principe que tout associé qui se trouve dans une position à n'être tenu des engagemens sociaux que jusqu'à une certaine concurrence, se prive de cet avantage du moment qu'au lieu de ne jouer dans la société qu'un rôle passif, il en administre personnellement les affaires.

---

(1) Moniteur du 2 septembre 1807.

BIU Cujas

A la vérité, l'art. 32 du Code de commerce déroge à ce principe en faveur de l'actionnaire d'une société anonyme qui en administre les affaires en vertu du pouvoir que lui en ont donné ses co-actionnaires; mais pour quel cas y déroge-t-il? Pour celui-là seul où la société anonyme est autorisée par le gouvernement. Hors ce cas, la loi ne reconnaît pas la société anonyme; elle la considère comme non existante; elle n'accorde conséquemment pas à ceux qui l'administrent de fait, le privilége de ne pas s'obliger personnellement envers les tiers.

Rappelons-nous d'ailleurs les motifs qui ont fait maintenir, par les art. 27 et 28 du Code de commerce, la jurisprudence relative aux commanditaires gérans, dont nous parlions tout à l'heure.

« En fixant (a-t-on dit) les droits et les devoirs des commanditaires, en déclarant qu'ils ne peuvent gérer ni administrer pour le compte de la société, on a déterminé leur véritable caractère. En effet, si l'on ne maintient pas cette disposition, quelque sévère qu'elle paraisse, les associés commanditaires pourraient abuser de leur qualité sans s'exposer aux moindres dangers; cette espèce de société deviendrait un moyen de fraude. Nous allons le prouver par un exemple.

» En admettant qu'un associé commanditaire puisse gérer et administrer, même en vertu d'une procuration, sans perdre son caractère, celui qui voudra abuser, en trouvera facilement les moyens.

» Il versera vingt mille francs dans la société en commandite : il ne peut être garant d'une plus forte somme, et il n'est solidaire que jusqu'à cette concurrence.

» Il gère le commerce, il achète et vend pour le compte de la société : ses entreprises sont d'autant plus hardies, plus hasardeuses, qu'en cas de faillite, sa fortune et sa réputation ne seront pas compromises: ainsi, que lui importent les hasards et les chances du commerce? Ils sont tous pour lui; il les brave tous : s'il réussit, il en partage les profits; s'il échoue, il ne perdra que sa mise de fonds, et se croira quitte envers ses créanciers, même envers l'honneur (1) ».

Eh bien! on peut en dire tout autant de l'actionnaire-administrateur d'une société anonyme; et encore une fois, si l'art. 32 du Code de commerce n'en tire pas la même conséquence contre lui, c'est uniquement parce qu'il le suppose muni, ainsi que ses co-actionnaires, de l'autorisation préalable du gouvernement.

(1) *Esprit du Code de commerce*, par M. Locré, art. 27.

V. Une société en commandite prend-elle le caractère d'une société anonyme, lorsque, d'après la faculté qu'en donne l'art. 38 du Code de commerce, le capital en *est divisé en actions?*

Le projet de cet article, tel qu'il avait été présenté au conseil-d'état par la section de l'intérieur, décidait que non, en ajoutant aux mots, *sans aucune dérogation aux règles établies pour ce genre de société*, ceux-ci : *elle ne sera pas pour cela réputée anonyme.*

Mais, dit M. Locré (*Esprit du Code de commerce*, art. 38), *cette addition a été retranchée.* Pourquoi l'a-t-elle été? Parce *qu'elle aurait fourni* (observait un membre du conseil-d'état) *un moyen d'échapper aux dispositions de l'art.* 37, *en donnant la facilité de cacher une société anonyme sous les apparences d'une société en commandite, pour se dispenser d'obtenir l'autorisation du gouvernement.*

Il semble pourtant que l'on en aurait plus justement motivé le retranchement sur son inutilité. En effet, du moment que, suivant la disposition expresse de l'art 38, une société en commandite demeure, nonobstant la division de son capital en actions, soumise *aux règles établies pour ce genre de société*, il est clair, tout à la fois, et qu'aux termes de l'art. 29, elle doit être administrée par un ou plusieurs gérans solidairement responsables, et qu'aux termes des art. 27 et 28, les actionnaires ne peuvent faire aucun acte de gestion, à peine de partager la responsabilité solidaire des gérans; et, par une conséquence nécessaire, qu'elle ne peut jamais jouir de la faculté qu'ont les sociétés anonymes autorisées par le gouvernement, de s'administrer elles-mêmes par les mains d'agens, actionnaires ou non, choisis à cet effet par les actionnaires.

Page 665, *col.* 1, *ligne* 26 (1), *supprimez les mots* §. III, *et substituez-y :* §. IV.

Même page et même col., ligne 36 (2), *après les mots* §. IV. *ajoutez : bis* 1°.

Même page et même col., supprimez la ligne 34 (3), *et substituez-y ce qui suit :*

2° *Une société peut-elle, en autorisant, soit par l'acte qui la constitue, soit par une convention postérieure, chacun de ses membres à céder son action ou sa part sociale à un tiers, se réserver le droit de retrait sur les*

(1) *Page* 655, *col.* 1, *ligne* 26 (2e édition).
(2) *Même page et même col., ligne* 35 (2e édition).
(3) *Même page et même col., ligne* 42 (2e édition).

BIU Cujas

parts sociales ou actions qui seront ainsi cédées?

I. Sur la première question. *V.* l'article *Action, Actionnaire*, §. 1.

II. La seconde question a été résolue pour la négative, par un arrêt de la cour d'appel de Liége, du 13 mai 1806, confirmatif d'un jugement de première instance; mais quels ont été les motifs de cet arrêt?

« Attendu (y est-il dit) que le retrait que les appelans veulent exercer, ne peut être considéré comme un réméré ou retrait conventionnel, puisque celui-ci ne compète qu'au vendeur, à ses héritiers ou ayant-cause;

» Attendu que le *retrait de société* a été aboli (par la loi du 13-18 juin 1790), et que, si on pouvait le rétablir par des conventions, ce serait un moyen de rétablir un usage contraire à la loi, et d'en éluder les effets (1) ».

Le premier de ces motifs est évidemment mal fondé. Il suppose qu'il ne peut y avoir *retrait conventionnel*, que là où il peut y avoir *réméré* proprement dit; et de ce que le contrat de vente est le seul qui soit susceptible de la stipulation de *réméré* proprement dit, il conclut qu'une société ne peut pas, soit par son titre constitutif, soit par une convention postérieure entre tous ses membres, se réserver le droit de retirer les actions ou parts sociales que chacun de ses membres voudrait céder à un tiers. Il est pourtant bien sensible que le *réméré* proprement dit n'est, au retrait conventionnel, que ce que l'espèce est au genre; comment donc l'impossibilité résultant de la nature des choses, qu'une société se réserve le *réméré* proprement dit sur des actions qu'elle ne vend pas, pourrait-elle comporter, à son égard, l'impossibilité de se réserver le *retrait conventionnel* sur les actions qui seront vendues par un ou plusieurs de ses membres?

Le second motif n'est pas plus réfléchi. Qu'a entendu la loi du 13-18 juin 1790, et quel a été son objet, lorsqu'elle a dit : *Le retrait de société, de communion, de fraraeseté, de convenance ou bienséance, sont abolis*? Je puis en parler pertinemment, puisque c'est moi qui ai rédigé cette loi, et qui l'ai proposée à l'assemblée constituante, au nom du comité d'aliénation des domaines nationaux : elle a entendu, et rien de plus, abroger les statuts locaux qui permettaient aux co-propriétaires par indivis d'un immeuble, de se faire subroger dans l'achat qu'un étranger faisait d'une portion de ce bien vendue par l'un de leurs communiers (1); et son seul objet a été de faciliter la vente des nombreux domaines que le clergé possédait par indivis avec des particuliers, avant la loi du 2-12 novembre 1789. Il était donc loin de la pensée de cette loi de s'occuper des conventions de la nature de celle dont il s'agit. Eh! à quel propos aurait-elle prohibé une pareille convention? Il aurait fallu pour cela qu'elle eût été jusqu'à déroger au principe consacré par les lois romaines (2), comme il l'est encore par l'art. 1861 du Code civil, qu'un associé ne peut, en cédant sa part à un tiers, sans le consentement de ses sociétaires, l'associer à la société; car elle se serait visiblement contredite elle-même, si, en même temps qu'elle eût laissé subsister ce principe, elle se fût opposée à ce que les associés missent au consentement qu'ils donneraient d'avance à ce que chacun d'eux leur associât un tiers, par la cession qu'il lui ferait de sa part, la condition qu'ils pourraient exercer le retrait sur la part cédée. Or, le moyen d'imaginer qu'une loi faite dans la seule vue de dégager les ventes de biens nationaux des entraves qu'y apportaient les dispositions extraordinaires de diverses coutumes, ait outre-passé son objet au point d'introduire dans la législation des sociétés conventionnelles, une innovation aussi choquante!

Aussi trouvons-nous dans deux arrêts de la cour supérieure de justice de Bruxelles, des 8 avril 1817 et 2 février 1825, relatifs au retrait d'actions dans des mines de charbon, stipulé dans des actes de société, des motifs qui condamnent formellement la doctrine adoptée par celui de la cour d'appel de Liége :

Considérant (est-il dit dans le premier) *que le retrait dont il s'agit, est le résultat d'une convention entre associés; que la loi du 13 juin 1790, qui n'a pour objet que des retraits coutumiers, n'est donc pas applicable* (3).

Considérant (porte également le second) *que le retrait dont il s'agit, est le résultat d'une convention entre associés, qui n'est proscrite par aucune loi; que celles du 13-18 juin 1790 et du 13 mai 1792, qui n'ont pour objets que des retraits coutumiers, ne sont donc pas applicables à l'espèce* (4).

V. le *Cours de droit commercial* de M. Pardessus, 5e édition, n° 973.

---

(1) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche-Laporte, année 1823, tome 1er, page 42.

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Retrait de communion*.

(2) *V.* la loi 19 et la loi 65, §. 11, D. *pro socio*.

(3) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1817, tome 1, page 329.

(4) *Ibid.*, année 1825, tome 2, page 16.

BIU Cujas

§. VI. *Page* 19, *col.* 1, *supprimez les lignes* 34 *et* 35 (1), *et substituez-y ce qui suit :*

2°. *Y a-t-il société entre un commerçant qui emprunte et un particulier qui lui prête une somme remboursable à des époques fixes, sous la double condition que le prêteur aura, dans les bénéfices du commerce de l'emprunteur, une part déterminée, et que l'emprunteur sera tenu, à des intervalles réglés, de rendre au prêteur un compte détaillé de ses opérations, et de lui accorder, toutes les fois qu'il le jugera convenable, l'inspection et la surveillance de ses livres?*

3° *Que serait-ce si, à ces deux conditions ou seulement à la première, l'acte ajoutait des expressions ou des clauses qui établissent clairement une association entre le prêteur et l'emprunteur?*

I. J'ai traité la première question dans les conclusions du 6 ventôse an 12, rapportées à l'article *Mines*, §. 1, n° 1; et la cour de cassation l'a jugée pour la négative, conformément à mon avis, par un arrêt du même jour.

II. Sur la seconde question, nulle difficulté lorsqu'elle se présente entre le prêteur et l'emprunteur, et que l'acte n'a pas été publié dans les formes prescrites par l'art. 42 du Code de commerce. Alors, en effet, il est inutile d'examiner si l'acte constitue ou non une société, puisque, s'il en constituait effectivement une, il serait nul comme association, et ne pourrait valoir que comme prêt.

Si l'acte avait été publié, la question changerait de face, et rentrerait dans celle qui est traitée au n° suivant; car les deux parties, en faisant publier l'acte, ou ne réclamant pas contre la publication que l'une d'elles en aurait fait faire, auraient nécessairement reconnu qu'il établissait une société entre elles; et par conséquent les choses reviendraient au même que si le prêteur, en avançant son capital, et l'emprunteur, en le recevant, étaient expressément convenus qu'il y aurait société entre eux.

Mais comment la question devrait-elle être résolue, si, sans que l'acte eût été publié, elle se présentait entre le prêteur et des tiers avec lesquels l'emprunteur, déjà associé avec une ou plusieurs autres personnes, aurait traité sous une raison sociale?

Il y aurait alors une distinction à faire entre le cas où les tiers, sans connaître l'acte de prêt, fonderaient leur action sur des faits qui le supposeraient existant et exécuté comme associant le prêteur à l'emprunteur, et le cas où ils se fonderaient sur cet acte même, en le présentant comme la base de la confiance qu'ils ont eue dans l'emprunteur au moment où il s'est obligé envers eux.

Dans le premier cas, nul doute que l'action des tiers ne dût être accueillie. En effet, on a vu plus haut, §. 1, n° 3-1°, qu'un tiers n'a pas besoin de représenter un acte de société pour actionner des personnes qui ont opéré notoirement comme associées, et qu'elles sont, à son égard, réputées associées, par cela seul qu'elles ont opéré notoirement comme telles. Or, c'est précisément dans cette position que le prêteur se trouve à l'égard des créanciers envers lesquels l'emprunteur s'est engagé sous une raison sociale, puisqu'il participe aux bénéfices du commerce fait en société par celui-ci, que ce commerce est soumis envers lui aux mêmes règles de comptabilité que s'il y était lui-même associé, et que, dès-lors, les tiers sont fondés à croire qu'il l'est réellement.

Mais il en est autrement dans le second cas, parce qu'alors les tiers ayant eu, en contractant avec l'emprunteur, connaissance de l'acte de prêt, ont dû en apprécier les clauses, juger par-là de la nature des rapports que cet acte établissait entre l'emprunteur et le prêteur, et en conclure que celui-ci n'était nullement l'associé de celui-là.

C'est ce qui a été jugé en 1820 et en 1821, par deux arrêts de la cour supérieure de justice de Liége, dont voici l'espèce :

En janvier 1811, acte sous seing-privé, par lequel le sieur Inner et Jean-Thomas Huban, commissionnaires, associés sous la raison *Aimé Inner et compagnie*, à Verviers, en reconnaissant avoir reçu du sieur de Simonis, propriétaire, demeurant en la même ville, une somme de 24,000 francs, qu'ils promettent de lui rembourser en quatre paiemens de 6,000 francs chacun, d'année en année, à compter du 1er janvier 1817, ils s'obligent de lui payer, jusqu'à cette époque, une quotité déterminée des bénéfices qu'ils feront dans leurs opérations commerciales, de lui faire, tous les six mois, un rapport détaillé de ces opérations, et de lui accorder, à toute réquisition, l'inspection et la surveillance de leurs livres de commerce.

Le 31 décembre 1812, quittance également sous seing-privé, par laquelle le sieur de Simonis reconnaît avoir reçu des sieurs Inner et Huban, conformément à leur obligation du mois de janvier 1811, sa part des bénéfices qu'ils ont faits dans leur commerce depuis deux ans.

Le 28 novembre 1813, acte notarié par lequel les sieur Inner et Huban accordent une hypothèque spéciale au sieur de Simonis, pour sûreté de sa créance, avec promesse de rembourser les 24,000

(1) *Page* 667, *col.* 2, *ligne* 27 (2e édition).

BIU Cujas

francs par quarts, dont le premier écherra le 26 novembre 1820, et de lui en payer les intérêts à cinq pour cent.

En 1818, dissolution de la société *Aimé Inner et compagnie.*

Le 5 mai 1819, les sieurs Reynier, Salmon et autres, porteurs d'obligations contractées à leur profit par cette société, postérieurement à l'acte notarié du 26 novembre 1813, font assigner le sieur de Simonis devant le tribunal de commerce de Verviers, pour se voir condamner solidairement, comme associé en nom collectif de la maison *Aimé Inner et compagnie*, au paiement de leurs créances; et ils fondent leur demande tant sur l'acte sous seing-privé du mois de janvier 1811, que sur la quittance du 31 décembre 1812, desquels ils représentent des copies qu'ils allèguent leur avoir été remises par les sieurs Inner et Huban, au moment où ils ont traité avec eux.

Le sieur de Simonis répond que l'acte du mois de janvier 1811 l'a bien rendu *créancier*, mais non pas *associé* de la maison *Aimé Inner et compagnie.*

Le 9 juillet de la même année, jugement qui déclare qu'en effet il n'y a pas eu de société en nom collectif entre la maison *Aimé Inner* et le sieur de Simonis, et en conséquence renvoie celui-ci de la demande des créanciers de cette maison.

Sur l'appel, les créanciers persistent à soutenir que, par l'effet de l'acte du mois de janvier 1811, le sieur de Simonis est devenu associé en nom collectif; mais ils concluent subsidiairement à ce que le jugement de première instance soit réformé, en ce qu'il n'a pas au moins déclaré que cet acte avait rendu le sieur de Simonis associé en commandite, et, par suite, en ce qu'il n'a pas prononcé contre lui les condamnations qu'il aurait dû subir en cette qualité.

Par arrêt du 6 novembre 1820, la cour supérieure de justice de Liége, faisant droit sur les conclusions principales des appelans, dit qu'il a été bien jugé, *attendu qu'il ne conste, par aucun titre positif, que l'intimé ait jamais eu l'intention de contracter avec la maison* Aimé Inner *une société en nom collectif, et qu'il n'existe aucun acte émané dudit intimé, qui l'aurait rendu associé en nom collectif de ladite maison, et par suite débiteur solidaire des dettes de la société;* mais, en ce qui concerne les conclusions subsidiaires, considérant, par une interprétation évidemment erronée de l'article 466 du Code de procédure civile (1), qu'elles forment, de la part des appelans, une nouvelle demande, elle les déclare non-recevables, sauf aux appelans à les reproduire devant les premiers juges, sans qu'on puisse, à cet égard, leur opposer aucune exception de chose jugée.

En exécution de cet arrêt, les créanciers font réassigner le sieur de Simonis devant le tribunal de Verviers, et concluent à ce qu'il soit déclaré avoir été en société en commandite avec la maison *Aimé Inner.*

Jugement qui déclare qu'il n'y a pas eu de société en commandite.

Appel de la part des créanciers.

Le sieur de Simonis leur oppose les mêmes moyens qui l'ont déjà fait triompher de leur demande tendant à ce qu'il fût déclaré associé en nom collectif, et ajoute, au besoin, que s'il était résulté de l'acte du mois de janvier 1811 une société quelconque entre lui et la maison *Aimé Inner*, elle aurait été dissoute par l'acte notarié du 26 novembre 1813, bien antérieur aux obligations dont on prétend le rendre passible en sa prétendue qualité de commanditaire.

Les sieurs Reynier, Salmon et consorts répondent à ce moyen subsidiaire, que l'acte notarié du 26 novembre 1813 ne peut, d'après le principe que la novation ne se présume pas, être considéré que comme *additionnel*, et non comme *dérogatoire* à l'acte sous seing-privé du mois de janvier 1811; et que d'ailleurs, s'il avait eu pour objet de dissoudre la société contractée par celui-ci, il n'aurait opéré qu'une dissolution frauduleuse, qui ne pourrait pas nuire à leurs droits.

La cause en cet état, le sieur de Simonis demande mon avis sur le mérite de l'appel des sieurs Reynier, Salmon et consorts.

« Cet appel (ai-je répondu par une consultation du 26 janvier 1821) est mal fondé; et le jugement qui en est l'objet, doit être maintenu sans la moindre difficulté.

» Il s'agit, dans cette affaire, de savoir 1° s'il résulte de l'acte sous seing-privé du mois de janvier 1811, et de la quittance du 31 décembre 1812, que le sieur de Simonis a été l'associé en commandite d'Aimé Inner et de Jean-Thomas Huban; 2° si, en supposant qu'il l'ait été effectivement, les sieurs Reynier, Salmon et consorts seraient fondés à soutenir que cette prétendue société n'a pas été légalement dissoute, à leur égard, par l'acte notarié du 26 novembre 1813.

» Et il est impossible, après avoir examiné sérieusement ces deux questions, de ne pas les résoudre l'une et l'autre pour la négative.

1° Il est vrai qu'aux termes de l'art. 42 du Code de commerce, l'omission des formalités auxquelles

(1) *V.* l'article *Appel*, §. 14, art. 1, n° 16.

BIU Cujas

les contrats de société, soit en nom collectif, soit en commandite, sont soumis à l'égard des associés entre eux, ne peut pas être *opposée à des tiers par les associés eux-mêmes.*

» Il est vrai encore, par suite de ce principe, que les tiers qui peuvent prouver, soit par des écrits émanés des associés, soit par des faits légalement constatés, qu'il a existé entre eux une société en nom collectif ou en commandite, n'en ont pas moins action contre chacun d'eux que s'il existait un acte par lequel cette société eût été contractée expressément, et qu'il eût été revêtu de toutes les formes prescrites par la loi.

» Mais toujours est-il certain qu'une société ne peut être censée avoir existé à l'égard des tiers, qu'autant qu'elle devrait être censée avoir existé à l'égard des prétendus associés eux-mêmes, si les formes extérieures que requiert la loi pour en établir la preuve entre eux, avaient été remplies, c'est-à-dire, qu'autant que les écrits ou les faits employés par les tiers pour en établir l'existence, portent le caractère d'une véritable association.

» Or, que faut-il pour qu'il existe une société de commerce entre deux ou plusieurs personnes?

» Bien certainement il faut qu'il ait été fait entre ces personnes une convention synallagmatique, par laquelle, en mettant en commun certains fonds ou leur industrie, elles se sont engagées simultanément dans une entreprise commerciale, à l'effet non seulement d'en partager les bénéfices, mais encore d'en supporter proportionnellement les pertes, savoir, indéfiniment pour ceux qui sont associés purement et simplement, et jusqu'à concurrence de leurs mises, pour ceux qui ne sont associés qu'en commandite. On défie qui que ce soit de concevoir l'idée d'une association commerciale sans une convention de cette nature.

» Sans doute, il n'est pas absolument nécessaire d'insérer dans une pareille convention la clause expresse que les pertes seront supportées en commun, soit indéfiniment, soit jusqu'à concurrence de telle mise.

» Sans doute, cette clause est toujours sous-entendue dans les contrats de société qui ne déterminent que les parts des bénéfices des associés.

» Sans doute, en ne s'expliquant que sur les parts dans les bénéfices, les associés sont censés les prendre pour mesure des parts dans les pertes. *Illud autem expeditum est* (dit Justinien dans ses *Institutes*, titre *de Societate*, §. 3), *si in unâ causâ pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in alterâ verò omissa, in eo quoque quod prætermissum est, eamdem partem servari.*

» Mais ce qui est d'une nécessité indispensable pour qu'il y ait association, c'est qu'il y ait mise en commun d'argent, d'effets quelconques, ou d'industrie, par une convention synallagmatique. Cette mise en commun, cette convention sont de l'essence de la société; et c'est ce que fait entendre bien clairement l'art. 1832 du Code civil, en définissant la société, *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes* CONVIENNENT DE METTRE QUELQUE CHOSE EN COMMUN, *dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.*

» Or, a-t-il été fait une convention de cette nature entre le sieur de Simonis et la maison Aimé Inner? Oui, répondent les sieurs Reynier, Salmon et consorts; et la preuve en résulte, tant de l'acte du mois de janvier 1811, que de la quittance du 31 décembre 1812.

» Mais d'abord, que trouve-t-on dans la première de ces pièces? Rien que la reconnaissance d'un simple prêt d'argent fait par le sieur de Simonis aux sieurs Inner et Huban; pas un mot qui annonce, de la part du sieur de Simonis et de ces deux commerçans, l'intention de mettre en commun les fonds que le premier avance aux seconds; et tout au contraire, les seconds s'obligent de rembourser au premier, dans les délais déterminés par l'acte, la somme qu'ils reconnaissent avoir reçue de lui.

» Assurément, si l'intention commune des parties était d'établir entre elles une société, elles parleraient toutes dans l'acte, elles y feraient des stipulations réciproques, elles lui donneraient la forme d'une convention synallagmatique; en un mot, elles le feraient double. Mais point du tout : Inner et Huban y parlent seuls, eux seuls s'y obligent, ils lui donnent la forme d'un contrat unilatéral, caractère qui convient autant au simple prêt, qu'il répugne à l'essence de la société.

» Qu'importe que, par une clause de cet acte, Inner et Huban s'engagent à donner au sieur de Simonis un tiers des bénéfices qu'ils feront avec son argent, tout le temps qu'il l'auront entre leurs mains, dans leurs opérations commerciales.

» Si j'avançais à un entrepreneur de pêches maritimes une somme d'argent pour acheter des bateaux-pêcheurs, sous la condition qu'au lieu de m'en payer l'intérêt, il me donnerait le tiers du produit de ses pêches, résulterait-il de la simple reconnaissance ainsi causée qu'il m'en fournirait, la preuve que je me suis associé à son entreprise, et que j'ai pris envers lui l'engagement de partager les pertes qu'il ferait? En conséquence, les dettes ultérieures qu'il pourrait faire pour l'armement de ses bateaux-pêcheurs, pourraient-elles retomber sur moi, sinon indéfiniment, du moins jusqu'à concurrence de la somme que je lui aurais avancée?

» Non, bien évidemment non. Tout ce que l'on

BIU Cujas

pourrait inférer d'une pareille reconnaissance, serait que cet armateur n'ayant point de gage à m'offrir pour la sûreté de l'avance qu'il me demandait, j'ai fait avec lui un contrat aléatoire, et que, faute de pouvoir compter sur le paiement annuel d'un intérêt de 5 ou 6 pour cent, aussi bien que sur le remboursement de mon capital, je me suis exposé au risque de tout perdre, ou de gagner plus ou moins au-delà de l'intérêt ordinaire.

» Eh bien! voilà précisément ce qu'a fait le sieur de Simonis avec Aimé Inner et Jean-Thomas Huban; et c'est assez dire que ce n'est pas un contrat de société, mais un contrat aléatoire, qui s'est formé entre lui et ces deux particuliers, au moment où il leur fait l'avance qu'ils ont reconnue par l'acte du mois de janvier 1811.

» Qu'importe encore que le sieur de Simonis se soit trompé en regardant ce contrat aléatoire comme licite, en l'assimilant au prêt à la grosse, qui pourtant en diffère essentiellement, en ce que l'emprunteur à la grosse est quitte envers le prêteur, lorsque périt le vaisseau sur lequel l'emprunt a été affecté; au lieu qu'encore qu'Inner et Huban eussent fait de mauvaises affaires, ils n'en seraient pas moins restés débiteurs du sieur de Simonis, et sujets à l'action qu'il eût pu intenter contre eux, en cas qu'ils revinssent par la suite à meilleure fortune?

» Cette erreur du sieur de Simonis ne peut pas convertir en contrat de société le contrat de prêt qui s'est fait entre lui et ses emprunteurs : elle ne peut que nécessiter la réduction de ce qu'il a reçu d'eux à titre de part dans les bénéfices, au-dessus de l'intérêt fixé par la loi; et c'est précisément ce qu'a ordonné le jugement du tribunal de commerce de Verviers, dont l'appel est aujourd'hui porté devant la cour supérieure de justice de Liége.

» Qu'importe enfin que, par l'acte du mois de janvier 1811, Inner et Huban se soient obligés de faire, tous les six mois, au sieur de Simonis, un rapport détaillé de leurs opérations, et se soient soumis à lui laisser prendre, quand il le jugerait à propos, communication de leurs livres de commerce?

On sait bien que ces sortes de clauses se trouvent assez communément dans les contrats de société en commandite, et que même elles y sont toujours sous-entendues (1). Mais il ne s'ensuit point de là que l'on puisse réputer contrat de société en commandite, tout acte dans lequel se trouvent de semblables clauses. Toutes les fois qu'elles se trouvent dans un contrat de société en commandite, elles y sont accompagnées d'expressions qui annoncent que le commerce qui en est l'objet, se fait en commun et pour le compte de toutes les parties; et ici, au contraire, la clause dont il s'agit, est conçue en termes qui excluent toute idée de communion entre le sieur de Simonis et les deux souscripteurs de la reconnaissance : nous nous obligeons, y disent-ils, *de le faire jouir, dans cet intervalle, des gains et bénéfices de* NOTRE COMMERCE....; *et de lui accorder l'inspection et la surveillance de tous* NOS LIVRES *de commerce.* Or, ces mots, *notre commerce, nos livres*, caractérisent bien un commerce auquel le sieur de Simonis n'est point associé, des livres sur lesquels il n'a aucun droit de propriété.

» Que signifie donc la clause que l'on voudrait ici travestir en symptôme d'association en commandite? Rien autre chose, si ce n'est que les emprunteurs fourniront au sieur de Simonis, tout le temps qu'ils conserveront entre leurs mains les fonds qu'il leur a prêtés, tous les renseignemens propres à l'assurer que son capital ne court aucun risque; et, comme l'a très-bien dit le tribunal de commerce de Verviers, dans son jugement du 9 juillet 1819, *elle ne peut être considérée que comme une garantie qu'ils offrent à leur créancier.*

» Quant à la quittance du 31 décembre 1812, que prouve-t-elle? Rien autre chose que l'exécution de l'acte de prêt du mois de janvier 1811; rien autre chose, si ce n'est que, conformément à l'obligation qu'ils en avaient contractée par cet acte, les sieurs Inner et Huban ont remis au sieur de Simonis une part des bénéfices qu'ils avaient faits dans leur commerce depuis deux ans.

» Sans doute, si les sieurs Reynier, Salmon et consorts, en traitant avec la maison *Aimé Inner*, n'avaient pas eu connaissance de l'acte du mois de janvier 1811, s'ils n'eussent connu alors que la quittance du 31 décembre 1812, et qu'au lieu de se référer, comme elle le fait, à cet acte, elle énonçât simplement que les sieurs Inner et Huban, d'après le compte rendu par eux au sieur de Simonis, de leurs opérations commerciales depuis deux ans, lui ont payé la part qui lui revenait dans les bénéfices qu'ils y ont faits, les sieurs Reynier, Salmon et consorts pourraient dire qu'ils auraient dû la considérer comme une preuve de l'existence d'une société entre le sieur de Simonis et les sieurs Inner et Huban; que, s'ils se sont trompés, c'est le sieur de Simonis lui même qui les a induits en erreur par la manière dont il a rédigé et causé cette pièce; que cette erreur a été le motif de la confiance qu'ils ont eue dans la maison *Aimé Inner;* et qu'étant l'ouvrage du sieur de Simonis, elle ne peut nuire qu'à lui.

» Mais nous sommes bien loin de cette hypothèse, puisque la quittance du 31 décembre 1812 se ré-

(1) *V.* ci-dessus, §. 3 *bis*, n° 3.

BIU Cujas

fère expressément à l'acte du mois de janvier 1811; que par conséquent elle est censée en faire partie, et que dès-lors les sieurs Reynier, Salmon et consorts ne peuvent pas plus invoquer l'une que l'autre, à l'effet d'établir qu'en traitant avec la maison *Aimé Inner*, ils ont été fondés à croire que le sieur de Simonis en était l'associé commanditaire.

» Au reste, la question, si c'en est une, n'est plus entière : elle est préjugée à l'avance, et de la manière la plus palpable, par le jugement du 9 juillet 1819 et par l'arrêt qui l'a confirmé.

» En effet, de quels actes, de quels faits prétend-on inférer aujourd'hui qu'il y a eu société en commandite? Précisément des mêmes actes, des mêmes faits que l'on alléguait en 1819, comme des preuves qu'il y avait eu société en nom collectif.

» Eh bien! il est jugé que l'existence de la société en nom collectif ne résulte nullement de ces actes ni de ces faits. Comment donc parviendrait-on aujourd'hui à établir, par ces mêmes actes et ces mêmes faits, l'existence d'une société en commandite?

» Une société en commandite présuppose nécessairement une société quelconque. Ce ne serait donc qu'en décidant qu'il y a eu, entre le sieur de Simonis et ses deux emprunteurs, une société quelconque, que l'on pourrait aujourd'hui décider qu'il y a eu entre eux une société en commandite.

» Or, la société quelconque que l'on déciderait aujourd'hui avoir existé entre eux, de quelle nature pourrait-elle être? Serait-il possible de juger qu'elle n'a été qu'en commandite? Non, l'on serait irrésistiblement forcé de juger qu'elle a été en nom collectif.

» Pourquoi? parcequ'en fait, il n'y a rien, absolument rien, dans les écrits et les faits dont on se prévaut contre le sieur de Simonis, qui puisse établir ni même faire soupçonner que, s'il eût été associé de ses deux emprunteurs, il l'eût été sous la condition de n'être tenu de leurs engagemens que jusqu'à concurrence des fonds qu'il leur avançait;

» Parcequ'en droit, il est de principe, comme l'établisssait le ministère public à la cour de cassation de France, dans des conclusions du 2 février 1808 (1), que la société en commandite ne diffère de la société en nom collectif qu'en ce que l'associé commanditaire ne s'oblige que jusqu'à concurrence de sa mise;

» Parceque, comme l'enseigne l'auteur du *Cours de droit commercial*, n° 1028, *la société en commandite étant une exception au droit commun*, on ne peut jamais présumer que ce soit cette société que les parties ont voulu former, lorsqu'elles ne se sont pas expliquées nettement;

» Parcequ'une société ne peut jamais être réputée en commandite, qu'autant, ou qu'elle est expressément qualifiée telle par l'acte qui l'établit, ou qu'elle contient littéralement la clause que tel ne sera pas obligé au-delà des fonds qu'il verse dans la caisse sociale.

» Il est donc évident qu'entreprendre aujourd'hui de faire décider qu'il y a eu une société quelconque entre le sieur de Simonis et ses deux emprunteurs, c'est revenir sur la chose jugée et la remettre en question, puisque la société qui serait décidée avoir existé entre eux, ne pourrait avoir été qu'une société en nom collectif.

» Inutile d'objecter que l'arrêt du 16 novembre 1820, en confirmant le jugement du 9 juillet 1819, a expressément déclaré que, ni ce jugement, ni la confirmation qu'il en prononçait, ne pourraient être opposés aux sieurs Reynier, Salmon et consorts, dans la nouvelle instance qu'ils engageraient devant les premiers juges, sur la question de savoir s'il y avait eu au moins société en commandite entre le sieur de Simonis et la maison *Aimé Inner*.

» On peut bien conclure de là que, si les sieurs Reynier, Salmon et consorts produisaient aujourd'hui de nouvelles pièces dont il résultât spécifiquement qu'il y a eu société en commandite entre la maison *Aimé Inner* et le sieur de Simonis, ils seraient encore recevables à s'en prévaloir, nonobstant l'arrêt du 16 novembre 1820. Mais il n'en résulte certainement pas qu'ils puissent aujourd'hui reproduire comme preuves d'une société en commandite, des pièces qui sont souverainement jugées ne pas former la preuve d'une société en nom collectif.

» 2° Il devient, d'après cela, bien inutile de nous occuper de la seconde question; cependant nous dirons que, si le sort de la cause dépendait de l'acte notarié du 26 novembre 1813, le sieur de Simonis y trouverait encore des armes inexpugnables pour repousser l'attaque dirigée contre lui.

» En effet, il est constant, il est avoué par les sieurs Reynier, Salmon et consorts, qu'ils ne sont devenus créanciers d'Inner et d'Huban que plusieurs années après cet acte.

» Or, qu'aurait-il était fait par cet acte entre le sieur de Simonis et les deux emprunteurs, s'il avait existé antérieurement une société entre eux? Bien évidemment cet acte aurait dissous cette prétendue

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Société*, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 2.

BIU Cujas

société, puisqu'il substitue aux engagemens consignés par Inner et Huban dans leur reconnaissance du mois de janvier 1811, des engagemens tout différens, et que par conséquent il éteint les premiers.

» Ce n'est sans doute pas sérieusement que les sieurs Reynier, Salmon et consorts parlent ici de fraude faite à leurs droits. Comment aurait-on pu, en 1813, penser à frauder des droits qui n'existaient pas encore?

» Tout se réunit donc pour déterminer la cour supérieure de justice de Liége à confirmer le jugement dont les sieurs Reynier, Salmon et consorts sont appelans ».

Par arrêt du 9 juillet 1821,

« Attendu que les pièces d'où les appelans veulent faire, résulter la preuve d'une société en commandite ne suffisent pas pour l'établir, et qu'en examinant attentivement l'acte sous seing-privé de janvier 1811, l'on s'aperçoit facilement que cet acte, loin d'établir la preuve d'une société en commandite, dont la durée aurait été fixée jusqu'au 1er janvier 1820, ne contient qu'une reconnaissance d'Inner et Huban d'avoir reçu de l'intimé une somme de 24,000 francs, qu'ils s'obligeaient de rembourser en entier en divers termes, ce qui constitue bien plus la nature et l'essence d'un prêt que d'une société en commandite, puisque le commanditaire ne peut jamais répéter en entier la somme par lui versée dans la société, lorsqu'elle a été absorbée en tout ou en partie par les pertes sociales;

» Attendu que la circonstance qu'au lieu de payer des intérêts fixés, lesdits Inner et Huban se seraient obligés de donner une partie des bénéfices de leur commerce à l'intimé, et que celui-ci aurait effectivement perçu quelques parties desdits bénéfices, ne suffit pas pour établir que ledit intimé aurait consenti à devenir leur associé commanditaire; et tout ce que l'on peut inférer de plus défavorable à l'intimé, relativement à la perception de ces bénéfices, c'est qu'il serait tenu de rembourser ce qu'il aurait perçu au-delà du taux fixé par la loi;

» Attendu qu'on peut d'autant moins regarder l'intimé comme commanditaire, qu'il n'a jamais pris ce titre, et que les associés prétendus ne le lui ont jamais attribué; qu'au contraire, par l'acte notarié du 26 novembre 1813, qui a été évidemment fait pour remplacer le seing-privé de 1811, et pour donner hypothèque à raison des sommes avancées, il est reconnu bien positivement, tant par le créancier que par les débiteurs, que ces sommes n'ont été avancées qu'à titre de prêt, et ne doivent produire qu'un intérêt annuel de cinq pour cent;

» Attendu que les appelans ne sont pas recevables à vouloir critiquer cet acte du 26 novembre 1813, et à prétendre qu'il aurait été fait en fraude de leurs droits, puisqu'à cette époque ils n'étaient point créanciers de la maison *Aimé Inner*, à raison des sommes dont ils se disent présentement créanciers, et que, l'eussent-ils même été, ils n'ont point prouvé qu'alors ni aujourd'hui cette maison aurait été et serait insolvable;

» Par ces motifs, la cour met l'appellation au néant, avec amende et dépens ».

III. La troisième question doit être examinée successivement par rapport aux parties contractantes entre elles, et par rapport aux tiers.

Voyons d'abord s'il y a réellement société entre le commerçant qui emprunte une somme d'argent pour la verser dans son commerce, et le particulier qui la lui prête, lorsqu'il est stipulé tout à la fois que cette somme sera remboursée en entier au prêteur, quels que soient les résultats des opérations commerciales de l'emprunteur, que le prêteur aura une part déterminée dans les bénéfices de ces opérations et qu'il y aura société entre l'un et l'autre.

La négative ne serait pas douteuse, si l'on ne devait s'attacher ici qu'aux principes généraux du droit.

En effet, c'est une vérité universellement reconnue, que, pour déterminer la nature d'un contrat, il ne faut pas s'arrêter à ce que les parties ont déclaré vouloir faire, mais à ce qu'elles ont fait réellement: *plus valet*, est-il dit dans la rubrique du tit. 32 du liv. 4 du Code de Justinien, *quod agitur quàm quod simulatè concipitur*. Il importe donc peu que les parties aient qualifié leur acte de contrat de société: si, dans la réalité, elles n'ont fait qu'un contrat de prêt, c'est comme prêt, et non comme société, que leur acte doit être considéré. Or, on l'a déjà dit au n° précédent, il est de l'essence de la société qu'il y ait mise en commun de quelque chose de la part de chacun des associés; et ici, le prêteur ne met rien en commun, puisque la restitution de son capital lui est assurée dans tous les cas. Il ne peut donc exister de société entre lui et l'emprunteur; il ne peut donc exister, il n'existe donc, entre l'un et l'autre, qu'un contrat de prêt.

Vainement invoquerait-on la maxime, *utile non viciatur per inutile;* vainement prétendrait-on en conclure qu'à la vérité, la clause qui affranchit le prêteur de toute perte, est nulle, mais qu'elle ne doit pas vicier le contrat de société. Cette maxime s'applique bien aux cas où la clause nulle peut être retranchée du contrat qui la renferme, sans que la substance de ce contrat soit dénaturée; mais elle est évidemment inapplicable aux cas où la clause nulle

BIU Cujas

est contraire à la substance du contrat que les parties ont déclaré vouloir faire. *Doctrina de rejiciendis pactis inutilibus*, dit Stockmans, dans son recueil d'arrêts du conseil souverain de Brabant, §. 74, n° 4, *non habet locum, quoties pactum subjunctum contractui impingit in substantialia ipsius contractûs; tunc enim inficit et destruit actum ipsum.* Rodrigues dit la même chose dans son traité *de Reditibus*, liv. 2, quest. 8 : *Quandò inutile est contrà naturam contractûs*, ce sont ses termes, *tunc cessat prædicta regula*, inutile non vitiatur per inutile, *et subintrat axioma quod volui non potui, et quod potui nolui.*

Voilà pourquoi, suivant la décision expresse de Justinien, dans ses *Institutes*, liv. 3, tit. 15, §. 2, lorsque, par un contrat de prêt à usage (*commodatum*), de l'essence duquel il est d'être gratuit, l'emprunteur s'oblige de payer quelque chose au prêteur, cette clause en emporte la nullité et le convertit en contrat de louage. Voilà pourquoi encore, comme le décident les lois 9 et 10, D. *si certum putatur*, un avis du conseil-d'état, du 28 mars 1808, approuvé le 1er avril suivant, et un arrêt de la cour de cassation, du 24 avril 1810 (1), si, en déposant une somme d'argent en vos mains, je vous permets de vous en servir, à la charge de m'en rendre l'équivalent; nous aurons beau, vous et moi, qualifier de dépôt le contrat qui se forme entre nous : la permission que je vous donne d'user de mon argent, étant contraire à l'essence du dépôt, l'annulera nécessairement comme tel, et le transformera en simple prêt.

Les mêmes raisons s'appliquent évidemment à la clause qui, dans le cas sur lequel porte notre question, place la mise de l'un des associés à l'abri de toute espèce de risques; cette clause devrait donc également vicier le contrat de société; elle devrait donc également le convertir en simple prêt.

Et c'est effectivement ce qu'enseignait Pothier, dans son *Traité du contrat de société*, n° 22 : *Lorsqu'il paraît* (disait-il) *qu'un contrat de société est simulé, et qu'il n'a été fait que pour déguiser un prêt d'argent usuraire, il n'est pas douteux que le* contrat doit être déclaré nul, *que tout ce qui a été reçu par le prétendu associé, pour lui tenir lieu de sa part dans le profit de la prétendue société, doit être imputé sur la somme principale qu'il a mise dans la prétendue société, et qu'il diminue de plein droit cette somme qui doit lui être rendue.*

Cependant M. Pardessus enseigne le contraire dans son *Cours de droit commercial* (n° 998, 5e édition).

Il reconnaît, à la vérité, en parlant des clauses par l'effet desquelles *la société n'est qu'un acte simulé, destiné à déguiser un prêt usuraire*, qu'*on doit mettre au nombre de ces clauses prohibées, la stipulation par laquelle l'un des associés s'obligerait de rendre à l'autre ou aux autres, à la fin de la société, la somme d'argent par eux apportée, avec une portion quelconque dans les gains, s'il y en a; et si la société est en perte, de rendre ces capitaux sans aucune contribution aux pertes;*

Et voici comment il le démontre : *Vainement ceux qui auraient fait une telle spéculation, prétendraient-ils que le bénéfice qui leur est attribué, représente les intérêts des capitaux conférés par eux dans la société; que la chance d'obtenir des bénéfices supérieurs à l'intérêt légal, est balancée par la possibilité que, s'il y a des pertes, ils soient privés des intérêts de ce même capital. La nature des contrats ne doit pas être confondue. Voulait-on, en stipulant ainsi, faire un contrat de société? Il est de l'essence de cette convention que les sommes conférées dans la société, en deviennent la propriété, et périssent pour le compte commun, si les pertes de la société sont telles qu'elles absorbent toutes les mises.* (Art. 1851 du Code civil.) *Opérait-on simplement un prêt? les intérêts doivent être certains, de manière qu'on puisse savoir si le taux légal a été excédé. Il n'est pas permis de les stipuler dans une forme aléatoire; cette faculté n'est accordée que dans le contrat à la grosse, qui diffère essentiellement du prêt à intérêt; et d'ailleurs, dans le contrat à la grosse même, une part des bénéfices n'est accordée, pour tenir lieu d'intérêts, que parce qu'en même temps le prêteur se soumet au risque de perdre tout ou partie de son capital.*

Mais, au lieu de tirer de ces principes la conséquence que, dans l'hypothèse sur laquelle il raisonne, et qui est aussi la nôtre, il n'y a qu'une société simulée, et par conséquent nulle, M. Pardessus établit précisément tout le contraire : *Il ne faudrait pas* (dit-il) *conclure de la nullité de cette clause, celle de l'acte de société en son entier. Une clause peut être vicieuse sans que, pour cela, elle vicie en totalité l'acte qui la contient. Seulement cette stipulation n'aurait pas son effet, et la participation aux bénéfices, comme aux pertes, se réglerait comme en l'absence de toute convention.*

Si cette doctrine ne reposait que sur la raison vague et sèche qu'en donne M. Pardessus, je n'hésiterais pas à la combattre.

Oui, sans doute, *une clause peut être vicieuse*

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Dépôt*, §. 1, n° 6, et *Timbre*, n° 10.

BIU Cujas

sans que, pour cela, elle vicie en totalité l'acte qui la contient. Mais quels sont les cas où les vices de l'une ne se communiquent pas à l'autre? Il ne peut y en avoir que deux : celui où la clause vicieuse n'est pas contraire à l'essence de l'acte dont elle fait partie, et celui où, par exception aux principes généraux du droit, la loi, en s'occupant d'une clause contraire à l'essence de l'acte qui la stipule, limite à cette clause la nullité qui en résulte, et par-là fait entendre clairement que son intention n'est que de purifier de cette clause l'acte qu'elle souille.

Or, sommes-nous ici dans le premier de ces deux cas? Il est évident que non, puisque, de l'aveu de M. Pardessus lui-même, il est de l'essence *du contrat de société*, que les sommes *qui y sont conférées* périssent pour le compte commun, si les pertes de la société sont telles qu'elles absorbent toutes les mises; puisque, dès-lors, la clause dont il s'agit, est manifestement contraire à l'essence du contrat de société; puisqu'elle devrait comme telle, d'après les principes généraux du droit, vicier en son entier l'acte de société où elle se trouve.

On ne peut donc justifier la thèse de M. Pardessus, qu'en la plaçant dans le second cas, dans le cas d'exception; et je conviens que l'art. 1855 du Code civil l'y place en effet, puisqu'en parlant de la *convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices*, en même temps que de *la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés*, il ne déclare nulles que ces deux clauses, et que, par-là, il laisse évidemment subsister la société dont l'acte constitutif renferme l'une ou l'autre.

C'est en ce sens que l'art. 1855 est interprété par M. Delvincourt, dans son *Cours de Code civil*, tome 1er, page 453; et cette interprétation paraît être en parfaite harmonie avec la manière dont s'est expliqué M. Treilhard dans l'*Exposé des motifs* du titre *du Contrat de société* du Code civil.

Si la société (a-t-il dit en débutant) *n'était formée que pour l'intérêt d'un seul, la bonne foi ne serait-elle pas étrangement violée? Il faut donc l'unir pour l'intérêt commun des parties qui contractent. C'est la première règle, la règle fondamentale de toute société. Il est contre la nature qu'une société de plusieurs, de quelque espèce qu'on la suppose, se forme pour l'intérêt particulier, pour le seul intérêt d'une des parties. On n'a pas pu marquer plus fortement les vices d'une pareille société, qu'en la qualifiant de* Léonine : *c'est, d'une part, la force; de l'autre, la faiblesse : il ne peut y avoir entre eux aucun traité, parcequ'il ne peut exister ni liberté ni consentement. Or, la société est un contrat consensuel, et la loi ne peut voir de consentement véritable dans un contrat de société dont un seul recueillerait tout le profit, et dont l'intérêt commun des parties ne serait pas la base.*

Si l'orateur du gouvernement s'en était tenu là, il aurait bien fallu conclure de son discours qu'il regardait comme nul tout contrat de société dans lequel se trouverait l'une des clauses mentionnées dans l'art. 1855; car dire purement et simplement, dire, sans autre explication, qu'une société prend le caractère de *Léonine*, par l'effet de l'une de ces clauses, c'est dire bien clairement qu'elle ne peut pas être valable.

Mais écoutons-le jusqu'au bout : *Nous l'avons déjà dit, la bonne foi est surtout nécessaire dans le contrat de société; et comme toute clause qui tendrait à jeter sur l'un toutes les charges et à gratifier l'autre de tous les bénéfices, se trouverait en opposition manifeste avec la bonne foi et la nature de l'acte, pareille convention serait essentiellement nulle.*

Ici, comme l'on voit, l'orateur du gouvernement ne dit pas que la société est nulle parceque les clauses mentionnées dans l'art. 1855 la rendent *Léonine;* il dit seulement que les clauses qui la rendraient *Léonine*, si elles avaient leur effet, sont nulles; et c'est évidemment comme s'il disait que l'art. 1855 les frappe de nullité, afin de purger le contrat de société du vice dont elles l'infecteraient si elles étaient maintenues; c'est évidemment comme s'il disait qu'elles sont réputées non écrites.

On pourrait croire au premier coup d'œil, que M. Boutteville a donné un autre sens à l'art. 1855, dans le rapport qu'il a fait au tribunat, sur le même titre, au nom de la section de législation de cette branche du pouvoir législatif : *Si le projet, au surplus*, a-t-il dit, *a le soin d'ajouter qu'une convention qui donnerait à l'un des associés tous les produits, et l'affranchirait de toutes les pertes*, n'est pas une société, *mais l'association si justement proscrite sous le nom de* société Léonine, *c'est principalement pour ne pas oublier que jamais la violence, la force, ne produiront de véritables droits, de conventions légitimes.*

Mais, en y réfléchissant, on aperçoit bientôt qu'il n'a pas voulu dire autre chose, si ce n'est que, par l'effet des clauses dont il s'agit, la société serait *Léonine*, et non *pas une société* véritable, si l'art. 1855 ne disposait pas comme il le fait, s'il ne purgeait pas l'acte de ces clauses.

Et c'est évidemment dans le même sens que M. Gilet disait au corps-législatif, en lui présentant le vœu du tribunat pour l'adoption de ce titre : *La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, serait* la société du Lion, *et elle serait nulle.... On regarderait comme une*

BIU Cujas

stipulation Léonine *celle qui affranchirait de toute contribution dans leurs charges, les sommes ou effets mis au fonds social par un ou plusieurs associés.* C'est, on ne peut pas en douter, comme si l'orateur eût dit : grâces à l'art. 1855, les clauses qui y sont mentionnées, ne rendront pas la société *Léonine*, elles ne l'annuleront pas, parcequ'il les efface du contrat de société.

Voyons maintenant quel est, par rapport aux tiers, l'effet d'un acte qualifié de contrat de société, par lequel un particulier prête à un commerçant, pour la verser dans son commerce, une somme d'argent avec stipulation qu'elle lui sera remboursée en entier, quels que soient les résultats des opérations commerciales de l'emprunteur, et qu'il aura une part déterminée dans les bénéfices de ces opérations.

Cette question peut se présenter dans deux cas différens : dans celui où l'acte a été publié dans les formes prescrites par l'art. 42 du Code de commerce, et dans celui où il ne l'a pas été.

Au premier cas, la clause qui affranchit la mise de l'un des associés de tout risque et de toute contribution aux pertes, n'a pas dû entrer dans l'extrait qui a été publié de l'acte qualifié de contrat de société; elle a donc dû demeurer inconnue aux tiers, et par conséquent on ne peut en tirer contre eux aucune espèce d'argument.

Il en est de même dans le second cas, mais par une autre raison : c'est que la société stipulée entre le prêteur et l'emprunteur, n'est nulle, à leur égard et entre eux, que faute de publication; que ce défaut ne peut pas, suivant l'art. 42 du Code de commerce, être opposé aux tiers; que, dès-lors, les tiers peuvent faire valoir contre le prêteur le moyen que l'art. 1855 du Code civil fournirait à l'emprunteur, si l'acte avait été publié, pour établir qu'ils sont vraiment associés, nonobstant la clause qui met le capital de l'un d'eux à l'abri de tout risque.

§. VII. 1° *Le croupier*, etc.

§. VII. *Page* 19, *col.* 1, *supprimez la ligne* 43 (1), *et substituez-y ce qui suit :*

2° *Le croupier qui, d'accord avec son cédant et sans fraude, s'est retiré de la société à une époque où elle n'était pas en perte, peut-il encore être poursuivi à raison des dettes qu'elle avait contractées avant sa retraite ?*

3° *En est-il, à cet égard, d'un associé proprement dit, comme d'un croupier ?*

(1) *Page* 667, *col.* 2, *ligne* 36 (2e édition).

I. Sur la première question, *V.* l'article *Croupier.*

II. La seconde question a été jugée pour la négative par un arrêt de la cour de cassation dont voici l'espèce :

En pluviôse an 6, le sieur Roberjot fait un traité avec le ministre de la marine pour une fourniture de chanvres.

Le 17 thermidor suivant, il s'associe, pour l'exécution de ce traité, 1° le sieur Scheult, stipulant pour sa maison de commerce établie à Nantes, sous la raison *Charruyau, Scheult et Jamont;* 2° le sieur Laqueze; 3° Le sieur Langevin; et il est convenu que cette société opérera sous la raison *Roberjot et Laqueze.*

Le 22 du même mois, les sieurs Charruyau, Scheult, Jamont et Laqueze s'associent le sieur Letissier pour l'exécution du même marché.

Le 15 frimaire an 7, le sieur Letissier, forcé de se rendre aux armées, traite avec ses cédans de sa part dans leur société; il la leur rétrocède, et il se retire.

Avant sa retraite, et depuis le 22 thermidor an 6, le sieur Douetteau avait vendu à la société *Roberjot et Laqueze* des chanvres, pour le prix desquels il avait reçu des traites créées au nom de cette société.

Plusieurs de ces traites ont été protestées.

Poursuivi par les porteurs pour en rembourser le montant, le sieur Douetteau a exercé son recours contre les sieurs Roberjot, Charruyau, Scheult, Jamont et Laqueze; et il a obtenu contre eux, le 26 thermidor an 7, un jugement de condamnation.

Mais ne pouvant en obtenir l'exécution de leur part, il a fait assigner le sieur Letissier devant le tribunal de commerce de Nantes, pour voir dire que ce jugement serait déclaré exécutoire contre lui.

Le sieur Letissier a répondu qu'il n'avait jamais été membre de la société *Roberjot et Laqueze*, mais seulement cessionnaire d'une partie des droits des sieurs Charruyau, Scheult, Jamont et Laqueze; qu'il n'avait traité qu'avec ceux-ci, et que par conséquent il ne s'était obligé qu'envers eux; que son obligation avait pu être dissoute de la même manière qu'elle avait été formée, c'est-à-dire, par le seul concours de la volonté de ses cédans avec la sienne; qu'elle l'avait été, en effet, par l'acte passé entre eux et lui le 15 frimaire an 7; que cet acte avait été fait de bonne foi et à une époque où la société *Roberjot et Laqueze*, loin d'avoir des pertes à craindre, avait tout lieu de compter sur des bénéfices; qu'ainsi, le jugement dont on demandait l'exécution contre lui, ne pouvait lui être opposé sous aucun prétexte.

BIU Cujas

Le 13 messidor an 11, jugement qui, vu l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, et attendu qu'aucune loi n'excepte de la disposition de cet article, trop générale pour ne pas comprendre tous ceux qui ont des intérêts dans une société, n'importe qu'ils soient associés directs, ou seulement croupiers de l'un ou de plusieurs des associés, déclare le jugement du 26 thermidor an 7 exécutoire contre le sieur Letissier.

Appel de la part du sieur Letissier à la cour de Rennes.

Le 24 thermidor de la même année, arrêt qui réforme ce jugement, et décharge le sieur Letissier des condamnations prononcées contre lui,

« Attendu que le tribunal de première instance a commis une erreur manifeste en droit, en prenant pour base de sa décision, qu'il n'existe aucune loi qui déroge à l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, en faveur de l'associé d'un des associés;

» Que l'article cité est sans application à l'espèce...;

» Que le sieur Letissier ne faisait point partie de la compagnie Roberjot et Laqueze, n'ayant jamais traité avec Roberjot qui en était le chef;

» Que son traité particulier du 22 thermidor an 6 avec Charruyau et Jamont, ne l'associait que pour le cinquième des deux tiers;

» Qu'en droit, celui qui prend part à l'intérêt particulier d'un ou de plusieurs associés, ne devient ni créancier ni débiteur de la société;

» Qu'il n'acquiert de droit et ne contracte d'obligations qu'envers ceux avec lesquels il traite; que les lois 19, D. *pro socio*, et 47, D. *de regulis juris*, adoptées parmi nous, le décident expressément....;

» Que le sieur Letissier, engagé vis-à-vis ses cédans seulement, avait pu se dégager par un acte passé avec eux;

» Qu'il a été soutenu et non contesté qu'il quittait la société pour aller aux armées; que sa retraite ne présente aucun caractère de fraude;

» Qu'il est justifié qu'à l'époque du 15 frimaire an 7, la situation de la société ne présentait point de pertes, mais au contraire l'espoir de profits; que les ordonnances du ministre n'étaient point encore délivrées, et que la négociation des effets dont sont provenues les plus grandes pertes, sont postérieures au 15 frimaire an 7 ».

Le sieur Douetteau se pourvoit en cassation, et soutient que cet arrêt viole l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, lequel, dit-il, ne peut être entendu que dans le sens général et indéfini que lui avait donné le jugement de première instance.

Sur ce moyen, arrêt de la section des requêtes, du 25 vendémiaire an 13, qui admet le recours en cassation du sieur Douetteau.

Mais l'affaire portée à la section civile, arrêt contradictoire du 8 prairial de la même année, au rapport de M. Rupérou, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lecoutour, par lequel,

« Attendu que la cour d'appel a jugé, en fait, que, le 15 frimaire an 7, jour du résiliement du traité passé avec Letissier, la société ne présentait pas de pertes, mais, au contraire, l'espoir de profits; que les ordonnances du ministre de la marine n'étaient pas même encore délivrées; que la négociation des effets d'où sont provenues les pertes, était postérieure; que par conséquent, la retraite de Letissier, qui avait eu lieu du consentement de Charruyau, Scheult et Jamont, et dans un temps non suspect, ne présentait aucun caractère de fraude; et qu'il suffit que les juges d'appel se soient, entre autres motifs, déterminés par de semblables considérations, pour qu'ils n'aient contrevenu ni à la loi du contrat, ni aux lois de la matière;

» La cour rejette le pourvoi... (1) ».

III. Aurait-on pu juger de même si le sieur Letissier, au lieu de n'être, dans la société *Roberjot et Laqueze*, que le croupier de cinq des associés, eût été véritablement membre de cette société?

Denevers n'en fait pas de doute, puisqu'il présente cet arrêt, dans le sommaire qu'il en donne, comme jugeant qu'*un associé peut, du consentement des autres associés, se retirer de la société à une époque où elle n'est pas en perte, et s'affranchir, par sa retraite, de toute solidarité;* en sorte que, suivant lui, il résulterait de cet arrêt, qu'il dépend des membres d'une société de dégager l'un d'eux, en consentant à ce qu'il se retire de l'association à une époque où elle n'est pas en perte, des obligations qu'il avait contractées solidairement avec eux envers les tiers?

Mais, d'une part, il est évident que ce n'est point là ce qu'a jugé cet arrêt, puisque le sieur Letissier n'était que le croupier de ceux des membres de la société *Roberjot et Laqueze*, qui avaient consenti à ce qu'il se retirât; et de l'autre, il n'aurait pu le juger que par une erreur que je ne craindrais pas d'appeler monstrueuse. En effet, une fois obligé par la signature sociale à une dette de la société, nul

---

(1) L'espèce de cet arrêt est rapportée, mais trop succinctement, dans le *Journal des audiences de la cour de cassation*, année 1813, supplément, page 156. Je la donne ici telle que je l'ai extraite, dans le temps, des mémoires des parties, déposés alors au greffe de la cour de cassation.

BIU Cujas

des associés ne peut, suivant les notions les plus élémentaires du droit, s'en libérer, soit par son propre fait, soit par celui de ses co-débiteurs, sans le concours de leur créancier commun.

Page 21, col. 1, après la ligne 8 (1), ajoutez ce qui suit:

§. XI. *Questions sur l'art. 64 du Code de commerce, portant que* « toutes actions contre » les associés non liquidateurs, et leurs veuves, » héritiers ou ayant-cause, sont prescrites » cinq ans après la fin ou la dissolution de la » société, si l'acte de société qui en énonce la » durée, ou l'acte de dissolution, a été affiché » et enregistré conformément aux art 42, 43, » 44 et 46, et si, depuis cette formalité rem- » plie, la prescription n'a été interrompue à » leur égard par aucune poursuite judiciaire ».

I. La disposition de cet article est-elle applicable au cas où la société est en faillite?

La discussion de cet article au conseil-d'état prouve clairement que les auteurs du Code de commerce n'ont pas eu l'intention de l'y appliquer.

A l'objection faite, comme on l'a vu dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Société*, sect. 6, n° 3, par M. Réal, qu'aucun créancier de la société dissoute n'oserait risquer des poursuites et des frais *avant que la liquidation lui eût appris s'il existait un actif*, M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely répondait *que cette considération ne peut arrêter les tiers, puisque, s'ils n'étaient pas payés à l'instant de l'échéance, il y aurait faillite* (2).

Et c'est à ce sujet que M. Réal disait ne pas concevoir *comment on pourrait admettre, hors le cas de la faillite, une prescription qui n'aurait pas lieu, si la société avait failli* (3).

M. de Ségur s'expliquait plus positivement: *Il importe de distinguer entre le cas où il y a faillite et celui où la société est solvable. S'il y a faillite, l'article cesse d'être applicable; si la société est solvable, les créanciers trouvent ce qui leur est dû entre les mains du liquidateur* (4).

Enfin, le président du conseil, en résumant toute la discussion, disait: *A la vérité, ce système ne peut convenir au cas où il y a faillite; mais il est avoué que l'effet de l'article cesse dans cette hypothèse* (5).

(1) *Tome 6, page 751, col. 2, ligne 42 (2e édition).*
(2) Procès-verbal, tome 1er, page 334, n° 49.
(3) *Ibid.*, n° 50.
(4) *Ibid.*, page 336, n° 57.
(5) *Ibid.*, page 337, n° 58.

Mais il ajoutait: *La rédaction devrait s'en expliquer;* et elle ne l'a pas fait. Que devons-nous conclure de là? Résulte-t-il du silence de l'article sur le cas de faillite, la même conséquence que nous avons vue, à l'endroit cité du *Répertoire de jurisprudence*, n° 4, sortir de son silence sur le cas de minorité, c'est-à-dire, que l'un n'est pas plus que l'autre excepté de la prescription quinquennale?

Non; si le silence de l'art. 64 sur le cas de minorité nous a conduit à la conséquence que ce cas rentre dans la règle générale suivant laquelle les mineurs sont sujets, en matière de commerce, aux mêmes prescriptions que les majeurs, le silence du même article sur le cas de faillite doit ici nous faire remonter au motif de sa disposition, et rechercher s'il peut se plier à celui où la société n'est pas faillie?

Le motif de la disposition de l'art. 64 est clairement manifesté par la différence qu'elle établit, par rapport à la prescription entre l'ex-associé liquidateur et les ex-associés non-liquidateurs. Pourquoi l'ex-associé liquidateur reste-t-il soumis envers les tiers au droit commun des prescriptions, tandis que les ex-associés non-liquidateurs peuvent leur opposer la prescription de cinq ans? « Parcequ'il est saisi » de tous les fonds de la société, que les tiers intéressés » le savent (1), et qu'il est tenu, comme tel, de ré- » pondre aux demandes des créanciers (2) ». C'est donc par la raison inverse, c'est donc parcequ'ils n'ont pas entre leurs mains les fonds de la société, c'est donc parceque ces fonds sont entre les mains du liquidateur, que les ex-associés non liquidateurs sont autorisés par la loi à exciper, contre les tiers, de l'inaction dans laquelle ils sont restés pendant cinq ans. Mais de là même il suit nécessairement que, si la société est en faillite, la prescription quinquennale n'a plus de base, puisqu'il n'y a plus de fonds sociaux sur lesquels les créanciers puissent se pourvoir.

II. Ceci amène une autre question: est-il nécessaire qu'il ait été nommé un liquidateur parmi les ex-associés, pour que les ex-associés non-liquidateurs puissent se prévaloir contre les tiers de la prescription quinquennale?

L'art. 64 ne l'exige pas expressément; mais ne le suppose-t-il pas implicitement par la restriction qu'il fait de sa disposition aux associés non-liquidateurs? Par-là, en effet, ne met-il pas les associés non-liquidateurs en opposition avec l'associé liquidateur? Et n'est-ce pas dire assez clairement qu'il faut qu'il y ait un liquidateur parmi les associés, pour que sa

(1) *Ibid.*, page 334, n° 51.
(2) *Ibid.*, page 331, n° 34.

BIU Cujas

disposition soit applicable aux associés qui ne le sont pas ?

Ne perdons pas de vue d'ailleurs le motif de cette disposition : c'est, nous l'avons déjà dit, que les fonds sociaux qui forment le gage du passif de la société dissoute, se trouvent hors des mains des associés non liquidateurs et dans celles de l'associé liquidateur, qui devient par-là *tenu de répondre aux demandes des créanciers*. Or, ce motif cesse à défaut de nomination d'un liquidateur, puisqu'alors les fonds sociaux sont censés exister collectivement dans les mains de tous les associés, et que ceux-ci, en ne conférant la liquidation à aucun d'entre eux, sont censés s'en être chargés tous ensemble; ce qui les place nécessairement tous dans l'exception que contient l'art. 64 relativement aux associés liquidateurs.

Mais, d'un autre côté, ne peut-on pas dire que l'art. 64 ne fait dépendre la prescription qu'il établit, que du concours de trois conditions : la première, que la société soit dissoute; la seconde, que la dissolution en soit notifiée légalement au public; la troisième, qu'à cette notification ait succédé un laps de cinq ans sans poursuites judiciaires de la part des créanciers; que, du moment que ces trois conditions se rencontrent, la prescription est acquise, et qu'on ne peut pas l'écarter sous le prétexte qu'il y manque une quatrième condition qui n'est pas écrite expressément dans la loi ?

Cette objection est spécieuse, mais elle est loin d'être concluante. De ce que la nomination d'un liquidateur n'est pas écrite textuellement au nombre des conditions du concours desquelles la loi fait dépendre la prescription quinquennale, il ne s'ensuit pas qu'elle n'y soit pas mise implicitement, et il faut bien l'y sous-entendre, si elle est dans la nature des choses. Or, comment ne pas la regarder comme telle, lorsqu'on réfléchit au motif de la loi, lorsqu'on fait attention que la loi n'accorde aux ex-associés le bénéfice de la prescription quinquennale qu'autant qu'ils ne sont pas liquidateurs, et par conséquent qu'en considération de ce qu'ils sont dessaisis des fonds de la société; que parceque, d'après les mesures qu'ils ont prises pour se débarrasser de la liquidation du passif social, ils ont placé ces fonds entre les mains de l'un d'eux ?

Que peut-on, dès-lors, raisonnablement inférer de ce que la condition de la nomination d'un liquidateur n'est pas écrite textuellement dans la loi ? Une seule chose : c'est que cette condition peut être remplie par équipollence.

Et, en effet, il ne paraît pas douteux que la disposition de l'art. 64 ne puisse être invoquée par les ex-associés, qui, au lieu de choisir dans leur sein un liquidateur proprement dit, ont abandonné tout l'actif de la société à l'un d'eux pour en continuer les opérations en son nom seul, à la charge de les tenir tous quittes des dettes sociales; et c'est à quoi l'on semblait faire allusion dans la discussion de cet article au conseil-d'état, lorsqu'on disait : *La société est réellement dissoute avant la fin de la liquidation, puisque, depuis l'acte de dissolution, il n'y a plus de signature sociale; seulement on nomme un des associés* qui continue les opérations du commerce ou qui liquide. *La correspondance est engagée avec lui, etc.* (1). Ce qu'il y a de certain, c'est que, pour l'applicabilité des motifs de l'art 64, il importe peu que celui des associés à qui sont remis les fonds sociaux, les reçoive comme simple liquidateur ou comme gérant désormais pour son compte propre et individuel, puisque, dans un cas comme dans l'autre, ses associés sont dessaisis de ces fonds.

Mais si les ex-associés n'ont ni nommé un liquidateur, ni cédé à l'un d'eux tout l'actif de la société à la charge d'en acquitter toutes les dettes, nul doute qu'ils ne soient réduits à la prescription trentenaire.

Et ici revient ce que dit M. Pardessus, dans son *Cours de droit commercial*, n° 1089, que, *si les associés, en se séparant, ont fait leur liquidation eux-mêmes, et se sont partagé l'actif à recouvrer, il semblerait conforme à l'esprit de la loi de ne point admettre de prescription* (quinquennale) *en leur faveur*.

III. Le défaut de liquidation de la société, de la part de l'associé qui a été nommé liquidateur par ses associés, prive-t-il ceux-ci du droit d'invoquer la prescription quinquennale contre le tiers ?

Il les en priverait incontestablement, si, dans la discussion de l'art. 64, l'on eût adopté la proposition faite par M. Treilhard, *de faire courir la prescription contre les tiers, non depuis la dissolution de la société, mais du jour où la liquidation serait terminée* (2).

Mais il a été répondu à cette proposition, *qu'une liquidation se compose d'actes successifs, et que par cette raison, il est très-difficile de reconnaître si elle est entièrement terminée* (3).

M. Treilhard a insisté, en disant *qu'il arrive une époque où elle l'est certainement : c'est* (a-t-il ajouté) *le jour où le liquidateur rend ses comptes* (4).

Et il lui a été répliqué par l'observation déjà

(1) *Ibid.*, page 333, n° 47.
(2) *Ibid.*, page 332, n° 44.
(3) *Ibid.*, n° 45.
(4) *Ibid.*, page 333, n° 46.

BIU Cujas

transcrite en partie au n° précédent : *La société* (a-t-on dit) *est réellement dissoute avant la fin de la liquidation, puisque, depuis l'acte de dissolution, il n'y a plus de signature sociale: seulement on nomme un des associés, qui continue les opérations de commerce ou qui liquide; la correspondance est engagée avec lui. Quant à la liquidation, elle n'est terminée que lorsque toutes les créances sont recouvrées ou prescrites* (1).

Enfin, en résumant la discussion, le président du conseil-d'état a déclaré qu'il *partagerait l'opinion de ceux qui voudraient ne faire courir le délai que depuis le moment où la liquidation est terminée, s'il existait un moyen de discerner ce moment* (2). Et comme ce moyen n'existait pas, le conseil a rejeté la proposition de M. Treilhard, en adoptant l'art. 64 tel qu'il avait été proposé (3).

IV. Comment, d'après cela, M. Locré peut-il dire, sur ces termes de l'art. 64, *cinq ans après la fin ou la dissolution de la société*, que *les cinq ans ne commenceront à courir* contre chaque créancier, *que du jour où sa créance étant liquidée, il lui a été possible d'exercer des poursuites ?*

Sur quoi fonde-t-il cette assertion ? Ce n'est pas et ce ne peut pas être sur le texte de l'art. 64 qui y est évidemment contraire; c'est uniquement sur le procès-verbal de la discussion de cet article au conseil-d'état; et qu'y lisons-nous ?

En combattant le fond de l'article, M. Defermon dit *qu'il y a même un cas où le créancier ne jouirait pas du délai de cinq ans en entier: c'est celui dans lequel sa créance ne se trouverait pas liquidée.*

M. Regnaud (*de Saint-Jean d'Angely*) *dit que M. Defermon saisit mal la disposition. Les cinq ans ne commencent à courir, à l'égard de chaque créancier, que du jour où, sa creance étant liquidée, il lui est possible d'exercer des poursuites; le recours durerait quinze ans depuis la dissolution de la société, si l'on avait employé dix ans à liquider cette créance.*

M. Defermon dit que la rédaction ne présente pas cette idée.

M. Regnaud (*de Saint-Jean d'Angely*) *explique le fond du système: le tiers peut, par des poursuites ou des actes conservatoires, interrompre la prescription de cinq ans. Il a donc toutes les facilités nécessaires pour conserver ses droits; s'il n'en use pas, il doit être déchu par les raisons précédemment développées* (1).

Que résulte-t-il de tout cela ? Trois choses : 1° qu'à l'objection tirée par M. Defermon de ce que le créancier dont la créance ne serait pas liquidée au moment de la dissolution de la société, ne jouirait pas du délai de cinq ans dans toute son intégrité, M. Regnaud répond que dans le sens de l'article proposé, les cinq ans ne doivent commencer à courir, pour chaque créancier, que du jour où, après la dissolution de la société, il aura obtenu la liquidation de sa créance; 2° que M. Defermon nie, et avec raison, que tel soit le sens de l'article; 3° que M. Regnaud laisse cette observation de côté, et se livre à des explications qui y sont tout-à-fait étrangères.

Ainsi, M. Regnaud abandonne lui-même l'assertion qu'il a d'abord opposée à l'objection de M. Defermon; et l'on voudrait que l'art. 64, tel qu'il est rédigé, la consacrât ! Cela paraît d'autant moins soutenable, que ni l'objection de M. Defermon, ni l'assertion qu'y opposait M. Regnaud, n'avaient l'ombre de fondement; car de ce qu'une créance n'est pas encore liquidée, il ne s'ensuit pas que celui à qui elle appartient soit dans l'impossibilité d'agir; il a, au contraire, et bien évidemment, une action ouverte pour la faire liquider.

Aussi M. Pardessus n'hésite-t-il pas à dire, dans son *Cours de droit commercial*, n° 1090, que *la qualité de la dette ou du créancier ne modifie point cette règle* (celle qui est écrite dans l'art. 64), *et qu'il importe peu que le créancier eût des droits liquides ou sujets à débats et susceptibles d'examen, à moins que la créance ne fût conditionnelle ou dépendante d'un événement, parcequ'alors* (suivant l'art. 2257 du Code civil) *la prescription ne commence qu'à l'instant de cette condition ou de cet événement.*

V. De ce que la prescription quinquennale n'est établie, par l'art. 64, qu'en faveur des associés non-liquidateurs contre les tiers, et de ce que l'associé liquidateur ne peut pas l'opposer à ceux-ci, il résulte une conséquence importante : c'est que, si, après les cinq ans, l'associé liquidateur est poursuivi par un créancier dont l'action est prescrite au profit des non-liquidateurs, la prescription acquise par les non-liquidateurs contre le créancier, ne prive pas le liquidateur du droit de recourir contre eux, pour les faire contribuer au paiement de la dette réclamée contre lui.

Et cette conséquence en amène une autre qui apporte une modification remarquable à la dispo-

(1) *Ibid.*, n° 47.
(2) *Ibid.*, page 337, n° 58.
(3) *Ibid.*, n° 59.

(1) *Ibid.*, page 332, n°s 37, 38, 39 et 40.

BIU Cujas

sition de l'art. 64 : c'est que le créancier qui a perdu son action directe contre les non-liquidateurs, par le silence qu'il a gardé pendant cinq ans à leur égard, peut néanmoins encore les poursuivre, en se mettant à la place du liquidateur, et prendre contre eux les conclusions que celui-ci serait fondé à prendre lui-même, sauf à souffrir, de son chef, toutes les exceptions et toutes les compensations qu'ils auraient à lui opposer. Cela résulte du principe écrit dans l'art. 1166 du Code civil, *que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur.*

SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS. *Page* 27, *col.* 1, *après la ligne* 17 (1), *ajoutez ce qui suit :*

§. II. *La société d'acquêts est-elle, à l'égard des femmes mariées avant le Code civil et sous la coutume de Normandie, incompatible avec le régime dotal du statut normand? En conséquence, la femme qui, s'étant mariée sous la coutume de Normandie, en apportant en dot une rente que cette coutume réputait immobilière, et rendait inaliénable, et en stipulant qu'il y aurait, entre elle et son mari, une société d'acquêts, s'est, depuis la publication du Code civil, obligée solidairement avec son mari même envers des tiers, les a-t-elle par-là subrogés implicitement dans l'hypothèque légale qu'elle avait sur les biens de celui-ci pour le remploi de sa rente remboursée pendant le mariage, et a-t-elle, par suite, perdu le droit de se faire colloquer avant eux sur le prix de ces biens?*

Cette question avait été jugée pour l'affirmative par un arrêt de la cour royale de Rouen, rendu le 2 avril 1824, au profit de la demoiselle Blanchard, de la demoiselle Langrin, de la veuve Marie et du sieur Balloffet-Buffe, contre la dame Toutin, épouse séparée de biens du sieur Guilhery; mais, sur le recours en cassation de celle-ci, arrêt est intervenu, le 19 décembre 1827, au rapport de M. Rupérou, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert, par lequel,

« Vu les art. 539 et 540 de la coutume de Normandie;

» Attendu que, si le contrat de mariage des époux Guilhery renferme, ainsi que l'arrêt attaqué le déclare, une stipulation de communauté, les clauses qui établissent cette communauté, portent *qu'elle aura lieu seulement pour les biens meubles et immeubles que les futurs époux acquerront, ensemble ou séparément, avec les économies qu'ils feront sur le produit de leur industrie et sur les fruits et revenus de leurs biens; et que des biens mobiliers et immobiliers desdits futurs époux il n'entrera, de part et d'autre, aucune chose dans ladite communauté; qu'au contraire, tout ce qui leur appartient, tout ce qui leur adviendra, constant le mariage, en biens meubles ou immeubles, succession, donation ou autrement, sera et demeurera propre à chacun d'eux;*

» Que l'arrêt ne disant nulle part que le sens de ces clauses, qu'il a copiées littéralement, soit incertain ou équivoque, on doit en conclure que les époux Guilhery n'ont établi qu'une communauté d'acquêts;

» Attendu qu'une pareille communauté n'avait rien d'inconciliable avec le régime dotal du statut normand, et qu'en la stipulant, ces époux n'ont point entendu déroger à ce statut;

» Attendu qu'il est constant et non contesté que la rente de 1,650 francs, apportée en mariage par la dame Guilhery, faisait partie de sa dot;

» Et attendu que, la dot étant inaliénable de sa nature, la dame Guilhery, en s'obligeant solidairement avec son mari envers les défendeurs, n'a pas pu les subroger, et ne les a pas subrogés implicitement dans l'hypothèque qu'elle avait pour sûreté de sa dot;

» Qu'ainsi, en décidant le contraire, et en ordonnant que, par suite, ils seraient, par préférence à elle, colloqués à son hypothèque du montant de leurs créances, la cour royale de Rouen a violé les art. 539 et 540 précités de la coutume de Normandie;

» Par ces motifs, la cour casse et annule l'arrêt de la cour royale de Rouen, du 2 avril 1824 (1) ».

SOLIDARITÉ, §. III. *Page* 28, *col.* 1, *après la ligne* 26 (1), *ajoutez ce qui suit :*

2° *L'est-elle aux rentes personnelles?*
3° *Est-elle, à l'égard des rentes qu'elle a pour objet, et qui existaient au moment de sa publication, abrogée par le Code civil?*

I. Sur la première question, l'affirmative est établie par les conclusions du 6 messidor an 12, rapportées à l'article *Rente foncière, Rente seigneuriale*, §. 5.

II. La seconde question semblerait, à la première

(1) *Page* 673, *col.* 2, *ligne* 24 (2e édition).

(1) Bulletin civil, tome 28, page 331.
(2) *Page* 674, *col.* 2, *ligne* 32 (2e édition).

BIU Cujas

vue, devoir être résolue dans le même sens; car l'art. 1er du titre 2 de la loi du 20 août 1792 comprend dans sa disposition toutes les *rentes, prestations et redevances, de quelque nature qu'elles soient, et sous quelque dénomination qu'elles existent.*

Mais si l'on se reporte au préambule de cette loi, on y verra qu'elle n'a en vue que *l'affranchissement des propriétés..., commandé par l'intérêt précieux de l'agriculture, dont une multitude de droits onéreux arrête depuis trop long-temps les progrès*, et que son seul objet est *de hâter le moment de cet affranchissement général, en facilitant le rachat des droits ci-devant féodaux*, ET AUTRES PRESTATIONS FONCIÈRES.

Si l'on descend ensuite aux dispositions qui, placées dans le tit. 2, après l'art. 1er, en sont la conséquence et en règlent le mode d'exécution, on verra également qu'elles ne sont relatives qu'aux co-débiteurs solidaires de cens ou redevances annuelles fixes, même de rentes foncières perpétuelles, qu'*à ceux qui possèdent divisément partie d'un fonds grevé solidairement d'un ou de plusieurs des droits mentionnés en l'article précédent*, qu'*aux co-débiteurs qui possèdent indivisément un fonds grevé d'un ou de plusieurs desdits droits.*

Et de tout cela on sera forcé de conclure que la loi ne s'occupe que des prestations purement réelles; qu'elle n'est applicable qu'aux redevances dont on est débiteur à raison des fonds que l'on possède, mais que l'on cesse de devoir du moment qu'on cesse de posséder ces fonds; qu'ainsi, ce serait en méconnaître l'esprit et en étendre arbitrairement la lettre, que de l'appliquer aux rentes personnelles.

C'est effectivement ce que la cour de cassation a jugé dans l'espèce suivante.

La veuve Jouenne, domiciliée dans la coutume de Normandie, qui, à l'instar de celles de Hainaut, d'Artois, de Douai, de Lille, de Courtrai, etc., soumettait solidairement tous les héritiers aux dettes du défunt qu'ils représentaient, avait constitué à prix d'argent, au profit de la dame Roussel, une rente annuelle de 622 francs.

Elle mourut en mai 1792, laissant huit enfans qui ont recueilli et partagé sa succession.

En 1809, la dame Roussel assigne Nicolas Jouenne, l'un d'eux, en condamnation solidaire au paiement des arrérages échus de sa rente.

Nicolas Jouenne offre sa part de ces arrérages, et soutient que la solidarité est abolie à l'égard des rentes personnelles, comme à l'égard des rentes foncières, par la loi du 20 août 1792.

Le 16 mai 1810, jugement du tribunal de première instance de Pont-Lévêque, qui, se fondant sur cette loi, déclare l'offre de Nicolas Jouenne suffisante, et rejette la demande de la dame Roussel en condamnation solidaire.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Caen, du 28 février 1811, qui réforme ce jugement,

« Attendu que la loi du 20 août 1792 a eu pour objet la solidarité qui existait sur les fonds et tenues divisés en plusieurs mains; que cette loi n'a porté aucune atteinte aux obligations personnelles résultant, soit de la convention, ou des dispositions des statuts et coutumes;

» Que, suivant les dispositions de l'art. 150 du réglement de 1666, les héritiers étaient personnellement et solidairement tenus des dettes du défunt, sauf leur recours contre leurs cohéritiers; que cette obligation résultait de la loi et de l'effet de l'hérédité, parcequ'en Normandie chaque héritier représentait la masse de la succession; que cette obligation était indépendante de la propriété et possession des fonds de la succession; car un des héritiers, n'eût-il aucun fonds de la succession, n'en aurait pas moins été soumis personnellement et solidairement à cet ancien droit;

» Que l'action formée contre Jouenne, est une action personnelle en sa qualité d'héritier, et qu'il ne peut se soustraire à l'obligation qui en résulte; que ce serait donner à la loi de 1792 une extension qu'elle n'a point, puisqu'elle se borne à anéantir la solidarité des charges foncières dues par les fonds ».

Nicolas Jouenne se pourvoit en cassation; mais par arrêt contradictoire, du 2 février 1813, au rapport de M. Lacoste, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde,

« Attendu que la loi du 20 août 1792 ne s'applique, en effet, qu'aux rentes dues par les biens-fonds; que cet objet de ladite loi résulte, non seulement de ses motifs, mais encore de ses dispositions littérales;

» Que la cour d'appel de Caen, en appliquant le statut normand à une obligation solidaire et personnelle, indépendante de toute détention de fonds, et en écartant la loi du 20 août 1792, n'a fait qu'une juste application de cette loi;

» La cour rejette le pourvoi... ».

III. La troisième question ne présente pas plus de difficulté que les deux premières; et c'est évidemment pour la négative qu'elle doit être résolue.

Vainement, en effet, dirait-on que les rentes foncières perpétuelles sont converties par l'art. 7 de la loi du 11 brumaire an 7, en créances hypothécaires (1), et que, dès-là, on doit leur appliquer la

(1) *V.* l'article *Emphytéose*, §. 5, n° 4.

BIU Cujas

disposition de l'art. 2114 du Code civil, que l'hypothèque *est, de sa nature, indivisible*, et qu'*elle subsiste en entier sur tous les immeubles affectés sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles.*

On peut bien inférer de là que, si je possède aujourd'hui la moitié d'un fonds qui, au moment de la publication de la loi du 20 août 1792, était grevé d'une rente foncière de 50 francs, chacune des parcelles de cette moitié est affectée hypothécairement entre mes mains, à la moitié de cette rente; mais, pour en conclure ultérieurement que la rente entière de 50 francs affecte hypothécairement la moitié que j'ai dans le fonds, il faudrait donner à l'art. 2114 un effet rétroactif; et c'est à quoi s'oppose formellement l'art. 2 du même Code.

Aussi ce système a-t-il été proscrit par un arrêt contradictoire de la cour de cassation, du 18 mai 1818, « attendu (y est-il dit) qu'il s'agit d'une rente » foncière dont la solidarité a été abolie par l'art. » 1er du tit. 2 de la loi du 20 août 1792, et qu'*au*» *cune loi postérieure n'a rendu la vie à cette so*» *lidarité* (1) ».

§. IV. *L'associé en participation qui ne s'est pas obligé personnellement, etc.*

Page 30, *col.* 1, *après la ligne* 12 (2), *ajoutez ce qui suit :*

§. VI. 1° *Lorsque, par un contrat notarié qui, par la surcharge de sa date, se trouve nul comme acte public, deux personnes ont fait conjointement une acquisition moyennant une rente viagère au paiement de laquelle elles se sont obligées solidairement, si l'un des acquéreurs n'a point signé ce contrat, faute de savoir écrire, et que, par suite, ce contrat n'ait pas, à son égard, l'effet d'un acte sous seing-privé, le vendeur peut-il, après avoir reçu pendant plusieurs années les arrérages de sa rente viagère, dans la croyance où il était, sur la foi de l'expédition qui lui avait été délivrée par le notaire, que la minute en était valablement datée, demander la résolution de la vente, même contre celui des acquéreurs qui a signé, nonobstant son offre de se charger de toutes les obligations de son co-acquéreur, sans qu'on puisse dire que le vendeur, par l'exécution volontaire qu'il a donnée au contrat, a couvert, dans son propre intérêt, le vice dont il était infecté à l'égard de celui des acquéreurs qui ne l'avait pas signé, et qu'il a renoncé, par-là, au droit qui en résultait pour lui de faire résoudre la vente contre les deux acquéreurs ?*

2° *Pour que l'exécution volontaire d'un acte nul en emporte la ratification, est-il nécessaire que les faits qui la constituent, renferment la preuve que la personne par laquelle l'acte a été exécuté, en connaissait les vices ? L'est-il au moins que cette preuve soit établie par d'autres pièces ? Et à défaut de cette preuve, doit-on présumer que l'exécution n'a eu lieu que parceque les vices de l'acte étaient ignorés ?*

V. l'article *Ratification*, n° 4.

§. VII. *Lorsque, de deux parties qui sont condamnées solidairement par le même jugement, il n'y en a qu'une qui s'en rend appelante, son appel profite-t-il à l'autre ?*

V. l'article *Appel*, §. 15, n° 2.

§. VIII. *Le jugement rendu pour ou contre un débiteur solidaire, a-t-il l'autorité de la chose jugée pour ou contre ses co-débiteurs ?*

V. l'article *Chose jugée*, §. 18, n° 2.

§. IX. *Les dispositions de l'art.* 1202 *du Code civil, par lesquelles il est dit que* la solidarité ne se présume point, *qu'il* faut qu'elle soit expressément stipulée, *et que* cette règle ne cesse que dans le cas où la solidarité a lieu de plein droit, *est-elle restreinte aux obligations conventionnelles, ou est-elle commune à celles qui, suivant l'art.* 1370 *du même Code, résultent, soit de l'autorité seule de la loi, soit d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé ?*

C'est sous le titre *des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, qu'est placé l'art. 1202 du Code civil. Les engagemens qui se forment par des conventions, sont donc, comme je l'ai dit dans des conclusions du 6 juin 1811, transcrites dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Dépens*, n° 7, les seuls auxquels ses dispositions soient littéralement applicables.

Mais c'est aussi sous le titre *des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, que sont placés les art. 1334 à 1336, concernant les copies de titres, et le n° 4 de l'art 1348 qui permet de suppléer, par la preuve testimoniale, aux titres perdus par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. Conclura-t-on de là que

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 19, page 101.

(2) *Tome* 6, *page* 753, *col.* 2, *ligne* 14 (2e édition).

BIU Cujas

les dispositions de ces textes ne doivent pas être appliquées aux jugemens et aux actes de dernière volonté dont on ne représente que des copies, ou dont un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, a détruit les minutes? Non certainement.

On ne peut donc pas non plus, de la place qu'occupe l'art. 1202 dans le titre *des contrats ou obligations conventionnelles en général*, conclure que ses dispositions ne soient pas communes aux obligations établies par la seule autorité de la loi, ou nées, soit de quasi-contrats, soit de délits, soit de quasi-délits. Et en effet, où nous conduirait cette conséquence? A une absurdité manifeste; car il en résulterait nécessairement que toute obligation qui n'a pas son fondement dans un contrat, est solidaire de plein droit; et ce qui prouve clairement que telle n'est pas, à beaucoup près, l'intention du législateur, c'est le soin qu'il prend d'établir, dans les art. 395 et 396 du Code civil, que le second mari de la mère remariée est solidairement responsable avec elle de la tutelle des enfans du premier lit; dans l'art. 1033 du même Code, que, lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, ils sont solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié; et dans l'art. 55 du Code pénal, qu'entre plusieurs individus condamnés pour un même crime ou un même délit, il y a solidarité pour les amendes, les restitutions, les dommages-intérêts et les frais.

Disons donc que, si l'art. 1202 du Code civil ne comprend pas textuellement dans ses dispositions les engagemens qui se forment sans convention, il les y comprend du moins virtuellement et par la force des choses.

Aussi un arrêt de la cour de cassation, du 15 mai 1811, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'endroit cité, a-t-il cassé, comme violant cet article, un arrêt de la cour d'appel de Metz par lequel des parties qui avaient fait cause commune dans une instance civile où elles avaient succombé, avaient été condamnées solidairement aux dépens envers leur adversaire.

Et voici un autre arrêt de la même cour, du 1er décembre 1819, qui, par le même motif, en casse également un de la cour royale de Grenoble:

« Le sieur Pierre Lafond, père de Jean (est-il dit dans le *Bulletin civil*, tome 21, page 251), avait, dans une transaction notariée, cautionné solidairement le paiement des frais et dépens résultant de nombreuses contestations qui s'étaient élevées entre un sieur Clémarou et un sieur Grenouiller. Par cette transaction, Clémarou s'était soumis à payer le montant de ces frais et dépens ès-mains de Me Thévenin, avoué de Grenouiller.

» Pendant que Lafond père était en prison, son fils, Jean Lafond, se présenta chez Me Thévenin, et lui paya, de ses deniers, *pour et à l'acquit de son père*, ce qui restait dû desdits frais et dépens.

» Lafond père, qui avait recouvré sa liberté, prétendant que Me Thévenin avait reçu plus qu'il ne lui était dû, le fit assigner pour s'ouïr condamner, d'abord, à lui rembourser ce que lui avait payé Lafond fils; ensuite, à représenter les pièces dont il avait été saisi et qu'il avait mal à propos remises à Clémarou, pour, sur le vu de ces pièces, être procédé au réglement de ce qui était légitimement dû.

» Plusieurs jugemens et arrêts dans lesquels Lafond fils ne fut point partie, déboutèrent Lafond père de ses demandes.

» Lafond fils ayant fait commandement à son père de lui rembourser ce qu'il avait payé, pour lui et à son acquit, à Me Thévenin, Lafond père forma opposition à ce commandement, sur le motif que son fils ne lui représentait pas les pièces énoncées dans la quittance que Me Thévenin lui avait délivrée.

» Lafond fils fit notifier le même commandement à Me Thévenin, avec sommation de lui remettre les pièces dont Lafond père exigeait la représentation.

» Me Thévenin excipa des jugemens et arrêts susmentionnés, et soutint qu'ils avaient déclaré valable la décharge que Clémarou lui avait donnée de la remise desdites pièces.

» Lafond fils intervint dans les contestations existant entre son père et Me Thévenin, et forma tierce-opposition à ces jugemens et arrêts.

» La cour d'appel de Grenoble, par arrêt du 4 août 1817, le déclara non-recevable dans sa tierce-opposition, et le condamna, solidairement avec son père, aux dépens de Me Thévenin.

» Cet arrêt contient un excès de pouvoir et une violation de l'art. 1202 du Code civil.

» Suit la teneur de l'arrêt qui casse:

» Ouï le rapport de M. le conseiller Rupérou, les observations de Leroy de Neufvillette, avocat du demandeur, celles d'Odilon-Barrot, avocat du défendeur, et les conclusions de M. l'avocat-général Cahier;

» *Vu l'art.* 1202 *du Code civil...*;

» Et attendu que, dans l'espèce, il n'existait ni solidarité conventionnelle, ni solidarité légale; que par conséquent l'arrêt attaqué, en condamnant solidairement aux dépens les sieurs Lafond père et fils, a commis un excès de pouvoir et *violé l'art.* 1202 *précité du Code civil*;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle la dis-

BIU Cujas

position seulement dudit arrêt relative à la condamnation solidaire aux dépens... ».

§. X. *Questions sur l'art. 55 du Code pénal, portant que* « tous les individus condamnés » pour un même crime, ou pour un même délit, sont tenus solidairement des amendes, » des restitutions, des dommages-intérêts et » des frais ».

I. Pour que l'on puisse et que l'on doive, en vertu de cet article, prononcer une condamnation solidaire contre les auteurs du même crime ou du même délit, est-il nécessaire, ou qu'ils se soient concertés pour le commettre, ou qu'il y ait, de leur part, le même degré de culpabilité, ou que les mêmes peines leur soient infligées à tous?

Non, et c'est ce qu'a jugé, en cassant un jugement en dernier ressort du tribunal correctionnel de Sienne, qui avait décidé le contraire, un arrêt de la cour de cassation, du 8 octobre 1813, dont voici les motifs et le prononcé :

« Vu l'art. 55 du Code pénal, et l'art. 156 du décret du 18 juin 1811;

» Attendu que Ferdinand et Joseph Pucci étaient prévenus du même délit; que le tribunal de Sienne, jugeant correctionnellement sur l'appel d'un jugement du tribunal de Scauzano, les en a reconnus coupables;

» Que les différens degrés de culpabilité reconnus à leur égard, et la différence des peines prononcées en conséquence contre eux, ne pouvaient les soustraire à la disposition de la loi qui prescrit que tous les individus condamnés pour le même délit, soient tenus solidairement des amendes et des frais;

» Que cette disposition de la loi n'est point subordonnée à la circonstance où les condamnés auraient commis le délit par suite d'un concert réfléchi et prémédité entre eux;

» Que, dans sa généralité, elle s'applique aussi au cas où la culpabilité s'est formée accidentellement et sans accord préalable;

» Que cette application doit être faite par cela seul qu'il y a condamnation pour un même délit, quelque différence qu'il puisse y avoir dans l'intensité de la peine, à raison des circonstances qui ont pu modifier la culpabilité;

» Que néanmoins, dans l'espèce, le tribunal de Sienne, tout en reconnaissant les deux frères coupables, et en les condamnant pour le même délit et par le même jugement, a déchargé Ferdinand, l'un d'eux, de l'obligation solidaire à lui imposée par la loi pour le paiement des frais; et en cette partie, il a infirmé le jugement du tribunal de Scauzano; que, dès-lors, il a ouvertement violé l'art. 55 du Code pénal et l'art. 156 du décret du 18 juin 1811, susrelatés;

» Par ces motifs, la cour, faisant droit sur le pourvoi du procureur impérial criminel du département de l'Ombrone, casse et annulle le jugement rendu par le tribunal de Sienne le 21 août dernier... (1) ».

Ferdinand et Joseph Pucci se sont fait restituer contre cet arrêt, ou, en d'autres termes, ils s'y sont rendus opposans, et leur opposition a été reçue dans la forme, parceque le recours en cassation du ministère public contre le jugement du tribunal correctionnel de Sienne, ne leur avait pas été notifié, ainsi qu'il avait dû l'être d'après l'art. 418 du Code d'instruction criminelle (2); mais vaine ressource : par arrêt contradictoire du 2 mars 1814, la cour de cassation a prononcé de la même manière et dans les mêmes termes qu'elle l'avait fait par celui du 8 octobre 1813.

II. Y a-t-il lieu à la solidarité, lorsque plusieurs personnes, poursuivies simultanément, et à raison des mêmes crimes ou délits, et à raison de crimes ou délits imputés séparément à chacune d'elles, sont toutes condamnées, non comme coupables des mêmes crimes ou délits, mais seulement comme coupables de crimes ou délits différens?

La négative n'aurait jamais dû être mise en question; car dire, comme le fait l'art. 55 du Code pénal, qu'il y a solidarité entre *tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit*, c'est dire bien clairement que, lorsque plusieurs individus sont condamnés ensemble, mais pour des crimes ou délits différens, la solidarité ne peut ni ne doit avoir lieu. Cependant on a soutenu deux fois le contraire devant la cour de cassation; mais deux fois la cour de cassation a rejeté ce système, qui n'était qu'une lutte impuissante contre le texte de la loi.

Écoutons M. Carnot dans son commentaire sur le Code pénal, art. 55, n° 8 : *Les accusés auraient tous été condamnés* par le même jugement, *que la solidarité ne devrait pas être prononcée contre eux, si ce n'était pas* « *à raison du* même crime ou délit *qu'ils l'eussent été*. Sic judicatum, *le 22 avril* 1813; *et cela, lors même que tous les crimes ou délits sur lesquels les condamnations seraient intervenues, auraient été compris dans le même acte d'accusation* (*arrêt du 23 février* 1814).

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 18, page 530.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Cassation*, §. 5, n° 10-3°.

BIU Cujas

Je remarquerai seulement sur le second de ces arrêts, qu'il n'a pas été et n'a pu être rendu le 23 février 1814, puisqu'il n'y a pas eu, ce jour-là, d'audience à la section criminelle ; mais qu'il l'a été le 3 du même mois. Du reste, en voici l'espèce telle que je l'ai prise dans le temps sur les pièces.

Le 16 octobre 1813, arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Montpellier, qui met en accusation Pierre-Jean Gishodes, dit Flouret, Jean-Pierre Cablat, Étienne Vincent, Raymond Bonet, dit Laudabel, et Jean Combes, dit Langlade, prévenus de divers crimes, et les renvoie tous devant la cour d'assises du département de l'Aveyron.

En exécution de cet arrêt, les accusés sont mis ensemble en jugement, soumis aux mêmes débats, et déclarés par le même jury coupables des crimes qui leur sont respectivement imputés.

En conséquence, le 18 décembre de la même année, arrêt de la cour d'assises qui les condamne à différentes peines; mais, ajoute-t-il, *attendu que les crimes commis par Gishodes, sont étrangers aux autres coupables, tout comme ceux commis par ces derniers sont étrangers audit Gishodes, la cour condamne ledit Gishodes aux deux tiers des frais de la procédure, et chacun des autres condamnés à un neuvième desdits frais.*

Le ministère public se pourvoit en cassation contre cette disposition de l'arrêt, et il l'attaque comme violant l'art. 55 du Code pénal, et l'art. 156 du décret du 18 juin 1811, d'après lesquels les coupables devaient, suivant lui, être condamnés solidairement aux frais. *En statuant*, dit-il, *par un seul et même arrêt sur les différens crimes imputés aux accusés, la chambre d'accusation avait décidé que ces crimes étaient connexes, comme cela résulte des dispositions de l'art. 226 du Code d'instruction criminelle ; et dès qu'aux termes de l'art. 308 du même Code, il n'a point été requis ni ordonné que ces crimes fussent jugés séparément, la cour d'assises ne pouvait pas décider que ces crimes étaient étrangers les uns aux autres, sans violer l'autorité de la chose jugée.*

Mais par l'arrêt cité, au rapport de M. Coffinhal,

« Attendu que les arrêts des chambres d'accusation ne lient pas les cours d'assises, puisque la nature des faits ne peut être bien connue et bien développée que par le débat qui a lieu devant elles;

» Qu'ainsi, l'autorité de la chose jugée ne peut résulter de ces arrêts;

» Attendu qu'étant établi par la déclaration du jury et par l'arrêt de la cour d'assises, que les crimes dont les quatre condamnés ont été déclarés coupables, avaient été commis en différens temps, en différens lieux, par différentes personnes; qu'il n'y avait donc aucune connexité entre lesdits crimes; qu'ainsi, l'art. 55 du Code pénal et l'art. 156 du décret du 18 juin 1811 sont sans application....;

» La cour rejette le pourvoi ».

La même question s'était élevée avant le Code pénal sur l'art. 2 de la loi du 18 germinal an 7, qui portait également : *Lorsqu'il y aura plusieurs accusés, auteurs ou complices du même fait, la condamnation au remboursement* (des frais) *sera prononcée solidairement contre eux ;* et la cour de cassation l'avait jugé dans le même sens par un arrêt du 1er nivôse an 13, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Frais des procès criminels*, n° 3.

III. La solidarité dont il s'agit, a-t-elle lieu de plein droit et sans qu'elle soit prononcée par le jugement qui condamne plusieurs individus pour le même crime ou délit?

Le texte de l'art. 55 du Code pénal répond encore suffisamment à cette question : il ne dit pas que, lorsque plusieurs individus seront condamnés pour le même crime ou délit, ils le seront solidairement quant aux amendes, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais ; mais bien que, par l'effet de leur condamnation aux peines qu'ils auront encourues par leur crime ou délit commun, ils seront *tenus solidairement des amendes, des restitutions*, etc. ; termes qui signifient clairement que la solidarité n'a pas besoin d'être prononcée contre eux, et qu'elle est sous-entendue par la loi dans le jugement qui les déclare coupables et les condamne comme tels.

Il y a cependant un arrêt de la cour de cassation, du 6 mars 1812, qui paraît supposer le contraire, en cassant, au rapport de M. Aumont, « sur le pourvoi du procureur général de la cour d'appel de Nancy », un arrêt de la cour d'assises du département de la Meurthe, « attendu qu'il ne prononce la » solidarité entre les délinquans *qu'il condamne*, que » relativement à la restitution et aux frais, et non à » l'égard des amendes; ce qui est une contravention » manifeste à l'art. 55 du Code pénal, et ne permet » pas de laisser subsister cet arrêt (1) ».

Mais il est permis de croire que la cour de cassation se serait abstenue d'annuler cet arrêt, et aurait seulement déclaré qu'il n'y avait lieu de statuer sur le recours du procureur général, attendu que la solidarité était de droit à l'égard des amendes comme

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 17, page 90.

BIU Cujas

à l'égard des restitutions et des frais, si elle n'avait pas craint que cet arrêt ne fût censé, par son silence sur la solidarité pour les unes, tandis qu'il la prononçait expressément pour les autres, l'exclure implicitement par rapport aux premières.

Ce qu'il y a de certain, c'est que la question s'étant représentée depuis dans deux espèces où le silence sur la solidarité ne pouvait pas être interprété en ce sens, la cour de cassation n'a pas hésité à déclarer qu'il n'en résultait aucun moyen de nullité.

Dans la première espèce, Engelbert Gerrenbeck et Jacques Thys avaient été, à raison d'un vol qu'ils avaient commis ensemble, et qui rentrait dans les dispositions de l'art. 384 du Code pénal, traduits devant la cour d'assises de Dusseldorff; mais, comme ils étaient l'un et l'autre âgés de moins de seize ans, le jury, en les déclarant coupables de ce crime, avait ajouté qu'ils n'avaient pas agi avec discernement; et, sur cette déclaration, il était intervenu, le 17 juillet 1813, un arrêt qui, après les avoir acquittés, en ordonnant toutefois, d'après l'art. 66 du Code pénal, qu'ils seraient conduits dans une maison de correction pour y être détenus pendant deux ans, les avait condamnés aux *frais du procès*.

Le procureur général de la cour d'appel du grand duché de Berg s'est pourvu en cassation contre cet arrêt, et l'a attaqué par deux moyens.

D'abord, a-t-il dit, cet arrêt, en condamnant aux frais du procès des accusés qu'il acquitte et contre lesquels il ne prononce qu'une détention qui ne peut pas être considérée comme une véritable peine, applique à faux l'art. 368 du Code d'instruction criminelle, et viole les art. 66 et 67 du Code pénal.

Ensuite, s'il avait pu les condamner légalement aux frais du procès, il aurait au moins dû les y condamner solidairement, et dans cette hypothèse, il aurait violé l'art. 55 du Code pénal, ainsi que l'article 156 du décret du 18 juin 1811, lequel porte en toutes lettres que *la condamnation aux frais sera prononcée, dans toutes les procédures, solidairement contre tous les auteurs et complices du même fait.*

Mais, par arrêt du 26 août 1813, au rapport de M. Schwent de Saint-Étienne, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Pons, il est intervenu, le 26 août 1813, un arrêt par lequel,

« Attendu 1° que les prévenus ont été déclarés coupables du vol à raison duquel ils étaient poursuivis, et que, si la loi, en considération de leur âge et du défaut de discernement, leur fait grâce de la peine corporelle qu'ils ont encourue, elle ne leur fait, par aucune disposition, remise des frais occasionnés par le fait dont ils sont déclarés coupables;

» Attendu 2° que la condamnation aux frais a été prononcée cumulativement à l'égard des deux prévenus, et que la solidarité établie par la loi tient au mode d'exécution;

» Attendu d'ailleurs que la procédure est régulière, et qu'aux faits déclarés il a été fait une juste application de la loi;

« La cour rejette le pourvoi du procureur général du grand duché de Berg.... »

La seconde espèce est rapportée ci-dessus, n° 3. En attaquant l'arrêt de la cour d'assises du département de l'Aveyron, du 18 décembre 1813, comme violant l'art. 55 du Code pénal par le refus qu'il avait fait de déclarer solidaires entre les cinq condamnés tous les frais du procès auxquels avaient donné lieu les différens crimes dont il s'agissait, le ministère public soutenait que cet arrêt avait au moins violé l'article cité relativement à Étienne Vincent et à Jean Combes, dit Langlade, puisqu'ils avaient été déclarés par le jury coupables d'un même vol, et que cependant il ne les avait condamnés chacun qu'à un neuvième des frais.

Mais l'arrêt du 3 février 1824 a rejeté ce moyen subsidiaire de cassation, *attendu que le seul vol de froment et de sel attribué à Combes, dit Langlade, et à Vincent, a été déclaré commis de complicité entre ces deux individus; mais que la solidarité entre eux, pour les frais relatifs à la poursuite de ce vol, résulte de la loi elle-même, dès que la condamnation en a été prononcée.*

IV. Lorsque c'est par la voie civile que sont demandés et adjugés les dommages-intérêts dus à raison d'un crime ou d'un délit commis par plusieurs, tous les condamnés en sont-ils tenus solidairement, comme ils le seraient si leur condamnation avait été prononcée par un tribunal de répression?

Ils ne le seraient pas sans doute, si l'art. 55 du Code pénal limitait sa disposition au cas où il est statué en même temps et par les mêmes juges, tant sur l'action civile tendant à obtenir des dommages-intérêts, que sur l'action publique tendant à l'application d'une peine; mais sa disposition est générale, elle n'est restreinte par aucune exception; elle porte donc, en se référant à l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, sur le cas où l'action civile est poursuivie séparément, ni plus ni moins que sur le cas où cette action est poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Eh! comment l'art. 55 pourrait-il être entendu autrement? S'il était dans son esprit de faire, du concours de l'action publique avec l'action civile, la condition *sine quâ non*, de la solidarité qu'il établit, ce concours ne serait pas moins nécessaire pour la solidarité des amendes que pour celle des dommages-intérêts: or, qui est-ce qui oserait soutenir que les amendes auxquelles sont condamnés simultané-

BIU Cujas

ment tous les coupables d'un même délit, sur les poursuites du ministère public agissant seul dans l'intérêt de la société, sont moins solidaires entre eux, que si la partie lésée par ce délit, était intervenue dans le procès, et y avait demandé et obtenu des dommages-intérêts? Personne assurément; et il est, dès-lors, bien impossible que les dommages-intérêts demandés et obtenus par la partie lésée, agissant seule dans son intérêt privé, soient moins solidaires que si l'action privée de cette partie eût concouru avec celle du ministère public.

C'est ainsi, en effet, que l'ont jugé trois arrêts de la cour de cassation.

Le premier, qui a été rendu sur mes conclusions, le 6 juin 1811, est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Dépens*, n° 7.

Voici l'espèce du second :

En 1810, le sieur Desbiez fait citer le sieur Pasteur père, devant le juge de paix de son domicile, pour le faire condamner comme coupable envers lui d'injures verbales et de voies de fait, à 150 francs de dommages-intérêts.

Le 14 mai, jugement qui rejette sa demande.

Peu de temps après, le sieur Desbiez fait citer le sieur Pasteur fils devant le même tribunal, et conclut à ce que, pour les mêmes injures et les mêmes voies de fait, il soit condamné à 300 francs de dommages-intérêts.

Le 13 août de la même année, nouveau jugement qui déboute le sieur Desbiez de cette demande comme de la première.

Le sieur Desbiez appelle de ces deux jugemens au tribunal civil de Besançon, et conclut à ce qu'attendu que les injures et les voies de fait dont il se plaint, sont communes au sieur Pasteur, père et fils, les deux appellations et les deux instances soient jointes, et à ce qu'en conséquence les sieurs Pasteur, père et fils, soient condamnés solidairement aux dommages-intérêts qui seront arbitrés par le tribunal, et aux dépens.

Le 14 février 1811, jugement qui, en effet, joint les deux appellations et les deux instances, réforme les deux jugemens du tribunal de paix, et condamne solidairement les sieurs Pasteur, père et fils, à 20 francs de dommages-intérêts et aux dépens.

Les sieurs Pasteur, père et fils, se pourvoient en cassation contre ce jugement, et soutiennent qu'en les condamnant solidairement aux dépens, il a violé, par une fausse application de l'art. 55 du Code pénal, l'art. 1202 du Code civil.

Il résulte clairement, disent-ils, de ce dernier article, et c'est un principe incontestable, que la condamnation aux dépens ne peut être prononcée solidairement que dans les cas exceptés par des lois spéciales. Il est vrai que l'art. 55 place précisément dans l'exception les dépens faits dans les procès criminels et correctionnels; mais ce n'est, ni dans un procès criminel, ni dans un procès correctionnel, qu'ont été faits les dépens dont il s'agit: ils l'ont été dans un procès purement civil; et dès-là, ce n'était point sur l'art. 55 du Code pénal, c'était uniquement sur l'art. 1202 du Code civil, que le tribunal de Besançon devait modeler son jugement. C'est ainsi qu'encore qu'aux termes de l'art. 52 du Code pénal, *l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais*, puisse *être poursuivie par la voie de la contrainte par corps* contre toutes personnes indistinctement, il est néanmoins bien constant que, lorsque les restitutions et les dommages-intérêts dus à raison d'un délit, sont demandés et obtenus par la voie civile, la contrainte par corps ne peut pas, d'après les art. 2064 et 2066 du Code civil, être prononcée contre ceux des délinquans qui sont, ou mineurs, ou femmes, ou filles, ou septuagénaires.

Le sieur Desbiez, assigné devant la section civile pour répondre à ce moyen de cassation, fait d'abord observer que les sieurs Pasteur, père et fils, reconnaissent eux-mêmes, en ne critiquant que le chef du jugement qui les condamne solidairement aux dépens, la légalité de la disposition qui les condamne solidairement à 20 francs de dommages-intérêts. Mais, dès-lors, ajoute-t-il, comment les demandeurs peuvent-ils soutenir leur recours en cassation? Les dépens ne sont qu'un moyen nécessaire pour obtenir la réparation du délit; ou, pour mieux dire, ils font partie des dommages-intérêts, ils en forment le complément. La condamnation doit donc être solidaire pour les dépens, par cela seul qu'elle doit l'être pour les dommages-intérêts.

Mais d'ailleurs, continue-t-il, la solidarité de la réparation étant établie par l'art. 55 du Code pénal, qu'importe que, pour l'obtenir, on se soit pourvu dans la forme civile plutôt que par la voie de plainte? Faire un reproche à la partie offensée de n'avoir pas recouru à la rigueur d'une procédure criminelle, c'est, de la part du coupable, se plaindre de ce qu'on l'a trop bien traité.

« Qu'importe encore (dit en finissant le sieur » Desbiez) que, si la réparation du délit est de- » mandée par la voie civile, la contrainte par corps « n'ait pas lieu, tandis que cette contrainte pourrait » être exercée, si l'on avait suivi la voie crimi- » nelle? La solidarité de la réparation a son prin- » cipe dans la nature des choses; puisque le délit » est solidaire entre tous les coupables, il faut que » la réparation le soit aussi; *mais rien n'oblige à* » *soumettre en matière civile, à la contrainte par* » *corps, à la peine établie en matière crimi-* » *nelle* (1) ».

(1) J'ai peine à comprendre ce que voulait dire le

BIU Cujas

Par arrêt du 6 septembre 1813, au rapport de M. Reuwens, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lecoutour,

» Considérant que, dans l'espèce et les circonstances de la cause, la condamnation solidaire aux dommages-intérêts et aux dépens ne doit être re-

---

sieur Desbiez par cette dernière phrase; mais ce qui me paraît fort clair, c'est qu'en convenant que le tribunal civil de Besançon n'eût pas pu lui accorder le *par corps* pour le paiement de ses dommages-intérêts et de ses frais, il faisait aux sieurs Pasteur une concession bien gratuite.

En effet, quelle raison y aurait-il de distinguer à cet égard entre la solidarité et la contrainte par corps? On n'en aperçoit aucune. Si donc la première ne dépend pas de la forme de l'action, mais uniquement de la nature du fait, il en doit nécessairement être de même de la seconde; et dès-là, il est évident que, lorsque le fait constitue un délit, il y a lieu à la contrainte par corps, tout aussi bien qu'à la solidarité, pour les dommages-intérêts et les frais demandés et obtenus par une action civile intentée séparément, comme il y aurait lieu à l'une et à l'autre pour les dommages-intérêts et les frais demandés et obtenus par une action civile intentée devant les juges correctionnels en même temps que l'action publique. C'est ce que la cour de cassation elle-même a jugé depuis par un arrêt dont voici l'espèce :

En 1811, le sieur L.... est nommé caissier de la faillite Lordereau, conformément à l'art. 527 du Code de commerce.

Le 19 février 1816, jugement en dernier ressort du tribunal correctionnel d'Auxerre, qui, sur la poursuite du ministère public, agissant seul dans l'intérêt de la société, le déclare convaincu d'avoir détourné à son profit des deniers de sa caisse, et le condamne, par application de l'art. 408 du Code pénal, à deux mois de prison et à 10,000 francs d'amende.

Les syndics de la faillite, qui ne s'étaient point portés parties civiles dans ce procès, assignent ensuite le sieur L....., devant le tribunal de Sens en reddition de compte.

Le 17 mars de la même année, jugement qui le condamne, par corps, au paiement de la somme dont il se trouve reliquataire.

Le sieur L..... appelle de ce jugement à la cour royale de Paris; et la cause portée à l'audience, il soutient qu'étant septuagénaire, comme il le prouve par son acte de naissance, il n'a pu, aux termes de l'art. 2066 du Code civil, être condamné par corps au paiement d'une créance purement civile.

Le 17 décembre 1816, arrêt qui met l'appellation au néant, « attendu que la condamnation prononcée par le tribunal de première instance, avait pour » objet une restitution de deniers dont le vol avait » été constaté judiciairement ».

Le sieur L..... se pourvoit en cassation, et soutient que cet arrêt viole à la fois et applique à faux l'art. 2066 du Code civil, l'art. 2070 du même Code, l'art 800 du Code de procédure et l'art. 52 du Code pénal.

« D'abord (dit-il), l'art. 2066 du Code civil n'autorise la contrainte par corps, contre les septuagénaires, que pour cause de stellionnat; cet article est donc évidemment violé par l'arrêt dont je me plains.

» En second lieu, il est vrai que l'art. 2070 du même Code maintient les lois particulières qui soumettent les septuagénaires à la contrainte par corps en matière de commerce et de police correctionnelle; mais il est abrogé par la disposition générale de l'art. 800 du Code de procédure.

» Enfin, quand on supposerait que l'art. 2070 du Code civil est encore dans toute sa vigueur, il demeurerait toujours constant que la contrainte par corps, pour réparation civile d'un délit, ne peut être prononcée que par le tribunal de police correctionnelle saisi de la connaissance de ce délit, et qu'autant que la personne lésée s'est portée partie civile. Cette théorie résulte de l'art. 50 du Code pénal, où se trouve posé le principe de la contrainte par corps pour les restitutions et dommages causés par un délit. La place qu'occupe cet article, donne assez à entendre que la condamnation aux réparations civiles doit avoir lieu en même temps que la condamnation principale du délinquant; alors elle devient l'accessoire de celle-ci, et participe en quelque sorte de sa nature. D'ailleurs, il est juste que le plaignant, dont les efforts ont concouru pour éclairer la justice, et qui a couru le risque d'être poursuivi comme calomniateur en cas d'acquittement du prévenu, obtienne un moyen prompt et efficace pour recouvrer ce qu'il a perdu, et se faire indemniser du dommage qui lui a été causé; mais aucune de ces raisons n'est applicable au cas où la partie lésée s'est contentée de recourir à la voie civile, et, dès-lors, la contrainte par corps ne peut plus être prononcée ».

Mais, par arrêt du 16 juillet 1817, au rapport de M. Dunoyer, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu 1° que l'art. 2070 du Code civil excepte des dispositions des articles antérieurs, qui affranchissent les septuagénaires de la contrainte par corps pour dettes civiles, les matières correctionnelles;

» Attendu 2° que l'art. 800 du Code de procédure civile n'a point dérogé à cet article, et ne peut par conséquent recevoir son exécution que dans les cas où la contrainte par corps n'aurait pu être prononcée dans le principe, si le débiteur avait atteint ou commencé sa soixante-dixième année;

» Attendu 3° que la contrainte par corps, prononcée contre L....., l'a été en matière correctionnelle,

BIU Cujas

gardée, quant aux dépens, que comme le supplément et le complément de la réparation civile du délit qui avait donné lieu à l'action, et qu'en ce sens, elle n'est contraire, ni à l'art. 1202 du Code civil, ni à aucune autre loi;

» La cour rejette le pourvoi... (1) ».

Le troisième arrêt a été rendu dans l'espèce suivante:

Le sieur Chevalier fait citer devant le juge de paix des femmes et des filles qui avaient glané dans ses champs ensemensés de trèfle et de luzerne, avec des râteaux de fer prohibés par d'anciens réglemens (fait qui, d'après l'art. 444 du Code pénal, prenait le caractère de délit punissable d'un emprisonnement de deux à cinq ans), et il conclut à ce qu'elles soient toutes condamnées solidairement à lui payer, pour la réparation du dommage qu'elles lui ont causé, une somme au-dessous de 50 francs.

Le 15 octobre 1817, jugement en dernier ressort, qui, en effet, condamne solidairement les glaneuses aux dommages-intérêts réclamés par le sieur Chevalier.

Recours en cassation de la part des glaneuses, qui le fondent sur deux moyens : violation de l'art. 471 du Code pénal qui, en prohibant et punissant quelques modes de glanage, se tait sur le glanage pratiqué avec des râteaux de fer, et par conséquent le permet; contravention à l'art. 1202 du Code civil, qui n'autorise les condamnations solidaires que dans les cas expressément déterminés par la loi.

Par arrêt du 23 décembre 1818, au rapport de M. Lepicard, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Sur le premier moyen, attendu que l'art. 471 du Code pénal, uniquement relatif à ceux qui glanent, ratèlent ou grapillent dans les champs non encore dépouillés, avant le lever ou après le coucher du soleil, est étranger et sans application possible au mode de ratelage avec des râteaux à dents de fer dans des terres emblavées de trèfle et de luzerne, et que ce mode est nécessairement subordonné à l'empire des usages et réglemens auxquels renvoie l'art. 484 du même Code, et que le jugement attaqué déclare être toujours en vigueur (1);

» Sur le second moyen, attendu que le jugement attaqué, loin d'avoir violé aucune loi, ni contrarié aucun principe, s'est, au contraire, exactement conformé à l'art. 55 du Code pénal, en prononçant la solidarité contre tous les individus condamnés pour le même délit....;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (2) ».

V. L'art. 55 du Code pénal ne parle que des *individus condamnés pour un même crime ou un même délit*; il ne s'occupe pas des individus condamnés pour une même contravention de police : que doit-on conclure de son silence à l'égard de ceux-ci?

Une chose fort simple : c'est que, comme le dit M. Carnot, dans son commentaire sur le Code pénal, tome 1er, page 159, il faut, par rapport à eux, en revenir à la régle générale suivant laquelle *la solidarité ne peut être prononcée que dans les cas déterminés par la loi civile; la solidarité ne pouvant* (aux termes de l'art. 1202 du Code civil) *résulter que de la convention ou d'une loi spéciale.*

Mais de ce que l'art. 55 du Code pénal est par lui-même inapplicable aux contraventions de police, il ne s'ensuit pas que les condamnés pour ces contraventions soient, à tous égards, affranchis de la solidarité; car ils peuvent y être soumis par d'autres dispositions législatives; et il reste à savoir s'il n'existe pas d'autres dispositions législatives qui les y soumettent en effet.

Il en existe certainement une, quant aux frais à rembourser au trésor public : elle est consignée en toutes lettres dans la loi du 18 germinal an 7, qui, après avoir dit, art. 1er, que *tout jugement d'un*

---

puisqu'elle procède d'un délit qui a donné lieu à une poursuite et à une condamnation correctionnelle;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi... ».

Cet arrêt (disent les rédacteurs du journal des audiences de la cour de cassation, année 1818, page 490) ne présente pas, sur le dernier moyen du sieur L...., « de motifs détaillés (du rejet qu'il en prononce); » mais la disposition de l'art. 52 du Code pénal, qui » applique la contrainte par corps à toute condamnation en réparations civiles du délit, est si absolue » que la distinction du demandeur en cassation ne » pouvait être accueillie. Cette distinction ne présentait d'ailleurs aucune consistance. Il serait, en effet, » à la fois déraisonnable et injuste de priver le lésé » du droit de contrainte par corps pour le recouvrement de ses indemnités, lorsqu'il ne s'est pas porté » partie civile au procès correctionnel dont il a pu » ignorer l'existence, ou auquel il a eu la générosité » de ne prendre aucune part ».

(1) Journal du palais, tome 38, page 284; Journal des audiences de la cour de cassation, année 1814.

(1) Il aurait été plus simple de dire que ce mode de ratelage dans des champs ensemencés de trèfle ou de luzerne, est expressément prohibé et qualifié de délit par l'art. 444 du Code pénal.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 19, page 278.

BIU Cujas

ribunal criminel, correctionnel ou de police, *portant condamnation à une peine quelconque, prononcera en même temps, au profit de la république, le remboursement des frais auxquels la poursuite et punition des crimes et délits aura donné lieu*, ajoute : *lorsqu'il y aura plusieurs accusés, auteurs ou complices du même fait, la condamnation au remboursement sera prononcée solidairement contre eux.* Et vainement dirait-on que cette seconde disposition n'étant renouvelée par l'art. 55 du Code pénal, qu'à l'égard des *condamnés pour un même crime et pour un même délit*, est par cela seul abrogée à l'égard des condamnés pour une même contravention : le contraire est formellement établi par le décret du 18 juin 1811, *contenant réglement pour l'administration de la justice, en matière criminelle, de police corectionnelle* ET DE SIMPLE POLICE, *et tarif général des frais. La condamnation aux frais sera prononcée* (porte-t-il, art. 156), *dans* TOUTES *les procédures, solidairement contre tous les auteurs et les complices du même fait.*

Il existe, quant aux amendes, une disposition semblable dans l'art. 42 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 : *Les amendes de la police correctionnelle* (y est-il dit) et de la police municipale, *seront solidaires entre les complices.*

Mais que fait de cette disposition, l'art. 55 du Code pénal? En ne la renouvelant que pour les amendes prononcées par les tribunaux correctionnels, ne l'abroge-t-il pas pour les amendes prononcées par les tribunaux de police?

Oui et non, il faut distinguer.

S'agit-il des amendes que les tribunaux de police prononcent en vertu des dispositions du livre 4 du Code pénal? Point de solidarité, parceque le Code pénal, duquel seul dépendent, suivant son 484e article, toutes les matières de simple police qu'il *règle*, ne les déclare point solidaires, et que, par-là, il se réfère nécessairement à l'art. 1202 du Code civil.

S'agit-il des amendes que les tribunaux de police prononcent dans les matières de leur compétence qui ne sont pas *réglées* par le Code pénal, mais dépendent de lois antérieures ou de réglemens particuliers? L'art. 484 du Code pénal voulant, en termes exprès, *que les cours et les tribunaux continuent d'observer* ces lois et ces réglemens, il est clair qu'elles restent soumises à l'art. 42 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, et que par conséquent elles continuent d'être solidaires.

A l'égard des restitutions et des dommages-intérêts, il y a une autre distinction à faire.

Ou les contraventions de police qui donnent lieu à des restitutions et à des dommages-intérêts, sont prévues et punies par les dispositions du livre 4 du Code pénal, ou elles ne le sont que par des lois antérieures.

Au premier cas, sur quoi se fonderait-on pour déclarer solidaires, contre tous les condamnés, les restitutions et les dommages-intérêts auxquels ils sont tenus envers la partie civile? Ce ne serait certainement pas sur l'art. 55 du Code pénal, puisqu'il n'a pour objet que les restitutions et les dommages-intérêts dus pour les crimes et les délits. Or, cet article mis de côté, que reste-t-il à l'égard des restitutions et des dommages-intérêts dus à raison des contraventions de police prévues et punies par le livre 4 du même Code? Rien, comme le démontre parfaitement M. Toullier, tome 11, n° 150, que la règle générale écrite dans l'art. 1202 du Code civil: point de solidarité sans convention qui la stipule, ou sans loi qui l'établisse expressément.

Au second cas, il faut sous-distinguer : ou les méfaits, qui donnent lieu à des dommages-intérêts, sont des contraventions de police rurale, ou ce sont des contraventions d'une autre nature.

Si ce sont des contraventions de police rurale, l'art. 3 du tit. 2 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1679 déclare expressément solidaires les dommages-intérêts qui en résultent : « Tout delit rural » ci-après mentionné (y est-il dit) sera punissable « d'une amende, ou d'une détention, soit MUNICIPALE, soit correctionnelle, ou de détention et » d'amende réunies, suivant les circonstances et la » gravité du délit, sans préjudice de l'indemnité » qui pourra être due à celui qui aura souffert le » dommage....., *l'indemnité et l'amende sont dues* » *solidairement par les délinquans* ».

Si ce sont des contraventions d'une autre nature, vainement invoquerait-on, pour déclarer solidaires contre tous les condamnés, les dommages-intérêts qui en résultent, l'art. 42 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791; car cet article ne déclare solidaires que *les amendes de la police municipale*, en même temps que celles de la police correctionnelle; et la preuve que, dans ce texte, la loi entend le mot *amendes* dans le sens qui lui est rigoureusement propre, la preuve qu'elle n'y comprend pas les restitutions et les dommages-intérêts, c'est que, dans l'article précédent, voulant assimiler, quant à la contrainte par corps en matière correctionnelle, les restitutions et les dommages-interêts aux amendes, elle a soin d'exprimer que telle est son intention: *Les dommages-intérêts, ainsi que les restitutions* (dit-elle) *et les amendes, qui seront prononcés en matière de police correctionnelle, emporteront la contrainte par corps.*

On ne pourrait donc déclarer solidaires les dommages intérêts résultant des contraventions étrangères à la police rurale, qui sont encore punies

BIU Cujas

d'après les anciennes lois, qu'autant que l'on pût également juger tels les dommages-intérêts résultant des contraventions qui ne sont plus passibles que des peines déterminées par le livre 4 du Code pénal. Or, on vient de voir que cela est impossible.

VI. De ce que l'art. 55 du Code pénal ne parle que des *individus condamnés pour un même crime ou un même délit*, il naît une autre question : c'est de savoir si la disposition en est applicable aux dommages-intérêts que l'accusé d'un crime, ou le prévenu d'un délit, obtient, en cas d'acquittement, contre ses dénonciateurs.

Cela semblerait être (répond M. Carnot, à l'endroit cité, n° 4) *dans les principes d'une exacte justice ; cependant l'art. 55 ne parle que des condamnés pour crimes ou délits ; et ce n'est pas pour crimes et délits que les dénonciateurs et les parties plaignantes sont condamnés à la réparation du dommage qu'ils ont causé à l'accusé ou au prévenu ; à quoi l'on peut ajouter qu'aux termes de l'article 1202 du Code civil, la solidarité ne se présume pas ; que cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.*

C'est ainsi, en effet, que la question paraît devoir être décidée en thèse générale ; mais n'y aurait-il pas lieu à la solidarité dans le cas, prévu par l'article 358 du Code d'instruction criminelle, où les dénonciateurs seraient condamnés à des dommages-intérêts pour fait de calomnie, et dans celui où la plainte des parties civiles serait déclarée calomnieuse par le jugement qui, en acquittant le prévenu ou l'accusé, les condamnerait envers lui à des dommages-intérêts ?

Je n'en doute pas ; car de deux choses l'une : ou le jugement qui condamnerait, soit les dénonciateurs, soit les parties civiles, à des dommages-intérêts, prononcerait contre eux la peine de la calomnie ; ou il les renverrait, pour l'application de cette peine, devant le tribunal correctionnel (1).

Dans la première hypothèse, il y aurait condamnation pour un même délit, par un jugement qui prononcerait à la fois et sur l'action publique et sur l'action privée. Ainsi, point de prétexte pour soustraire les condamnés à la solidarité des dommages-intérêts, comme à celle de l'amende.

Dans la seconde hypothèse, il ne serait, à la vérité, statué par le jugement que sur l'action privée ; mais il n'y en aurait pas moins condamnation pour un même délit ; et cela suffirait, d'après ce qui est dit plus haut, n° 4, pour qu'il y eût solidarité, pour les dommages-intérêts, entre tous les condamnés.

(1) *V.* les conclusions et l'arrêt du 12 novembre 1813, rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Calomnie*, n° 7.

§. XI. *Y a-t-il entre les co-auteurs et complices de faits de dol et de fraude non qualifiés de délits par la loi, solidarité pour les restitutions et les dommages-intérêts auxquels ces faits donnent lieu ?*

L'affirmative était universellement reconnue dans l'ancienne jurisprudence. La loi 1, §. 4, D. *de eo per quem factum erit*, l'avait expressément consacrée, en disant : *Si plures dolo fecerint, omnes tenentur ; sed si unus præstitit pœnam, cæteri liberantur, cùm nihil intersit.* C'est aussi ce que supposait clairement, comme le remarque Voët, dans son commentaire sur les Pandectes, liv. 5, tit. 3, n° 9, la loi 17, D. *de dolo malo*, lorsqu'elle disait : *Si plures dolo fecerint, et unus restituerit, omnes liberantur ; quod si unus quanti ea res est præstiterit, puto adhuc cæteros liberari.*

Qu'il en soit encore de même aujourd'hui, lorsque des faits de dol et de fraude qui donnent lieu à des restitutions et des dommages-intérêts, sont qualifiés par la loi de crimes ou délits, c'est ce qui est écrit en toutes lettres dans l'art 55 du Code pénal.

Mais de là même ne résulte-t-il pas qu'il n'y a point de solidarité à l'égard des restitutions et des dommages-intérêts auxquels donnent lieu les faits de dol et de fraude que la loi ne punit d'aucune peine afflictive, infamante ou correctionnelle, et pour la réparation desquels elle n'accorde qu'une action civile ?

Telle paraît être, à la première vue, la conséquence du principe général qu'il n'y a point de solidarité sans convention qui la stipule, ou sans loi qui l'établisse expressément.

Voici cependant deux arrêts de la cour de cassation qui jugent formellement le contraire :

Le 20 février 1810, les héritiers Paris vendent au sieur Hysseaux une ardoisière, moyennant la somme de 13,000 francs payable en trois termes, savoir, 3,800 francs le 1er juillet suivant, 3,000 francs le 1er janvier 1811, et 7,000 dans trois ans.

A l'échéance du premier terme, le sieur Hysseaux ne paye rien aux héritiers Paris ; et cependant dès le 21 juillet 1810, il revend les trois quarts de l'ardoisière aux sieurs Gosset, Brion et Maquiete, moyennant la somme de 2,475 francs qu'ils s'obligent de payer chacun par tiers, en trois termes, savoir, 675 francs dans le mois, 900 francs le 1er février 1811, et le surplus au 1er avril de la même année.

Il est à remarquer que la veille de cette revente,

BIU Cujas

les sieurs Gosset, Brion et Maquiète avaient remis au sieur Hysseaux une promesse sous seing-privé de le garantir de toutes les poursuites qui pourraient être dirigées contre lui par les héritiers Paris.

Dix jours après, le 31 du même mois, les sieurs Gosset, Brion et Maquiète achètent du sieur Hysseaux le quatrième quart de l'ardoisière pour le prix de 150 francs payés comptant.

Les deux contrats sont immédiatement transcrits et notifiés aux héritiers Paris.

Ceux-ci forment une sur-enchère sur le prix; mais ils en sont déboutés pour défaut de forme.

Après de longues et inutiles procédures contre le sieur Hysseaux, pour obtenir le paiement des 13,000 francs qui leur sont dus, les héritiers Paris reviennent sur les sieurs Gosset, Brion et Maquiète, et les font assigner devant le tribunal de première instance de Rocroi, pour voir déclarer frauduleux les deux contrats de revente des 21 et 31 juillet 1810, avec condamnation à délaisser l'ardoisière, si mieux ils n'aiment leur payer les 13,000 francs portés dans le premier contrat de vente.

Les sieurs Gosset, Brion et Maquiète répondent que les héritiers Paris sont non-recevables et non fondés : non-recevables, parcequ'ils ont sur-enchéri le prix des deux reventes, et que, par-là, ils ont renoncé à l'action résolutoire qu'ils auraient pu exercer contre les tiers-acquéreurs, à défaut de paiement du prix de leur vente; non-fondés, parceque les faits dont ils se prévalent, ne prouvent pas qu'il y ait eu dol et fraude dans les reventes des 21 et 31 juillet 1810.

Le 6 septembre 1813, jugement qui déclare les deux reventes frauduleuses et nulles; ordonne aux sieurs Gosset, Brion et Maquiète de délaisser l'ardoisière, si mieux ils n'aiment en payer le prix stipulé par le contrat de vente du 20 février 1810, et les condamne *solidairement* à rendre compte des produits de l'exploitation de l'ardoisière depuis le jour de la demande judiciaire.

Appel de ce jugement à la cour royale de Metz, de la part des sieurs Gosset, Brion et Maquiète.

Le 22 juin 1815, arrêt qui met l'appellation au néant,

« Attendu 1° que tout créancier est admis à attaquer les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, et par conséquent à en poursuivre la nullité ou résolution contre les tiers au profit desquels ils furent consentis, d'après l'art. 1167 du Code civil;

» 2° Que, quoique cette règle ne doive pas s'appliquer généralement aux actes translatifs de propriété, pour lesquels le gage des créanciers, malgré la transmission à un autre, ne reste pas moins affecté à leur hypothèque, s'ils veillent à la conservation et à l'exercice de celle-ci, dans les formes voulues par la loi, de manière que les créanciers invigilans ne peuvent, en thèse générale, arguer de fraude un acte de vente qui ne les empêche pas d'exercer leurs droits résultant des priviléges et hypothèques sur les objets vendus; néanmoins, tout acte qui aurait pour but d'enlever au créancier son recours sur la chose vendue comme sur le débiteur, peut être attaqué comme nul et frauduleux en soi, lors même que le créancier aurait exercé ou pu exercer l'action hypothécaire sur l'objet vendu;

» 3° Que la fraude est un vice radical et absolu dans l'acte qui en est infecté, lequel produit une nullité essentielle que rien ne peut couvrir, à la différence de la simulation simple, qui peut n'être qu'un vice relatif, et devenir indifférent à la validité de l'acte, suivant la nature des choses et la qualité des parties;

» 4° Qu'il n'est pas possible de se dissimuler que les deux actes de vente consentis par Hysseaux au profit des appelans, les 21 et 31 juillet 1810, moins de six mois après l'acquisition qu'il avait faite, par contrat sous seing-privé, de l'ardoisière d'Eteignières, avant d'avoir acquitté la moindre partie du prix, au moment où était échu le premier terme, sans énoncer ces faits, qui, d'ailleurs, ne pouvaient être ignorés des acquéreurs, font naître le soupçon d'un concert frauduleux entre le vendeur et les acquéreurs, pour enlever aux premiers vendeurs le prix et la chose qu'ils avaient précédemment vendue;

» 5° Que cet esprit de fraude se développe d'ailleurs par la vileté du prix de la seconde vente, si différent du premier;

» 6° Par la stipulation des termes de paiement extrêmement courts dans le premier contrat, et la déclaration de quittance dans le second; tandis que les acquéreurs, qui n'ignoraient ni d'où provenait à leur vendeur l'ardoisière, ni les conditions de sa vente, ni sa passation avec les premiers vendeurs, se seraient bien gardés de s'exposer à payer deux fois, et même au-delà, le prix de leur acquisition, si l'acte qui la renfermait, n'eût été le produit d'un concert frauduleux entre eux et leur vendeur, pour enlever et détruire, envers les véritables propriétaires de l'ardoisière, le gage de leur créance privilégiée;

» 7° Que ce concert frauduleux se démontre et acquiert le dernier degré d'évidence par le billet donné par les appelans à Hysseaux, le 20 juillet 1810, avant les actes de rétrocession qu'ils se sont fait faire par celui-ci; d'où il suivait qu'ils avaient consenti d'assumer sur leurs têtes les événemens qui résulteraient des actes qu'ils ont obtenus de la faiblesse et de la mauvaise foi d'Hysseaux ».

BIU Cujas

Les sieurs Gosset, Brion et Maquiète se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'attaquent, notamment sous trois rapports: comme violant les art. 1184 et 1654 du Code civil; comme jugeant frauduleux des actes qui ne présentaient aucun caractère de fraude ni dol; enfin, comme contrevenant, par la condamnation solidaire qu'il prononce contre eux, en ce qui concerne le rapport des produits de l'exploitation de l'ardoisière, au principe consacré par l'art. 1202 du Code civil, que la solidarité ne peut résulter que d'une convention expresse ou d'une loi spéciale.

Mais par arrêt du 3 juillet 1817, au rapport de M. Brillat de Savarin, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu...., sur le second moyen, que l'art. 1184 n'a pas été violé, puisque les actes dont il s'agit au procès, étaient principalement attaqués, et ont été annulés comme infectés de dol et de fraude, ce qui fait exception à toutes les règles faites pour les cas ordinaires;

» Attendu, sur le troisième moyen, que les juges de la cour royale ont pu, d'après les principes consignés dans les lois, induire le dol et la fraude des diverses circonstances qu'ils ont consignées dans l'arrêt;

» Attendu, sur le quatrième moyen, que la condamnation solidaire au paiement des fruits ou intérêts, est une conséquence du concert frauduleux entre Hysseaux et les demandeurs;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (1)».

Le second arrêt a été rendu dans les circonstances suivantes:

Le 8 octobre 1793, le sieur Bisson vend au sieur Couture deux fermes, moyennant une rente viagère de 2,400 francs.

Le 24 germinal an 9 (11 avril 1801), décès du sieur Bisson.

Aussitôt après, le sieur Couture revend les deux fermes aux deux fils du défunt, qui en jouissent paisiblement pendant plusieurs années.

Cependant trois sœurs de ceux-ci recueillent différens indices, desquels il résulte que la vente du 8 octobre 1793 et la revente du 24 germinal an 9 ne sont que des actes simulés, et qu'ils ont été concertés pour les priver de leurs droits successifs, en fraude de la loi du 7 mars 1793. En conséquence, elles assignent leurs frères devant le tribunal de première instance de Pont-Lévêque, pour les faire condamner à les admettre au partage des deux fermes, et *solidairement* à leur en rapporter les fruits depuis l'ouverture de la succession.

Le 9 février 1816, jugement qui accueille ces conclusions.

Appel de la part des sieurs Bisson, à la cour royale de Caen.

Le 21 novembre de la même année, arrêt confirmatif.

Les frères Bisson se pourvoient en cassation, et soutiennent qu'en les condamnant solidairement à la restitution des fruits, la cour royale de Caen a violé l'art. 1202 du Code civil.

Mais par arrêt du 12 février 1818, au rapport de M. Botton de Castellamonte, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu que les demandeurs ayant joui des fruits contentieux, par l'effet du dol et de la fraude dont ils se sont rendus complices, et ayant, par-là, causé des dommages à leurs sœurs, l'arrêt s'est conformé aux vrais principes en prononçant une condamnation solidaire;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi..... (1)».

Ni cet arrêt ni le précédent n'expliquent sur quoi ils se fondent pour décider que les demandeurs en cassation avaient été légalement condamnés solidairement à la restitution des fruits qu'ils avaient perçus en commun, par cela seul que c'était par des fraudes concertées entre eux, qu'ils s'en étaient procuré la perception; et je le répète, il paraît, au premier abord, difficile de concilier cette décision avec le principe général qui est écrit dans l'art. 1202 du Code civil.

Mais remontons au motif de la disposition de l'art. 55 du Code pénal, et nous verrons cette difficulté s'évanouir.

Pourquoi cet article veut-il qu'il y ait solidarité, à l'égard des restitutions et des dommages-intérêts, entre les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit? C'est, répond M. Toullier, tome 11, n° 151, parceque cela est dans *la nature des choses; car, dans les crimes et délits, il y a toujours* malignité et dessein de nuire. *Il est donc naturel que la volonté commune des délinquans de nuire à l'offensé, lui donne contre eux la même solidarité que lui donnerait, dans un contrat, la volonté commune des obligés de s'en-*

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1818, page 398.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 19, page 577.

BIU Cujas

gager à une même chose. C'est dans la volonté commune des délinquans que prend sa source la solidarité prononcée contre eux.

Or, il y a nécessairement la même *malignité*, le même *dessein de nuire*, dans les faits de dol et de fraude pour la réparation desquels la loi n'accorde qu'une action civile, que dans les faits de dol et de fraude que la loi punit, soit de peines afflictives ou infamantes, soit de peines correctionnelles.

Donc, c'est par un principe commun aux uns et aux autres, que l'art. 55 du Code pénal déclare solidaires les dommages-intérêts qui sont dus à raison de ceux-ci.

Donc il reconnaît lui-même que la solidarité doit également avoir lieu pour les dommages-intérêts prononcés à raison de ceux-là.

Donc les deux arrêts de la cour de cassation des 3 juillet 1817 et 12 février 1818, ont bien jugé.

§. XII. *Y a-t-il solidarité, entre tous les condamnés aux dommages-intérêts résultant d'une imprudence, d'une faute, d'une négligence qui leur est commune?*

V. les articles *Syndic de faillite*, §. 3, et *Usufruit*, §. 9.

STIPULATION POUR AUTRUI. *Page* 38, *col.* 2, *après la ligne* 28 (1), *ajoutez ce qui suit:*

§. II. 1° *Si j'acquiers un immeuble, moitié pour moi, moitié pour un tiers absent, en me portant fort pour lui, et que ce tiers refuse d'accepter la part que je lui destinais dans mon acquisition, que devient cette part d'après la règle écrite dans l'art.* 1119 *du Code civil, qu'on ne peut, en général, s'engager ni stipuler, en son propre nom, que pour soi-même? Reste-t-elle au vendeur, ou bien m'appartient-elle, comme si j'avais acquis l'immeuble en totalité pour moi-même?*

2° *Si ce tiers meurt sans avoir accepté ni refusé cette part, et que je me trouve son héritier, suis-je censé l'avoir recueillie dans sa succession, et en dois-je en conséquence le droit de mutation à la régie de l'enregistrement?*

Sur la première question, nulle difficulté. Si, sans me porter fort pour le tiers absent que j'ai associé à mon acquisition, j'avais acheté purement et simplement pour lui et pour moi, l'insertion de son nom dans le contrat le vicierait-elle, au moins pour sa part? Non, répond la loi 64. D. *de contrahendâ emptione;* elle serait réputée non écrite, et je serais seul acquéreur : FUNDUS ILLE EST MIHI ET TITIO EMPTUS. *Quæro utrùm in partem, an in totum venditio consistat, an nihil actum sit? Respondi: personam Titii supervacuò accipiendam puto: ideòque totius fundi emptionem ad me pertinere.* Et la raison en est simple : c'est que, d'un côté, ce n'est pas seulement une partie, mais la totalité de l'immeuble, que le vendeur a voulu vendre; et que, de l'autre, j'ai bien consenti, en acquérant, à avoir, dans mon acquisition, un associé de mon choix, mais non pas à partager avec le vendeur le bien qui en était l'objet. Or, par le défaut de ratification du tiers pour lequel je me suis porté fort, les choses se trouvent placées au même point que si j'avais acquis purement et simplement pour lui et pour moi. Ce défaut de ratification me rend donc de plein droit propriétaire de la totalité de l'immeuble, comme je le serais si, en achetant pour lui en même temps que pour moi, je ne m'étais porté fort pour lui.

Et de là il résulte évidemment que la seconde question ne peut être résolue que pour la négative. C'est effectivement ainsi qu'elle l'a été par la cour de cassation dans l'espèce suivante.

En 1824, Jean-Baptiste Ligny acquiert quatre prés, tant pour lui que pour Joseph, son frère, pour lequel il se porte fort.

En 1825, Joseph Ligny meurt sans avoir ratifié, pour sa part, ni expressément ni de fait, l'acquisition de son frère.

Dans les six mois suivans, Jean-Baptiste Ligny fait à la régie de l'enregistrement la déclaration des biens dont se compose la succession de Joseph, sans y comprendre la moitié des quatre prés achetés en 1824.

La régie décerne contre lui une contrainte en paiement du droit et du double droit de mutation qu'elle prétend être dû pour cette moitié.

Opposition à cette contrainte de la part de Jean-Baptiste Ligny, sur le fondement que son frère est mort sans avoir accepté la stipulation contenue à son profit dans l'acte de 1824, et que par conséquent la moitié des quatre prés dont il s'agit, n'est point tombée dans sa succession.

La régie répond que cela serait bon, si Jean-Baptiste Ligny prouvait que son frère n'a pas voulu profiter de l'acquisition faite pour lui; mais qu'il n'en fournit et qu'il se reconnaît hors d'état d'en fournir aucune preuve, et que s'étant porté fort pour son frère, il demeure garant des effets de sa promesse.

Le 31 mai 1826, jugement du tribunal civil de

(1) *Page* 9, *col.* 1, *ligne* 55 (2e édition).

BIU Cujas

Lure, qui rejette la contrainte, parceque la régie n'a ni prouvé ni même prétendu que Joseph Ligny eût ratifié l'acte de 1824, et se le soit rendu propre, soit en termes exprès, soit par des faits quelconques.

La régie se pourvoit en cassation contre ce jugement; mais, par arrêt du 15 mai 1827, au rapport de M. Lasagni, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu, en droit, que, dans le cas même où l'on peut stipuler en faveur d'un tiers, la stipulation n'a d'effet que lorsqu'il veut bien en profiter;

» Que, si la clause par laquelle on se porte fort pour le *tiers*, ajoute une garantie à l'avantage de l'autre partie contractante, elle ne change en rien la nature de la stipulation à l'égard du tiers, toujours maître de l'accepter ou de ne pas l'accepter;

» Et attendu qu'il est constant et reconnu en fait que Joseph Ligny, loin d'accepter l'acquisition faite en partie à son profit par Jean-Baptiste Ligny, son frère, ne s'en est jamais mêlé, et qu'il a, au contraire, toujours permis que son frère Jean-Baptiste demeurât seul et unique propriétaire et possesseur de tous les biens par lui acquis;

» Que, dans ces circonstances, en décidant qu'il n'y avait eu aucune mutation de propriété au profit de Joseph Ligny, que les biens acquis par son frère Jean-Baptiste n'avaient jamais fait partie de la succession du premier, et que par conséquent ses héritiers n'étaient obligés de faire aucune déclaration et de payer aucun droit a leur égard, le jugement attaqué a fait une juste application des lois de la matière;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

§. III. *De ce que l'art.* 1121 *du Code civil, après avoir dit qu'on peut* 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 tiers, *ajoute que* celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter, *s'ensuit-il que, tant que le tiers au profit duquel une condition a été stipulée, soit dans un contrat ordinaire, soit dans une donation entre-vifs, ne l'a pas acceptée par un acte passé devant notaire et dûment notifié au stipulant, celui-ci est maître de la révoquer? S'ensuit-il, par conséquent, qu'elle est comme non-avenue, si le stipulant meurt avant que le tiers l'ait acceptée expressément dans cette forme? Ou suffit-il, pour assurer l'effet de la condition et la rendre irrévocable de la part du stipulant, que, du vivant de celui-ci, le tiers ait manifesté, d'une manière quelconque, pourvu qu'elle ne soit pas équivoque, l'intention d'en profiter?*

Avant le Code civil, les art. 5 et 11 de l'ordonnance de 1731 donnaient lieu à la même question; et Furgole, sur le premier de ces articles, la résolvait par une distinction entre le cas où la condition stipulée au profit d'un tiers absent, l'était par une donation entre-vifs, et le cas où elle l'était par un contrat ordinaire.

Au premier cas, ce jurisconsulte convenait que la condition n'avait pas besoin d'une acceptation expresse et solennelle de la part du tiers, pour avoir son effet; mais il soutenait que, dans le second cas, il en devait être tout autrement.

» Je suppose (disait-il) que Titius vend un fonds à Mévius au prix de 1,000 livres, que l'acheteur gardera, en payant l'intérêt au vendeur pendant sa vie, et après sa mort il sera tenu de le payer à un tiers absent et non acceptant; le défaut d'acceptation devra-t-il annuler la donation? On peut dire, pour soutenir la validité de la donation, qu'elle est une seconde condition subordonnée à la vente, laquelle étant valable par la convention faite entre le vendeur et l'acheteur, elle doit faire valoir la donation qui en est une suite, tout de même que la substitution où la charge de rendre est soutenue sans acceptation, lorsque la première donation est revêtue des formalités nécessaires pour la faire valoir, suivant l'art. 11.

» Au contraire, on peut dire que la donation est nulle, 1° parceque cet art. 5 veut que toutes les donations entre-vifs soient acceptées, à peine de nullité; 2° que l'art. 11 n'excepte que les secondes donations subordonnées à une première, faite dans un même acte, ou les substitutions aux biens donnés; ce qui ne peut pas convenir à une donation subordonnée à une vente, à cause de la différente nature des contrats de vente et de donation: voilà pourquoi, encore que la première donation soutienne la seconde, ou la substitution aux biens donnés, on ne peut pas dire la même chose d'une donation subordonnée à une vente, parceque la donation est principale, et par conséquent elle doit être acceptée, afin qu'elle puisse valoir, d'autant que la donation ne doit pas dépendre de la seule volonté du donateur, comme je l'ai dit ci-dessus.

» Cette dernière opinion me paraît plus conforme à l'esprit de l'ordonnance, et à la règle qu'elle établit pour assujettir les donations entre-vifs à la nécessité de l'acceptation; de laquelle règle on ne doit

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1827, page 242.

BIU Cujas

tirer que les cas qui sont nommément exceptés, comme je l'ai déjà remarqué.

» Je crois qu'il en faudrait dire de même, si, par un contrat de constitution de rente pour prêt, ou autrement, le créancier chargeait son débiteur de payer la rente après sa mort, ou dans un certain délai, à une tierce personne non acceptante, parceque les mêmes raisons peuvent s'appliquer à ces cas ».

Mais la distinction que faisait ainsi Furgole entre la condition stipulée au profit d'un tiers dans un contrat ordinaire, et la condition stipulée au profit d'un tiers dans une donation entre-vifs, ne peut plus se soutenir en présence de l'art. 1121 du Code civil.

En effet, cet article n'exige pas plus de formalités à l'égard de l'une qu'à l'égard de l'autre, pour en assurer l'effet et le rendre irrévocable de la part du stipulant; il exige seulement que le tiers au profit duquel elle a été stipulée ait « déclaré vouloir en profiter ». Or, la preuve que cette déclaration n'a pas besoin d'être revêtue des formes d'une acceptation expresse et solennelle, est écrite tout au long dans l'art. 1973, lequel, après avoir dit « que la rente » viagère peut être constituée au profit d'un tiers, » quoique le prix en soit fourni par une autre per» sonne, ajoute que, dans ce dernier cas, QUOIQU'ELLE AIT LE CARACTÈRE D'UNE LIBÉRALITÉ, elle » n'est point assujettie aux formes requises pour les » donations », ni par conséquent aux règles prescrites par l'art. 932 pour l'acceptation des donations entre-vifs, « sauf les cas de réduction et de nullité énoncés dans l'art. 1970, » c'est-à-dire, sauf qu'elle est nulle, si elle est au profit d'une personne incapable de recevoir, et qu'elle est réductible, si elle excède ce dont il est permis de disposer.

Du reste, la parfaite similitude que l'art. 1121 établit entre le cas où la condition stipulée au profit d'un tiers, l'est par une donation entre-vifs, et le cas où elle l'est par un contrat ordinaire, nous conduit nécessairement à dire que, dans le premier cas, l'effet de la condition est irrévocablement assuré, ni plus ni moins que dans le second, par la seule déclaration du tiers, de vouloir en profiter, dans quelque forme et de quelque manière que cette déclaration soit faite; et l'on doit d'autant moins hésiter à le juger ainsi sous le Code civil, que, selon Furgole lui-même, tel était également l'esprit des art. 5 et 11 de l'ordonnance de 1731.

C'est, au surplus, ce que reconnaît et décide formellement un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce:

Le premier décembre 1791, acte notarié, par lequel le sieur de Sury, père de trois filles, la dame Delacoste, la dame de Grigny et la dame de Romans, fait donation entre-vifs, à la seconde, de plusieurs immeubles.

Par un autre acte du même jour, il donne également entre-vifs, à la troisième, le surplus de ses biens immeubles, à la charge de payer à la seconde une somme de 15,250 francs.

La dame de Grigny reçoit effectivement cette somme des mains de la dame de Romans, du vivant du sieur de Sury.

Après la mort de celui-ci, arrivée sous le Code civil, la dame Delacoste demande que la dame de Grigny soit tenue de rapporter les 15,250 francs à la succession, et se fonde sur la prétendue nullité de la donation qui lui en a été faite par le second acte du 1er décembre 1791. En effet, dit-elle, cette donation n'a point été acceptée par la dame de Grigny, du vivant du donateur, dans la forme déterminée par les art. 5 et 6 de l'ordonnance de 1731; elle est donc eaduqne et comme non-avenue.

La dame de Grigny répond que ce n'est point à titre de donation directe, mais en vertu d'une condition stipulée à son profit, dans la donation faite à la dame de Romans, qu'elle a reçu les 15,250 francs; que, pour profiter de cette condition, elle n'a pas eu besoin de l'accepter expressément; qu'elle en a été dispensée par l'acceptation que la dame de Romans avait faite de la donation qui en était grevée; et que cela résulte implicitement de l'art. 11 de l'ordonnance de 1731, comme de l'art. 1121 du Code civil.

La dame Delacoste réplique qu'à la vérité, l'esprit du Code civil est le même à cet égard que celui de l'ordonnance de 1731; mais que de là même il résulte que sa demande est bien fondée.

« En effet (dit-elle), dans les contrats ordinaires, une acceptation expresse de la promesse faite par la personne avec laquelle on contracte, n'est jamais nécessaire. Ainsi, une vente, un bail, un marché quelconque, ne sont pas moins valables, quoique le prix stipulé ou la chose convenue n'ait pas été acceptée en termes formels par la partie qui doit la recevoir ou qui l'a reçue.

» La disposition de l'art. 1121 du Code civil n'est qu'une conséquence de ce principe. Du moment que l'obligation d'accepter n'était point imposée à celui qui doit profiter de la stipulation principale, celui pour lequel il est stipulé accessoirement, ne pouvait y être assujetti. Ainsi, par exemple, un créancier auquel le prix d'une vente sera délégué, n'aura pas besoin d'accepter, en termes formels, cette délégation, pour qu'elle ne puisse être révoquée; il suffira, pour cela, qu'il ait manifesté l'intention d'en profiter, puisque le vendeur lui-même, en faveur duquel la stipulation principale a été faite, n'était pas soumis à la formalité de l'acceptation.

BIU Cujas

» Mais il en est tout autrement en matière de donations entre-vifs; un contrat semblable n'est parfait, aux yeux de la loi, que lorsqu'il existe une acceptation expresse. Or, dès que le donataire principal est soumis à cette formalité, celui qui reçoit accessoirement, doit y être également assujéti.

» D'ailleurs, les dons qui sont faits à l'une et à l'autre, sont entièrement distincts et propres à chacun d'eux; pourquoi, dès-lors, ne seraient-ils pas également tenus tous les deux d'accepter les libéralités qui leur sont personnelles?

» Ainsi donc, dans l'espèce, l'acceptation de la dame de Romans, dans l'acte du 1er décembre 1791, ne dispensait point la dame de Grigny d'accepter le don particulier qui lui était fait d'une somme de 15,250 francs; et comme cette formalité n'a point été remplie pendant la vie du donateur, le don en question devient nul et sans effet ».

Le 19 juin 1816, jugement du tribunal de première instance de Lyon, qui, adoptant ces moyens, condamne la dame de Grigny à rapporter les 15,250 francs, si, dans le délai qu'il fixe, elle ne justifie pas avoir accepté, du vivant du donateur, la donation qui lui a été faite de cette somme par le second des actes du 1er décembre 1791.

La dame de Grigny appelle de ce jugement, et soutient qu'il fait une fausse application de la règle établie par l'art. 5 de l'ordonnance de 1731, comme par l'art. 932 du Code civil.

« Cette règle qui exige (dit-elle) l'acceptation dans une forme déterminée pour la validité des donations, reçoit une exception au cas particulier où un donateur impose la charge au donataire de donner un objet ou une somme à un tiers, et que ce tiers peut profiter du don qui lui est fait, sans être astreint à l'accepter avec les solennités requises pour l'acceptation des donations.

» L'art. 1121 du Code civil est clair et formel; il n'exige du tiers qu'une expression quelconque de l'intention qu'il a de profiter de la stipulation faite en sa faveur. Dira-t-on que cet article ne s'applique pas aux donations? Mais il n'y a rien dans ses termes qui l'indique; et au contraire, il semble parler précisément du cas où celui qui stipule pour lui-même, ou qui fait *une donation*, veut procurer un avantage purement gratuit à un tiers: d'ailleurs, on voit que, dans l'art. 1793, le législateur dispense expressément des formalités ordinaires la donation faite à un tiers au moyen d'une stipulation avec une autre personne; il y est dit que, lorsqu'une rente viagère est constituée au profit d'un autre que celui qui en a fourni le prix, « bien qu'elle ait dans ce cas le caractère d'une libéralité, elle n'est point assujétie aux formes requises pour les donations.

» Au surplus, tous les auteurs sont unanimes sur ce point. *Voyez* M. Grenier, tome 1, page 189; M. Toulier, tome 5, page 250; et M. Delvincourt, tome 1, pages 240 et 241 ».

Sur ces raisons, arrêt de la cour royale de Lyon, qui infirme le jugement de première instance, et déboute la dame Delacoste de sa demande.

La dame Delacoste se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant, par une fausse application de l'art. 1121 du Code civil, l'art. 932 du même Code, et l'art. 5 de l'ordonnance de 1731.

Mais, par arrêt du 5 novembre 1818, au rapport de M. Rousseau, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde:

« Attendu qu'il s'agit d'une stipulation au profit d'un tiers, insérée dans une donation revêtue de toutes les formalités exigées par la loi; que ce tiers a accepté et a même reçu la somme stipulée à son profit; que ni les anciennes lois existantes lors de la donation, ni l'art. 1121 du nouveau Code, n'imposent, pour la validité de la charge dont il s'agit au profit du tiers, les formes et conditions dont s'occupent l'art. 932 et l'art. 5 de l'ordonnance de 1731; qu'ainsi la cour royale a pu légalement et a dû valider, au profit de la dame de Grigny, la charge imposée à la donataire;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

§. IV. 1° *Y a-t-il stipulation à la fois implicite et efficace pour autrui, lorsqu'un particulier fait assurer, en son nom, un immeuble ou un navire qui ne lui appartient pas, et à la conservation duquel il n'a aucun intérêt?*

2° *Y a-t-il stipulation efficace, comme il y a stipulation expresse, pour autrui, lorsque ce particulier déclare traiter dans l'intérêt du propriétaire, comme son* negotiorum gestor, *et paie la prime de ses propres deniers, ou s'oblige personnellement à la payer?*

I. Sur la première question, M. Pardessus, dans son *Cours de droit commercial*, n° 826 (5e édition), n'hésite pas à se prononcer pour l'affirmative. Voici ses termes:

« Pierre, qui n'a pas d'intérêt à la conservation du navire *la Thétis*, appartenant à Jacques, fait une convention avec Paul, qui assure ce navire pour 100,000 francs. Le navire périt. Jacques dé-

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1819, page 220; Jurisprudence de la cour de cassation, tome 19, page 250.

BIU Cujas

couvre cette convention d'assurance; il en établit la preuve, soit par extrait des livres du courtier, soit par interrogatoire sur faits et articles, soit par le serment qu'il défère à Paul; car, dans les cas mêmes où la preuve testimoniale est interdite, on peut toujours déférer le serment; en un mot, le fait que *la Thétis* a été assurée par Paul, est constant et avoué par lui: Jacques pourra-t-il agir contre Paul?

» On peut dire, pour la négative, que jamais il n'a chargé Pierre de faire assurer le navire dont il s'agit; qu'il n'a point ratifié ce qu'a fait celui-ci; que, sans le moindre doute, si le navire était arrivé à bon port, il n'eût point été offrir à Pierre le remboursement de la prime.

» Mais on doit décider que Pierre ne pouvant faire une gageure que la loi défend, est présumé avoir fait ce qu'elle permettait (art. 1120 du Code civil), c'est-à-dire, stipulé pour Jacques. A la vérité, en ayant agi sans pouvoir de ce dernier, il s'est exposé au désaveu, si l'opération ne réussissait pas; mais ce point est étranger à Paul, qui, ne prouvant pas qu'antérieurement à la demande de Jacques, l'assurance a été révoquée, ne pourrait en éviter les effets ».

J'avoue que je ne saurais souscrire à cette opinion, et que, bien loin de la justifier, l'art. 1120 du Code civil me paraît la détruire complétement.

Qu'importe, en effet, que, par exception au principe général, qu'*on ne peut s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même*, cet article déclare que *néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci?* Dans l'espèce dont il s'agit, Pierre ne s'est point porté fort pour Jacques; il ne s'est donc pas engagé, il n'a donc pas stipulé pour celui-ci; il ne s'est donc engagé, il n'a donc stipulé que pour lui-même.

Qu'importe encore qu'en s'engageant, en stipulant pour lui-même, Pierre n'ait fait qu'une gageure illicite? Ce n'est pas une raison pour présumer qu'il ait eu l'intention de faire autre chose que ce qu'il a exprimé. Que deviendrait l'art. 1119 du Code civil, si, pour en faire cesser l'application, il suffisait d'alléguer qu'en stipulant, en s'engageant pour soi-même, c'est pour autrui qu'on a entendu stipuler et s'engager? Ce serait évidemment une disposition illusoire.

Sans doute, si le contrat passé entre Pierre et Paul, était conçu en termes équivoques, et d'après lesquels il serait incertain si c'est pour lui-même ou pour le compte de Jacques que Pierre a stipulé l'assurance, et payé ou promis de payer la prime, il faudrait les interpréter dans le sens le plus favorable à la validité de l'acte; et tel serait le vœu de l'art. 1157 du Code civil, suivant lequel, *lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.* Mais autre chose est d'interpréter, dans un contrat, une clause équivoque qui s'y trouve, et autre chose est d'y ajouter une clause qui y manque. L'une est dans les attributions du juge; l'autre lui est interdite par la règle générale, *cùm in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio* (loi 25, §. 2, D. *de legatis* 3°). Or, dans l'espèce proposée par M. Pardessus, le contrat ne présente aucune équivoque; Pierre n'y stipule et ne s'y engage que pour lui-même; ce ne serait donc qu'en ajoutant à l'acte une clause qu'il ne renferme pas, que l'on pourrait étendre à Jacques cet engagement et cette stipulation; et c'est assez dire qu'une addition aussi arbitraire est inadmissible.

II. Mais la question devrait être résolue tout autrement et dans le sens de M. Pardessus, si, dans l'espèce qu'il propose, Pierre avait traité comme *negotiorum gestor* de Jacques, et qu'il eût, ou payé la prime de ses propres deniers, ou promis personnellement de la payer.

En effet, si, en traitant avec l'assureur pour le compte de Jacques, il avait payé la prime de ses propres deniers, ce serait le cas de l'art. 1121 du Code civil, qui permet de stipuler pour des tiers, lorsque telle est la condition d'un contrat que l'on fait en son propre nom. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 1973, *une rente viagère peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le capital soit fourni par une autre personne.* C'est ainsi qu'en vous vendant un immeuble, je peux vous obliger à en payer le prix entre les mains d'un tiers à qui mon intention est d'en faire présent, ou de le lui prêter.

Si, au lieu de payer la prime comptant de ses propres deniers, Pierre s'était obligé personnellement de la payer, la chose reviendrait au même que, si en traitant pour le compte de Jacques, et comme son *negotiorum gestor*, il s'était porté fort pour lui. L'assurance devrait donc, aux termes de l'art. 1120, avoir tout son effet en faveur de Jacques, pourvu que Pierre n'eût pas révoqué, avant l'acceptation de celui-ci, la stipulation qu'il en aurait faite.

§. V. *Y a-t-il stipulation à la fois implicite et efficace pour autrui, lorsqu'un créancier hypothécaire fait, en son nom, assurer l'immeuble sur lequel il est inscrit pour une somme inférieure à la valeur de ce bien, et paye ou s'oblige de payer la prime sur la totalité de cette valeur? L'assurance est-elle, dans ce cas, obligatoire, non seulement au profit du*

BIU Cujas

créancier, mais encore au profit du propriétaire? Et en conséquence, le cas de sinistre arrivant, le propriétaire peut-il, en consentant que le créancier reçoive de l'assureur la partie de la valeur de l'immeuble qui correspond à sa créance, exiger de l'assureur le payement du restant de cette valeur?

Voici une espèce dans laquelle l'affirmative a été successivement adoptée, comme elle devait l'être, par une cour royale et par la cour de cassation, et que je crois devoir rapporter dans tous ses détails, afin de mettre le lecteur à portée d'en bien saisir et apprécier la décision.

Le 29 avril 1821, police par laquelle le sieur Ricklin, prenant la qualité de créancier des sieur et dame Coquerille, inscrit sur une maison qui leur appartient, mais sans stipuler ni se porter fort pour eux, fait assurer, en son nom, pour l'espace de sept ans, par la compagnie *du Phénix*, la valeur de cette maison, qui est fixée à 5,500 francs. Il paye en même temps, d'après cette valeur, la prime de la première année, et il souscrit des billets pour celles des six années suivantes.

Le 17 août 1822, la maison des sieur et dame Coquerille est dévorée par un incendie.

Le surlendemain, le sieur Ricklin, seul et sans le concours des sieur et dame Coquerille, fait à la compagnie du Phénix la déclaration du sinistre.

Le 31 du même mois, des experts nommés de part et d'autre, procèdent à l'estimation de la perte; le sieur Ricklin déclare, dans le procès-verbal, que sa créance, en capital, intérêts et frais, s'élève à 2,020 francs 65 centimes, et que, comme il doit, aux termes de la police, retenir les matériaux épargnés par l'incendie, et estimés 334 francs, il ne lui est dû par les assureurs que 1,686 francs 65 centimes.

Le 28 septembre suivant, l'agent de la compagnie du Phénix reçoit, au moment où il se dispose à payer cette somme au sieur Ricklin, une sommation par laquelle les sieur et dame Coquerille, propriétaires de la maison incendiée, l'interpellent d'opter entre la faculté que lui donne la police, de reconstruire les bâtimens, ou le payement de la somme de 5,500 francs qui forme le montant de la somme assurée.

A défaut de réponse à cette sommation, les sieur et dame Coquerille font assigner la compagnie devant le tribunal civil de Belfort, pour se voir condamner au payement de la somme de 5,500 francs, sur laquelle ils consentent qu'il soit prélevé par le sieur Ricklin, qu'ils font aussi assigner à cet effet, en déclaration de jugement commun, de quoi le remplir de sa créance.

La compagnie répond aux sieur et dame Coquerille qu'elle n'a point traité avec eux, et qu'ainsi ils sont sans qualité.

Les sieur et dame Coquerille répliquent qu'elle a nécessairement traité avec eux en traitant avec leur créancier; qu'en effet, elle n'a pu s'obliger envers celui-ci, qu'en le considérant comme leur *negotiorum gestor;* que d'ailleurs ils ont remboursé au sieur Ricklin le montant de la prime qu'il avait payée, et que, par-là, ils se sont rendus propre le traité qu'il avait fait avec la compagnie.

De son côté, le sieur Ricklin déclare ne prétendre rien au-delà de sa créance, tant en capital qu'intérêts et frais; et la compagnie du Phénix lui en fait l'offre.

Le 12 novembre 1822, jugement par lequel,

« Attendu qu'il résulte de la police d'assurance du 29 avril 1821, que Ricklin, créancier hypothécaire des conjoints Coquerille, a fait assurer, en cette qualité, l'immeuble qui lui servait de gage;

» Que, dans ce contrat, Ricklin n'a pas été le mandataire des conjoints Coquerille, n'a pas non plus stipulé pour eux et en leur nom, parcequ'il n'a pas fait apparaître d'aucun mandat, et n'a pas pris cette qualité dans le contrat; que d'ailleurs, nul ne pouvant stipuler que pour soi-même, Ricklin n'a pu traiter et n'a effectivement traité que pour lui seul : d'où la conséquence que les conjoints Coquerille, n'ayant contracté en manière quelconque avec le Phénix, sont non-recevables à former contre lui une demande en payement de l'immeuble assuré;

» Qu'enfin, sur ce point, l'art. 2 des statuts de la compagnie (1), portant que les créanciers ne peuvent assurer qu'en leur nom la propriété qui leur sert de gage, exclut jusqu'à la possibilité d'admettre que Ricklin ait été le mandataire des demandeurs;

» Que la quittance du sieur Ricklin, produite par les demandeurs, étant postérieure au sinistre arrivé, n'est point un titre opposable à la compagnie, puisqu'elle n'y a point figuré;

» Sur la demande incidente de Ricklin, que la compagnie du Phénix ayant toujours offert la somme réclamée, et demandant acte de ce que Ricklin a restreint ses prétentions sur elle au montant de sa créance, il y a encore lieu de faire droit sur ses conclusions;

» Par ces motifs, le tribunal déclare les deman-

(1) Cet article porte que *tout créancier hypothécaire peut également faire assurer en son nom la propriété qui lui sert de gage.*

BIU Cujas

deurs au principal sans qualité et non-recevables en leur demande, et les condamne aux dépens; sur la demande incidente de Ricklin, donne acte à la compagnie de ce que Ricklin restreint ses prétentions à la somme de 1,474 francs en principal, avec les intérêts depuis le 18 janvier 1817; ce faisant, sous le mérite des offres faites par les défendeurs, les a renvoyés des fins de ladite demande, avec dépens payables par Ricklin ».

Les sieur et dame Coquerille appellent de ce jugement à la cour royale de Colmar.

« Si la compagnie du Phénix devait réussir dans sa prétention (ont-ils dit), elle s'assurerait, par-là, d'immenses bénéfices sans bourse délier, et ferait consacrer un système inique, subversif de tous les principes et constituant une convention immorale.

» En effet, quel est l'objet du contrat d'assurance? C'est la conservation de la chose assurée, ou le paiement de sa valeur en cas de perte; l'assureur prend sur lui tous les risques que la chose peut courir, et s'oblige d'en garantir la destruction; il reçoit pour cela *une prime*, qui est l'équivalent de l'assurance qu'il promet.

» On oppose que la compagnie du Phénix, n'ayant traité qu'avec le créancier, n'a contracté aucune obligation envers les propriétaires; que, dès-lors, ne devant rien à ceux-ci, elle se trouve seulement tenue d'indemniser le créancier dans la mesure de son intérêt.

» Cette objection n'a rien de spécieux. La compagnie a-t-elle assuré la chose ou la créance? La police d'assurance n'a évidemment pour objet que la conservation de la chose; et c'est pour cela que la prime a été payée sur la valeur estimative de la maison des époux Coquerille. Supposons que la créance de Ricklin eût été de 20,000 francs; la compagnie du Phénix, qui n'avait touché qu'une prime sur 5,500 francs, aurait-elle payé cette créance? Non, sans doute; alors elle aurait excipé de son contrat, en disant qu'elle ne s'était obligée qu'à payer 5,500 francs.

» A la vérité, Ricklin ne s'est point *porté fort* pour les époux Coquerille, et n'a point non plus stipulé comme leur mandataire; mais il a géré l'affaire d'autrui, et agi comme *negotiorum gestor*. Son but était d'empêcher la destruction de la maison, et il obligeait les propriétaires à l'indemniser de tous les engagemens personnels qu'il prenait pour y parvenir (art. 1372 et 1373 du Code civil). D'ailleurs, les propriétaires ont approuvé le fait du *negotiorum gestor*, en permettant l'apposition de la plaque sur leur maison, et en remboursant le montant de la prime d'assurance.

» Il est dès-lors impossible de se prévaloir des dispositions des art. 1119, 1121 et 1165 du Code civil.

» En définitive, quel serait le résultat du système de la compagnie du Phénix? ce serait de faire consacrer, par la justice, une convention immorale, en ce que cette compagnie, en isolant le propriétaire du créancier qui fait assurer, ne donnerait jamais à celui-ci l'équivalent de ce qu'elle en reçoit, et aurait en outre l'expectative de récupérer, contre le propriétaire, ce qu'elle aurait donné au créancier.

» *La prime* est *l'équivalent du risque*; ainsi, en payant, la compagnie du Phénix ne fait que restituer ce qu'elle a reçu; et cependant elle n'entend restituer qu'une somme moins forte!

» D'un autre côté, puisqu'elle n'a point traité directement avec le débiteur propriétaire, dont cependant elle remplirait l'engagement vis-à-vis du créancier, elle pourrait donc lui réclamer le paiement qu'elle aurait fait à sa décharge. Dès-lors, la maison du débiteur aurait été incendiée, et il ne serait pas même libéré!

» La rigueur du droit et la simple équité s'opposent, dans l'intérêt même de la compagnie du Phénix, à ce qu'un pareil système soit consacré ».

Les intimés répondent

« Que le contrat d'assurance est un contrat aléatoire du droit civil, régi conséquemment par les lois générales des obligations conventionnelles ordinaires;

» Que, d'après l'art. 1119 du Code civil, nul ne peut stipuler en son nom que pour soi-même, et que, d'après l'art. 1165, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, et qu'elles ne nuisent ni profitent aux tiers que dans les cas prévus par l'art. 1121;

» Que, d'après cet article, elles ne profitent au tiers que lorsqu'elles ont été faites à son profit, c'est-à-dire, qu'il a été nommé dans la condition d'une stipulation faite pour le stipulant lui-même;

» Que même, dans ce cas, la stipulation ne profite au tiers que lorsqu'il a déclaré vouloir en profiter dans un temps où le corps certain et déterminé qui est l'objet de l'obligation, existe, parce qu'il est de l'essence de tout engagement synallagmatique *aléatoire*, qu'il y ait réciprocité de devoirs et de risques, soit au moment où il se forme entre les contractans, soit, quant au tiers, au moment où il use du droit de se le rendre commun;

» Que jamais un assuré ne peut utilement stipuler de valeurs supérieures à celles de la perte desquelles il entend être garanti; le contrat d'assurance ne pouvant, en aucun cas, être pour lui une occasion de gain;

» Que, dans l'espèce, Ricklin n'a assuré qu'en son nom propre et comme créancier hypothécaire

BIU Cujas

de Louis Coquerille, qu'il n'a pas d'ailleurs déclaré stipuler en son nom pour compte dudit Coquerille; que, l'eût-il fait, Coquerille n'ayant manifesté la volonté de profiter de l'assurance qu'après le sinistre prévu par la police, sa déclaration tardive eût été faite inutilement; qu'ainsi, réduit à l'hypothèse d'une assurance faite par un créancier dans l'intérêt de la conservation de son hypothèque, lequel ne peut excéder le montant de la créance qu'il courait risque de perdre, en cas de perte de son gage par incendie, le propriétaire du gage incendié n'est pas fondé à réclamer pour lui-même, et sans intérêt pour l'assureur en nom ».

Sur ces débats, arrêt du 27 juin 1823, ainsi conçu :

» Considérant qu'aux termes de la police donnée au sieur Ricklin, le 29 avril 1821, les objets désignés sont assurés contre l'incendie, pour leur valeur être remboursée par la compagnie française du *Phénix*, jusqu'à concurrence de 5,500 francs;

» Que, pour que la garantie de la compagnie n'ait porté que sur la créance hypothécaire du sieur Ricklin, il eût été nécessaire qu'il eût stipulé dans l'intérêt positif et exclusif de sa créance, en en spécifiant la quotité en principal et accessoires, et qu'il y eût eu une prime d'assurance proportionnée à l'objet garanti, tandis qu'il n'existe aucune énonciation de la créance qu'on dit être de 14 à 1,500 francs;

» Qu'au lieu de cela, la prime d'assurance a été d'un et demi par mille pour la somme de 5,500 francs;

» Que, tout en prenant, dans l'intitulé de la police, la qualité de créancier hypothécaire sur les propriétés de Louis Coquerille, à Monteux-Château, il déclare faire assurer les propriétés bâties de ce dernier, habitées par le fermier de son débiteur, pour une valeur estimative de 5,500 francs, dont il paie la première prime de 11 francs 25 centimes et souscrit des billets pour les six autres années suivantes;

» Que, de même que tout autre, le contrat d'assurance doit s'apprécier par la nature des obligations qui y sont réciproquement consenties; que l'obligation que la compagnie du *Phénix* a textuellement contractée, est de payer, en cas d'incendie de la maison de Louis Coquerille, une somme déterminée, et moyennant une redevance proportionnelle, avec la seule réserve de l'option de rebâtir ou de réparer le dommage, si elle y trouve son bénéfice;

» Que cette indemnité ne peut être revendiquée par l'assureur, qui, dans ce cas, aurait fait un contrat immoral et contraire à l'ordre public; qu'il en résulte la conséquence qu'elle doit profiter au propriétaire;

» Que rien ne répugne à ce qu'un créancier, qui peut n'avoir prêté les fonds que pour obliger son débiteur, prenne sur lui l'administration d'un intérêt devenu commun, le gère pour le mieux, sans sa participation, et même à son insu, en se constituant ainsi son mandataire;

» Que le créancier peut avoir un intérêt réel à faire garantir toutes les propriétés de son débiteur et au profit de son débiteur comme au sien, soit pour sûreté d'obligations éventuelles ou cédulaires, soit pour le paiement des intérêts de sa créance non conservés par l'inscription hypothécaire;

» Qu'au cas particulier, le débiteur, obligé de laisser sa maison à des fermiers, et sachant qu'elle était assurée pour toute sa valeur, par son créancier, a pu s'estimer suffisamment garanti, et se croire dispensé de toute diligence personnelle, surtout si, comme il le prétend, et comme le créancier l'a déclaré, il l'a remboursé de la prime et des frais;

» Qu'enfin, les contrats d'assurance doivent être d'autant plus restreints et déterminés dans leur objet, et les titres de créances justifiés, qu'il peut résulter les plus grands abus de l'exagération des estimations ou des supppositions de titres;

» Par ces motifs, la cour, prononçant sur l'appel du jugement rendu entre les parties, par le tribunal civil de Belfort, le 12 novembre 1822, a mis et met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, faisant droit au principal, condamne la compagnie du *Phenix* à payer à l'appelant la somme de 5,500 francs, prix porté dans l'assurance, après déduction faite du montant de la créance de Ricklin, en principal, intérêts et frais conservés par son inscription, si mieux n'aime ladite compagnie faire rétablir ladite maison et dépendances, ou faire procéder contradictoirement à l'évaluation du dommage, conformément à la police; et qu'elle sera tenue d'opter dans le mois de la signification du présent arrêt à domicile; condamne la compagnie intimée aux dépens des causes principale et d'appel (1).

La compagnie du *Phénix* se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant les art. 1102, 1104, 1119, 1121 et 1165 du Code civil.

« Cet arrêt (dit-elle) reconnaît, en fait, et il est prouvé par la police même d'assurance, que le sieur

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 23, partie 2, page 250.

BIU Cujas

Ricklin a *seul* figuré dans ce contrat; qu'il n'y a figuré que comme *créancier hypothécaire;* que c'est *lui seul* qui a *payé* la prime de la première année, et qui a souscrit les billets pour les autres années. L'exécution du contrat a-t-elle été conforme à son essence ? De ce fait fondamental découle donc la nécessité d'appliquer les dispositions du Code civil invoquées par la compagnie. Suivant l'art. 1119, on ne peut, en général, s'engager ni stipuler, *en son propre nom*, que pour soi-même. L'art. 1165 confirme le même principe, lorsqu'il dit que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes : elles ne nuisent point aux tiers; elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art. 1121. Or, dans l'espèce, on ne se trouve pas dans le cas de l'exception portée par cet article. Il faut donc appliquer le principe, puisque c'est en *son propre nom*, dans son intérêt personnel, que le créancier hypothécaire a fait assurer. Ainsi, la cour de Colmar a contrevenu aux trois articles cités, lorsqu'elle a jugé que la police du 29 avril 1824 pouvait justifier l'action des époux Coquerille.

» Sous un autre rapport, l'arrêt attaqué présente une nouvelle contravention. Quoique aléatoire de sa nature, le contrat n'en est pas moins *synallagmatique et commutatif*. Les caractères d'un semblable contrat sont définis par les art. 1105 et 1104 du Code civil. La cour de Colmar aura nécessairement commis un excès de pouvoir et violé ces deux articles, si elle a attribué le caractère et la force d'un contrat synallagmatique et commutatif à une prétendue convention implicite et indirecte, telle de sa nature que *l'une des parties se trouvera obligée, tandis que l'autre serait libre de tout lien obligatoire*. Or, c'est dans cette situation que se trouveraient les parties, si on admettait le système adopté par l'arrêt attaqué. D'un côté, dans le cas de sinistre, la compagnie était tellement tenue de payer la somme assurée aux époux Coquerille, que, de fait, l'arrêt l'a condamnée à la payer. D'un autre côté, et dans le cas où il n'y aurait pas eu d'incendie, les époux Coquerille étaient-ils tenus de *payer* la prime ? La compagnie aurait-elle eu titre ou action pour les y contraindre ? Il ne faut pas hésiter à répondre négativement, puisqu'il est constant que les billets de prime, payables annuellement, étaient souscrits par le sieur Ricklin seul et personnellement. Le contrat n'était donc pas synallagmatique et commutatif entre la compagnie et les époux Coquerille; il ne les liait pas réciproquement; il n'existait pas à leur égard. Enjugeant le contraire, la cour de Colmar a violé les art. 1102 et 1104 du Code civil.

» Vainement la cour de Colmar a-t-elle considéré que l'assurance a été faite jusqu'à concurrence de 5,500 francs, valeur totale de la maison, et que, pour que la garantie de la compagnie n'ait été portée que sur la créance hypothécaire du sieur Ricklin, il eût été nécessaire qu'il eût stipulé dans l'intérêt passif et exclusif de sa créance, et en en spécifiant la quotité en principal et accessoires. Ce fait était tout-à-fait étranger à la compagnie. Ce n'était pas à elle de savoir ou de s'inquiéter quel était le *montant* de la créance de son assuré. La seule chose à considérer pour elle, c'était le fait de savoir si l'immeuble offert à l'assurance, valait effectivement 5,500 francs. Quant à l'appréciation, ainsi que le dit l'arrêt lui-même, l'assuré peut avoir de puissans motifs de l'exagérer, soit pour sûreté d'obligations éventuelles, soit pour le payement des intérêts de sa créance non conservée par l'inscription hypothécaire. Ainsi, jusqu'à l'avènement du sinistre, l'assureur n'a nullement à s'occuper d'une fixation qui est l'ouvrage du créancier, et qui, si elle est exagérée, sera toujours, en cas de sinistre, réduite au montant vérifié de la créance assurée, et l'assureur devra restituer une partie de la prime par lui reçue. Ce principe est constamment appliqué en matière d'assurances maritimes; il doit l'être dans les assurances terrestres. De ce que l'assurance a été faite pour une somme plus forte que celle qu'un créancier hypothécaire avait le droit de faire assurer, il ne faut donc pas conclure que l'excédant d'indemnité, en cas de sinistre, doit profiter au propriétaire de la maison assurée. Cette conséquence est inadmissible, parcequ'il est impossible que celui qui n'a pas été partie au contrat, puisse invoquer la garantie née de l'assurance. Il n'y a lieu, dans ce cas, qu'au ristourne.

» L'arrêt attaqué prétend que le sieur Ricklin a pu se constituer *mandataire* de son débiteur, gérer l'intérêt devenu commun. On peut accorder qu'un individu a la faculté de se constituer le *negotiorum gestor*, le *quasi-mandataire* d'autrui. Mais là n'est point la question : elle consiste à savoir si le quasi-mandataire oblige son quasi-mandant, lorsque, comme dans l'espèce, il stipule en son propre nom, sans exprimer que c'est pour le compte du mandant qu'il agit. Or, la négative n'est pas douteuse, parceque les termes des art. 1119, 1121 et 1165 du Code civil sont formels, parcequ'il résulterait du système admis par la cour de Colmar, que la compagnie se trouverait liée envers les époux Coquerille, et que ceux-ci ne le seraient pas envers elle.

« Doit-on répondre à ce motif que les époux Coquerille, sachant que la maison était assurée pour toute sa valeur, ont pu se croire suffisamment garantis ? L'erreur sur l'existence d'un droit ne peut pas être attributive de ce droit. D'ailleurs, cette erreur n'a pu exister dans l'espèce, puisque, soit lors du contrat, soit lors du sinistre, le sieur Ricklin a seul

BIU Cujas

paru comme assuré; et les époux Coquerille ne se considérant pas comme tels, n'ont fait aucun des actes qu'ils eussent dû faire en cette qualité.

» Enfin, la considération d'intérêt public se retorque contre le système de l'arrêt. C'est précisément parceque l'exagération, dans les estimations ou dans les droits des assurés, peut amener des incendies volontaires, qu'il importe de réprimer un système qui gratifierait de tous les droits de l'assurance le propriétaire qui n'aurait rien promis ni rien donné ».

Par arrêt du 29 décembre 1824, au rapport de M. Liger de Verdigny, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu qu'un créancier a incontestablement le droit de veiller à la sûreté de sa créance et de faire tous les actes conservatoires pour en assurer le paiement;

» Attendu, en fait, que ce n'est pas le montant de la créance hypothécaire, dont il n'est fait aucune mention dans la police d'assurance, mais le fonds hypothéqué lui-même que Ricklin a fait assurer contre l'incendie;

» Qu'ainsi, Ricklin ayant pourvu simultanément, et à son propre intérêt et à celui des propriétaires, la cour royale de Colmar a dû le considérer comme le *negotiorum gestor*, et obliger les assureurs à exécuter l'obligation par eux contractée, quel que pût en être le résultat en faveur du propriétaire, résultat qui d'ailleurs n'aggravait et ne changeait en rien la condition des assureurs;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».

On voit qu'en prononçant ainsi, la cour de cassation n'a tenu aucun compte, ni de la partie des motifs de l'arrêt de la cour royale de Colmar, qui semblait supposer une sorte de ratification donnée par les sieur et dame Coquerille, avant qu'ils eussent intenté leur action, à la police d'assurance du 29 avril 1821, ni des moyens de cassation que les assureurs prétendaient tirer des art. 1102, 1104, 1119 et 1165 du Code civil, que cet arrêt avait, selon eux, violés, en jugeant obligatoire en faveur des sieur et dame Coquerille, un contrat qui leur était étranger, et ne les liait pas; qu'elle a réduit toute la cause à la seule question de savoir si c'était comme *negotiorum gestor* des sieur et dame Coquerille, que le sieur Ricklin, en faisant assurer leur maison pour le montant de sa créance, l'avait en même temps fait assurer pour l'excédant de la valeur à laquelle l'avait portée l'estimation qui en avait été faite; et qu'elle s'est bornée à résoudre cette question pour l'affirmative, en se référant aux raisons inexpugnables qu'en avait données la cour royale de Colmar.

Pourquoi s'en est-elle tenue là? Pourquoi n'a-t-elle pas ajouté que, cette question ainsi résolue, tous les moyens de cassation des assureurs tombaient d'eux-mêmes? Parceque cela était inutile à dire; parceque, du moment qu'il était reconnu que le sieur Ricklin avait agi comme *negotiorum gestor* des sieur et dame Coquerille, relativement à la partie de la valeur de leur maison qui excédait le montant de sa créance, la cause devait nécessairement être jugée, non d'après la disposition de l'art. 1120, suivant laquelle on ne peut s'obliger pour un tiers qu'en se portant fort pour lui, mais d'après celle de l'art. 1121, dans laquelle il est dit qu'on *peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même*. En effet, il était évident que le sieur Ricklin était censé avoir dit aux assureurs : Si je ne traitais avec vous que dans mon intérêt personnel et pour la seule conservation de ma créance, nous ne calculerions et nous ne pourrions calculer la prime que sur le montant de ma créance même. Mais comme je traite aussi avec vous en qualité de *negotiorum gestor* des sieur et dame Coquerille, je consens que la prime soit calculée sur la valeur entière de leur maison; et en m'obligeant de vous la payer à ce taux, je leur réserve, comme condition expresse de notre traité, le droit d'exiger de vous, en cas de sinistre, l'excédant de cette valeur sur ma créance.

SUBROGATION DE CHOSE. 1° *Avant la loi du 17 nivôse an 2, la rente foncière était-elle subrogée, dans la personne du bailleur, à la qualité de propre paternel ou maternel qu'avait cette rente entre ses mains?*

2° *Lui était-elle subrogée, lorsqu'elle était stipulée rachetable?*

3° *Lui était-elle subrogée, lorsque, par le bail à rente, il avait été donné des deniers d'entrée au bailleur?*

4° *Lui était-elle subrogée dans les coutumes où le bail à rente rachetable, ou fait avec deniers d'entrée, était soumis au retrait, soit féodal, soit lignager?*

Ces questions sont traitées à l'article *Rente foncière, Rente seigneuriale*, §. 3, n° 2.

SUBROGATION DE PERSONNE, §. I. *La subrogation stipulée, etc.*

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1825, page 25.

BIU Cujas

Page 48, *col.* 1, *supprimez les lignes* 50, 51, 52 (1) *et les mots* §. III *de la ligne* 53, *et substituez-y ce qui suit:*

§. II. *Pour conserver au subrogataire, etc.*

SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE, §. II. *Page* 52, *col.* 1, *à la fin de la ligne* 14 (2), *ajoutez en note:*

Cette assertion est-elle bien exacte? *V.* l'article *Secondes noces*, §. 4.

§. III. *Page* 34, *col.* 1, *après la ligne* 20 (3), *ajoutez:*

3° *Sous la législation actuelle, y aurait-il substitution fidéicommissaire, soit dans l'un, soit dans l'autre cas?*

I. La seconde de ces questions s'est présentée, et je l'ai discutée en même temps que la première, dans l'espèce suivante.

Page 65, *col.* 2, *après la ligne* 29 (4), *ajoutez:*

II. Mais aujourd'hui, qu'aux termes de l'art. 896 du Code civil, la substitution prohibée emporte la nullité de la disposition principale qu'elle a pour objet de grever, pourrait-on encore juger qu'il y a substitution dans une donation entre-vifs qui serait faite, soit *à tel* ET *à ses enfans à naître*, *soit à tel* OU *à ses enfans à naître*?

Non, parcequ'à la différence de l'ordonnance de 1731, dont les art. 11 et 12 permettaient les donations entre-vifs en faveur de personnes non encore conçues, l'art. 906 du Code civil déclare incapables de recevoir par donations entre-vifs les personnes non encore conçues au moment de la disposition, et par testament les personnes non encore conçues à l'époque du décès du testateur.

En effet, il n'en est pas d'une substitution infectée d'un vice qui lui est propre, et qui la rendrait sans effet alors même qu'elle serait permise, comme d'une substitution qui n'est que prohibée. La nullité de celle-ci vicie la disposition principale qu'elle a pour objet de grever; mais la nullité de celle-là ne frappe que la clause qui la renferme, et la fait seulement réputer non écrite (5). Ainsi, dit M. Rolland de Villargues, dans son *Traité des substitutions prohibées par le Code civil*, n° 158, la doctrine de Furgole, adoptée par l'arrêt de la cour de cassation, du 17 messidor an 11, quoique *très-conforme aux principes sous l'empire d'une législation qui autorisait les substitutions, puisque alors le testateur devait être censé n'avoir écrit rien d'inutile, ne peut plus être invoquée aujourd'hui, parceque la donation aux enfans* à naître *étant nulle en elle-même, on ne peut induire une substitution d'un acte qui, sous aucun rapport, ne pourrait jamais être obligatoire.*

§. IV, n° 1. *Page* 65, *col.* 2, *après la ligne* 54 (1), *ajoutez:*

4° *Y a-t-il substitution fidéicommissaire dans une disposition à titre gratuit, par cela seul qu'il s'y trouve une clause de retour au profit d'autres personnes que le disposant?*

I. Voici une espèce dans laquelle j'ai traité la première de ces questions:

« Le sieur Lemoine avait un frère, etc. »

Page 66, *col.* 2, *à la fin de la ligne* 49 (2), *ajoutez en note:*

Voyez le *Traité des substitutions prohibées par le Code civil*, par M. Rolland de Villargues, n° 294.

Page 70, *col.* 1, *ligne* 21 (3), *après le mot* prohibées, *ajoutez:* par l'art. 896 du Code civil, hors des cas exceptés tant par cet article que par la loi du 27 mai 1826, mais même emportent, hors de ces cas, la nullité, etc.

Même page et même col., ligne 41 (4), *après les mots* n° 7, *ajoutez:* et sur lequel je reviendrai encore ci-après, n° 4-3°, savoir, etc.

N° III. *Page* 70, *col.* 2, *supprimez-en les* 22 *dernières lignes, la page* 71, *les* 48 *premières lignes de la col.* 1, *page* 72 (5), *et substituez-y ce qui suit:*

Cette question a été agitée au sujet d'un testament olographe fait à Bruxelles, le 6 ventôse an 12, par le sieur Lamberts, et qui contenait, entre autres dispositions, trois articles ainsi conçus:

---

(1) *Page* 18, *col.* 2, *ligne* 45, *et tome* 6, *page* 753, *col.* 2, *ligne* 25 (2e édition).

(2) *Page* 22, *col.* 1, *ligne* 46 (2e édition).

(3) *Page* 24, *col.* 1, *ligne* 42 (2e édition).

(4) *Page* 35, *col.* 1, *ligne dernière* (2e édition).

(5) *V.* ci-après, §. 4, n° 4-1°, et §. 14.

(1) *Tome* 6, *page* 755, *col.* 2, *ligne dernière* (2e édition).

(2) *Page* 36, *col.* 2, *ligne* 2 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 754, *col.* 1, *ligne* 15 (2e édition).

(4) *Même page et même col., ligne* 35, (2e édition).

(5) *Tome* 6, *page* 754, *col.* 2, *ligne* 33 (2e. édition).

BIU Cujas

» 10. Je nomme et institue pour mes héritiers universels, aux conditions et sous les modifications ci-après, dans tous mes biens, tant meubles qu'immeubles, les enfans de mon neveu Lambrichs, et de ma nièce, épouse de J.-A. Kessel, née Lambrichs, par égales portions et par têtes.

» 11. J'entends, veux et ordonne que, sous le nom d'enfans de mon neveu Lambrichs, et de ma nièce, sa sœur, épouse de J.-A. Kessel, soient compris ceux à naître, *quoiqu'ils ne fussent pas encore conçus au temps de mon décès*...

» 12. Je veux et ordonne que le partage des biens laissés aux enfans nés et à naître de mondit neveu et de madite nièce Kessel, née Lambrichs, ne pourra se faire que lorsque le plus jeune desdits enfans nés et à naître aura atteint l'âge de majorité complète. Pendant cet état de suspension, les enfans jouiront de leurs parts dans les revenus, et les parts des mineurs seront appliquées en acquisition de biens-fonds à leur profit, sauf que ces parts seront soumises à la réductibilité en faveur de chaque enfant à naître de mondit neveu et de madite nièce, tellement que les droits et les parts et portions de chacun dans la propriété et les revenus, ne seront définitivement déterminées et fixées qu'à la majorité desdits enfans nés et à naître ».

Le testateur étant mort le 23 frimaire an 13, la dame de Werts, exerçant pour un tiers les droits de l'héritier *ab intestat*, a prétendu que l'institution était nulle, parcequ'elle contenait une substitution prohibée par l'art. 896 du Code civil.

Déboutée de sa prétention par un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, du 9 janvier 1818, elle en a appelé à la cour supérieure de justice de la même ville; et voici comment elle a exposé ses griefs :

« Si le testateur n'avait institué que les enfans du sieur Lambrichs et de la dame Kessel, qui existeraient au moment de son décès, on concevrait qu'il n'eût point fait de substitution proprement dite, quoiqu'il ait bien clairement ordonné que ses biens restassent indivis jusqu'à la majorité du plus jeune d'entre eux, que ceux-là seuls vinssent effectivement au partage qui atteindraient leur majorité complète, et que les portions de ceux qui décéderaient auparavant, accrussent à ceux qui leur survivraient...

» Mais ce n'est point là notre espèce. Le testateur n'a pas seulement appelé ceux de ses petits-neveux qui existeraient au moment de son décès : il a encore appelé ceux qui ne naîtraient qu'après : *je veux et ordonne*, a-t-il dit, *que, sous le nom d'enfans de mon neveu Lambrichs et de ma nièce Kessel, soient compris ceux à naître, quoiqu'ils ne fussent pas encore conçus au temps de ma mort;* et c'est entre tous ses petits-neveux nés au moment de son décès et *à naître* postérieurement, qu'il a ordonné que le partage se ferait à la majorité du plus jeune d'entre eux.

» Or, a-t-il pu disposer de cette manière sans grever de substitution ceux de ses petits-neveux qui se trouveraient nés ou conçus à l'époque de l'ouverture de sa succession ?

» Il ne l'aurait pu qu'autant qu'il eût été en son pouvoir d'instituer directement ceux de ses petits-neveux qui ne seraient conçus que postérieurement à cette époque.

» Mais d'après l'art. 906 du Code civil, nul n'est capable de recevoir par testament, s'il n'est conçu lors du décès du testateur.

» Les petits-neveux du sieur de Lamberts, non encore nés ni conçus lors de son décès, ne pouvaient donc être, de sa part, l'objet d'aucune disposition directe. Il n'a donc pu les instituer directement.

» Et cependant il a voulu qu'ils vinssent au partage de ses biens, concurremment avec leurs frères ou cousins-germains conçus avant sa mort. Il a fait plus : il a voulu que, pour former leurs portions dans ce partage, on *réduisît* celles qu'y eussent prises leurs frères ou cousins-germains, si ceux-ci ne les avaient pas eus pour concurrens.

« C'est donc comme s'il eût dit en termes exprès : *Je charge mes petits-neveux conçus au temps de ma mort, de conserver et de rendre à leurs frères ou cousins-germains qui ne seront conçus qu'après, la partie de mes biens qui sera nécessaire pour composer à ceux-ci des lots égaux aux leurs.* C'est par conséquent comme s'il eût dit : *Je substitue mes petits neveux non encore conçus au moment de ma mort, à ceux qui le seront à cette époque, jusqu'à la concurrence de ce qu'il faudra détacher des lots des seconds, pour mettre les premiers de niveau avec eux.*

» En effet, du moment que, ne pouvant pas instituer directement ses petits-neveux non encore conçus au moment de sa mort, il a cependant voulu qu'ils concourussent au partage de ses biens, il est impossible de ne pas considérer les petits-neveux conçus au moment de sa mort, comme les entrepositaires qui devaient faire arriver jusqu'à eux les parts qu'il leur assignait; il est impossible que les petits-neveux conçus après sa mort, reçoivent immédiatement leurs parts de ses mains propres; il est impossible qu'ils reçoivent leurs parts d'autres mains que de celles de leurs frères ou cousins-germains; et, par une conséquence nécessaire, il est impossible que ceux-ci ne soient pas grevés de substitution en faveur de ceux-là.

» Qu'importe, dès-lors, que le mot *substitution* ne se trouve pas dans le testament ? Il y a nécessairement substitution toutes les fois qu'il y a, outre

BIU Cujas

les donataires qui reçoivent directement des mains du donateur, d'autres donataires à qui, soit par la volonté expresse de celui-ci, soit par la nature des choses, la donation ne peut arriver que par l'intermédiaire des donataires directs; et telle est visiblement notre espèce.

» Mais voyons ce qu'oppose à des vérités aussi claires le jugement du tribunal de première instance.

» On y reconnaît d'abord le principe que *la circonstance la plus caractéristique des substitutions consiste en ce que l'institué est en même temps chargé de conserver pour rendre; ce qui présuppose nécessairement un ordre successif de pleine jouissance entre les héritiers saisis en première ligne, et les autres héritiers appelés après eux.*

» Mais, ajoute-t-on aussitôt : *dans l'espèce, le testateur a appelé directement dans le même ordre et sur la même ligne tous les enfans de son neveu Lambrichs et de sa nièce Kessel; il n'a ordonné aucune chute ni transmission de l'un de ces neveux au profit des autres; au contraire, pour écarter toute idée d'ordre successif et de fidéicommis réciproque entre eux, il a déclaré en termes exprès que les droits et parts de chacun d'eux dans la propriété et les revenus, ne seraient définitivement fixés et déterminés qu'à la majorité du plus jeune; de manière que ses petits-neveux n'étaient réellement appelés que sous la condition qu'ils existeraient à cette époque indéfinie. Ainsi, ceux qui alors se sont trouvés ne plus exister, ont été ou devaient être censés n'avoir jamais été appelés, et, par suite, n'avoir rien eu à conserver pour rendre.*

» Tout cela serait bon, s'il n'y avait d'appelés que ceux qui existaient au moment du décès du testateur. Mais avec eux sont aussi appelés ceux qui naîtront après. Or, on l'a déjà dit, et on ne saurait trop le répéter, ceux qui sont nés après la mort du testateur, ne peuvent pas être appelés directement : ils sont incapables de recevoir, et le testateur ne peut pas les relever de cette incapacité. Cependant il les appelle par une disposition directe; il veut qu'ils concourent au partage. Il fait donc autre chose que ce qu'il dit réellement; il entend donc qu'ils recevront des mains de ceux qui sont nés avant sa mort, ce qu'ils ne peuvent pas recevoir des siennes; il établit donc, des uns aux autres, un ordre successif, une *chute*, une *transmission*. Soutenir le contraire, c'est dire, en d'autres termes, qu'il veut que sa disposition reste sans effet à l'égard des petits-neveux qui naîtront après sa mort; car elle ne peut s'accomplir que par l'interposition des petits-neveux conçus auparavant.

» *Ceux qui existaient à l'époque du décès* (dit-on encore) *sont censés, à l'égard de ceux qui pouvaient naître postérieurement, n'avoir rien à restituer à ces derniers, vu qu'ils n'avaient pas été institués dans les quotités proportionnées au nombre de ceux des neveux qui avaient existé au décès du testateur, mais bien au nombre de ceux qui se sont trouvés ou se trouveraient exister au moment de la majorité du plus jeune d'entre eux.*

» Non, sans doute, il n'y aurait pas eu de restitution à faire, de la part des petits-neveux nés avant la mort du testateur aux petits-neveux nés depuis, si les seconds avaient été capables de recevoir directement du testateur. Mais cette capacité, ils ne l'avaient pas. Ils n'ont donc pu arriver aux biens du testateur que par l'intermédiaire des premiers. Il faut donc bien que les premiers aient été chargés virtuellement, par le testateur lui-même, de leur restituer les parts qu'il leur a assignées.

» Supposons un cas qui n'est pas, à beaucoup près, impossible : supposons que tous les petits-neveux nés avant la mort du testateur, viennent à décéder avant que le plus jeune des enfans nés depuis ait atteint sa majorité. A quel titre ces derniers viendront-ils à la succession du testateur? Ce ne sera sûrement pas à titre d'institués, car leur institution est nulle; ce ne sera donc qu'à titre de substitués. Il y a donc nécessairement substitution dans la disposition qui les appelle.

» Nous reviendrons dans l'instant sur cette observation décisive. Quant à présent, suivons l'ordre des argumens du tribunal de première instance.

» *Il est inexact de dire* (ce sont ses termes) *que, de cette manière, la propriété des biens serait restée en suspens, vu que, dans le fait, elle a résidé* DANS LE CHEF DE TOUS LES ENFANS NÉS ET A NAÎTRE COLLECTIVEMENT, *jusqu'a la majorité du plus jeune d'entre eux, époque à laquelle elle s'est irrévocablement fixée, et a dû se diviser entre ceux qui alors se sont trouvés composer cette masse collective; de sorte que ces neveux et nièces alors existans ne recevront rien, ou plutôt n'ont rien reçu des prédécédés, mais sont censés avoir recueilli la portion qui leur était attribuée par suite de la vocation directe et immédiate du testateur.*

» C'est toujours, comme l'on voit, la même erreur qui sert de pivot aux raisonnemens du tribunal de première instance. Non, les petits-neveux qui étaient nés avant la mort du testateur, n'ont rien reçu de ceux de leurs frères ou cousins-germains qui, étant nés avant la même époque, étaient morts antérieurement à la majorité du plus jeune; et la raison en est bien simple : c'est que, par l'accomplissement de la condition résolutoire sous laquelle ceux-ci avaient été institués, leur institution était réputée non écrite, et que par conséquent ceux qui leur

BIU Cujas

survivent sont censés avoir reçu immédiatement des mains du testateur les portions que les prédécédés n'ont réellement jamais atteintes. Mais les petits-neveux qui ne sont nés qu'après la mort du testateur, de qui recevront-ils les parts qu'il leur a assignées? A coup sûr ce ne sera pas de ses mains : il n'a pu rien transmettre directement à des êtres qui, au moment de sa mort, étaient encore dans le néant. Ils ne pourront donc recevoir que des mains de ceux des petits-neveux qui, nés avant la mort du testateur, existeront encore à l'époque du partage définitif. Or, comment recevraient-ils des mains de ces derniers, s'il n'y avait pas de substitution?

» Au surplus, nous prenons acte de l'aveu du tribunal de première instance, que, jusqu'à la majorité du plus jeune des petits-neveux, la propriété doit *résider dans le chef d'eux tous collectivement*, et que c'est cette *masse collective* qui est propriétaire. Cet aveu, qui n'est qu'un hommage rendu à une vérité incontestable, ne laisse pourtant pas d'être ici de quelque importance; car il en résulte clairement que, quoique ceux des petits-neveux nés avant la mort du testateur, qui sont aujourd'hui décédés, ne puissent pas être considérés comme ayant été grevés de substitution en faveur des petits-neveux nés depuis, il n'en est pas de même de la *masse collective* des premiers, et que c'est à cette masse que les seconds se trouvent substitués.

» Mais, dit le tribunal de première instance, y aurait-il substitution au profit des enfans à naître après la mort du testateur, si ceux-ci avaient été capables d'être institués directement? Non certes, et l'arrêt du conseil de Brabant, du 26 février 1650, rapporté par Stockmans, §. 26, nous en offre la preuve; car là, comme ici, un testateur avait institué collectivement ses neveux qui existeraient à sa mort, et ses neveux qui naîtraient postérieurement; et cependant ce n'est pas comme substitués, c'est comme institués que cet arrêt a fait concourir, avec les neveux existans à la mort du testateur, les neveux conçus et nés depuis.

» Oui, sans doute, c'est comme institués, et non comme substitués, que, dans cette espèce, les neveux conçus et nés après la mort de leur oncle, sont venus à sa succession; mais pourquoi? Parcequ'alors on pouvait, par testament, disposer au profit d'enfans à naître après la mort du testateur, non seulement par simple legs, comme le prouvent une foule de textes du droit romain (1), mais encore par institution d'héritier proprement dite, comme il résulte notamment de la loi 94, D. *de heredibus instituendis*.

» En est-il encore de même aujourd'hui? L'art. 906 du Code civil décide nettement que non. La première qualité requise aujourd'hui pour être habile à recevoir par testament, c'est d'exister au moment de la mort du testateur, et de là il suit nécessairement que les petits-neveux du sieur de Lamberts qui n'ont été conçus qu'après sa mort, n'ont pas pu être institués par lui. Mais s'ils ne peuvent pas venir à sa succession comme institués, à quel titre y viendront-ils donc? Ce sera indubitablement comme substitués.

» Point du tout (répond le tribunal de première instance), ils n'y viendront, si leurs co-institués le veulent, à aucun titre. Tout ce qui résulte de leur incapacité de venir comme institués, c'est que leur institution est nulle. Mais cette nullité, ce n'est qu'à leurs co-institués qu'appartient le droit de la faire valoir.

» Voilà donc la dernière ressource du tribunal de première instance : c'est de dire que l'institution des petits-neveux à naître après la mort du testateur, ne peut pas, par cela seul qu'elle est nulle comme telle, être convertie en substitution.

» Mais vaine et frivole défaite!

» Que dirait-on de la clause d'une donation entre-vifs, par laquelle le donateur, au lieu d'user de la faculté que lui laisse l'art. 951 du Code civil, de stipuler le retour à son profit en cas de prédécès du donataire, le stipulerait au profit d'un tiers? et que répondrait-on à l'héritier du donateur qui viendrait soutenir que la donation est nulle, parcequ'elle renferme virtuellement une substitution au profit du tiers appelé illégalement au droit de retour?

» En serait-on quitte pour dire que la stipulation du droit de retour est nulle, mais que la donation n'en demeure pas moins valable, parceque le donateur n'ayant pas exprimé littéralement la volonté de faire une substitution, l'on ne peut pas réputer telle une simple clause de retour?

» Non certes, et l'héritier du donateur répliquerait victorieusement, avec l'arrêt de la cour de cassation du 22 juin 1812, que, si la clause de retour ne contient pas le mot *Substitution*, elle en renferme au moins la substance (1).

» Eh bien! il en est de même ici. Le sieur de Lamberts n'a pas dit expressément : *Je charge la masse collective de mes petits-neveux existans à l'époque de mon décès, de conserver et de rendre à mes petits-neveux qui naîtront après, une por-*

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Légataire*, §. 2, n° 4.

(1) *V.* le n° suivant.

BIU Cujas

tion de mes biens, ou même le tout, s'ils viennent à mourir avant la majorité du plus jeune de ceux-ci; mais il l'a dit en termes équipollens; et il est nécessairement censé l'avoir dit, puisque ce n'est que par voie de substitution que peut être exécutée l'institution qu'il a faite de ceux de ses petits-neveux qui ne seraient conçus qu'après sa mort.

» Que, lorsqu'une clause est susceptible de deux interprétations, dont l'une lui donnerait l'effet d'une substitution, tandis que l'autre aboutirait à un tout autre résultat, on préfère la seconde interprétation à la première, rien de plus conforme aux principes qui veulent que, dans le doute, on entende toujours les actes dans le sens qui en assure la validité.

» Mais ici que prétend-on? Interpréter l'institution des petits-neveux à naître dans un sens qui exclue l'idée d'une substitution? Non, ce n'est point là qu'en dernière analyse on en veut venir; il est trop évident que cette institution ne peut être exécutée qu'en la convertissant en substitution, et que par conséquent elle équipolle à une substitution expresse. Mais on veut considérer l'institution comme non-écrite; on veut l'effacer du testament; on veut exécuter le testament, comme si elle n'y était pas.

» Oh! cela est impossible. Interprétez, tant qu'il vous plaira et comme il vous plaira, ce qui est écrit; mais ne le supprimez pas. Le testateur n'a écrit l'institution que parcequ'il la voulait, et vous ne pouvez pas diviser sa volonté: ou abandonnez-la tout-à-fait, ou prenez-la telle qu'elle est; il n'y a point de milieu pour vous. Or, telle qu'elle est, elle renferme essentiellement une substitution: c'est donc comme substitution qu'il a voulu qu'elle fût exécutée; et vous n'échapperez pas à cette conséquence irrésistible, en disant que l'institution est nulle, parceque ce serait, en d'autres termes, soutenir qu'elle n'est pas écrite dans le testament; parceque, dès qu'elle est écrite dans le testament, il faut qu'elle y reste, sans qu'aucune puissance humaine ait droit de l'en retirer; parceque, dès qu'elle y reste, il faut que, malgré tous vos efforts, la nullité qui la vicie, se communique à toute la disposition dont elle forme une partie intégrante.

» Il serait vraiment bien commode à des institués sous la charge d'une substitution, de pouvoir dire à l'héritier AB INTESTAT: *La charge que nous a imposée le testateur est nulle; eh! que nous importe? nous n'en demeurons pas moins institués.*

» Mais ce n'est point ainsi que l'entend la loi: il y a substitution (répond-elle), donc l'institution est nulle: vous ne pouvez pas séparer ce qui, de la part du testateur, ne forme qu'un tout invisible.

» Encore un mot.

» Le tribunal de première instance finit par dire, dans son dernier *attendu*, qu'il ne peut y avoir substitution dans un acte *que lorsque la volonté en est clairement manifestée par des termes clairs et précis.*

» Eh bien! cette volonté ne résulte pas seulement ici de ce que le testateur a fait, a écrit, a voulu une institution qui ne pourrait être exécutée que comme substitution: elle résulte encore de ce qu'il a, *en termes clairs et précis*, déclaré que les parts des petits-neveux nés avant sa mort, seraient *soumises à réductibilité en faveur des enfans à naître;* ce qui signifie manifestement que ceux-là se dessaisiront, au profit de ceux-ci, d'une portion des biens qu'ils auront recueillis à l'ouverture de sa succession; ce qui, par conséquent, établit, pour cette portion, une véritable transmission des enfans nés avant, aux enfans nés après le décès du testateur; ce qui, par conséquence encore, constitue, avec la plus grande évidence, l'ordre successif de vocation qui forme le caractère distinctif et essentiel de la substitution ».

En répondant à ces moyens d'appel de la dame Wertz, ses adversaires se sont attachés surtout, parceque c'était là le véritable nœud de la cause, à combattre l'argument que l'on tirait contre eux de la disposition de l'art. 906 du Code civil.

« On sait (ont-ils dit) qu'avant le Code civil, et aux termes de l'art. 12 de l'ordonnance de 1731, une donation ordinaire ou hors contrat de mariage, faite par un collatéral ou un étranger en faveur des enfans nés et à naître d'un individu désigné, et acceptée par les enfans déjà nés, était valable, même en France, à l'égard des enfans nés et conçus dans la suite, quoique personne ne l'eût acceptée pour eux; qu'elle était valable à leur égard, non pas *ordine successivo*, mais par concours avec les enfans déjà nés; de sorte que l'objet donné se partageait entre ceux-ci et ceux-là, à mesure qu'il survenait des naissances.

» On sait encore, et Furgole prouve clairement dans son *Traité des testamens*, chap. 6, sect. 1, n° 6, qu'en France, avant l'ordonnance de 1735, l'institution d'héritier faite par testament en faveur d'enfans à naître, était valable (comme elle l'a été bien constamment dans la Belgique jusqu'à la publication du Code civil), quoique, lors du décès du testateur, il n'y eût pas encore d'enfans nés ou conçus; mais que ce point de jurisprudence fut abrogé par l'art. 49 de cette ordonnance, qui voulut qu'une institution d'héritier ne pût *valoir en aucun cas, si celui ou ceux au profit de qui elle aurait été faite, n'étaient ni nés ni conçus au moment de la mort du testateur.*

» On sait enfin, et Furgole, à l'endroit cité, n° 11, en fait expressément l'observation, que la nullité prononcée par cet article, s'étendait au cas où *l'institution, outre la condition tacite,* SI NAS-

BIU Cujas

CATUR, *serait faite sous une condition expresse qui aurait trait de temps après la mort du testateur; ce qui* (ajoutait-il) *résulte clairement des mots*, NE POURRA VALOIR EN AUCUN CAS: *car ils ont été ajoutés pour assujétir à la nullité les institutions conditionnelles par disposition expresse.*

» De cette observation de Furgole il résulte bien qu'une institution d'héritier faite par testament en faveur des enfans à naître d'une personne désignée, aurait été entièrement nulle, si, au décès du testateur, il ne s'était trouvé aucun enfant né ou conçu.

» Mais peut-il en résulter que, dans l'hypothèse d'une institution testamentaire faite en faveur d'enfans nés et à naître, et littéralement étendue aux enfans qui ne seraient conçus qu'après le décès du testateur, cette institution, valable à l'égard des enfans nés ou conçus lors de ce décès, eût été de nature à être regardée comme fidéicommissaire à l'égard des enfans conçus postérieurement? Non, sans doute, puisque, selon Furgole, il était dans l'esprit de la loi que l'institution de celui ou de ceux qui ne seraient ni nés ni conçus à l'époque de la mort du testateur, fût nulle et comme non écrite, alors même qu'ils auraient été expressément institués pour le cas où ils ne seraient conçus qu'après cette époque. Comment d'ailleurs le même législateur qui rédigea et l'ordonnance de 1731 et l'ordonnance de 1735, aurait-il pu entendre que l'art. 49 de celle-ci comportât la faculté de supposer un ordre successif dans une telle institution, quand il laissait subsister l'art. 12 de celle-là, d'après lequel, et dans l'hypothèse d'une donation même faite à des enfans nés et à naître, l'acceptation faite par les enfans nés lors de la donation, devait profiter *par concours*, et non *par ordre successif*, aux enfans à naître dans la suite?

» Cependant Furgole pensait, avec M. le chancelier d'Aguesseau, dans sa lettre du 23 novembre 1737, adressée au parlement de Provence, qu'il était entré dans l'objet de l'art. 49 de l'ordonnance de 1735 de ne pas laisser de successions en suspens.

» Et certes, M. le chancelier, dans cette lettre, ainsi que Furgole, dans ses traités, n'en étaient pas pour cela moins éloignés d'imaginer qu'une institution d'héritier, en faveur d'enfans nés et à naître, y compris expressément ceux qui seraient conçus après la mort du testateur, fût susceptible d'être considérée comme renfermant une substitution à l'égard de ces derniers.

» Furgole supposait, au contraire, que le mode de partage qu'il avait indiqué en expliquant l'art. 12 de l'ordonnance de 1731, relativement à une donation faite à des enfans nés et à naître, pouvait s'appliquer à l'institution testamentaire d'héritier dans un cas qui a quelque analogie avec celui dont il s'agit: car, sur l'art. 19 du tit. 1er de l'ordonnance de 1747, après avoir dit que, si la disposition a été faite en faveur d'un individu et de ses enfans, et que, lors de son ouverture, il n'y ait pas d'enfans nés ou conçus qui puissent concourir avec leur père, les enfans conçus après ce décès, doivent être considérés comme appelés fidéicommissairement, afin que la disposition qui les regarde ne soit pas inutile; il se réfère au sentiment de Ricard (*Traité des substitutions*, partie 1re, n° 542), pour le cas où, lors de l'ouverture de la disposition, il existe des enfans qui peuvent concourir avec leur père, en attendant qu'il en survienne d'autres.

» Et quel est le sentiment de Ricard en cet endroit? Ricard y suppose qu'un testateur a *institué le père et tous les enfans qui en doivent naître; il suppose aussi que tous les enfans compris en la disposition ne fussent pas nés au jour du décès du testateur.* Et néanmoins, il rejette l'idée d'induire de là une substitution fidéicommissaire, *vu que rien n'empêche qu'une institution ne soit pure et simple à l'égard des uns, et conditionnelle à l'égard des autres. Et ainsi, dans cette espèce* (ajoute-t-il immédiatement), *le père et les enfans qui se trouveront au monde lors de l'ouverture du testament, partageront entre eux la succession; de sorte que le père en prendra incommutablement la moitié, et l'autre moitié sera destinée tant pour les enfans nés qu'à naître. Et à l'égard de ceux-ci, à mesure que la condition écherra, qui est attachée à leur naissance, ils prendront leur part, avec les fruits du jour du décès du testateur, attendu qu'en matière d'institution, les conditions sous lesquelles elles sont faites, soit expresses, soit tacites, ont un effet rétroactif.*

» Nous n'insisterons pourtant pas sur cette opinion de Ricard, quoique approuvée par Furgole, plus de quinze ans après la publication de l'ordonnance de 1735.

» Et nous nous bornerons à inférer des principes et des observations ci-dessus, que, d'après l'art. 49 de cette ordonnance, et dans l'hypothèse où un testateur aurait institué les enfans nés et à naître d'une ou de deux personnes désignées, en y comprenant expressément les enfans qui ne seraient conçus qu'après l'époque de son décès, cette institution, valable à l'égard des enfans nés ou conçus à cette époque, aurait été purement et simplement nulle à l'égard des enfans conçus à une époque postérieure, sans qu'il eût été aucunement possible de les considérer comme appelés en second rang après les enfans nés ou conçus antérieurement.

» Or, qu'a fait le Code civil, en déclarant, art. 906, que, *pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur*, et en ajoutant, art. 911, que *toute*

BIU Cujas

disposition au profit d'un incapable sera nulle? Il n'a évidemment fait qu'adopter tout au plus l'art. 49 de l'ordonnance de 1735.

» Si donc d'une institution d'héritier faite en France sous l'empire de l'art. 49 de cette ordonnance, et conçue dans les mêmes termes que celle dont il s'agit dans l'espèce actuelle, il n'eût pu résulter qu'une nullité, et non une substitution fidéicommissaire, à l'égard des enfans conçus après le décès du testateur, il est évident qu'il ne peut pas résulter autre chose d'une institution pareille faite sous l'empire des art. 906 et 911 du Code civil.

» Rapprochons aussi ces deux articles de l'ancienne jurisprudence belgique qui a subsisté jusqu'à leur publication.

» Il est irréfragablement établi que, sous cette jurisprudence, une institution testamentaire faite en général au profit des enfans à naître d'une ou de deux personnes désignées, ne devait pas être considérée comme renfermant un fidéicommis à l'égard des enfans qui ne seraient conçus qu'après le décès du testateur, et qu'au contraire, elle avait pour effet naturel et sous-entendu par le testateur, d'appeler ces enfans conçus apres son décès concurremment, et par portions viriles, avec les enfans nés ou conçus de son vivant.

» De ce que cependant le Code civil, en adoptant, par ses art. 906 et 911, la disposition de l'art. 49 de l'ordonnance de 1735, a introduit un droit nouveau en Belgique, que pourrait-il en résulter par rapport à une pareille institution faite en Belgique sous l'empire de ce Code? Rien autre chose, sinon que cette institution serait nulle à l'égard des enfans qui ne seraient conçus que postérieurement à la mort du testateur; car, pour pouvoir ultérieurement en conclure qu'elle renfermerait, à l'égard de ces enfans, un fidéicommis dont l'effet serait de vicier l'institution à l'égard des enfans antérieurement nés ou conçus, il faudrait aller jusqu'à dire que le Code civil, tout en prohibant les substitutions fidéicommissaires par son art. 896, a créé un mode de substitution fidéicommissaire jusque-là inconnu ou non reçu, du moins en Belgique; et certes une telle conséquence serait trop absurde pour pouvoir être admise.

» Vainement donc dit-on que nous voudrions faire une fausse application de l'art. 911, et que la nullité qu'il prononce contre toute disposition faite au profit d'un incapable, n'empêche pas l'effet de la nullité résultant de la substitution.

» Non, sans doute, la nullité prononcée par cet article, n'empêcherait pas la nullité de la disposition principale, là où la disposition principale se trouverait viciée par une substitution fidéicommissaire; mais aussi, ni cet article, ni l'art. 906 (l'un de ceux auxquels il se réfère) ne peuvent-ils créer ou faire supposer une substitution fidéicommissaire là où l'auteur de la disposition n'a pas voulu en établir une; et la raison en est simple: c'est que ces deux articles qui font partie du chapitre concernant la capacité de donner ou de recevoir, n'ont rien de commun avec l'art. 896; c'est que l'art. 896 prohibe les substitutions fidéicommissaires et annulle avec elles la disposition principale, abstraction faite du point de savoir si d'ailleurs la personne substituée serait, ou non, capable de recevoir par testament ou par donation; au lieu que l'art. 911, en faisant abstraction de toute idée de substitution fidéicommissaire, porte uniquement sur les personnes que d'autres articles du Code déclarent incapables de recevoir par donation ou par testament.

» Supposons, par exemple, qu'un testateur, pendant le cours de la maladie dont il est mort, ait institué pour son héritier le père du médecin qui l'a traité pendant cette maladie: l'institution sera nulle, parcequ'aux termes de l'art. 909, ce médecin est incapable d'être institué par le testateur qu'il a traité dans un tel cas, et que, par l'art. 911, il est considéré comme étant le véritable *institué sous le nom de la personne interposée* de son père.

» Que, si ce même testateur a institué pour ses héritiers son propre frère ou tout autre collatéral ou étranger conjointement avec le père de ce même médecin, ou conjointement avec le médecin lui-même, l'institution, nulle à l'égard du médecin, sera valable à l'égard de l'autre institué, et même la moitié de l'hérédité illégalement destinée à l'incapable, lui restera par droit d'accroissement.

» Supposons aussi qu'un testateur ait institué les enfans nés et à naître de Titius, et *après eux*, ou, ce qui est la même chose, après leur mort, ceux de leurs frères qui naîtraient et seraient conçus postérieurement à son propre décès: il y aura substitution fidéicommissaire à l'égard de ces derniers, non pas à cause de leur incapacité de recevoir, mais parceque, par leur vocation ainsi exprimée, le testateur aura évidemment et nécessairement voulu établir un ordre successif, ou imposer aux enfans gratifiés par sa disposition principale, la charge de conserver et de rendre après leur mort.

» Mais si le testateur n'a fait qu'une institution unique, qu'une institution également commune et aux enfans nés ou conçus avant, et aux enfans conçus après son décès, l'institution, nulle à l'égard de ceux-ci à cause de leur incapacité personnelle, restera intégralement valable au profit de ceux-là, parcequ'elle ne portera rien avec elle d'où doive nécessairement résulter la volonté d'établir un ordre successif.

» Nous avons dit que, pour pouvoir faire consi-

BIU Cujas

dérer comme entachée de substitution fidéicommissaire, une institution faite en général, et sous le Code civil, au profit d'enfans à naître ou d'enfans nés et à naître d'une ou de deux personnes désignées, c'est-à-dire, conçues dans les mêmes termes que celle sur laquelle intervint la décision du conseil souverain de Brabant, rapportée par Stockmans, §. 26, louée par Voët dans son commentaire sur les Pandectes, liv. 28, tit. 5, n° 13, et appliquée en principe par un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 27 novembre 1819 (1), il faudrait aller jusqu'à dire qu'en prohibant les substitutions, ce Code a créé un mode conjectural de substituer, désavoué par la jurisprudence de la Belgique, comme par la jurisprudence française.

» Mais relativement à l'institution spéciale dont il s'agit, il faudrait aller plus loin encore : il faudrait pousser l'absurdité jusqu'à dire que le Code civil a tellement créé un nouveau mode conjectural de substituer, qu'il résulterait de son texte ou de son esprit, que le testateur de Lamberts, malgré sa volonté contraire, malgré une volonté exprimée en termes qui excluent toute idée d'ordre successif, a pourtant établi une substitution fidéicommissaire, ou, ce qui est la même chose, que sa volonté, quelle qu'elle soit, doit être entendue ainsi; et cela pour en faire découler, au gré des appelans, la nullité de l'entière institution.

» Dans le fait, il ne faut pas perdre de vue que le testateur a expressément appelé ceux des enfans de son neveu et de sa nièce qui seraient conçus après son décès, à recueillir sa succession directement, concurremment, par têtes et par portions égales, avec ceux des enfans nés ou conçus de son vivant : il ne faut pas perdre de vue que, pour exclure de plus en plus toute ombre d'ordre successif, toute ombre de charge de conserver et de rendre, il a voulu expressément aussi *que sa succession demeurât en suspens....*, *que le partage de ses biens ne pût se faire...*, *que les droits, les parts et portions de chacun desdits enfans ne fussent définitivement déterminés et fixés que lorsque le plus jeune* d'entre eux *aurait atteint sa majorité complète.*

» Tout en qualifiant d'absurde cette volonté du testateur, l'appelante prétend qu'il en résulte une substitution fidéicommissaire, en ce que, dit-elle, les parts ou portions recueillies dans l'hérédité par les enfans nés ou conçus lors du décès du testateur, devaient être diminuées par les portions héréditaires à revenir définitivement, par l'effet du partage, aux enfans qui seraient conçus et naîtraient dans la suite; et que, dès-là, il y avait charge de conserver et de rendre, jusqu'à due concurrence, pour la formation de la portion de ces derniers.

» Ce raisonnement se trouve déjà réfuté par les développemens dans lesquels nous sommes entrés. Nous y ajouterons néanmoins quelques observations plus directes, qui achèveraient de le détruire, s'il ne l'était déjà.

» 1° Une fois constant qu'il entrait dans la volonté formelle du testateur que la propriété de ses biens demeurât en suspens jusqu'au partage, et que le partage ne se fît qu'à la majorité du plus jeune des enfans à naître, il est de toute évidence que, dans une telle volonté, il n'y avait ni ne pouvait y avoir charge de conserver et de rendre, puisque, d'après cette volonté même, les enfans derniers nés et conçus devaient, comme les premiers, recevoir directement du testateur la propriété de leurs portions.

» 2° Il est dans la nature d'une substitution fidéicommissaire, que le grevé soit préféré au substitué. Et ici, nulle préférence accordée par le testateur aux enfans nés ou conçus avant son décès, sur ceux qui seraient conçus postérieurement, puisqu'il était dans son vœu clairement exprimé, que ceux-ci eussent avec ceux-là un droit égal et simultané au partage définitif de la propriété de ses biens.

» Pour qu'il y ait charge de conserver et de rendre, il faut que le grevé doive conserver pendant sa vie et rendre à sa mort. Ici, pas un mot du testateur d'où l'on puisse induire cette charge; et au contraire, toutes ses expressions en repoussent jusqu'à la plus légère idée. A la vérité, il pouvait arriver que tel ou tel des enfans nés ou conçus lors du décès du testateur, vînt à mourir avant l'époque de la majorité du plus jeune des enfans qui resteraient à naître. Mais comme c'était à cette époque seulement que, dans la pensée du testateur, les droits et les portions dans la propriété de ses biens devaient se fixer sur la tête de chacun des enfans qui se trouveraient existans, il s'ensuit nécessairement que les enfans qui viendraient à décéder dans l'intervalle, ne pourraient avoir eu aucun droit ou portion de propriété à conserver pendant leur vie et à rendre à leur mort aux survivans.

» On dit que la volonté du testateur, telle qu'il l'a exprimée, était absurde; et par-là, on veut dire sans doute qu'elle était impossible à exécuter, comme étant contraire aux art. 906 et 911 du Code civil.

» Mais une volonté absurde, ou inexécutable, de même qu'une condition impossible ou contraire à la loi, est tout autre chose que la volonté d'établir une substitution fidéicommissaire.

» L'art. 900 du même Code, qui, ainsi que les

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 5, n° 6.

BIU Cujas

art. 906 et 911, n'a rien de commun avec l'article prohibitif des substitutions, déclare que, si un testateur ou un donateur a mis à sa disposition quelque *condition impossible*, ou *contraire aux lois*, c'est une erreur qui, à raison de la faveur attachée aux donations et aux testamens, est *réputée non écrite*.

» Et si le testateur de Lamberts est tombé dans l'erreur ou dans l'absurdité que lui objectent les appelans, c'est que, par lui-même ou par son conseil, il a cru, sur la foi de Voët, de Stockmans, et peut-être aussi de Furgole, qu'il pouvait, comme il l'a fait, appeler concurremment avec les enfans nés et conçus de son vivant, ceux qui naîtraient et seraient conçus après sa mort: c'est qu'il a cru que, si, d'après ces auteurs et d'après une jurisprudence constante, l'institution des enfans nés et à naître de telle ou telle personne avait pour effet naturel ou tacite, et sans que le testateur s'en fût aucunement expliqué, d'assurer aux enfans conçus après, comme aux enfans nés et conçus avant son décès, un droit égal au partage dont ces mêmes auteurs avaient retracé le mode, il pouvait, à plus forte raison, ordonner un tel partage, en expliquant nettement son vœu à cet égard, c'est qu'il n'a pas bien entendu les art. 906 et 911; c'est qu'il a pensé que ces articles ne feraient pas obstacle à l'exécution de son vœu, alors surtout qu'au-delà des exemples puisés dans la jurisprudence, il prenait la précaution de renvoyer expressément le partage de la propriété de ses biens à l'époque où le plus jeune des enfans à naître aurait atteint sa majorité.

» Que cependant ce vœu ait été erroné, absurde, inexécutable aux yeux de la loi nouvelle, soit: mais c'est là un point qui n'intéresse aucunement les appelans; car si les enfans nés et conçus postérieurement au décès du testateur, ont été incapables de recevoir, sous la condition de leur naissance, les portions viriles qu'il leur destinait, ces portions seront purement et simplement restées jointes, par droit d'accroissement, ou de non décroissement, à la masse de son hérédité sur la tête des enfans antérieurement nés ou conçus.

» Au surplus, quelque absurde ou erroné qu'ait pu être son vœu tendant à faire également concourir au partage de la propriété de ses biens, les enfans conçus après son décès, avec les enfans nés ou conçus de son vivant, il y a plus d'absurdité encore à prétendre, comme le font les appelans, que ce vœu, tel qu'il a été exprimé, doive ou puisse être regardé comme fidéicommissaire.

» Il y a plus d'absurdité encore à vouloir que le Code civil qui prohibe les substitutions fidéicommissaires, ait pourtant créé un nouveau mode de substituer fidéicommissairement, ou, ce qui est la même chose, que ce Code puisse voir un ordre successif dans une disposition telle que l'a expliquée le testateur de Lamberts; tandis que la jurisprudence antérieure à sa publication n'avait vu qu'un concours par têtes et par portions égales entre tous les enfans nés et conçus après ou avant le décès du testateur, dans une disposition même où le testateur se serait borné à instituer, en général et sans autre explication, les enfans nés et à naître de tel ou tel individu.

» Il y a plus d'absurdités encore à torturer la disposition dont il s'agit, à la soumettre à une argumentation conjecturale et captieuse, pour faire dire au testateur ce qu'il n'a pas dit, pour lui faire vouloir ce qu'il n'a pas voulu, pour lui prêter une intention diamétralement contraire à celle qu'il a manifestée; tandis que, dans l'hypothèse même où elle ne serait pas aussi clairement exclusive qu'elle l'est réellement, de toute idée de substitution fidéicommissaire, et où il serait possible d'y voir quelque doute ou quelque ambiguité à cet égard, il faudrait l'interpréter dans un sens favorable, par la raison qu'un testateur ne saurait être censé avoir voulu faire, sous l'empire du Code civil, une substitution qui vicierait sa disposition principale, et qu'il est dans le vœu de la loi romaine qu'une disposition susceptible de deux sens, s'entende dans celui qui doit la valider, plutôt que dans celui qui entraînerait son anéantissement total ».

Sur ces raisons, arrêt du 23 mai 1822, par lequel,

« Attendu qu'il résulte formellement des termes dans lesquels sont conçus les art. 10, 11 et 12 du testament olographe du sieur Lambert de Lamberts, dont il s'agit au procès, que le testateur a appelé ceux des enfans de son neveu Lambrichs et de sa nièce, épouse Kessel, qui seraient conçus après son décès, à recueillir sa succession par têtes et portions égales, avec ceux des enfans nés ou conçus de son vivant; qu'il n'a fait qu'une seule et même institution pour les uns et pour les autres, en les appelant tous au même degré et de la même manière, sans établir la moindre préférence envers ceux dont la naissance ou conception serait antérieure à sa mort; qu'en ordonnant que le partage des biens laissés auxdits enfans nés et à naître, ne pût se faire, et que leurs droits, parts et portions, ne fussent définitivement déterminés et fixés, que lorsque le plus jeune d'entre eux aurait atteint l'âge de majorité, il a voulu que les enfans conçus après son décès reçussent *directement* de lui, comme les autres enfans, la propriété de leur part et portion; que le testament entier ne contenant aucune expression d'où l'on puisse inférer un sens contraire, il s'ensuit évidemment que le testateur n'a point fait ni voulu faire une transmission successive de ses biens; qu'il n'a pas établi ni voulu établir, pour une part quelconque, aucun ordre successif entre les enfans nés ou conçus de son vivant, et ceux conçus après sa

BIU Cujas

mort; et, par une conséquence ultérieure, que le testament dont il s'agit ne renferme point une substitution dans le sens de l'art. 896 du Code civil;

» Attendu que c'est en vain que l'appelante voudrait faire résulter cet ordre successif de ce que le testateur a appelé les enfans conçus après son décès avec ceux non conçus avant, puisque, dans la jurisprudence antérieure au Code, du moins en ce pays, ainsi que l'enseigne Voët, au titre *de heredibus instituendis*, n°s 12 et 13, et que l'atteste Stockmans, *décis.* 26, pareille vocation ne contenait point une substitution, mais formait, par rapport à tous ces enfans, une institution directe et unique; qu'il en doit être de même aujourd'hui, par la raison que le Code, en prohibant les fidéicommis par son art. 896, n'a pas entendu en étendre la définition ni créer un mode de substitution fidéicommissaire jusque-là inconnu ou non reçu;

» Qu'à la vérité, sous la législation actuelle, les enfans conçus après la mort du testateur, sont incapables de recevoir par testament; mais tout ce que l'on pourrait inférer de ce principe, c'est que l'institution, à leur égard, est nulle, et qu'ils ne seront admis au partage des biens que pour autant que ceux qui en ont le droit ne leur opposent point cette nullité;

» Que, si leur institution n'est point attaquée, ils viendront au partage de la manière que le testateur les a appelés, savoir, comme institués avec les autres enfans;

» Par ces motifs, et aucuns de ceux du premier juge, la cour, M. l'avocat-général Destoop entendu, et de son avis, met l'appellation au néant, avec amende et dépens ».

IV. Voyons maintenant s'il y a substitution fidéicommissaire dans une disposition à titre gratuit, par cela seul qu'il s'y trouve une clause de retour au profit d'autres personnes que le disposant.

A cet égard, il faut distinguer plusieurs cas.

Ou la clause de retour est apposée au profit d'une ou plusieurs personnes désignées;

Ou elle l'est au profit des héritiers légitimes du donateur ou testateur;

Et dans le premier cas, ou le droit de retour est stipulé dans une donation entre-vifs;

Ou il l'est dans une institution contractuelle, ou il l'est dans une disposition testamentaire.

1° Lorsque c'est à une donation entre-vifs qu'est apposée une clause de retour au profit d'un ou de plusieurs tiers désignés, nul doute qu'elle ne forme une véritable substitution fidéicommissaire, qu'elle ne vicie en conséquence la donation qu'elle a pour objet de grever, et qu'un arrêt qui jugerait le contraire par forme d'interprétation, ne dût être cassé; c'est la décision expresse de l'arrêt de la cour suprême du 22 juin 1812, qui était cité par la dame Wertz dans l'espèce rapportée au n° précédent.

Vainement opposerait-on à cette décision le principe établi ci-dessus, §. 3, n° 2, qu'on ne peut pas induire une substitution d'une clause nulle en soi, et que tel est, dans une donation entre-vifs, d'après l'art. 951 du Code civil, le caractère d'une clause de retour stipulée au profit d'une autre personne que le donateur.

Ce principe est vrai à l'égard de la clause dont la nullité ne provient que d'un vice qui lui est propre et la rendrait sans effet, lors même que la substitution que l'on prétend en induire, serait permise. Mais il est inapplicable à la clause dont le seul vice est de constituer une substitution proprement dite. Or, en quoi consiste le vice de la clause de retour apposée au profit d'un tiers dans une donation entre-vifs? Ce n'est pas seulement d'être contraire à l'art. 951 du Code civil, qui n'en permet la stipulation qu'au profit du donateur; c'est encore de constituer essentiellement, par cela même, une substitution fidéicommissaire; puisque, comme l'a très-bien dit l'arrêt cité, « elle impose au donataire la » charge de conserver à un tiers, pour le cas où il » décéderait sans enfans; puisqu'elle impose, dans le » même cas, aux héritiers du donataire la charge de » rendre à un tiers; puisqu'enfin il y a un tiers qui est » appelé à recueillir après un donataire qui est grevé » de rendre à ce tiers ».

Plus vainement objecterait-on que l'art. 951, en défendant la stipulation du droit de retour au profit d'un tiers, ne prononce pas néanmoins la nullité de la donation qui s'en trouve grevée. J'ai répondu à cette objection dans des conclusions du 4 janvier 1808, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1, §. 14, n° 2, et elle a été hautement repoussée par l'arrêt de la cour de cassation, du 18 du même mois, qui les a adoptées *consultis classibus*.

2° Les mêmes raisons s'appliquent à la clause de retour qui est insérée, au profit d'un ou plusieurs tiers désignés, dans une institution contractuelle; il n'est donc pas douteux qu'elle ne forme également une substitution fidéicommissaire, et qu'elle ne vicie, par suite, la disposition à laquelle l'instituant l'a apposée.

C'est effectivement ce qu'a jugé un arrêt de la cour royale de Toulouse, du 10 août 1820.

Dans le fait, le sieur Saint-Arroman, en mariant son fils Charles-Antoine-Symphorien, le 9 janvier 1806, lui avait fait, par le contrat de mariage, donation « du quart de tous ses biens présens et à v.

BIU Cujas

» nir, s'en réservant la jouissance pleine et entière sa » vie durant..., ainsi que le droit de retour dudit » quart donné tant en sa faveur qu'en celle du sieur » Paul Saint-Arroman, son fils, au cas où le futur » mari n'ait point d'enfans ou que ceux-ci décèdent » sans postérité ».

Le sieur Saint-Arroman étant décédé en 1817, question de savoir si cette donation doit avoir son effet, nonobstant le droit de retour dont elle est éventuellement grevée au profit de l'un des frères du donataire.

Le 31 août 1819, jugement du tribunal de première instance de Saint-Gaudens qui ordonne qu'elle sera exécutée.

Mais sur l'appel, arrêt qui la déclare nulle,

« Attendu que le droit de retour des biens donnés le 7 janvier 1806 à Charles-Antoine-Symphorien Saint-Arroman par son père, n'a pas pu, d'après l'art. 951 du Code civil, être valablement stipulé au profit de Paul Saint-Arroman, son autre fils;

» Attendu que, si la réserve de ce droit, ainsi étendu à un autre que le donateur, constitue une substitution fidéicommissaire, la nullité qui en est prononcée par le texte précité, entraîne, aux termes de l'art. 896, celle de la donation à laquelle elle fut apposée;

» Que, sans doute, à l'égard du donateur, qu'on ne saurait supposer s'être gratifié et substitué lui-même, ce ne fut ni ne put être un fidéicommis, mais la stipulation légitime d'un véritable droit de retour; qu'il est néanmoins remarquable que cette stipulation était inutile dans l'intérêt du donateur, car sa donation embrassant une partie de ses biens présens et à venir, et ayant été faite par contrat de mariage à l'un des époux, sans mention de l'état de ses dettes, Saint-Arroman père était assuré, dans le cas où il survivrait au donataire et à sa postérité, de recouvrer de plein droit la totalité des objets qu'elle embrassait, par suite de la caducité qu'en prononce, dans ce cas, l'art. 1087, et qui lui aurait conféré plus d'avantage qu'un simple retour: c'est même ce qui annonce que le retour fut moins stipulé dans son intérêt que dans celui de Paul Saint-Arroman; mais que la vocation de ce dernier aux biens donnés, si le donataire ne laissait point d'enfans, ou que ces enfans décédassent sans avoir accompli leur majorité, forme évidemment une substitution, puisqu'elle impose au donataire la charge de conserver et de rendre les biens qui en furent l'objet, à Paul Saint-Arroman, afin que, selon la volonté de son père, celui-ci qui en était gratifié en second ordre, pût les recueillir après eux;

» Qu'à la vérité, cette obligation ne devait se vérifier que dans le cas de défaillance de la postérité du donataire, ou du décès de ses enfans en minorité; mais que, bien que conditionnelle, la charge de conserver et de rendre, et la substitution qui s'en induit, ne furent pas moins réelles; qu'il est encore vrai que, si le donataire et ses enfans eussent prédécédé leur père, la substitution se serait évanouie en même temps que la donation; qu'alors, en effet, et à cause de la caducité prononcée par l'art. 1087, les biens donnés n'auraient pas fait impression sur eux, et ils n'en auraient pas eu la vraie saisine, ce qui pourtant est nécessaire pour qu'il y ait substitution: le grevé ne pouvant rendre qu'autant qu'il a eu, et le substitué ne pouvant recueillir ce dont il est gratifié, qu'après que le grevé, qui en est gratifié en premier ordre, a recueilli lui-même;

» Mais que la réserve ou stipulation dont il s'agit, n'est pas limitée au seul cas de survie du donateur au premier gratifié et à sa postérité, elle embrasse aussi bien le cas du prédécès du donateur, puisqu'elle ne l'exclut point. On y prévoit vaguement que le donataire n'aurait point d'enfans, ou que ceux-ci mourraient en minorité, sans ajouter ou exiger que ces événemens dussent ou précéder ou suivre le décès du disposant: ce dernier voulut qu'à quelque époque qu'ils arrivassent, sa stipulation eût l'effet dont elle serait susceptible selon les circonstances; que tout comme les biens donnés, n'ayant pas fait impression sur la tête des donataires, à cause de la caducité de la donation, la substitution se serait évanouie dans le cas de survie du disposant, de même cette impression s'opérant par le prédécès du père, la substitution devait avoir son effet à l'instar de la donation, qui, dans ce second cas, échappait à la caducité; que la clause du contrat est claire et précise, le disposant ayant voulu et réglé que, si les donataires recueillaient, ce qui devait nécessairement arriver par son prédécès, ils fussent tenus de conserver et de rendre à Paul Arroman, afin que celui-ci gratifié comme eux, pût à son tour, ce cas arrivant, recueillir après eux, si le fils n'avait point d'enfans, ou que ceux-ci mourussent avant leur majorité;

» Attendu que la nullité de la donation fait revivre, en faveur de tous les enfans, leurs droits à un partage de l'entière succession de leur père par égales portions (1) ».

3° Les mêmes raisons s'appliquent encore à la clause de retour par laquelle, dans une disposition testamentaire, un tiers désigné est appelé à recueillir après que le légataire aura recueilli lui-même; et dès-là, il est clair que cette clause emporte la nullité du legs.

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 20, 2e partie, page 320.

BIU Cujas

Ainsi l'a décidé expressément le décret du 21 octobre 1810, qui est rappelé à la fin du §. 1er de l'article *Révocation de testament.*

C'est aussi ce qu'a jugé, au sujet d'une clause semblable, un arrêt de la cour d'appel de Rouen, du 24 août 1812, dont voici l'espèce:

Le 20 août 1809, testament olographe, par lequel Nicolas Grégoire, après avoir légué 60,000 f. à son neveu Jean-Antoine Grégoire, et une rente de 3,500 francs à Marie Grégoire, aussi son neveu, ajoute: *dans le cas où mon neveu Marie Grégoire viendrait* à mourir célibataire ou sans enfans résultant d'un légitime mariage (1), *la rente de 3,500 francs que je lui ai léguée*, révertira *au bénéfice de mon neveu Antoine Grégoire; par contre, si ce dernier mourait célibataire ou sans enfans, mon neveu Marie Grégoire héritera seul de toutes lesdites donations que je lui ai léguées.*

Après la mort du testateur, l'un des héritiers légitimes demande la nullité des deux legs, et l'arrêt cité la prononce,

« Attendu qu'il résulte de la clause, *dans le cas où mon neveu Marie Grégoire*, etc., que la propriété de chaque legs n'est pas irrévocablement assurée à chacun des deux légataires, puisqu'elle est réversible au survivant, si le prédécédé ne laisse pas d'enfans issus d'un légitime mariage; qu'il en résulte encore qu'il y a deux légataires appelés successivement: l'un pour recevoir directement du testateur, l'autre pour ne posséder qu'après le décès du premier: ce qui impose à celui-ci l'obligation de conserver et de rendre, indique le trait de temps, et constitue par conséquent une substitution fidéicommissaire prohibée par le premier paragraphe de l'art. 896 du Code civil;

» Attendu que les deux légataires étant appelés à recueillir des legs particuliers et distincts dont ils ont été saisis par la mort du testateur, ils ne peuvent invoquer avec fondement l'exception portée par l'art. 898 du même Code, uniquement relative au cas où un second est appelé à recueillir le don ou legs dont le donataire ou le légataire premier désigné ne profite pas (1) ».

Mais remarquons bien que, dans une disposition testamentaire, la clause de retour n'équivaut à une substitution fidéicommissaire, et n'emporte, par suite, la nullité de la disposition elle-même, qu'autant qu'il n'est pas possible de l'interpréter raisonnablement de manière à n'en faire résulter qu'une substitution vulgaire. C'est la conséquence du principe rappelé ci-dessus, à la fin du n° 1er de ce paragraphe, que, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, il faut s'attacher à celui d'après lequel l'acte dont elle fait partie, doit avoir son effet, plutôt qu'à celui d'après lequel il se trouverait nul.

Mais peut-on ne voir qu'une substitution vulgaire dans une clause ainsi conçue : *Je lègue tels biens à tel, reversibles sur sa femme et ses enfans?*

Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée.

Le 7 février 1824, testament olographe par lequel la demoiselle Billouard, après avoir légué à son frère le tiers de ses biens, ajoute : « Je lègue » le second tiers à Aug. Taveau, mon neveu, *re-* » *versible sur sa femme*, Aimée Thibaut, ma nièce, » *et ses enfans*. Je lègue le troisième tiers à P. Per- » reau, mon neveu, de même *reversible sur la tête* » *de sa femme*, Brigitte Thibault, ma nièce, et *sur* » *ses enfans* les plus malheureux, prévoyant que » les deux qui sont dans le commerce à Paris peuvent » s'en passer ».

Après la mort de la testatrice, ceux de ses héritiers présomptifs au préjudice desquels elle a ainsi disposé, attaquent le second et le troisième legs, comme renfermant chacun une substitution prohibée par l'art. 896 du Code civil.

Le 3 février 1827, jugement du tribunal de première instance du département de la Seine qui, en effet, déclare les deux legs nuls,

« Attendu que toute disposition par laquelle le donataire ou légataire est chargé de conserver et de rendre à un tiers, est nulle, même à l'égard du donataire ou légataire;

» Que le législateur n'a pas voulu seulement annuler la disposition dans laquelle se trouverait exprimée la condition de conserver et de rendre; qu'une telle interprétation rendrait la loi presque toujours sans effet; qu'il suffit donc qu'il résulte clairement de la disposition que l'objet donné doit

(1) Ces termes, comme le prouve très-bien M. Rolland de Villargues, dans son *Traité des substitutions prohibées*, n° 127, supposaient nécessairement que le testateur n'entendait pas faire une *substitution compendieuse*, c'est-à-dire, disposer pour le cas où le légataire viendrait à mourir avant lui, comme pour le cas où il mourrait lui-même avant le légataire, mais qu'il ne s'occupait que du cas où le légataire décéderait, soit en célibat, soit sans enfans légitimes, après avoir recueilli le legs, et que par conséquent il entendait faire une substitution véritablement fidéicommissaire.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 14, partie 2, page 1.

BIU Cujas

reposer successivement sur plusieurs têtes, pour reconnaître tous les caractères de la substitution fidéicommissaire;

» Que, dans quelque acception que le mot *reversible* soit employé par la testatrice, soit pour exprimer le retour des biens à celui qui a donné ou à ses représentans, soit pour exprimer la transmission d'un légataire à un autre, il emporte toujours avec lui l'idée que l'objet donné doit reposer sur la tête de chacun des individus dénommés; qu'ainsi, dans l'espèce, la testatrice a d'abord voulu, 1° que P. Perreau jouisse du tiers de ses propriétés; 2° que sa femme en jouisse après lui; 3° et enfin que le tiers donné passe à ses enfans les plus malheureux;

» Qu'en admettant que les individus dénommés décèdent dans l'ordre établi par la testatrice, la femme ne peut avoir la jouissance du tiers qu'autant que le mari l'aura conservé pour le lui rendre, et que de même les enfans les plus malheureux ne pourront avoir la jouissance qu'autant que leur mère conservera le tiers des propriétés léguées; que, dès-lors, la disposition a tous les caractères de la substitution fidéicommissaire; et qu'ainsi elle est nulle, aux termes de l'art. 896 du Code civil ».

Mais sur l'appel des légataires, arrêt de la cour royale de Paris, du 4 décembre de la même année, qui réforme ce jugement, et déclare les deux legs valables,

« Attendu que le mot *reversible* employé par la testatrice dans la disposition faite au profit de Perreau, paraît avoir pour objet d'exprimer l'intention que le legs à lui fait passât à la veuve dudit Perreau, si ce dernier était décédé avant la testatrice, et encore que le legs passât aux enfans les plus malheureux de Perreau et sa femme, si ces derniers venaient à décéder avant l'époque de l'ouverture de la succession de ladite testatrice;

» Que cette disposition ne contenait pas l'obligation de conserver et de rendre; que, dès-lors, elle n'entraîne pas nécessairement l'idée d'une substitution fidéicommissaire prohibée par le Code civil, et qu'elle peut être, en conséquence, considérée comme une substitution vulgaire que la loi autorise;

» Attendu d'ailleurs que, si les expressions dont la testatrice s'est servie, pouvaient faire naître des doutes sur la validité, relativement au legs dont il s'agit, ces doutes devraient être interprétés dans le sens de la validité de la disposition, d'après ce principe que nul ne peut être présumé avoir voulu faire un acte prohibé par la loi, et encore suivant la règle qui veut que les dispositions testamentaires soient entendues dans le sens selon lequel elles peuvent produire effet, plutôt que suivant celui où elles resteraient sans valeur ».

Recours en cassation de la part des héritiers, pour violation de l'art. 896 du Code civil.

« Le mot *reversible* (disent-ils) s'emploie, suivant tous les dictionnaires de droit, pour désigner des biens qui doivent, en certaines circonstances, retourner au propriétaire qui en a disposé.

» Le cas où l'objet donné à un premier légataire est reversible à un second, rentre absolument dans le cas où cet objet doit revenir au donateur; car le second légataire ne pouvant tenir l'objet légué que de la volonté du testateur, le legs lui arriverait, si la condition de réversion était valable, par l'effet d'une fiction selon laquelle on le substituerait à l'hoirie du testateur. C'est là précisément ce que la loi a voulu empêcher. Nul retour ne peut se réaliser au profit du donateur que de son vivant (art. 951 du Code civil); donc jamais il ne peut y avoir lieu, en vertu d'un testament, à un retour au profit de la succession du testateur; donc toute substitution qui n'est que la transmission à un tiers, de l'objet du retour, doit être interdite.

» Jamais le mot *reversible* ne peut manifester l'intention d'opérer une simple substitution vulgaire, c'est-à-dire, l'intention que le legs passe à un légataire en seconde ligne, si le premier légataire décède avant le testateur; dans cette hypothèse, en effet, il ne peut évidemment y avoir de retour, de mutation, de réversion enfin, puisque la succession du testateur n'est pas encore ouverte.

» Dira-t-on, pour mettre l'arrêt attaqué à l'abri de la cassation, que les cours royales sont souveraines lorsqu'il s'agit de l'interprétation des actes? Mais le droit d'interprétation ne va pas jusqu'à détourner les mots de leur acception naturelle. Il ne s'agit, en interprétant, que de rechercher la volonté; mais toute recherche cesse devant une volonté exprimée dans les termes du droit ».

Ces moyens de cassation étaient fort spécieux, mais non pas sans réplique.

Sans doute (pouvait-on dire), le mot *reversible* ne peut, dans son sens littéral, convenir qu'aux biens qui, sortis des mains du propriétaire, y rentrent par l'effet de la résolution du titre en vertu duquel il en a été dépouillé. Mais dans un sens plus large, il s'applique aussi aux biens qui adviennent à quelqu'un par un droit tout nouveau pour lui, et sur lesquels il n'a eu précédemment rien à réclamer.

C'est ainsi que, dans la loi 69, D. *de legatis* 2°, il est dit qu'une succession *ab intestat* RETOURNE,

BIU Cujas

de droit, à l'héritier légitime du défunt : *Peto pro hereditate quam tibi reliqui, quæque ad fratrem meum jure legitimo* REDIRET, *contentus sis centum aureis.*

C'est ainsi que le poète Térence fait dire à l'un des personnages de son *Andria*, acte 2, scène 6 :

Ejus morte ea ad me lege redierunt bona;

Et à l'un de ceux de son *Hecyra*, acte 1er, scène 2 :

Interea in imbro moritur cognatus senex;
Eorum ad hos REDIBAT *lege hereditas;*

Ce qui fait dire à Kahl (Calvinus), dans son *Lexicon juris*, au mot *Redire*, que REDIRE *hereditas dicitur, quæ lege et ab intestato obvenit.*

La demoiselle Billouard aurait donc parlé un langage très-intelligible, si, au lieu de dire, comme elle l'a fait, *je lègue le second tiers de mes biens à Aug. Taveau, mon neveu*, elle eût dit : *je veux que le second tiers de mes biens retourne, après ma mort, à Aug. Taveau, mon neveu.*

Mais, dès-là, que signifient les termes qu'elle a ajoutés, *reversibles sur sa femme et ses enfans?* Rien autre chose que ceux-ci : *Je veux que, le cas échéant, le second tiers de mes biens retourne à la femme et aux enfans d'Aug. Taveau.* Et qu'aurait-elle fait en s'exprimant ainsi? Peut-être aurait-elle voulu dire que, si Aug. Taveau venait à mourir après avoir recueilli le second tiers de ses biens, il serait tenu de le conserver et de le rendre à sa femme et à ses enfans; mais peut-être aussi aurait-elle voulu dire simplement que, si Aug. Taveau venait à mourir avant elle, sa femme et ses enfans prendraient sa place et recueilleraient le second tiers de ses biens. Or, dans le doute, quelle est celle de ces deux interprétations qui doit prévaloir? C'est sans contredit celle qui aboutit à une substitution purement vulgaire, puisque, si la disposition de la testatrice était interprétée comme contenant une substitution fidéicommissaire, elle serait nulle.

Aussi le recours en cassation des héritiers *ab intestat* de la demoiselle Billouard a-t-il été rejeté par la chambre des requêtes, le 24 mars 1829,

« Attendu, en droit, que, s'il appartient aux cours royales de chercher dans les actes l'intention des parties, de la reconnaître et de la déclarer par voie d'interprétation, ce droit ne peut s'étendre jusqu'à changer la nature et l'essence des contrats; il en est de même lorsqu'une fausse interprétation tend à maintenir ce que la loi annulle ou prohibe; d'où il suit que, s'agissant, dans l'espèce, d'une question de substitution, la clause du testament doit être examinée et appréciée par la cour de cassation;

» Attendu que l'obligation de conserver et de rendre n'étant pas littéralement exprimée, la disposition ne peut être annulée que dans le cas où, contenant évidemment une substitution, il ne serait pas possible de lui donner un autre sens; le doute doit toujours être interprété en faveur de la disposition;

» Attendu, en fait, que la testatrice a légué le tiers de ses biens à son neveu, reversible sur la tête de sa femme et sur ses enfans, et que ce legs est susceptible de deux interprétations; qu'il peut être considéré comme contenant l'obligation de conserver et de rendre; mais qu'il peut aussi s'entendre du cas de décès du légataire avant la testatrice; et que la cour royale de Paris a pu, dès-lors, le juger ainsi sans violer aucune loi (1) ».

4° Reste à savoir s'il y a substitution fidéicommissaire dans le cas où ce n'est pas au profit d'un tiers désigné, mais au profit des héritiers légitimes du donateur ou testateur, qu'une clause de retour est apposée, soit à une donation entre-vifs, soit à une disposition à cause de mort.

A la première vue, la négative paraît ne devoir souffrir aucune espèce de doute.

« En effet (dit M. Rolland de Villargues, dans son *Traité des substitutions prohibées*, n° 82), la substitution suppose essentiellement le concours de *deux donataires*, de *deux gratifiés*, dont l'un soit donataire jusqu'à un certain temps, *ad certum tempus*, et sous une condition résoluble, et dont l'autre soit donataire pour recueillir ensuite, c'est-à-dire, après un certain temps, *ex certo tempore*, et néanmoins sous une condition *suspensive*, qui laisse reposer la propriété de la chose sur la tête du premier donataire, en attendant qu'elle aille se fixer sur celle du second. Tels sont les principes que nous avons développés, chap. 4.

» Or, comment trouver ici ces deux gratifiés, ces deux donataires successifs? Nous voyons bien un légataire, à l'égard duquel la disposition a son effet à compter du décès du testateur, condition qui doit être *résoluble* dans un cas prévu, celui de la mort de ce légataire sans postérité. Mais lorsque ce cas arrivera, la postérité ira-t-elle s'asseoir sur la tête d'un autre donataire ou légataire appelé en second ordre? Non, elle reviendra aux héritiers *ab intestat.*

» Dira-t-on que ces héritiers doivent être consi-

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1829, page 196.

BIU Cujas

dérés comme donataires ou légataires? Mais on ne pourrait leur attribuer cette qualité qu'autant qu'ils auraient été nommément et personnellement appelés; et, dans l'espèce, il est évident que l'exercice du retour n'est attaché qu'*à la qualité d'héritier* AB INTESTAT; il n'y a pas d'institution, il n'y a pas de legs (loi dernière, C. *de legatis*).

» Et qu'importe encore que la chose donnée ou léguée étant sujette à retour, le donataire ou légataire ne puisse l'aliéner, au moins d'une manière irrévocable? N'est-ce pas l'effet de toute condition résolutoire, et particulièrement de la stipulation de retour? Et quand il résulterait de là l'obligation *de conserver et de rendre*, ainsi que l'ont prétendu M. Grenier, tome 1er, page 120, 2e édition, et M. Toullier, tome 5, n° 48, encore faudrait-il que ce fût au profit d'un second gratifié; et nous venons de voir que les héritiers légitimes ne peuvent être considérés comme donataires ou légataires ».

Mais, tout en raisonnant ainsi, dans la rigueur des principes, M. Rolland de Villargues convient avec MM. Grenier et Toullier, que la clause de retour au profit des héritiers légitimes du disposant, offre les mêmes résultats qu'une véritable substitution fidéicommissaire, et qu'elle doit être considérée comme telle, parcequ'autrement *elle pourrait devenir un moyen d'éluder la prohibition de la loi.*

En effet, dit M. Toullier, *si le droit de retour en cas de décès du donataire et de ses descendans, était stipulé, non seulement au profit du donateur, mais encore, et à son défaut, au profit de ses héritiers, une pareille disposition contiendrait évidemment une véritable substitution conditionnelle déguisée sous le nom de* retour. *Le mot seul est changé. Je donne ou lègue à Paul, à condition que, s'il vient à décéder sans enfans ou avant tel âge, les biens donnés retourneront à mes héritiers.... On trouve ici cet ordre successif qui caractérise essentiellement les substitutions. Paul est appelé en premier ordre, et les héritiers du donateur... en second. Paul est obligé de conserver les biens donnés pour les rendre à sa mort, si la condition arrive; la propriété passe d'abord à Paul, puis aux seconds appelés.*

Il y a cependant, comme l'observe M. Rolland de Villargues lui-même, n° 253, deux arrêts de la cour de cassation, des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809, qui, d'après des contrats de mariage des années 1672 et 1694, par lesquels des pères, en mariant et dotant leurs filles, avaient stipulé qu'en cas qu'elles mourussent sans enfans, ou que leurs enfans décédassent sans postérité, les dots qu'ils leur constituaient en argent, retourneraient, non seulement à eux-mêmes, s'ils leur survivaient à tous, mais encore à leurs enfans mâles ou à leurs héritiers, ont jugé (en confirmant deux arrêts de la cour d'appel de Pau, des 19 thermidor an 12 et 18 février 1808), que les derniers descendans de ces filles étant morts sans postérité en 1793, les dots qu'elles avaient reçues, devaient être restituées par leurs héritiers à ceux de leurs frères, nonobstant l'abolition dont la loi du 14 novembre 1792 avait frappé toutes les substitutions fidéicommissaires.

Mais d'abord, ces arrêts, dont j'ai rapporté les espèces, en simple historien, dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Dot*, §. 17, n° 4 et *Substitution fidéicommissaire*, sect. 8, n° 10, ont-ils bien jugé? Ensuite, si la décision en était conforme aux lois (aujourd'hui abrogées) sur lesquelles elle devait être calquée, serait-elle applicable aux dispositions qui doivent être réglées par le Code civil?

Sur la première question, remarquons deux choses:

L'une, que les deux contrats de mariage avaient été passés dans la coutume de Navarre, où la dot constituée à une fille par le père qui la mariait, formait sa seule légitime, et que, suivant l'art. 5 du titre *des Successions* de cette coutume, les légitimes des cadets, mâles ou femelles, retournaient de plein droit et sans stipulation aux aînés mâles ou à leurs descendans, lorsque les cadets, mâles ou femelles, décédaient sans postérité;

L'autre, que, par l'art. 53 de la loi du 22 ventôse an 2, interprétative de celle du 17 nivôse précédent, il a été décidé que cette disposition ne présentait « qu'une SUBSTITUTION STATUTAIRE qui ne » *pouvait* exister d'après l'abolition de toutes substitutions par la loi du 14 novembre 1792; et » qu'ainsi la pleine propriété ne pouvait être contestée à des légitimaires déjà trop mal partagés ».

Que serait-il arrivé d'après cela, en 1793, si, dans les contrats de mariage de 1672 et 1694, les pères qui avaient doté leurs filles, s'en étaient tenus à la disposition de la coutume et au droit de retour qui en résultait? Bien certainement ce droit aurait été considéré comme formant une substitution fidéicommissaire abolie par la loi du 14 novembre 1792; et les derniers descendans des filles, devenus propriétaires libres des dots constituées à celles-ci, les auraient transmises à leurs propres héritiers.

Mais qu'avaient fait les contrats de mariage de 1672 et 1694, en stipulant le retour de ces dots aux descendans des frères des filles à qui ils les constituaient? Avaient-ils dérogé à la disposition de l'art. 5 du titre *des Successions* de la coutume de Navarre? Non, et bien loin de là, ils l'avaient copiée, ils l'avaient adoptée. En la copiant, en

BIU Cujas

l'adoptant, avaient-ils dénaturé le retour qu'elle établissait de plein droit en avaient-ils changé les effets ? Non encore; ils l'avaient rendu conventionnel, de simplement légal qu'il était; mais ils lui avaient conservé son caractère de droit de retour; ils lui avaient par conséquent conservé l'effet de former une substitution fidéicommissaire; seulement ils avaient converti en substitution contractuelle la *substitution statutaire* qu'il constituait; et comme la loi du 14 novembre 1792 n'abolissait pas moins les substitutions contractuelles que les substitutions statutaires, il était bien impossible que cette loi eût épargné la substitution résultant de ces contrats de mariage, alors qu'il était reconnu qu'elle avait aboli la substitution résultant de la coutume.

Comment donc les arrêts de la cour de cassation, des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809, ont-ils pu confirmer ceux de la cour d'appel de Pau qui avait jugé que les derniers descendans des filles dotées étant morts sans postérité en 1793, les dots qu'elles avaient reçues, devaient être restituées par leurs héritiers à ceux de leurs frères, nonobstant l'abolition dont la loi du 14 novembre 1792 avait frappé les substitutions fidéicommissaires?

Ils se sont fondés sur ce *que les lois du 17 nivôse an 2, art. 74, et du 23 ventôse suivant, art. 5, ont conservé les effets des stipulations de retour et ceux du retour légal dans les pays et pour les cas où ce droit avait lieu à l'égard des donations antérieures au 5 brumaire an 2; que, d'après ces lois et d'après les différences qui existent entre les droits de réversibilité conventionnels et légaux, et les substitutions, on ne peut appliquer au droit de retour l'abolition prononcée par la loi du 14 novembre 1792.*

Et l'on voit que c'est comme si, en reproduisant la substance des conclusions de M. l'avocat-général Daniels, qui avait porté la parole dans l'affaire jugée par le premier de ces arrêts, ils eussent dit en termes exprès :

« Oui, il résulte à la fois, et du retour légal établi par l'art. 5 du titre *des Successions* de la coutume de Navarre, et du retour conventionnel stipulé par les contrats de mariage de 1672 et 1694, une substitution qui a assujetti les filles dotées à conserver et rendre leurs dots à leurs enfans, et ceux-ci à les conserver et rendre à leurs descendans; oui, cette substitution a été abolie par la loi du 14 novembre 1792. Mais de ce que le droit de retour a produit une substitution en faveur des enfans et descendans des filles dotées, il ne s'ensuit nullement qu'il ait formé lui-même une substitution en faveur des frères et des descendans des frères de ces filles, ni par conséquent que la loi du 14 novembre 1792 l'ait aboli.

» D'une part, en effet, il est certain que ce droit, en tant qu'il était conventionnel, a survécu à la loi du 14 novembre 1792; et ce qui le prouve invinciblement, c'est que l'art. 74 de la loi du 17 nivôse an 2 porte en toutes lettres que *les biens donnés par les ascendans à leurs descendans avec stipulation de retour, ne font point partie de la succession du descendant, tant qu'il y a lieu au droit de retour.* Qu'on ne dise pas que cet article n'a en vue que le droit de retour stipulé au profit du donateur personnellement, et qu'on ne peut pas l'entendre du droit de retour stipulé au profit des héritiers du donateur en même temps qu'au profit du donateur lui-même. Cet article est général, il ne fait aucune distinction; il doit donc être entendu de la stipulation telle qu'elle avait lieu dans l'ancienne jurisprudence. Or, dans l'ancienne jurisprudence, non seulement le retour conventionnel pouvait être stipulé au profit des héritiers du donateur, pour le cas où celui-ci décéderait avant le donataire, mais même il était toujours censé l'être en ce sens, et les héritiers du donateur étaient toujours censés compris dans la stipulation qu'il en faisait pour son propre compte (1). Donc l'abolition, prononcée par la loi du 14 novembre 1792, de la substitution qui, à l'égard des filles dotées par les contrats de mariage de 1672 et 1694, et de leurs enfans entre eux, était résultée de la stipulation de retour insérée dans ces contrats, n'a pas plus atteint cette stipulation au préjudice des héritiers de la ligne masculine des pères donateurs des dots, qu'elle ne l'aurait atteinte au préjudice des pères eux-mêmes, s'ils avaient survécu aux derniers descendans de leurs filles; donc cette stipulation doit produire en faveur des uns le même effet qu'elle produirait en faveur des autres, s'ils vivaient encore.

» D'un autre côté, il est également certain que le droit de retour légal qui, pour les dots constituées par les contrats de mariage de 1672 et 1694, avait été établi par la coutume de Navarre en faveur des frères et des descendans des frères des filles dotées, n'a pas été aboli par la loi du 14 novembre 1792, et qu'il ne l'a été implicitement que par les dispositions de la loi du 5 brumaire an 2, reproduites dans celle du 17 nivôse de la même année, et par conséquent après la mort (arrivée en 1793) des derniers descendans de ces filles. La preuve en est écrite littéralement dans ces termes de l'art. 5 de la loi du 23 ventôse an 2; *il n'est rien innové par l'art. 74 du décret du 17 nivôse, à l'égard des donations antérieures au 5 brumaire, aux effets du retour légal, dans les pays et pour les cas où ce droit avait lieu.*

---

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Réversion*, sect. 1, §. 2, art. 1.

BIU Cujas

» Donc, sous quelque rapport que l'on envisage le droit de retour réclamé par les descendans des frères des filles dotées, et soit qu'on le considère comme purement légal, soit qu'on le réduise à la qualité de conventionnel, on se trouve toujours dans la nécessité de reconnaître qu'il a survécu à la loi du 14 novembre 1792 ».

Voilà comment a raisonné la cour de cassation dans ses arrêts des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809. Mais il est bien difficile, pour ne rien dire de plus, d'accorder ces raisonnemens avec l'art. 53 du décret interprétatif du 22 ventôse an 2, qui, de ce que la susbtitution résultant du droit de retour des légitimes, et par suite des dots qui en tiennent lieu, est abolie par la loi du 14 novembre 1792, tire la conséquence que les légitimaires doivent en jouir *en pleine propriété* des objets composant leurs légitimes ou dots. Quel moyen y a-t-il, en effet, de concilier la décision consignée dans cette partie du décret cité, soit avec l'art. 74 de la loi du 17 nivôse an 2, soit avec l'art. 5 de celle du 23 ventôse suivant? Il n'y en a et il ne peut y en avoir qu'un seul : c'est de dire que l'un et l'autre articles n'ont en vue que le droit de retour, soit conventionnel, soit légal, qui est purement personnel au donateur, comme il l'était dans les principes du droit romain, avant que la jurisprudence les eût altérés, et comme il l'est encore dans ceux du Code civil; que l'un ne maintient le retour conventionnel indéfiniment, et que l'autre ne maintient le retour legal pour les donations antérieures au 5 brumaire an 2, qu'au profit du donateur lui-même survivant au donataire ou à ses enfans; et qu'à l'égard du droit de retour stipulé ou établi légalement au profit des héritiers du donateur, l'un et l'autre articles se réfèrent à la loi du 14 novembre 1792 qui abolit les substitutions.

Aussi M. l'avocat-général Daniels n'a-t-il pu échapper à la nécessité de concilier ainsi avec l'un et l'autre articles la décision écrite dans l'art. 53 du décret du 22 ventôse an 2, qu'en disant qu'à la vérité, les derniers descendans des filles dotées en 1672 et 1694 étaient devenus, par l'effet de la loi du 14 novembre 1792, pleinement propriétaires des dots constituées à leurs aïeules, mais qu'ils n'en avaient pas disposé, et que par conséquent le droit de retour dont ces dots avaient été grevées au profit des frères et des descendans des frères de leurs aïeules, avait conservé toute sa force.

Mais comment M. Daniels n'a-t-il pas fait attention que les derniers descendans des filles dotées n'auraient pas acquis, par l'effet de la loi du 14 novembre 1792, la *pleine propriété* des dots de leurs aïeules, s'ils n'avaient pu les transmettre à leurs héritiers naturels qu'au moyen de la disposition qu'ils en auraient faite spécialement à leur profit? Comment n'a-t-il pas senti que, si l'on peut être propriétaire sans avoir le droit de disposer, il est du moins impossible qu'on cesse jamais d'être propriétaire, par cela seul que l'on n'a pas disposé en effet, et que tout ce qui résulte du défaut de disposition de la part d'un propriétaire libre, c'est que sa propriété passe de plein droit aux parens que la loi y appelle après lui?

Ce qui a égaré M. Daniels sur ce point, ce qui lui a fait penser que l'abolition de la substitution résultant d'un droit de retour, n'emportait pas l'abolition de ce droit même, c'est que, dans l'ancienne jurisprudence, les parlemens de Paris et de Dijon *tenaient pour principe, à l'égard des pays de droit écrit de leurs ressorts, que l'effet du droit de retour cessait lorsque le donataire avait disposé, soit entre-vifs, soit à cause de mort, des biens qu'il possédait à charge de réversion.*

Il est vrai, et j'en ai rapporté les preuves dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Réversion*, sect. 1, §. 2, art. 2, que ces deux parlemens le jugeaient ainsi; mais pour quelle espèce de droit de retour? Pour le droit de retour conventionnel? Nullement : ils savaient trop bien et ils jugeaient trop constamment que ce droit emportait essentiellement l'interdiction de disposer; ils ne le jugeaient que pour le retour légal qui avait lieu au profit de l'ascendant donateur, et qui, par cela seul qu'il était absolument personnel à celui-ci, ne pouvait jamais former une substitution au profit de ses héritiers.

Eh! comment aurait-on pu, dans l'ancienne jurisprudence, refuser le caractère de substitution au droit de retour, soit conventionnel, soit légal, stipulé ou établi, non seulement au profit du donateur, mais encore en faveur de ses héritiers? Ce caractère lui était expressément reconnu, et ce qui est singulièrement à remarquer, il l'était spécialement pour le ressort du parlement de Pau, par la déclaration du roi, du 7 février 1772, rapportée dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Lettres de ratification*, n° 2 : il y est dit en toutes lettres, dans le préambule, que, *suivant les coutumes de Béarn, les dots des femmes, hypothéquées sur les biens de leurs maris, sont affectées aux descendans du mariage et à ceux qui les ont constituées*, PAR UNE ESPÈCE DE SUBSTITUTION LÉGALE; et le dispositif étend aux *représentans* des *constituteurs des dots*, ce qui est énoncé dans le préambule par rapport à ceux-ci. Le moyen, dès-lors, de nier que le droit de retour conventionnel ou légal stipulé ou établi en faveur des représentans des *constituteurs des dots*, pour le cas d'extinction de la descendance des filles dotées, a été aboli par la loi du 14 novembre 1792? Il faudrait pour cela aller jusqu'à dire que les substitutions légales n'ont pas été abolies par la loi du 14 novembre 1792; et, encore une

BIU Cujas

fois, l'art. 53 de la loi du 22 ventôse an 2 déclare positivement qu'elles l'ont été.

Rien ne peut donc justifier les arrêts de la cour de cassation, des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809; et cependant je dois convenir que la question s'étant représentée en 1826, a encore été jugée de même. Voici l'espèce.

Le 27 avril 1653, contrat de mariage entre le sieur Salinis de Douazon et la demoiselle Claverie, tous deux domiciliés dans le ressort du parlement de Pau. Le père de la future épouse lui constitue en dot une somme de 21,000 fr., avec stipulation de retour, en cas de dissolution du mariage sans enfans.

Le 23 mars 1679, acte notarié, par lequel les deux époux reconnaissent avoir reçu la dot, et s'obligent de la restituer dans le cas prévu par le contrat de mariage.

En 1808, décès de la veuve de Mosqueros, dernière descendante de ce mariage, après avoir institué le sieur Duhart pour son héritier.

Le sieur de Noguès, descendant du sieur Claverie père, réclame la dot, en vertu du droit de retour stipulé par le contrat de mariage de 1653.

Le sieur Duhart répond que ce droit formait une substitution, et que par conséquent il a été aboli par la loi du 14 novembre 1792.

Le 22 novembre 1815, jugement du tribunal d'Orthez, qui, adoptant ce moyen de défense, rejette la demande du sieur Noguès.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour royale de Pau, du 2 juillet 1822, qui réforme ce jugement,

« Attendu, en fait, que, par contrat de mariage, du 27 avril 1653, entre la demoiselle Claverie et Salinis de Douazon, il fut constitué en dot à cette demoiselle 21,000 francs, avec stipulation de retour en cas de dissolution de mariage sans enfans; qu'une semblable clause s'étendait, d'après la jurisprudence du ci-devant Béarn, aux enfans des enfans jusqu'au dernier de la ligne, ainsi que cela est attesté par les certificats de la matricule des 25 février 1741 et 20 juin 1761; que, cette dot ayant été payée le 23 mars 1679, le retour en fut, de plus fort, stipulé par acte de ce jour;

» Attendu, en droit, que les effets de cette stipulation ont été conservés par nos lois nouvelles et par une jurisprudence constante, et que, demeurant la différence qui existe entre le droit de retour et les substitutions proprement dites, on ne saurait appliquer aux premières les lois abolitives des secondes; que, dès-lors, c'est le cas de réformer le jugement dont il s'agit, sur ce point, et d'ordonner que cette somme reviendra au sieur de Noguès ».

Recours en cassation contre cet arrêt de la part du sieur Duhart; mais vaine tentative.

Par arrêt contradictoire, du 20 décembre 1825, au rapport de M. Poriquet, sur les conclusions de M. l'avocat-général de Marchangy, et après un délibéré en la chambre du conseil,

« Attendu que le législateur a statué séparément sur le droit de retour et sur les substitutions; que, par les lois des 25 octobre et 14 novembre 1792, il a déclaré les substitutions abolies, tandis que, par l'art. 74 de la loi du 17 nivôse de l'an 2, et l'art. 4 de celle du 25 ventôse suivant, il a expressément maintenu le retour conventionnel et légal dans les pays et dans les cas où il avait lieu;

» Que, dès-lors, tout examen du rapport qu'il pouvait y avoir entre les effets des substitutions et l'exercice du droit de retour est sans objet....;

» La cour rejette le pourvoi (1) ».

Ce que j'ai dit sur les arrêts des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809 répond, suffisamment aux motifs de celui-ci. Aussi les a-t-on vainement invoqués tous trois dans une contestation qui a été portée depuis, à la cour royale de Riom, et qui avait également pour objet un droit de retour conventionnel stipulé sous l'ancienne jurisprudence.

Dans le fait, en 1787, acte notarié par lequel le sieur Bernard, en mariant sa fille au sieur Perrot, lui constitue en dot un domaine et une maison, *lesquels sont donnés sous la charge et condition qu'au cas que ladite future épouse décède sans enfans, ils feront retour audit sieur Bernard et à son héritier universel, en cas de disposition, et au défaut, aux cohéritiers de la future.*

En 1823, décès de la dame Perrot sans enfans.

Les héritiers du sieur Bernard réclament, en vertu du droit de retour stipulé à leur profit par le contrat de mariage de 1787, la propriété des biens donnés en dot à la défunte.

Le sieur Royet, héritier de celle-ci, répond que la stipulation de ce droit, en tant qu'elle appelait éventuellement les héritiers du donateur à la propriété des biens donnés, formait originairement une substitution fidéicommissaire, et qu'elle a été, comme telle, abolie par la loi du 14 novembre 1792.

Jugement qui, accueillant cette défense, rejette la demande des héritiers du sieur Bernard.

Et sur l'appel, arrêt du 9 avril 1829, sous la présidence du savant auteur du *Traité des donations* (M. Grenier), par lequel,

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 26, page 74.

BIU Cujas

« Attendu le principe constant qu'on doit juger de la nature et de la valeur des actes, non par la dénomination qu'il a plu aux parties de leur donner, mais par leur substance et par leurs effets..... ;

» Attendu que, dans la pureté des principes du droit, tout retour conventionnel proprement dit était limité à la personne du donateur, comme étant un droit qui lui était absolument personnel; que la stipulation de ce retour en faveur des héritiers de ce donateur, devenait alors une véritable substitution fidéicommissaire ;

» Attendu que la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792 a aboli, pour l'avenir, les substitutions fidéicommissaires, et a voulu que la propriété des biens substitués demeurât, franchement et librement, sur la tête de ceux qui en étaient grevés, et qui étaient chargés de les conserver et de les rendre ;

» Attendu que, si l'on doit nécessairement voir dans la clause dont il s'agit dans la contestation, une substitution fidéicommissaire, quels que soient les termes dans lesquels elle a été conçue, il devient indispensable de lui appliquer la disposition portée dans la loi ci-dessus citée, qui frappe sur tout ce qui était substitution fidéicommissaire; que si le retour conventionnel a été quelquefois excepté de l'abolition portée par cette loi, ce n'a été que dans le sens et pour le cas d'un retour stipulé au profit du donateur seul; de tout quoi il résulte que, dès l'instant de la promulgation de cette loi, Marie-Anne Bernard est devenue propriétaire incommutable des immeubles dont il s'agit, qui font l'objet de la contestation, et que, par conséquent, elle a pu en disposer à son gré..... ;

» La cour dit qu'il a été bien jugé..... (1) ».

Mais, au surplus, et ceci va répondre à la seconde des questions que nous avons élevées sur les arrêts de la cour de cassation des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809, quand ces arrêts et celui du 20 décembre 1825 auraient bien jugé, quand on devrait s'en tenir à leur décision par rapport aux stipulations de retour insérées dans des donations entre-vifs antérieures au Code civil, il est du moins bien évident que l'on ne pourrait plus l'appliquer à une stipulation de retour qui, dans une donation entre-vifs, ne devrait être appréciée que d'après la législation actuelle.

En effet, aux termes de l'art. 951 du Code civil, le droit de retour ne peut plus être stipulé qu'au profit du donateur. Or, il suit nécessairement de là, comme l'a jugé et démontré l'arrêt de la cour de cassation, du 22 juin 1812, rapporté ci-dessus (1°), que la clause de retour insérée dans une donation entre-vifs, au profit d'un tiers désigné, emporte substitution fidéicommissaire. Il faut donc nécessairement aussi, d'après les raisons sans réplique qu'en donne M. Toullier, en tirer la même conséquence pour la clause de retour qui serait aujourd'hui insérée dans une donation entre-vifs, au profit des héritiers du donateur; et voici une espèce dans laquelle a été cassé un arrêt qui avait jugé le contraire :

En 1793, deux ans avant la réunion de la Belgique à la France, contrat de mariage entre le sieur Rohaert, premier conseiller pensionnaire de la ville de Gand, et la dame Teckelaert, veuve du sieur Beyniers, de qui il lui restait une fille.

L'art. 5 de ce contrat prévoit le cas où il ne naîtrait point d'enfant de cette union, et où la future épouse survivrait, ainsi que sa fille, au futur époux : il y est stipulé que, ce cas arrivant, tous les biens du futur époux qui sont situés sous la domination hollandaise, appartiendront à la future épouse.

L'art. 6 étend cette stipulation à un immeuble que le futur époux possède dans la commune d'Altert.

Et il ajoute : *Le tout néanmoins aux conditions suivantes : savoir, que si la future épouse venait à décéder sans délaisser un ou plusieurs enfans d'un mariage subséquent, ou que son enfant du premier lit vînt aussi à décéder avant ou après elle, sans délaisser un ou plusieurs enfans, tous les biens ci-devant mentionnés viendront et retourneront* aux héritiers du futur époux; *à cet effet, les fidéicommettans, avec défense d'aliénation ou affectation*, au profit des héritiers du futur époux, *ses sœurs, neveux et nièces, et de leurs descendans légitimes par représentation, les y substituant par les présentes.*

Arrive le cas prévu par ces deux articles : le sieur Rohaert meurt en novembre 1808, sans enfans. Sa femme et la fille du premier mariage de celle-ci lui survivent.

Question de savoir quel a été, sur les stipulations contenues dans les art. 5 et 6 du contrat de mariage de 1793, l'effet de la loi du 14 novembre 1792, publiée dans la Belgique à la fin de l'année 1795, et de l'art. 896 du Code civil, sous l'empire duquel est décédé le sieur Rohaert.

D'un côté, la veuve Rohaert prétend que les biens compris dans ces stipulations, ont été dégagés, par la loi du 14 novembre 1792, *de tous liens de fidéicommis et de retour*, et qu'ils lui appartiennent *en pleine et entière propriété.*

De l'autre, les héritiers du sieur Rohaert soutien-

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1829, partie 2, page 251.

BIU Cujas

nent, au contraire, que ces stipulations ont été annulées par l'art. 896 du Code civil, parcequ'elles renferment une stipulation fidéicommissaire.

La cause portée au tribunal de première instance de Gand, jugement qui accueille la prétention de la veuve Rohaert, et rejette celle des héritiers du mari,

« Attendu que le gain de survie stipulé dans le contrat anténuptial dont il s'agit, est devenu irrévocable par la célébration du mariage;

« Que, dès ce moment, il en est résulté un droit acquis au survivant; que ce droit n'a été ni pu être atteint par l'art. 896 du Code civil;

» Que toutefois ceux en faveur de qui la substitution a été stipulée, n'étaient point parties au contrat; qu'ils n'ont acquis, par ce contrat, aucun droit; qu'il aurait été au pouvoir du sieur Rohaert de révoquer cette substitution, de la modifier ou de substituer d'autres personnes, si les lois prohibitives des substitutions n'étaient pas survenues; qu'ainsi, le droit des substitués a été atteint par la loi du 14 novembre 1792 ».

Les héritiers du sieur Rohaert appellent de ce jugement à la cour supérieure de justice de Bruxelles; et là il intervient d'abord à la seconde chambre un arrêt préparatoire qui divise la cause en deux parties : l'une, sur la question de savoir si la substitution fidéicommissaire écrite dans l'art. 6 du contrat de mariage, emporte, d'après l'art. 896 du Code civil, la nullité du gain de survie accordé à la veuve Rohaert; l'autre, sur la question de savoir si le droit de retour stipulé en faveur des héritiers du mari, a survécu tant à la publication de la loi du 14 novembre 1792 qu'à celle de l'art. 896 du Code civil.

Le 31 mai 1813, arrêt qui, statuant sur le premier point, déboute les héritiers du sieur Rohaert de leur demande en nullité de la donation faite à la veuve par le contrat de mariage;

« Attendu que cette donation, bien que grevée de substitution, était valable dans le principe, et qu'il en était résulté, pour l'épouse contractante, un droit irrévocable, légalement acquis avant la publication de l'art. 896 du Code civil;

» Que la substitution, déjà annulée par la loi du 14 novembre 1792, ne peut sortir son effet, d'autant moins que le sieur Rohaert est décédé en novembre 1808, sous l'empire du Code civil qui proscrit les substitutions fidéicommissaires ».

Et le 5 mai 1815, autre arrêt qui, statuant sur le second point, infirme le jugement de première instance, et déclare que, si la fille de la dame Rohaert vient à décéder sans enfans, les biens donnés retourneront aux héritiers légitimes du donateur,

« Attendu que le contrat de mariage dont s'agit renferme, d'une part, une stipulation de retour en faveur des héritiers Rohaert, et, d'autre part, une ordonnance de fidéicommis pour mieux en assurer l'effet;

» Attendu, en ce qui touche le retour, qu'il est permis de stipuler pour ses héritiers, et que cette stipulation doit avoir les mêmes effets que celle que l'on fait pour soi-même;

» Que les héritiers représentant le défunt, ne peuvent être considérés comme des tiers auxquels il ne compéterait qu'une action utile en vertu des contrats auxquels ils ne seraient pas intervenus;

» Que les lois abolitives des substitutions sont de stricte interprétation et ne peuvent par conséquent s'étendre à un droit de retour conventionnel, ainsi que cela a été jugé par plusieurs arrêts de la cour de cassation de France (1);

» Attendu, en ce qui touche la clause fidéicommissaire, que tout fidéicommis a été aboli et annulé tant par la loi de 1792 que par l'art. 896 du Code civil; mais que la nullité de cette clause n'a pas dû rendre inopérante celle qui a pour objet le droit de retour, d'après la règle *utile per inutile non vitiatur* ».

Les héritiers du mari donateur acquiescent au premier de ces arrêts; mais la veuve se pourvoit, devant les première et troisième chambres de la même cour (2), en cassation contre le deuxième, et elle l'attaque comme violant la loi du 14 novembre 1792, qui abolit les substitutions fidéicommissaires établies avant sa publication, et l'art. 896 du Code civil qui les prohibe.

Les héritiers du sieur Rohaert répondent, 1° que l'arrêt attaqué ne fait qu'interpréter un contrat de mariage, et qu'il est, dès-lors, à l'abri de la cassation; 2° que la dame Rohaert ne peut pas accepter la donation ni en profiter, sans se soumettre à la charge que le donateur y a apposée; 3° qu'à la vérité cette donation a été affranchie par la loi du 14 novembre 1792, de la substitution fidéicommissaire dont le donateur l'avait grevée, mais qu'elle ne l'a point été du retour conventionnel que le donateur avait réservé à ses héritiers.

La cause portée à l'audience des deux chambres constituées en cour de cassation, M. le procureur-général Daniels en réduit la discussion au seul point

---

(1) Cette phrase se réfère aux arrêts de la cour de cassation, des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809, dont je viens de parler, et je n'ai pas besoin de rappeler ici que ces arrêts ne peuvent recevoir aucune espèce d'application aux dispositions régies par le Code civil.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Cassation*, §. 9.

BIU Cujas

de savoir si, dans l'art. 6 du contrat de mariage des sieur et dame Rohaert, on peut séparer la clause fidéicommissaire de la clause de retour, si celle-ci caractérise un retour vraiment conventionnel, si elle peut conserver son effet, alors qu'on est forcé de reconnaître que celle-là est abolie; et il se prononce pour la négative.

« Établissons d'abord (dit-il) quelle est la véritable différence entre ces deux sortes de dispositions.

» La réserve du droit de retour n'est rien autre chose et n'a jamais été qu'*une clause résolutoire* que le *donateur* appose en sa faveur à la donation *entre-vifs*, par laquelle il se dépouille *actuellement* de sa propriété, en se réservant la réversion de la chose donnée, *pour le cas où il survivrait au donataire.*

» La différence entre la substitution et le droit de retour est donc bien sensible.

» Dans la stipulation du droit de retour, il ne s'agit que de l'intérêt de *deux* personnes, de celle qui *donne* et de celle qui *reçoit*. La première transfère la propriété de la chose donnée, mais elle en stipule la *réversion à son profit* pour le cas où le donataire décéderait avant elle.

» Toute substitution fidéicommissaire suppose, au contraire, *trois* personnes au moins: l'une qui dispose, l'autre qui est appelée en premier lieu (c'est le grevé de substitution), et la troisième à laquelle le grevé sera tenu de rendre.

» La stipulation du droit de retour ne peut avoir lieu que dans une *donation entre-vifs*, par laquelle le donateur transfère *actuellement* la propriété de la chose qu'il donne et dont il se dépouille.

» La substitution peut, au contraire, être apposée à une donation entre-vifs, à une *institution d'héritier* et à *un legs*, ou, ce qui revient au même, à une donation à cause de mort.

» Dans la stipulation du droit de retour, le donateur prévoit le cas où il survivrait au donataire: il veut qu'alors la donation soit résolue, et que les choses données *retournent à lui.*

» Dans la substitution, le *testateur* ou le *donateur* dispose en faveur de *deux tiers*, mais *successivement:* il veut que l'une des personnes avantagées ait la chose donnée *après l'autre*, d'abord le grevé, ensuite le substitué; il ne stipule rien en sa faveur.

» Pour se convaincre de ces vérités, remontons aux sources du droit de retour. Il y en a, comme tout le monde le sait, deux espèces: le retour légal et le retour conventionnel. Le second a été introduit à l'imitation du premier. Dans l'un comme dans l'autre, on a employé les mots *retour* et *réversion* pour indiquer que la chose *retourne* à la personne d'où elle est provenue.

» La loi 6, D. *de jure dotium*, fait mention du retour légal, et nous le rencontrons à côté d'une donation entre-vifs. Cette disposition, uniquement faite en faveur du père qui avait sa fille en sa puissance, et qui lui constituait une dot, *dos profectitia*, a donné lieu à la *stipulation* du droit de retour pour les cas dans lesquels le retour légal n'aurait pas lieu. La loi 2, C. *de donationibus quæ sub modo*, en contient un exemple. Mais, pour ne pas faire dégénérer la clause en une substitution fidéicommissaire, il fallait bien lui conserver ses caractères essentiels. On ne pouvait attacher cette stipulation qu'à une stipulation entre-vifs qui dépouillât actuellement le donateur. Il se réservait, par cette clause, pour le cas où le donataire décéderait avant lui, la réversion de la chose donnée, et il faisait cette réserve à son profit. *Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti*, dit la loi citée, *ita ut post mortem ejus qui accepit, ad te rediret.* L'art. 951 du Code civil donne les mêmes caractères au retour conventionnel: *le donateur* (dit-il) *pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendans.* CE DROIT NE POURRA ÊTRE STIPULÉ QU'AU PROFIT DU DONATEUR SEUL.

» Le droit de retour conventionnel est donc l'effet d'une clause résolutoire, apposée à une donation *entre-vifs* et *en faveur du donateur.*

» La clause emporte, au contraire, une substitution fidéicommissaire, si elle a été stipulée en faveur d'un tiers (c'est-à-dire, en faveur d'un autre que la *personne* du donateur). Nous en trouvons un exemple dans la loi 3, C. *de donationibus quæ sub modo.* Le titre du Digeste, *depositi vel contrà*, en présente un autre.

» C'est aussi ce qu'a jugé, sous le Code civil, un arrêt de la cour de cassation de France, du 22 juin 1812....

» En appliquant ce principe à l'espèce de la cause, nous n'apercevons, dans la cause en litige, aucune ombre d'un retour conventionnel. La donation n'a été faite que pour le cas où le donataire ou ses descendans survivraient au donateur; première considération qui détruit toute idée d'un droit de retour, en ce qu'elle n'a pas été faite *en faveur du donateur*, mais au profit de ses héritiers. Il en résulte nécessairement que toute cette disposition n'est rien autre chose qu'une substitution fidéicommissaire.

» Il importe maintenant de discuter un moment les motifs de l'arrêt attaqué.

» La stipulation ayant été faite en faveur des *héritiers* du sieur Rohaert, il a paru aux juges d'appel qu'elle devait produire le même effet que si elle avait été faite au profit du donateur même.

BIU Cujas

» Mais l'art. 951 du Code civil dit en termes formels que le retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur *seul*, et cette expression exclut, à coup sûr, les *héritiers* du donateur aussi bien que toute autre personne qui n'est pas héritière. C'est là une convention *personnelle*, PACTUM IN PERSONAM, dont les effets ne passent point aux héritiers. C'est une exception à la règle générale d'après laquelle on est censé stipuler *pour soi et ses héritiers*. Dans l'ancienne jurisprudence française, il était reçu que le donateur pût stipuler le droit de retour pour *lui et ses héritiers*; et c'est précisément ce qu'on n'a pas voulu dans la nouvelle législation. Telle est l'opinion unanime des commentateurs. Au surplus, dans notre espèce, le donateur n'a pas même stipulé le retour pour *lui et ses héritiers*, mais pour ses héritiers seuls; ce qui est contraire à toute idée de droit de retour.

» Les décisions de la cour de cassation de France (des 11 frimaire an 14 et 17 janvier an 1809), invoquées dans les motifs de l'arrêt attaqué, ne peuvent recevoir aucune application à cette cause, par la raison... qu'elles ont été rendues pour des cas où le donateur était décédé *avant le Code civil*...

» En résumé, on ne saurait confondre la clause dont il s'agit, avec la stipulation d'un droit de retour, sans violer les dispositions de l'art. 951 du Code civil : on ne saurait méconnaître qu'elle renferme une véritable substitution, sans contrevenir à l'art. 896 du Code civil.

» Enfin l'on ne peut justifier ces deux contraventions sous prétexte que l'arrêt attaqué se serait borné à interpréter l'intention des parties, puisqu'il est de règle que la fausse interprétation d'un contrat donne ouverture à cassation, toutes les fois qu'elle change la nature de l'acte, et qu'elle tend à maintenir une disposition prohibée par la loi ».

Sur ces conclusions, arrêt du 5 novembre 1816, par lequel,

« Attendu que la clause dont il s'agit au procès, contient une ordonnance de fidéicommis et substitution dont la dame Rohaert et sa fille de premières noces étaient grevées au profit des défendeurs en cassation;

» Que cette proposition n'est susceptible d'aucun doute, puisqu'elle est reconnue et par les parties et par l'arrêt dont on poursuit la cassation;

» Attendu que la contexture de la clause s'oppose à ce qu'on y voie d'autre disposition que la constitution d'un fidéicommis; qu'elle s'oppose conséquemment à ce qu'on y voie une double disposition, l'une établissant un droit de retour et de réversion, l'autre l'ordonnance de fidéicommis ou substitution. C'est en effet par la même phrase, d'un seul et même contexte, que le sieur Rohaert s'exprime pour manifester ce qu'il veut, savoir, que les biens dont il dispose, parviennent, le cas prévu échéant, à ses héritiers, ses sœurs, neveux et nièces et à leurs descendans légitimes par représentation; et c'est à cet effet qu'il ordonne le fidéicommis et la restitution;

» Attendu qu'en admettant même qu'on puisse voir la double disposition dont on vient de parler, celle concernant le retour ou réversion contiendrait de fait un fidéicommis, puisque le retour n'était pas stipulé personnellement en faveur du sieur Rohaert, donateur (ce qui était impossible, en ce qu'il ne devait s'ouvrir qu'après son décès), mais en faveur de ses héritiers, ce qui formerait, à leur égard, une libéralité de deuxième ou de troisième ordre, dont la dame Rohaert et les autres appelés après elle seraient chargés de leur conserver et rendre l'effet; et de l'avis de tous les auteurs, semblable vocation constitue un véritable fidéicommis;

» De tout quoi il résulte qu'en maintenant la disposition comme constituant un simple retour, l'arrêt attaqué a violé la loi du 14 novembre 1792, abolitive des fidéicommis, et l'art. 896 du Code civil, qui les annule;

» Attendu, au surplus, qu'en prononçant comme il l'a fait, cet arrêt n'a pas simplement interprété la volonté des parties, mais a dénaturé l'essence de la stipulation dont il s'agit, et maintenu par-là une disposition que la loi prohibe et annule, et que, dès-lors cet arrêt n'est point à l'abri de la cassation;

» Par ces motifs, la cour, sur les conclusions conformes de M. le procureur général, casse et annule... (1) ».

Du reste, on sent bien que, si une clause de retour apposée à une donation entre-vifs au profit des héritiers du donateur, forme une substitution fidéicommissaire, et par suite, vicie la disposition principale qui la contient, il doit, à plus forte raison, en être de même d'une clause semblable qui serait apposée à tout autre acte de libéralité; et c'est ce qu'a jugé, dans l'espèce suivante, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 26 avril 1806.

Le sieur Poot et Jeanne-Marie Welvis avaient, par leur contrat de mariage, passé à Bruxelles le 17 prairial an 11, institué pour leur héritier universel Charles-Alexandre Depaep, enfant mineur de la future, issu d'un précédent mariage, dans le cas où il ne naîtrait point d'enfant de leur union; et sous la condition que, s'il mourait lui-même sans postérité, les biens retourneraient aux héritiers respectifs des deux époux par moitié.

Le sieur Poot étant décédé avant sa femme, ses

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1816, tome 1, page 53.

BIU Cujas

héritiers ont attaqué cette institution comme nulle de plusieurs chefs, et notamment en ce qu'elle contenait une substitution.

Le 27 fructidor an 13, jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, qui, en effet, annulle l'institution.

Appel de la part du mineur Depaep; et par l'arrêt cité,

« Attendu (entre autres motifs) que la succession des époux Poot ne lui a été hypothétiquement donnée qu'à la charge que les biens retourneraient par moitié à leurs héritiers respectifs, dans le cas où le donataire décéderait sans enfans;

» Que cette disposition a les caractères d'une substitution, puisque le donataire était tenu de conserver et de rendre la succession dans le cas prévu;

» Et attendu qu'aux termes de l'art. 896 du Code civil, les substitutions sont, non seulement prohibées, mais encore nulles, même à l'égard du donataire;

« La cour met l'appellation au néant...(1)».

§. V. *A qui a dû profiter*, etc.

§. VIII. *Page* 94, *col.* 2, *après la ligne* 8 (2), *ajoutez :*

A tout ce que contiennent les conclusions qui ont précédé cet arrêt, sur la quatrième des questions qui y sont traitées, il faut ajouter ce que j'ai dit dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 12, §. 3, art. 5.

§. XIII. *Page* 115, *col.* 2, *après la ligne* 28 (3), *ajoutez ce qui suit :*

2°. *Si elle ne vicie pas la disposition principale, doit-elle valoir pour les biens non aliénés par le grevé?*

3°. *Quel est, à cet égard, l'effet d'une clause par laquelle le donateur ou testateur, en chargeant son donataire ou légataire de remettre les biens à un tiers lorsqu'il mourra, l'autorise à les vendre et hypothéquer en cas de besoin?*

I. Sur la première question, l'affirmative ne serait pas douteuse, si la substitution fidéicommissaire *de eo quod supererit* était encore soumise aux règles établies par la novelle 108 de Justinien, c'est-à-dire, si les restrictions que cette loi avait mises à la faculté que le testateur accordait au grevé d'aliéner les biens qu'il lui laissait (1), existaient encore.

Mais ces restrictions étant abrogées par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, avec la novelle qui les avait créées, et le donataire ou légataire pouvant en conséquence aliéner tous les biens qui lui ont été donnés ou légués, comment une pareille substitution vicierait-elle la disposition principale qu'elle modifie? Elle impose sans doute au donataire ou légataire *la charge de rendre*, mais non pas celle *de conserver :* or, l'art. 896 du Code civil exige qu'il y ait concours de l'une et de l'autre charge, pour qu'il y ait lieu à l'application de la peine de nullité dont il frappe l'infraction de la défense qu'il fait de substituer.

C'est ce qu'ont, en effet, jugé

Un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 26 janvier 1808, dont on trouvera l'espèce au n° suivant;

Un arrêt de la cour royale de Colmar, du 7 juillet 1819, qui est rapporté dans le *Journal de jurisprudence* de cette cour, tome 15, page 161;

Et quatre arrêts de la cour d'appel de Bruxelles, dont voici les espèces :

Par un testament conjonctif, fait à Anvers avant la publication du Code civil, Jean Schrausman et Anne-Catherine Lahaye, son épouse, s'étaient institués héritiers l'un de l'autre avec pouvoir, en cas qu'ils ne laissassent point d'enfant, de *dépenser, aliéner et charger tous les biens* du prédécédé, *et en faire comme avec son bien personnel et propre, sans devoir en donner à qui que ce soit quelque état, inventaire ou inspection*, mais à la charge que *le nud restant que le survivant délaisserait à son décès, irait et retournerait pour une moitié aux héritiers* ab intestat *du prémourant.....*, *sans que le survivant puisse être tenu de fournir ou de donner quelque caution, assurance ou hypothèque pour ledit restant éventuel que le survivant délaissera, sous quelque prétexte que ce pourra être, le défendant et interdisant bien expressément par ces présentes, s'en rapportant, à cet égard, réciproquement l'un à l'autre, les testateurs instituant et substituant ainsi par ces présentes, dans ledit nud restant au cas et sur le pied prédits, leursdits plus proches parens respectifs*, etc.

Jean Schrausman étant mort sans enfans au mois

(1) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 8, page 145.

(2) *Page* 60, *col.* 2, *ligne* 42 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 756, *col.* 2, *ligne* 15 (2e édition).

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 10, §. 9.

BIU Cujas

de mai 1807, et par conséquent sous l'empire du Code civil, ses héritiers légitimes ont fait assigner Anne-Catherine Lahaye, sa veuve, devant le tribunal de première instance d'Anvers, pour voir dire que le testament était nul, parcequ'il contenait une substitution fidéicommissaire.

Le 18 janvier 1808, jugement par lequel :

« Attendu que, par le testament conjonctif que la défendresse a fait avec son défunt époux, ces conjoints, en s'instituant mutuellement, se sont servis de termes qui désignent leur intention de laisser au survivant d'entre eux la propriété absolue de toute la succession du prémourant, puisqu'ils se donnent l'un à l'autre, dans le cas où le prémourant ne laisserait point d'enfans issus de leur mariage, la faculté de dépenser, d'aliéner, de charger tous les biens de ladite succession, et d'en faire comme avec leurs biens propres, sans devoir en donner à qui que ce soit quelque état, inventaire ou inspection; d'où il résulte qu'il dépend de la défendresse de rendre illusoire et sans effet la charge du même testament, qui appelle les parens et héritiers des deux testateurs à recueillir et partager entre eux par moitié, après le décès du survivant, ce que le survivant n'aura ni dépensé ni aliéné de la succession du prémourant, joint aux biens propres du survivant, et que par conséquent le droit éventuel des héritiers *ab intestat* des deux testateurs ne sera ouvert qu'à la mort de la défendresse, comme ayant survécu à son défunt époux;

» Attendu qu'il en résulte encore que la défendresse n'ayant été soumise, par aucune clause du testament, à l'obligation de conserver et de rendre, ce qui serait en contradiction avec l'institution dans la pleine propriété et libre disposition, et avec la faculté de tout dépenser, aliéner et charger, et d'en user comme de ses propres biens, la clause qui appelle, après la mort du survivant, les héritiers des deux testateurs à recueillir ce que la défendresse pourrait délaisser éventuellement, ne saurait être considérée comme contenant une de ces substitutions prohibées par l'art. 896 du Code civil, qui vicient et annullent l'institution elle-même, et ce d'autant moins que les dispositions du testament dont il s'agit, bien loin de contrevenir à l'intention bien prononcée qu'a émise le législateur, en prohibant les substitutions, y sont, au contraire, parfaitement conformes;

» Le tribunal déclare les demandeurs non fondés dans leur demande ».

Les héritiers de Jean Schrausman appellent de ce jugement, et se fondent sur les lois romaines, qui décident qu'il y a fidéicommis par cela seul que l'héritier institué est chargé de rendre ce qui lui restera au moment de son décès.

Mais, par arrêt du 15 novembre 1809, la cour, adoptant les motifs des premiers juges, met l'appellation au néant (1).

N° 1. *Page* 116, *col.* 2, *après la ligne* 40 (2), *ajoutez :*

Le 5 août 1783, contrat de mariage entre Jean-Baptiste Collart et Catherine Geeraerts, domiciliés à Anvers, par lequel le survivant des époux est institué héritier universel du premier mourant, avec plein pouvoir d'aliéner tous les biens par actes entre-vifs, et sous la clause qu'en cas de non-aliénation, les parens successibles du prédécédé recueilleront la moitié des biens qui existeront à la mort du survivant.

Le 29 octobre 1791, décès de Jean-Baptiste Collart.

Le 17 avril 1819, sa veuve meurt elle-même, laissant un testament par lequel, en léguant une somme de 500 florins aux enfans d'une sœur de son mari, elle dispose, en faveur de ses propres héritiers, de tous les biens provenant de celui-ci.

Les héritiers de Jean-Baptiste Collart réclament, en vertu du contrat de mariage, la moitié de tous les biens non aliénés par Catherine Geeraerts.

On leur oppose que la disposition faite par cet acte en faveur du survivant des époux, contenait une substitution fidéicommissaire, qui n'était pas encore ouverte lors de la publication de la loi du 14 novembre 1792; que cette loi a aboli toutes les substitutions fidéicommissaires; qu'ainsi, Catherine Geeraerts a pu disposer librement, même à cause de mort, de tous les biens provenant de son mari.

Le 28 juin 1820, jugement qui, accueillant cette défense, déboute les demandeurs.

Mais sur l'appel, arrêt du 8 mars 1821, qui réforme ce jugement, et déclare les appelans propriétaires des biens litigieux,

« Attendu que la prohibition des substitutions, portée par les lois des 25 octobre et 14 novembre 1792, est la même que celle qui est établie par l'art. 896 du Code civil;

» Que, d'après la jurisprudence introduite depuis l'émanation du Code, la substitution fidéicommissaire, savoir, celle où l'héritier institué, le donataire ou le légataire, est *chargé de conserver et de rendre à un tiers*, est seule atteinte par cette prohibition;

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 10, page 238.

(2) *Tome* 6, *page* 757, *col.* 2, *ligne* 24 (2e édition).

BIU Cujas

» Attendu que la veuve Collart, qui, par le contrat anténuptial du 5 août 1783, avait reçu tous les biens de son époux prémourant en pleine propriété, n'a pas été chargée de *conserver* ces biens, ni aucune partie, mais qu'elle a eu la liberté de les aliéner, et de les consommer jusqu'au dernier sou;

» D'où il suit que la substitution faite par ledit contrat en faveur des héritiers de l'époux Collart, n'a pas été annulée par les lois des 24 octobre et 14 novembre 1792, ni par l'art. 896 du Code civil (1) ».

Le 11 ventôse an 6, testament conjonctif par lequel Henri Delvaux et Christine Vanvught, son épouse, s'instituent réciproquement héritiers, *avec pouvoir au survivant de vendre, grever, aliéner, et même de consumer jusqu'au dernier sou les biens du prédécédé, sans aucune considération de personnes*, à la charge que ceux qui existeront encore à son décès seront partagés par moitié entre les héritiers du mari et les héritiers de la femme, et que, si le survivant venait à se remarier, le tout retournerait aux héritiers du premier mourant.

Le 5 septembre 1805, Henri Delvaux décède à Anvers.

Plusieurs années après, Christine Vanvught meurt également sans s'être remariée, et après avoir, par un testament du 21 février 1818, institué la dame Desneux sa légataire universelle.

Les héritiers légitimes de Henri Delvaux font assigner les sieur et dame Desneux devant le tribunal d'Anvers, en partage de tous les biens meubles et immeubles de la communauté qui a existé entre Christine Vanvught et son mari.

Les sieur et dame Desneux opposent à cette demande le testament du 11 ventôse an 6, et prouvent par divers actes de vente et de donation entre-vifs, que Christine Vanvught a disposé pendant sa vie, suivant le droit que lui en donnait ce testament, de tous les biens qui lui étaient advenus du chef de son mari.

Les demandeurs répondent que le testament est nul, d'après l'art. 896 du Code civil, à la publication duquel a survécu Henri Delvaux, parcequ'il renferme une substitution fidéicommissaire *de eo quod supererit*. Ils ajoutent qu'il est encore nul, d'après le même article, parcequ'il grève tous les biens du mari testateur d'une substitution conditionnelle, pour le cas où l'épouse survivante viendrait à se remarier.

Le 7 juillet 1821, jugement qui rejette la demande des héritiers de Henri Delvaux.

Appel de ce jugement; mais, par arrêt du 29 octobre 1825,

« Sur le premier moyen des appelans,

» Attendu que l'art. 896 du Code civil, comme restreignant l'exercice du droit de propriété, est de stricte interprétation;

» Attendu que, d'après cet article, il ne peut y avoir de substitution lorsque l'héritier n'est point chargé de conserver et de rendre les biens du testateur;

» Attendu que les époux Delvaux, dans leur testament conjonctif, loin de charger le survivant de conserver les biens du prédécédé, disent, au contraire, qu'il peut *les vendre, aliéner, et les consumer jusqu'au dernier sou, sans aucune considération de personne;*

» D'où il suit que la charge et la condition jointes à l'institution, que tous les biens à délaisser par le survivant devront être partagés en deux portions, l'une pour les héritiers de la femme, l'autre pour ceux du mari, ne renferment aucune substitution prohibée;

» Quant au deuxième moyen,

» Attendu que, par le décès de son mari, l'épouse Delvaux, née Vanvught, est devenue propriétaire absolue de tous les biens de celui-ci sans être chargée de les conserver en nature ou en masse, pas même pour le cas de secondes noces, puisqu'elle avait plein pouvoir, non seulement de vendre, grever et aliéner tous ces biens, mais encore de les consumer jusqu'au dernier sou;

» D'où il suit que la clause, par suite de laquelle on soutient que la disposition serait une substitution conditionnelle, ne constitue même aucune obligation conditionnelle relativement aux biens dont il s'agit;

» Que, par suite et d'après les principes rappelés ci-dessus, l'institution n'est entachée d'aucune substitution prohibée, et est ainsi bonne et valable;

» Par ces motifs, la cour, M. l'avocat-général Destoop entendu dans ses conclusions conformes, met l'appellation au néant (1) ».

On trouvera au n° suivant un jugement du tribunal de première instance de Rotterdam, du 3 juillet 1822, qui, par l'une de ses dispositions, décide la même chose, et dont il n'y a pas eu d'appel à cet égard.

Il est vrai qu'on peut opposer à cette jurisprudence un arrêt de la cour d'appel de Nîmes, du 17 août 1808, par lequel il a été jugé que la loi du 14 novembre 1792 n'avait pas aboli une substitution

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles, année 1821, tome 1er, page 193.

(1) *Ibid.*, année 1826, tome 1er, page 58.

BIU Cujas

faite précédemment, avec *pouvoir de vendre et engager en cas de besoin*, et un arrêt de la cour royale de Metz, du 16 février 1815, qui a déclaré nulle une donation à cause de mort, faite sous l'empire du Code civil, à la charge d'une substitution conçue dans les mêmes termes (1).

Il est vrai encore que ces deux arrêts ont été rendus en thèse générale, et abstraction faite de la condition qui restreignait au *cas de besoin* la faculté d'aliéner qui avait été accordée par les donateurs aux donataires.

Mais si le premier de ces arrêts peut être justifié par la considération qu'avant le Code civil, et dans le mode d'exécution de la loi du 14 novembre 1792, on pouvait, sans violer aucune loi, réputer véritablement fidéicommissaire la substitution des biens que le donataire n'aurait pas aliénés, quoiqu'il en eût reçu le pouvoir du donateur, il n'en est certainement pas de même du second; et celui-ci, directement contraire au texte de l'art. 896 du Code civil, n'aurait pu échapper à la cassation, s'il eût été attaqué par cette voie, que par un motif qu'il ne contenait pas, mais sur lequel nous nous expliquerons au n° 3.

Du reste, l'opinion adoptée par les six arrêts cités des cours de Paris, de Colmar et de Bruxelles, est hautement professée par M. Grenier, tome 1er, page 112; par M. Toullier, tome 5, n° 38, et par M. Delvincourt, tome 1er, page 827. Il est même à remarquer que M. Rolland de Villargues, qui l'avait combattue par une dissertation insérée dans le recueil de M. Sirey, tome 19, partie 2, page 59, a fini par en reconnaître la justesse dans son *Traité des Substitutions prohibées*, n° 232.

II. Mais de ce que la substitution de ce qui restera ne vicie pas la disposition principale, s'ensuit-il qu'elle doit avoir son effet pour les biens non aliénés par le grevé?

M. Rolland de Villargues, n° 332, prétend que non.

« En effet (dit-il), pourquoi cette disposition ne doit-elle pas être regardée comme une substitution prohibée? C'est parcequ'elle forme une disposition non obligatoire, une disposition nulle.

» Or, à quel titre le tiers appelé pourrait-il réclamer les biens que le grevé n'aurait pas aliénés? Ce ne pourrait être qu'en vertu de cette disposition nulle. Or, ce qui est nul ne peut produire d'effet: *quod nullum est, nullum producit effectum* ».

M. Rolland de Villargues n'ajoute pas, mais j'ajoute pour lui, que son opinon a été adoptée par un arrêt de la cour royale de Paris, du 26 janvier 1808, dont voici l'espèce:

Marie Perchenet avait fait un testament par lequel le sieur Lamiraux était institué son légataire universel, à la charge que, s'il mourait sans avoir disposé des biens qu'elle lui laissait, ils retourneraient à Marie-Anne Lamiraux, femme Jayer, sa nièce.

Après la mort de la testatrice, les sieur et dame Platelet, ses héritiers légitimes, ont attaqué ce testament et ont soutenu qu'il était nul, parceque l'un des témoins instrumentaires qui y avaient assisté, était parent au 3e ou 4e degré de la dame Jayer, appelée conditionnellement à recueillir après la mort du légataire universel.

Le 13 janvier 1807, jugement du tribunal civil de Sainte-Ménéhould, qui admet les sieur et dame Platelet à prouver que le témoin dont il s'agit, est effectivement parent de la dame Jayer au degré prohibé par l'art. 975 du Code civil;

Et cette preuve faite, second jugement qui déclare le testament nul.

Appel de ces deux jugemens de la part du sieur Lamiraux.

La dame Jayer, dit-il, n'est ni héritière, ni légataire de la testatrice; la parenté qui existe entre elle et l'un des témoins instrumentaires, ne peut donc pas faire annuler le testament. Qu'importe qu'elle soit appelée à recueillir les biens que le légataire n'aurait pas aliénés avant son décès? Cette disposition ne lui donne absolument aucun droit, puisque le légataire universel peut la rendre inutile en disposant de tout. Vainement prétendrait-on en faire résulter une substitution fidéicommissaire: il ne peut pas exister de substitution fidéicommissaire là où il n'y a point tout à la fois *charge de conserver et de rendre*.

Les intimés répondent que, si la disposition éventuelle dont il s'agit n'est point une substitution fidéicommissaire, elle forme du moins un legs conditionnel; qu'ainsi, elle doit, en cas d'événement de la condition, tourner au profit de la dame Jayer; et que par conséquent il n'en faut pas davantage pour que la présence d'un parent de celle-ci à la confection du testament en qualité de témoin, annule le testament même.

Par arrêt du 26 janvier 1808:

« Attendu que le testament dont il s'agit ne contient ni substitution, ni legs au profit de la nièce de la testatrice; que la disposition concernant sa nièce est censée non écrite, comme ne pouvant produire aucun effet; d'où il suit que l'enquête ordonnée est frustratoire;

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 10, 2e partie, page 554, et tome 19, partie 2, page 99.

BIU Cujas

» La cour a mis et met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, décharge Lamiraux des condamnations contre lui prononcées par les jugemens dont est appel; au principal, déboute Platelet et sa femme de leur demande en nullité, en tant qu'elle est fondée sur la prétendue parenté du témoin avec la nièce de la testatrice... (1) ».

M. Toullier soutient, au contraire, que le fidéicommis *de eo quod supererit*, doit avoir tout son effet au profit de celui qui y est appelé, sur les biens non aliénés par le grevé, parcequ'il forme un legs subordonné à une condition qu'aucune loi ne réprouve; et je ne comprends pas, je l'avoue, l'objection qu'oppose M. Rolland de Villargues à cette raison.

Sans doute, un pareil fidéicommis n'est point obligatoire pour le grevé, en ce sens que le grevé peut en faire manquer la condition, en aliénant tous les biens qui en sont l'objet; mais ce n'est pas à dire pour cela qu'il soit nul, et que l'on doive y appliquer la maxime *quod nullum est nullum producit effectum*. Il ne pourrait être nul qu'autant que la loi eût réprouvé la condition de laquelle il dépend; et c'est ce qu'elle n'a pas fait.

Inutile d'objecter que les choses reviennent au même que si le testateur eût dit : *Je vous laisse mes biens, à la charge de les rendre à un tel*, SI VOUS LE VOULEZ; et que, dans cette hypothèse, le fidéicommis serait nul, aux termes de la loi 43, §. 2, et de la loi 75, D. *de legatis* 1°.

Pourquoi, dans cette hypothèse, le fidéicommis serait-il nul? Parcequ'il dépendrait de là pure volonté de l'héritier institué, parcequ'il serait, suivant l'expression de la première de ces lois, *in meram voluntatem heredis collatum*. Mais ici, ce n'est pas la pure volonté de l'héritier institué qui forme la condition du fidéicommis, c'est le défaut d'exercice du pouvoir d'aliéner; et ce défaut n'est pas essentiellement l'effet direct et immédiat de la volonté de l'héritier iustitué; il peut aussi avoir pour cause, soit la minorité, soit l'interdiction de celui-ci, soit un simple manque d'occasions de réaliser les aliénations qu'il a en vue. Au surplus, la différence d'un cas à l'autre est très bien marquée dans le passage suivant du *Traité* de Thevenot d'Essaule, *des Substitutions fidéicommissaires*, chap. 48, §. 1 : *Le substituant peut permettre l'aliénation indéfinie. Une substitution qui contiendrait cette clause serait valable, vu qu'il y aurait obligation de rendre, dans le cas où le grevé n'aurait pas aliéné.* Si in totum alienationem permisisset, *dit Pérégrinus*, *Traité* de fideicommissis, *art.* 40, *n°* 43, id testator absque dubio facere potuisset; et fideicommissum eo casu operaretur, non secutâ alienatione. *Autre chose serait si le substituant avait dit au grevé :* Vous rendrez les biens si vous voulez; *car alors il n'y aurait aucune obligation de rendre. Ce serait un fidéicommis laissé à la volonté absolue du grevé, lequel serait nul.*

Aussi l'arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 8 mars 1821, rapporté au n° précédent, ne s'est-il pas borné à déclarer non abolie par la loi du 14 novembre 1792, la substitution que contenait au profit des héritiers du sieur Collart, de la moitié des biens dont son épouse survivante n'aurait pas disposé par actes entre-vifs, et a-t-il ajouté que cette partie des biens du sieur Collart était dévolue à ses héritiers.

C'est sur le même fondement qu'a été rendu, depuis, par la cour supérieure de justice de La Haye, un arrêt dont voici l'espèce:

Le 1er avril 1802, testament conjonctif par lequel le sieur W... et son épouse, domiciliés à Rotterdam, s'instituent héritiers l'un de l'autre, avec faculté de vendre, aliéner et hypothéquer, mais sans pouvoir disposer par donation ou testament, et sous la condition que les biens des deux époux qui resteront à la mort du survivant, seront partagés par moitié entre leurs héritiers respectifs.

La dame W.... décède la première, après la publication du Code civil en Hollande.

Le sieur W.... fait alors un testament par lequel il lègue tous ses biens à ses héritiers *ab intestat*; et il meurt quelque temps après.

Les héritiers de la dame W.... se pourvoient contre ceux du mari, en partage des biens délaissés en commun par les deux époux; et faisant valoir en première ligne leur qualité d'héritiers *ab intestat*, ils attaquent le testament conjonctif du 1er avril 1802, comme renfermant une substitution prohibée par l'art. 896 du Code civil; mais ils concluent subsidiairement à l'exécution de la clause de ce testa-

---

(1) Cet arrêt, qui est rapporté dans la jurisprudence de la cour de cassation, tome 10, part. 2, page 493, forme évidemment un double emploi avec un prétendu arrêt de la même cour du 20 janvier 1806, que le même recueil indique, tome 7, page 1241, comme jugeant entre les sieur et dame Platelet et le sieur Lamiraux, qu'*est réputée non écrite la clause par laquelle le testateur appelle un tiers à recueillir les biens qu'il donne à un premier institué, dans le cas où celui-ci n'en disposerait pas autrement; et que cette clause n'est pas une substitution proprement dite qui annulle l'institution.* C'est donc par une erreur manifeste que M. Rolland de Villargues présente ce prétendu arrêt comme jugeant, contre l'opinion à laquelle il est sagement revenu, que le fidéicommis *de eo quod supererit*, emporte la nullité de la disposition principale qu'il modifie.

BIU Cujas

ment qui les appelle au partage par moitié des biens des deux successions.

Les héritiers du sieur W.... répondent que le fidéicommis renfermé dans le testament, n'a pas pu annuler l'institution à laquelle il a été apposé, parceque, s'il chargeait l'époux survivant de *rendre*, il ne le chargeait pas de *conserver;* qu'ainsi, l'institution a dû avoir tout son effet en faveur du survivant, quoique le premier mourant soit décédé sous le Code civil; mais que les demandeurs n'en sont pas mieux fondés dans leurs conclusions subsidiaires; qu'en effet, si le fidéicommis n'a point vicié le testament, il n'en est pas moins devenu caduc par l'effet de l'art. 896 du Code civil, qui, dans sa première partie, qu'il faut bien distinguer de la seconde, porte, en termes absolus, que *les substitutions sont prohibées;* qu'en tous cas, la défense de donner et de tester, contenue dans le testament, était radicalement nulle, d'après les principes établis dans le *Répertoire de Jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 8, n° 5, et que, par suite, le second testament du sieur W...., par lequel ils sont seuls institués ses héritiers universels, doit recevoir sa pleine exécution, tant à l'égard des propres biens du testateur, que pour ceux qui proviennent de sa femme.

Le 3 juillet 1822, jugement du tribunal de première instance de Rotterdam, qui rejette les conclusions principales des héritiers de la dame W...., mais accueille leurs conclusions subsidiaires, et en conséquence ordonne l'exécution de la clause du testament conjonctif du 1er avril 1822, par laquelle ils sont appelés au partage pour moitié de tous les biens des deux successions non aliénés par l'époux survivant;

« Attendu qu'à la vérité, le Code civil prohibe les *substitutions*, avec cet effet que la nullité qu'il prononce, frappe également et l'institution et la substitution; mais que cette prohibition, d'après l'esprit de la loi, ne s'applique qu'aux substitutions proprement dites, c'est-à-dire, aux dispositions qui renferment en même temps et la charge de *conserver* et celle de *rendre;*

» Que, quelle que soit la contexture de l'art. 896 du Code civil, on ne peut non plus admettre la distinction faite par les défendeurs, entre les substitutions simplement prohibées, et qui, comme telles, devraient être réputées non écrites, et les substitutions fidéicommissaires frappées de nullité, même quant à l'institution; que cette distinction n'est ni dans la lettre ni dans l'esprit de la loi; qu'au contraire, l'intention du législateur paraît n'avoir été que de faire porter la prohibition sur les substitutions qui renfermeraient la charge de conserver et de rendre;

» D'où il suit que, dans l'espèce, le testament dont il s'agit, ne contenant pas la charge de conserver et de rendre, ne présente pas une substitution de la nature de celles que la loi prohibe et annulle avec l'institution; qu'il n'y a pas davantage lieu de maintenir l'institution, en prononçant la nullité de la substitution, sur le fondement que celle-ci serait réputée non écrite, suivant l'art. 900 du Code civil;

» Qu'il n'existe pas non plus de loi expresse qui défende de disposer de ses biens sous certaines restrictions; qu'au contraire, l'art. 899 du Code civil autorise ce mode de disposer; que pareille défense ne résulte nullement de la définition générale de la propriété, donnée par l'art. 544 du même Code; que, par suite, la clause du testament par laquelle la faculté de donner et de tester est exceptée de celle qui accorde la libre disposition, ne peut être considérée comme contraire à la loi, ni partant réputée non écrite;

» Qu'il résulte de tout ce qui précède, que les dispositions du même testament sont valables, et doivent sortir leur plein et entier effet ».

Les héritiers du sieur W.... appellent en vain de ce jugement; par arrêt du 25 juillet 1823, la cour supérieure de justice de La Haye adopte les motifs des premiers juges, et met l'appellation au néant (1).

III. Occupons-nous maintenant de la particularité qui se rencontrait dans les espèces des arrêts des cours de Nîmes et de Metz, des 17 août 1808 et 16 février 1815, rappelés ci-dessus, n° 1, c'est-à-dire, de la clause par laquelle le donateur ou testateur, en chargeant son donataire ou légataire de remettre les biens à un tiers, lorsqu'il mourra, l'autorise à les vendre et hypothéquer en cas de besoin : cette clause laisse-t-elle à la disposition du donateur ou testateur, le caractère de véritable fidéicommis *de eo quod supererit*, et met-elle en conséquence la donation ou le legs à l'abri de la nullité dont l'une ou l'autre seraient frappés, d'après l'art. 896 du Code civil, s'il y avait réellement substitution fidéicommissaire?

On peut dire pour la négative, que, dans cette clause, les mots *en cas de besoin* forment la condition sous laquelle le donateur ou testateur permet à son donataire ou légataire d'aliéner ou d'hypothéquer; qu'il ne dépend pas du légataire ou donataire de faire arriver ou manquer cette condition; qu'ainsi, le donataire ou légataire est chargé, non seulement de rendre les biens à son décès, mais encore de les conserver jusqu'alors, s'il ne lui survient pas de besoins qui le forcent de les hypothé-

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1824, tome 2, page 365.

BIU Cujas

quer ou aliéner; et que par conséquent cette clause n'efface pas de la disposition qu'elle modifie, le caractère de substitution prohibée.

« Mais (dit fort judicieusement M. Rolland de Villargues, n° 236) la question n'est pas de savoir si, en thèse générale, les expressions, *en cas de besoin*, forment ou non une *condition* valable, dont le sens soit de modifier la disposition à laquelle elle est attachée. Il s'agit de savoir si, dans l'absence de lois qui déterminent les effets d'une pareille condition, il n'est pas permis de prendre ces expressions, *en cas de besoins du grevé*, dans le sens le plus large, c'est-à-dire, dans un sens tel que le droit d'aliéner ne dépende que de la *volonté* du grevé; de manière que la charge ou l'obligation de rendre, n'étant plus subordonnée qu'à une condition *potestative*, déclarée nulle par la loi, l'institution ou la première disposition reste valable? Telle est la question.

» Or, s'il est vrai que bien des choses soient susceptibles d'être réglées par l'arbitrage du juge ou de l'homme de bien, *arbitrio boni viri* (loi 15, §. 1, D. *de annuis legatis*), comment régler *les besoins* d'un grevé, et faire qu'ils soient indépendans de sa *volonté*? N'est-ce pas dans notre volonté, bien ou mal ordonnée, qu'est la source de nos besoins?

» Il est donc permis de prendre ces expressions, *en cas de besoins du grevé*, dans le sens le plus large; et l'arrêt qui déciderait que de pareilles expressions n'empêchent pas le grevé d'aliéner autant que bon lui semble, et que de sa *volonté* seule dépend l'obligation de rendre, l'arrêt qui, par ces motifs, aurait évité de prononcer la nullité d'une institution ou d'un legs, serait d'autant moins exposé à la censure de la cour de cassation, 1° qu'il ne violerait aucune loi; 2° qu'il est de principe que l'on ne peut faire résulter une substitution d'une clause qui n'est pas *obligatoire*; 3° enfin, que, suivant un autre principe, l'on ne doit admettre de substitution qu'autant qu'elle résulte nécessairement des dispositions du testateur ».

§. XIV. *Page* 118, *col.* 1, *après la ligne* 48 (1), *ajoutez :*

Pour que l'héritier institué fût, dans le premier cas, fondé dans son refus de répondre à l'interpellation qui lui est faite, il faudrait qu'il pût aller jusqu'à dire que, quand même il avouerait expressément que le défunt l'a grevé verbalement d'une substitution fidéicommissaire, et qu'il lui a promis de l'exécuter, son institution n'en serait pas moins valable. Or, voici une espèce dans laquelle la cour de cassation a formellement jugé qu'un pareil aveu emporte, pour l'héritier institué qui le fait, la nullité de son institution. Je la retrace ici telle qu'elle se trouve dans le recueil de M. Sirey, tome 15, page 194, et dans celui du continuateur de Denevers, année 1815, page 81.

Le 2 août 1803, testament olographe par lequel la demoiselle de Thiville, après avoir légué au sieur de Thiville, son frère, la terre de Prelefort, et fait quelques autres dispositions particulières, institue le sieur Lefebvre son légataire universel, à la charge d'acquitter les dettes de son frère.

Après la mort de la testatrice, il tombe entre les mains du sieur de Thiville une copie de deux lettres que celle-ci avait écrites, dans les derniers temps de sa vie, au sieur Lefebvre, et dont l'une porte : *Vous voudrez bien arranger tout cela, de manière que mes neveux puissent jouir également. Si mon frère vient à mourir, vous garderez le tout jusqu'à la majorité, accumulant les revenus; s'il en reste quelque chose, je veux qu'ils le partagent également; vous retiendrez, bien entendu, le droit qui vous est dû pour faire valoir le bien.* L'autre ajoute : *Vous savez, monsieur, que nous sommes convenus de donner à mes neveux et nièces la nue-propriété de mon bien, et la jouissance à mon frère.*

Le sieur de Thiville fait en conséquence assigner le sieur Lefebvre devant le tribunal civil d'Orléans, pour voir dire que son legs universel sera déclaré nul, comme grevé d'une substitution fidéicommissaire.

Le 19 décembre 1812, jugement qui ordonne au sieur Lefebvre de déclarer en personne, à l'audience, si les deux lettres dont la copie est représentée, lui ont été adressées par la testatrice, s'il les a ou les a eues en sa possession, et si, en acceptant le legs universel, il a entendu l'accepter pour lui-même.

Le sieur Lefebvre ne comparaît pas; et par suite, il intervient par défaut un second jugement qui déclare le testament nul.

Appel du premier de ces jugemens, de la part du sieur Lefebvre, à la cour d'Orléans.

La cause portée à l'audience, le sieur Lefebvre, interrogé par la cour, *déclare qu'il a reçu les lettres qu'on lui oppose, qu'il en a les originaux, qu'il est prêt à les déposer, que le legs fait en sa faveur est sérieux jusqu'à concurrence des dettes, et qu'à l'égard du surplus du legs, il entend se conformer aux intentions de mademoiselle de Thiville, consignées dans ces lettres.*

Le 8 avril 1813, arrêt qui annule le legs universel :

« Attendu qu'en frappant de nullité les substitutions et les dispositions qui en sont grevées, l'art. 896 du Code civil a donné aux héritiers légitimes le droit de prouver que le légataire, l'héritier ou

(1) *Tome* 6, *page* 759, *col.* 1, *ligne* 30 (2e édition).

BIU Cujas

le donataire, avaient été chargés tacitement d'un fidéicommis;

» Que cette preuve peut être faite, soit par l'aveu et la confession de l'institué, soit par titres ou par témoins; que la conduite du sieur Lefebvre, et son refus de s'expliquer devant les premiers juges, faisaient déjà soupçonner que les biens de la testatrice n'étaient dans ses mains qu'à titre de fidéicommis;

» Que ces présomptions se sont tournées en certitude par l'aveu positif qu'il a fait à l'audience, et que les lettres de la testatrice, quoiqu'elles ne puissent pas être assimilées à un testament, doivent servir néanmoins à manifester ses dernières intentions, puisqu'en principe, un testament n'est que l'expression des dernières volontés du testateur ».

Le sieur Lefebvre se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque en première ligne, comme violant l'art. 893 du Code civil, aux termes duquel *on ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs, ou par testament dans les formes ci-après établies.*

« Les substitutions (dit-il) sont évidemment comprises dans les dispositions de cet article; il faut donc qu'elles soient faites ou dans la forme d'une donation entre-vifs ou par un testament; et la loi veut que ces actes soient rédigés par écrit et revêtus des formes qu'elle a déterminées. Comment donc la cour d'appel d'Orléans a-t-elle pu déclarer qu'une substitution fidéicommissaire pouvait être prouvée par témoins?

» Pour admettre ce genre de preuve, voudrait-on considérer une substitution, non comme une seconde disposition, mais comme une modification de la disposition principale? On n'en serait pas plus avancé; car l'art. 1341 du Code civil ne permet pas d'admettre la preuve testimoniale, ni contre la teneur des actes, ni contre leur contenu.

» Les lettres de la testatrice ne servent pas davantage à la preuve du fidéicommis allégué par son frère. Ces lettres ne sont revêtues d'aucune des formes prescrites, soit pour les donations entre-vifs, soit pour les testamens; elles étaient donc incapables de fournir la preuve de cette prétendue substitution. Si les substitutions étaient autorisées, accueillerait-on les prétentions d'un homme qui chercherait à dépouiller l'héritier institué, sur le fondement que, par des lettres du défunt qu'il produirait, il serait prouvé que l'héritier institué avait été grevé d'une substitution à son profit? L'institué ne répondrait-il pas avec succès qu'une substitution ne peut être prouvée que par des actes rédigés dans les formes légales, et que les titres qu'on lui oppose sont sans valeur devant les tribunaux? Et puisque les substitutions, si elles étaient permises, ne pourraient pas être prouvées par de simples lettres, comment ce genre de preuve pourrait-il être admis pour en établir l'existence lorsqu'elles sont défendues?

» L'aveu de l'héritier institué ne sert pas davantage à prouver l'existence du fidéicommis.

» En premier lieu, la loi veut impérieusement que les dernières volontés soient rédigées dans la forme des testamens; et l'on ne peut pas attribuer la nature et l'effet du testament à l'aveu de l'héritier.

» Secondement, l'héritier qui, par le testament, n'est grevé d'aucune substitution, est irrévocablement investi de la propriété de tous les biens du défunt; il ne peut perdre cette propriété qu'en la transmettant par des titres onéreux ou gratuits; ses aveux, quels qu'ils soient, ne constituent pas des actes de cette nature, et ne peuvent par conséquent pas le dépouiller de la propriété qui lui appartient.

« Le demandeur a déclaré, il est vrai, qu'il entendait se conformer aux intentions que la testatrice avait exprimées dans ses lettres; mais il n'est pas convenu qu'il était grevé d'une substitution; aucune obligation ne lui était imposée; la restitution des biens était entièrement volontaire de sa part; il était le maître de les conserver et d'en disposer à son gré; il n'était pas plus tenu de les restituer, qu'il n'aurait été tenu d'acquitter un legs que la testatrice aurait fait sans formalité ».

A ce premier moyen de cassation, le sieur Lefebvre en ajoute un second qu'il fait résulter de l'art. 1035 du Code civil. Suivant cet article, dit-il, *les testamens ne peuvent être révoqués*, en tout ou en partie, *que par un testament postérieur ou par un acte devant notaire, portant déclaration du changement de volonté.* Or, qu'aurait fait la demoiselle Thiville, si, après m'avoir institué purement et simplement son légataire universel, elle avait entendu me grever d'une substitution fidéicommissaire? Bien certainement elle aurait révoqué mon institution; car c'eût été la révoquer que d'y ajouter une substitution qui l'eût viciée. La cour royale d'Orléans a donc, par cela seul qu'elle a admis l'existence d'une substitution, jugé que le testament de la demoiselle de Thiville était légalement révoqué, quoiqu'il n'y eût ni testament postérieur, ni acte devant notaire, qui constatât un changement de volonté de la part de la testatrice. Elle a donc violé l'art. 1035 du Code civil, comme elle en a violé l'art. 893.

Mais par arrêt du 22 décembre 1814, au rapport de M. Rousseau, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert:

« Attendu que l'arrêt se justifie par le principe généralement reconnu que l'intention des parties s'explique plutôt par les faits réels qui la manifestent, que par le sens littéral des termes mêmes de leur déclaration, et que, dans la cause, aux lettres écrites par la testatrice, relatives au testament, se joint l'aveu même du demandeur en cassation; que l'arrêt attaqué n'a ordonné dans son dispositif aucune preuve testimoniale; que la cour n'a aucune-

BIU Cujas

ment considéré les lettres missives dont il s'agit, comme un changement de volonté; qu'elles ont servi seulement, ainsi que l'aveu du demandeur, à fixer la véritable intention de la testatrice sur la nature du legs qu'elle lui faisait; que par conséquent il n'y a aucune application à faire de l'art. 1035 du Code civil;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... ».

On voit que, dans cette espèce, le sieur Lefebvre était d'accord avec son adversaire sur le caractère du fidéicommis dont il convenait que son institution avait été grevée verbalement par la testatrice; qu'il reconnaissait que ce fidéicommis, s'il eût été consigné, soit dans le testament du 2 août 1803, soit dans un acte postérieur de la même nature, aurait formé une substitution prohibée par l'art. 896 du Code civil, et que la nullité de son institution en eût été la conséquence nécessaire; mais que, pour échapper à cette conséquence, il se retranchait à dire que ce fidéicommis était nul dans la forme, et qu'une disposition nulle ne pouvait pas avoir l'effet d'annuler une disposition valable.

Pourquoi n'a-t-il pas été plus loin? Pourquoi n'a-t-il pas dit que, quand même le fidéicommis dont il s'agissait eût été écrit en toutes lettres dans le testament de la demoiselle de Thiville, il n'aurait porté aucune atteinte à l'institution, parcequ'il n'en serait résulté qu'une simple *fiducie*, qui n'a rien de commun avec la substitution fidéicommissaire, et à laquelle l'art. 896 du Code civil est tout-à-fait étranger (1)? Pourquoi n'a-t-il pas ajouté que, dès-lors, l'héritier *ab intestat* était sans qualité pour rechercher si la demoiselle de Thiville, qui pouvait faire une fiducie expresse, n'avait fait qu'une fiducie simulée, ou, ce qui était la même chose, si, au lieu d'instituer expressément ses neveux et nièces, elle les avait institués par l'interposition d'un tiers; qu'il ne pouvait résulter de là qu'un déguisement dans leur institution, et qu'il est de jurisprudence constante que les libéralités déguisées, soit par interposition de personnes, soit par simulation d'actes, n'en sont pas moins valables, lorsqu'elles sont faites au profit des personnes capables de recevoir, et qu'elles ne sont en opposition avec aucune loi prohibitive (2)? Pourquoi, en un mot, tandis qu'il pouvait, par un moyen aussi simple et aussi péremptoire, repousser l'attaque de son adversaire, a-t-il supposé avec celui-ci, que le fidéicommis dont la testatrice l'avait grevé verbalement, et de l'exécution duquel il s'était chargé, portait véritablement le caractère d'une substitution prohibée?

Je l'ignore, c'est trop peu dire, je ne puis même le concevoir, et c'est ce qui me fait soupçonner qu'il y avait dans cette espèce quelques circonstances que n'ont pas remarquées les auteurs qui la rapportent, et d'après lesquelles un pareil moyen de défense n'était pas proposable.

Quoi qu'il en soit, il demeure toujours constant que la cour royale d'Orléans et la cour de cassation, après elle, ont raisonné sur cette affaire, comme si le fidéicommis verbal dont il s'agissait, eût été une véritable substitution fidéicommissaire; que c'est en le considérant comme tel, que l'une et l'autre ont jugé qu'il était légalement prouvé par l'aveu de l'héritier institué, et que la preuve qui en était acquise par cet aveu, emportait la nullité de l'institution, ni plus ni moins que si elle fût résultée des propres termes du testament; qu'ainsi, la doctrine que j'établis dans ce paragraphe, se trouve, indépendamment des raisons qui me paraissent la justifier complétement, appuyée de l'autorité d'un arrêt de la cour de cassation, confirmatif d'un arrêt de la cour royale d'Orléans.

Cependant M. Rolland de Villargues, dans son *Traité des substitutions prohibées*, chap. 17, s'élève contre cette doctrine; mais il me paraît détruire lui-même la critique qu'il en fait, par l'hommage qu'il est forcé de rendre, n° 297, au principe que, lorsqu'il s'agit *d'un fidéicommis tacite* au profit d'un incapable, on peut en chercher la preuve hors de l'acte qui contient l'institution, et la tirer notamment de l'aveu du fiduciaire; car, je l'ai déjà dit, il y a fraude à la loi qui défend de substituer, lorsqu'à côté d'une institution ostensiblement pure et simple, on place, de concert avec l'institué, une substitution verbale ou consignée dans un acte informe et destiné à rester secret, comme il y a fraude à la loi qui défend de donner à un incapable, lorsque, donnant réellement à un incapable, on donne ostensiblement à une personne qui est habile à recevoir; et il est, dès-lors, bien impossible de ne pas appliquer au premier cas le mode de preuve qui est admis sans difficulté dans le second.

M. Rolland de Villargues prétend, il est vrai, que l'on ne peut pas argumenter de l'un à l'autre cas; mais comment le prouve-t-il? Voici ses termes:

« Lorsqu'il s'agit d'un fidéicommis tacite, l'articulation de fraude s'attache à une disposition qui est *écrite*, qui existe, et qu'il n'est pas nécessaire de supposer; de sorte qu'il ne s'agit que de prouver qu'elle dissimule le véritable gratifié; que celui qui est nommé n'est qu'une personne interposée pour faire passer la chose à un incapable. En un mot, c'est une pure question de fraude qui s'élève.

» Mais lorsqu'il s'agit de savoir si l'on peut prouver qu'un testateur a grevé son héritier institué, d'une substitution prohibée, dans ce cas, la

---

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Fiduciaire*, n° 3.

(2) *V.* l'article *Donation*, §. 5.

BIU Cujas

question se complique. Pour prétendre que l'institution fait fraude à la loi et doit être annulée, l'on est obligé de supposer l'existence d'une disposition qui n'est pas *écrite*, et sur laquelle le testament garde le silence. Si nous ne nous faisons pas illusion, la question n'est plus une simple *question de fraude*. Elle consiste à savoir si les substitutions que la loi a déclarées nulles, et dont le sort doit influer sur l'institution elle-même, peuvent être établies autrement que dans la forme, soit d'une donation, soit d'un testament ».

J'avoue que je ne comprends pas la différence que M. Rolland de Villargues croit apercevoir entre les deux espèces. Si, dans la première, il existe une disposition écrite qui gratifie ostensiblement une personne capable de recevoir, il existe aussi dans la seconde une disposition écrite qui institue ostensiblement un héritier qu'elle appelle à posséder incommutablement les biens du testateur; et de même que, dans l'une, il y a fraude à la loi, parceque le donataire ostensible ne sert que de masque au donataire véritable, il y a nécessairement aussi fraude à la loi dans l'autre, parcequ'une substitution fidéicommissaire est cachée sous les apparences d'une institution pure et simple. Ainsi, de même que dans la seconde, *pour prétendre que l'institution fait fraude à la loi et doit être annulée, l'on est obligé de supposer l'existence d'une substitution qui n'est pas écrite, et sur laquelle le testament garde le silence;* de même aussi, dans la première, ce n'est qu'en supposant, au profit de l'incapable, l'existence d'une disposition qui n'est pas écrite, que l'on peut juger l'institution frauduleuse et l'annuler comme telle. Si donc, dans la première, l'existence de la disposition au profit de l'incapable, peut être prouvée, soit par l'aveu de l'institué, soit par des pièces dénuées de la forme testamentaire, il faut bien que, dans la seconde, l'existence de la substitution puisse être établie sur des preuves du même genre.

Qu'importe qu'en thèse générale une substitution qui est nulle, soit par un défaut de forme, soit par tout autre vice indépendant de la prohibition de substituer, ne puisse pas annuler l'institution qu'elle a pour objet de grever? Cela est bon quand la substitution est l'ouvrage du testateur seul, quand l'institué n'y prend aucune part. Dans ce cas, en effet, il n'y a point de fraude, il n'y a que nullité, comme il n'y a que nullité et point de fraude, lorsque le testateur, après avoir institué Pierre par un testament bien régulier, déclare, à l'insu de celui-ci, par une disposition verbale ou consignée dans un acte dénué des formalités testamentaires, que son intention est de ne l'instituer que fiduciairement et comme prête-nom de Paul qui y est incapable de recevoir. Mais comme il y a fraude en même temps que nullité, lorsque c'est à la connaissance de Pierre, et de concert avec lui, que le testateur dispose de vive voix ou par un acte informe, de manière à ne faire de lui que le prête-nom de Paul, il y a aussi nécessairement fraude en même temps que nullité, lorsque c'est à la connaissance de l'institué, et de concert avec lui, que le testateur le grève verbalement ou par un acte informe, d'une substitution fidéicommissaire.

§. XV. *Questions transitoires sur l'art. 2 de la loi du 14 novembre 1792, sur l'art. 896 du Code civil, et sur le décret du 24 janvier 1812, particulier à la Hollande.*

I. Que l'art. 2 de la loi du 14 novembre 1792 ait rétroagi en abolissant les substitutions fidéicommissaires qui n'étaient pas encore ouvertes au moment de sa publication, quoiqu'elles eussent été fondées, soit par des contrats, soit par des testamens dont les auteurs étaient morts à cette époque, c'est ce que je crois avoir démontré dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 1, n° 4, et dans des conclusions du 13 thermidor an 13, rapportées dans le même recueil, au mot *Choix*, §. 1, n° 10.

Mais toute rétroactive qu'elle était, cette disposition n'en a pas moins été et dû être exécutée, parceque, comme je l'ai établi dans le premier des articles cités du *Répertoire de jurisprudence*, sect. 2, le principe de la non-rétroactivité des lois ne dispense pas les tribunaux de l'obligation d'appliquer au passé les lois qui le comprennent formellement dans leurs dispositions.

Aussi, quoique cette disposition ait froissé beaucoup d'intérêts, quoique, depuis le 18 brumaire an 8, il ait été présenté au gouvernement de nombreuses pétitions pour l'amener à proposer une loi qui la rapportât, n'y a-t-il pas d'exemple que l'on ait osé soutenir devant les tribunaux qu'elle devait être considérée comme non-avenue par cela seul qu'elle était rétroactive.

Mais on a prétendu dans ces derniers temps, au mépris d'une foule d'arrêts de la cour de cassation et des cours royales, qui avaient invariablement présupposé le contraire, que l'abrogation en avait été prononcée par l'art. 12 de la loi du 8 vendémiaire an 4. En effet, a-t-on dit, cet article porte « qu'en conséquence de la loi du 9 fructidor dernier, et des articles ci-dessus, la loi du 5 brumaire an 2, celle du 17 nivôse suivant, en ce qui n'y est point dérogé (1), celle du 7 mars 1793 sur

(1) Ces termes, *en ce qui n'y est point dérogé*, signifient évidemment, quant à la loi du 17 nivôse an

BIU Cujas

» les dispositions en ligne directe, et toutes lois antérieures non-abrogées, RELATIVES AUX DIVERS MODES DE TRANSMISSION DES BIENS, auront leur exécution chacune *à compter du jour de sa publication.*» Or, la loi du 14 novembre 1792 est certainement relative à un mode de transmission des biens, puisque, par son premier article, elle prohibe les substitutions. Ce n'est donc qu'à compter du jour de sa publication que doit être exécutée la prohibition qu'elle contient. Cette prohibition ne peut donc pas être appliquée aux substitutions qui l'avaient précédée, et n'avaient pas encore produit leur effet, ou, en d'autres termes, n'étaient pas encore ouvertes lorsqu'elle a été proclamée. Cependant, que faisait l'art. 2 de cette loi en abolissant les substitutions qui, créées antérieurement par des actes irrévocables de leur nature, ou devenus tels par le décès de leurs auteurs, n'étaient pas encore ouvertes au moment de sa publication ? Bien évidemment il les traitait comme prohibées, il leur appliquait une prohibition qui ne pouvait pas les atteindre. Donc il rétroagissait; donc c'est pour en abroger l'effet rétroactif que la loi du 3 vendémiaire an 4 a voulu que la loi du 14 novembre 1792 ne fût exécutée qu'à compter du jour où elle avait été publiée.

C'était ainsi que raisonnait, en 1825, devant la cour royale de Toulouse, le sieur de Bournazel, demandeur en délaissement de biens auxquels il avait été appelé par une substitution qui datait de plus d'un siècle, et dont la condition ne s'était accomplie à son égard, par le décès du dernier grevé, que le 2 avril 1808.

Mais pour réfuter son système, il suffisait de se bien fixer sur l'article même de la loi du 3 vendémiaire an 4, qui en formait la base.

En effet, l'objet de cet article n'est point de rapporter ce qu'il peut y avoir de rétroactif dans les lois antérieures concernant les divers modes de transmission des biens (cet objet, en tant qu'il entre dans les vues du législateur, est déjà rempli, et par la loi du 9 fructidor an 3, portant que *les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2 n'auront d'effet qu'à compter de l'époque de leur promulgation*, et par les 11 premiers articles de la loi du 3 vendémiaire elle-même); c'est uniquement de déclarer, comme il le fait en termes exprès, qu'en *conséquence de la loi du 9 fructidor an 3 et des articles ci-dessus*, les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2 continueront, à l'exception de celles de leurs dispositions qui sont abrogées comme rétroactives, d'avoir *leur effet à compter du jour de leur promulgation.*

Il ajoute, il est vrai, qu'il en sera de même de *toutes lois non-abrogées*, et par conséquent de la loi du 14 novembre 1792; mais remarquons-le bien, il ne fait à cet égard aucune distinction entre les dispositions de celle-ci qui pourraient être rétroactives jusqu'à un certain point, et celles qui ne le sont sous aucun rapport; il les maintient donc toutes purement et simplement. Et ce qui prouve clairement que tel est véritablement l'esprit dans lequel il est rédigé, c'est que, pour empêcher qu'on n'en conclue qu'il est dans son intention de maintenir, en faveur des enfans naturels, la rétroactivité de la loi du 12 brumaire an 2, qui faisait remonter leur droit de succéder jusqu'au 14 juillet 1789, l'art. 13 ajoute aussitôt : *La loi du 12 brumaire an 2, concernant le droit de succéder des enfans nés hors le mariage, n'aura d'effet qu'à compter du jour de sa publication ;* disposition qui serait complétement inutile et ne formerait qu'un ridicule pléonasme, si, dans l'art. 12, les mots, *toutes les lois antérieures non-abrogées*, ne signifiaient pas que les lois antérieures, autres que celles des 5 brumaire et 17 nivôse an 2, doivent, par cela seul qu'elles ne sont pas abrogées, avoir leur effet à compter du jour de leur publication, n'importe qu'elles rétroagissent ou ne rétroagissent pas jusqu'à un certain point.

Enfin, une preuve sans réplique que la loi du 3 vendémiaire an 4 a toujours été considérée, même dès son origine, comm e ne portant aucune atteinte à la disposition rétroactive de l'art. 2 de celle du 14 novembre 1792, c'est que le gouvernement a fait publier cette disposition dans la Belgique en brumaire an 4 (1), et qu'elle y a été constamment exécutée.

Aussi la prétention du sieur de Bournazel a-t-elle été rejetée par un arrêt de la cour royale de Toulouse, du 21 avril 1825,

« Attendu que la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792 abolit les substitutions non ouvertes lors de sa publication, et déclara que celles qui seraient ouvertes à cette dernière époque, n'auraient d'effet qu'en eur de ceux qui auraient recueilli les biens ou le droit de les réclamer; que ces termes de la loi signifient bien clairement que le possesseur, ou celui qui avait alors le droit de jouir des biens substitués, en conserva seul et exclusivement la propriété qui devint libre sur sa tête; que les appelés vivans et à naître furent pour toujours exclus de l'utilité des substitutions et dépouillés de toute espèce

2, en ce qu'elle ne rétroagit pas ; car de toutes les dispositions de cette loi, celles qui rétroagissent sont les seules auxquelles il soit dérogé.

(1) *V.* les conclusions du 3 floréal an 12, rapportées aux mots *Pays-Réunis*, §. 1.

BIU Cujas

de droit, quel qu'il fût, sur des biens qu'ils n'avaient recueillis ni de fait ni de droit;

» Attendu que la loi du 17 nivôse annulle généralement toutes les dispositions à cause de mort dont l'auteur était encore vivant, ou n'était décédé que le 14 juillet 1789 ou depuis, quand même elles auraient été faites antérieurement; que, par-là, les substitutions créées le 14 juillet 1789 et depuis, et même antérieurement à cette époque, lorsque l'auteur n'était décédé que postérieurement, furent annulées sous la dénomination générique de dispositions à cause de mort, tandis que la loi de 1792 les avait respectées, ce qui résulte de la réponse à la 52e question de la loi du 22 ventôse an 2;

» Attendu que la loi du 9 fructidor de l'an 3 rapporta aussi génériquement l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse;

» Attendu que celle du 3 vendémiaire ne fit que régler l'exécution de cette dernière loi; qu'ainsi, les substitutions auxquelles la loi de 1792 s'était appliquée, étant différentes des substitutions frappées par la loi du 17 nivôse, les lois du 9 fructidor an 3 et du 3 vendémiaire an 4, ne se rapportant ou ne s'appliquant qu'à l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse, ne statuèrent et ne durent rien statuer, quant à la loi du 14 novembre 1792;

» Attendu, d'ailleurs, que l'art. 12 de la loi du 3 vendémiaire an 4 porte simplement que, en conséquence de la loi du 9 fructidor dernier et des articles ci-dessus, ladite loi du 5 brumaire, celle du 17 nivôse, en ce qui n'y est point dérogé, celle du 7 mars 1793, sur les dispositions en ligne directe, et toutes lois antérieures non abrogées, relatives aux divers modes de transmission des biens, auront leur exécution à compter du jour de sa publication;

» Que, dès-lors, en supposant que cet art. 12 dût s'étendre à la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, il en résulterait taxativement que cette dernière loi continuant de recevoir son exécution à compter du jour de sa publication, vu qu'elle n'a jamais été abrogée, celui-là seul qui possédait alors les biens, ou qui avait droit de les réclamer et de les posséder, en était devenu le propriétaire irrévocable, à l'exclusion de tous autres, puisque, d'après cette loi de 1792, les substitutions non ouvertes demeuraient abolies ».

Et vainement le sieur de Bournazel s'est-il pourvu en cassation : par arrêt du 21 mars 1826, au rapport de M. Lasagni, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu, *en droit*, que, si la loi du 3 vendémiaire an 4, par son art. 12, abolit l'effet rétroactif de toutes les lois antérieures relatives à la transmission des biens, cette même loi n'a considéré, comme renfermant un effet rétroactif, que les dispositions qui enlevaient véritablement aux individus des droits qui étaient déjà réellement acquis avant leur publication;

» Attendu que la validité *intrinsèque et efficace* d'une substitution fidéicommissaire doit être régie par les lois en vigueur à l'époque du testament, du décès du testateur, et notamment *de son ouverture*; qu'ainsi, avant cette époque de l'ouverture, aucun droit ne peut être considéré comme déjà *réellement acquis* aux appelés à la même substitution : *substitutio quæ nondùm competit, extrà nostra bona est* (loi 42, D. *de acquirendo rerum dominio*);

» Attendu que la loi du 14 novembre 1792 n'a aboli que les substitutions qui n'étaient pas encore ouvertes lors de sa publication;

» Qu'ainsi, elle n'a enlevé aux appelés à ces substitutions aucun droit qui leur fût déjà réellement acquis avant cette publication; et par conséquent elle n'a point été, même sous ce rapport, abrogée par la loi du 3 vendémiaire an 4;

» Qu'en effet, depuis le moment de sa publication jusqu'au procès actuel, la loi du 14 novembre 1792 a été constamment *exécutée en ce sens* par les grands corps de l'État dans leurs délibérations, par les tribunaux dans leurs jugemens, et par les particuliers dans leurs transactions;

» Et attendu qu'il est constant et reconnu, *en fait*, qu'à l'époque de la publication de la loi du 14 novembre 1792, aucune des substitutions de sa famille n'était encore ouverte en faveur du demandeur en cassation, quoique déjà vivant; qu'au contraire, elles étaient toutes légitimement possédées par *Jean*, son frère aîné;

» Que, dans ces circonstances, en décidant que les biens composant ces substitutions, étaient demeurés libres sur la tête de *Jean*, frère aîné, leur possesseur légitime, l'arrêt attaqué a fait une juste application de la loi du 14 novembre 1792, sans se mettre en contradiction avec celle du 3 vendémiaire an 4, ni avec aucune autre loi;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

Cet arrêt a certainement bien jugé; c'est trop peu dire, il n'aurait pas pu juger autrement sans renverser l'un des points les plus constans et les plus usuels de notre jurisprudence, et sans jeter le trouble dans une infinité de familles. Mais il est bien à regretter qu'au lieu d'adopter, en les mettant dans un nouveau jour, les motifs de la cour royale de

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, page 205.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE
BIU Cujas

Toulouse; qu'au lieu de convenir franchement que l'art. 2 de la loi du 14 novembre 1792 était rétroactif, en ce qu'il abolissait les substitutions non ouvertes, et que la *rétroactivité* en avait été déterminée, ainsi que l'avait reconnu formellement l'art. 52 de la loi du 22 ventôse an 2, *par des considérations politiques ;* qu'au lieu d'ajouter que c'était par les mêmes considérations que cette rétroactivité avait triomphé de tous les efforts employés depuis pour la faire rapporter, il ait mis en thèse que cet article n'avait pas rétroagi, parceque les substitutions non encore ouvertes au moment de sa publication, n'avaient conféré aux substitutions *aucun droit qui leur fût déjà réellement acquis.*

Quels sont les droits que l'on doit considérer comme *acquis*, lorsqu'il s'agit de savoir si une loi nouvelle peut les révoquer sans rétroagir? Ce ne sont pas seulement ceux qui sont acquis dans toute leur plénitude; ce sont encore, comme l'ont jugé deux arrêts de la cour de cassation, des 7 pluviôse et 13 thermidor an 13, et comme je l'ai démontré dans les conclusions qui ont précédé le second (1), ceux dont on n'a que l'expectative, lorsqu'elle est fondée sur un titre irrévocable, quoique d'ailleurs l'effet en dépende d'une condition qui peut ne pas arriver.

Sans doute, comme le dit la loi 42, D. *de acquirendo rerum dominio*, la substitution qui n'est pas ouverte, n'est pas comprise dans les biens du substitué, en ce sens que le substitué puisse en disposer et la transmettre à ses héritiers, lorsqu'il décède avant le grevé (2). Mais ce qui prouve qu'elle ne laisse pas de former pour lui un véritable droit, un droit proprement dit, c'est que les lois lui attribuent, même avant l'événement de la condition qui la tient en suspens, l'exercice des actions qui ont pour objet de la conserver (3).

II. La nullité dont l'art. 896 du Code civil frappe les dispositions à titre gratuit auxquelles sont apposées des clauses de substitution fidéicommissaire, est-elle applicable aux actes de libéralité faits sous l'empire des anciennes lois, mais dont l'auteur a survécu à la publication de cet article?

L'affirmative n'est pas douteuse, lorsque l'acte de libéralité est un testament; et elle a été consacrée, pour ce cas, par le célèbre arrêt de la cour de cassation, du 18 janvier 1808, qui est rapporté, avec les conclusions qui l'ont précédé, dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Institution d'héritier*, sect. 1re, n° 7, et *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1re, §. 14, n° 2.

Mais il en est autrement, si la disposition à titre gratuit consiste dans une donation entre-vifs ou par contrat de mariage. Alors, en effet, la substitution fidéicommissaire reste sans effet, soit en vertu de l'art. 2 de la loi du 14 novembre 1792, si c'est dans un acte antérieur à cette loi qu'elle est consignée, soit en vertu de l'art. 1er de la même loi, si elle l'est dans un acte postérieur; mais la donation elle-même conserve toute sa validité, parcequ'elle est irrévocable de sa nature, et que l'art. 896 ne pourrait l'atteindre qu'en rétroagissant. C'est un des points jugés par l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 31 août 1813, qui est rapporté ci-dessus, §. 4, n° 4-4°.

III. Une autre question transitoire non moins importante, mais d'un intérêt moins général, naît du décret du 24 janvier 1812, par lequel il est dit que *l'art. 155 du décret du 4 juillet dernier, sur l'organisation générale des départemens anséatiques, portant que les substitutions de la nature de celles prohibées par le Code civil, seront abolies et cesseront d'avoir leur effet à compter du jour où le Code sera mis en activité; que néanmoins la substitution faite antérieurement à la mise en activité du Code civil, tiendra au profit du premier appelé, né avant cette époque, et que, hors ce seul cas, le grevé jouira des biens comme propriétaire incommutable, est déclaré commun aux départemens de la ci-devant Hollande, y compris l'Ems oriental, les Bouches-du-Rhin, les Bouches-de-l'Escaut, la Lippe et l'arrondissement de Bréda.*

Résulte-t-il de ce décret, que toute substitution faite dans les provinces septentrionales du royaume des Pays-Bas (autres que celles dont se composait ci-devant le département de la Meuse-Inférieure), avant que notre Code civil y fût mis en activité, doit encore produire une fois son effet, dans tous les cas, et en faveur de toute personne comprise dans le degré auquel les biens substitués devaient passer après la mort du grevé qui existait à cette époque?

En résulte-t-il notamment que, lorsque, dans un degré de substitution, faite antérieurement à la mise en activité du Code civil, se trouvent appelés, d'abord le fils aîné du grevé, ensuite, et à son défaut, une autre personne qui lui est, pour cet effet, substituée vulgairement, et qu'à l'époque fixée pour l'abolition des substitutions fidéicommissaires, le grevé n'a pas encore d'enfant, on doit dire qu'il y a

---

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Choix*, §. 1, n° 10.

(2) *V.* les Pandectes de Pothier, livre 38, titre 15, n° 22.

(3) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 14, n° 2, et les art. 1055 et suivans du Code civil.

BIU Cujas

un premier appelé né à cette époque, et considérer comme tel celui qui est substitué vulgairement à l'enfant non encore né?

Voici une espèce dans laquelle je me suis occupé de cette question:

Le 20 mars 1778, le baron de Dongelberge, domicilié à Bruxelles, et propriétaire de divers immeubles situés en Hollande, fait un testament ainsi conçu:

« Je déclare instituer pour mon héritier unique et universel, dans tous les biens que je délaisserai, tant fiefs qu'allodiaux, nuls, quels qu'ils soient, exceptés, le sieur André Delmarmol, troisième fils du sieur Théodore-Jean-Laurent Delmarmol, conseiller au conseil souverain de Brabant à Bruxelles, de manière cependant que tous les prédits biens, après la mort du prénommé André Delmarmol, soit que celui-ci vienne à décéder avant ou après moi testateur, devront passer et succéder au fils aîné du prénommé André Delmarmol, et à défaut d'un fils ou de fils, à sa fille aînée.

» Et s'il arrivait que le prénommé André Delmarmol viendrait à décéder sans enfans, soit avant, soit après moi testateur, je déclare, en ce cas, délaisser tous mes prédits biens au plus jeune des fils du prédit conseiller Delmarmol, toutefois avec cette volonté qu'après le décès du plus jeune des fils du susdit conseiller, tous mes prédits biens soient recueillis et profités par son fils aîné, et à défaut de fils, par sa fille aînée; et dans le cas où il viendrait aussi à décéder sans enfans, je déclare, pour lors, appeler, par forme de substitution, pour mes seuls héritiers dans toute mon hérédité, les deux filles du prénommé conseiller Delmarmol ».

Le testateur décède en 1780, et André Delmarmol recueille tous ses biens.

Celui-ci meurt lui-même sans enfans quelques mois après; et, conformément à la disposition fidéicommissaire du testament du 20 mars 1778, tous les biens du baron de Dongelberge passent à Théodore Delmarmol, troisième fils du conseiller Théodore-Jean-Laurent.

Le 8 juin 1811, après la publication du Code civil en Hollande, acte notarié par lequel Théodore Delmarmol n'ayant point d'enfant ni espérance d'en avoir, vend au sieur Passy et consorts une partie des biens de Hollande qu'il avait recueillis à la mort de son frère André, en vertu du testament du baron de Dongelberge.

En 1818, les sieurs Passy et consorts, voulant sortir d'indivision à l'égard de cette partie de biens, en provoquent la vente par licitation devant le tribunal de première instance de Bruxelles.

Le 13 août de la même année, jugement qui commet un notaire à cet effet.

Le 2 novembre suivant, opposition à la vente de la part de M. Cuylen, conseiller à la cour supérieure de justice de Bruxelles, et de la dame son épouse, l'une des filles du conseiller Delmarmol appelées par le testament du 20 mars 1778 à recueillir les biens dont il s'agit, en cas de décès de Théodore Delmarmol sans enfant.

Assignés par les sieurs Passy et consorts en main-levée de cette opposition, ils invoquent, pour la justifier, la disposition du décret du 24 janvier 1812 qui excepte de l'abolition des substitutions fidéicommissaires en Hollande, le cas où, à l'époque de la mise en activité du Code civil dans ce pays, il existerait un premier appelé né avant cette époque.

Les sieurs Passy et consorts répondent que cette exception n'est pas applicable à la dame Cuylen.

Le 21 mai 1819, jugement qui accueille l'opposition de M. et madame Cuylen,

« Attendu que la lecture du décret du 24 janvier 1812 suffit pour se convaincre que, si le législateur, cédant à des principes politiques reçus par les Français, a voulu mettre les institutions hollandaises en harmonie avec celles qu'il avait adoptées, on ne peut douter, d'un autre côté, qu'il n'ait eu l'intention d'en tempérer la rigueur, et de les concilier, autant que possible, avec les lois de l'équité et les vœux notoires du peuple que les circonstances lui avaient assujéti;

» Qu'en partant de ce principe, il pouvait, comme il l'a fait, ne pas décharger le grevé, vu que, sous ce rapport, son sort n'était pas changé, la loi le laissant dans l'état où elle le trouvait;

» Qu'en ce qui concerne les substitués, il est certain qu'il n'était dû aucun égard à ceux qui n'existaient pas encore; mais qu'il n'en était pas de même de ceux qui existaient; que ceux-ci avaient pu concevoir des espérances fondées, et y coordonner les habitudes de leur existence sociale, le mode de leur établissement, ainsi que le genre de l'éducation de leur famille; qu'à leur égard donc, l'équité réclamait fortement un tempérament à cette loi abolitive des substitutions, tempérament qu'en 1792 l'exaltation de l'esprit révolutionnaire avait repoussé en France contre le cri du bon sens et de la raison;

» Que c'est par suite de ces principes que, par le décret du 24 janvier 1812, il a été réglé que les substitutions alors existantes tiendraient au profit du *premier appelé, né avant cette époque*;

» Que la question que le procès actuel présente à décider, consiste donc à savoir si, dans le cas où diverses personnes sont substituées fidéicommissairement à un grevé avec substitution vulgaire entre elles, celle qui se trouve indiquée la seconde sur la même ligne, a conservé son expectative et son droit

BIU Cujas

au fidéicommis, dans le cas de la non-existence, au moment de la publication du décret, de celle qui était appelée avant elle sur la même ligne ;

» Attendu que cette question paraît résolue par les considérations seules qui ont motivé la restriction consignée dans ce décret du 24 janvier 1812, vu que l'on ne peut se refuser à croire que le législateur, en ne dégrevant pas le possesseur, a voulu que la substitution opérât encore après lui, mais de manière cependant qu'il n'y eût plus qu'une chute, et qu'elle n'eût lieu qu'au profit de ceux qui déjà existaient au moment de la publication du même décret, l'équité le demandant ainsi d'une part pour ceux-ci, et aucune faveur n'étant due, d'autre part, à ceux qui n'existaient pas encore ;

» Que les mots, *au profit du premier appelé*, par lesquels le législateur a exprimé sa pensée, ne doivent donc pas, dans le cas où, comme ici, il se trouve plusieurs appelés sur la même ligne, et vulgairement substitués entre eux, se prendre, non dans un sens absolu, mais bien dans un sens relatif, c'est-à-dire, au profit du premier d'entre ces divers appelés qui se trouverait exister ; de celui enfin d'entre eux qui, dans ce moment, avait l'espérance la mieux fondée d'atteindre les biens auxquels il était appelé ;

» Que l'on ne peut l'interpréter autrement, sans soutenir, ce qui serait déraisonnable, que cette espérance n'a pas été le motif impulsif du législateur ; car il est certain que, dans le cas où le premier appelé était décédé avant le décret, celui qui se trouvait lui être substitué vulgairement, jouissait alors d'une expectative aussi bien établie que ce premier appelé prédécédé, et avait précisément le même droit d'être compris dans cette mesure d'équité que le législateur avait adoptée ; qu'il pouvait se dire, et que, dans la réalité, on devait l'envisager comme le premier, qui n'est primé par personne ».

Les sieurs Passy et consorts ont soumis ce jugement à mon examen ; et je leur ai répondu, par une consultation du 8 septembre de la même année, qu'ils ne devaient pas balancer à en interjeter appel.

« Toute la question dépend (ai-je dit) de l'interprétation du décret qui a été rendu spécialement pour les provinces septentrionales du royaume des Pays-Bas le 24 janvier 1812 : il faut donc commencer par nous bien pénétrer de l'esprit dans lequel ce décret a été rédigé.

» Son objet a été de suppléer, pour ces provinces, à l'art. 896 du Code civil, qui, en prohibant les substitutions fidéicommissaires, ne s'expliquait pas sur l'effet de celles qui avaient été fondées antérieurement.

» Le silence du Code civil sur ce point ne formait pas, à l'époque de la promulgation de ce Code, une lacune pour les pays dont se composait alors le territoire français, parceque, dans tous ces pays, avait été publiée la loi du 14 novembre 1792, qui ne se bornait pas, comme l'art. 896, à interdire les substitutions fidéicommissaires pour l'avenir, mais abolissait toutes celles qui, fondées antérieurement, n'étaient pas encore ouvertes au moment de sa publication.

» Il en était tout autrement à l'égard des provinces vulgairement comprises sous la dénomination générique de Hollande. Le Code civil y avait bien été publié et mis en activité dès l'année 1811, et il résultait bien de là que les substitutions y étaient prohibées à dater de cette époque ; mais rien n'y était réglé pour les substitutions précédemment créées.

» Si le législateur eût laissé les choses dans cet état, les substitutions précédemment créées auraient continué d'avoir leur entier effet, et elles auraient tenu les propriétés foncières dans une paralysie d'autant plus longue et plus déplorable, que, d'après la législation de presque toutes les provinces dont il s'agit, elles n'étaient limitées à aucun degré, et que les donateurs ou testateurs pouvaient les étendre à l'infini (1).

» Une pareille détermination eût entraîné trop et de trop graves inconvéniens pour que le législateur l'adoptât. Il était donc à la fois naturel et politique qu'il usât, à l'égard des substitutions précédemment créées, du pouvoir qui lui appartenait de les dissoudre.

» Nous disons qu'il en avait le pouvoir ; car ce que le souverain était maître de faire, sous l'ancien régime hollandais, par des dispositions spécialement adaptées à telles ou telles substitutions, il pouvait certainement le faire, sous le nouveau, par une disposition générale qui portât sur toutes les substitutions en masse. Or, Voët, parlant de l'ancienne jurisprudence de Hollande, atteste positivement que *auctoritate publicâ fideicommissi efficacia tollitur, quoties princeps, justâ causâ motus, ex plenitudine potestatis suæ, remittit fideicommissi vinculum.... Placito ordinum Hollandiæ 23 julii 1670*, ajoute-t-il, *constitutum fuit solis Hollandiæ ordinibus juris hujus in suo territorio exercendi potestatem esse* (2).

» Mais jusqu'à quel point convenait-il que le législateur étendît l'exercice de ce pouvoir ? Devait-il, comme la Convention nationale l'avait fait en France par la loi du 14 novembre 1792, déclarer abolies toutes les substitutions non ouvertes à l'époque de la promulgation du Code civil en Hol-

(1) Voët, sur les Pandectes, titre *ad senatusconsultum trebellianum*, n° 33.

(2) *Ibidem*, n° 70.

BIU Cujas

lande; ou était-il plus à propos qu'il les laissât encore opérer pendant plus ou moins de temps, et au profit de plus ou moins de personnes?

» Encore une fois, il était le maître de prendre le premier de ces deux partis, parceque les appelés aux substitutions non encore ouvertes n'avaient encore que des expectatives, qui, quoique fondées sur des titres irrévocables, formaient bien pour eux des *droits acquis*, en ce sens que les tribunaux ne pouvaient pas les faire cesser par des jugemens, mais non pas en ce sens qu'il ne fût pas en son pouvoir de les en frustrer par une disposition générale, puisqu'il eût pu, même en ne faisant que se conformer à la législation hollandaise, les en frustrer par des dispositions spéciales.

» Mais, entraîné par un sentiment d'équité, il a pensé, comme le remarque très bien le tribunal de première instance de Bruxelles, dans son jugement du 21 mai, qu'il devait quelques ménagemens à ceux des appelés qui avaient été le plus apparemment fondés à compter sur leurs expectatives, et qui avaient justement pu *y coordonner les habitudes de leur existence sociale, le mode de leur établissement et le genre d'éducation de leur famille.*

» En conséquence, il a ordonné, pour la Hollande, par le décret du 24 janvier 1812, comme il l'avait déjà fait pour les départemens anséatiques et pour les provinces illyriennes, par ceux des 4 juillet et 30 septembre 1811, que *les substitutions de la nature de celles qui sont prohibées par le Code civil*, seraient *abolies* et *cesseraient d'avoir leur effet* à compter du jour où ce Code avait été mis en activité; mais que *néanmoins les substitutions faites antérieurement tiendraient au profit* DU PREMIER APPELÉ, NÉ AVANT CETTE ÉPOQUE. *Hors* CE SEUL CAS, a-t-il ajouté, *le grevé jouira des biens comme propriétaire incommutable.*

» Qu'a-t-il entendu par ces mots, *premier appelé, né avant cette époque?* C'est là toute la question du procès actuel.

» Et elle revient, en d'autres termes, à celle-ci:

» Lorsque, dans un degré de substitution faite antérieurement à la mise en activité du Code civil, se trouvent appelés d'abord le fils aîné du grevé, ensuite et à son défaut, une autre personne qui lui est, pour cet effet, substituée vulgairement, et qu'à l'époque fixée pour l'abolition des substitutions fidéicommissaires, le grevé n'a pas encore d'enfant, peut-on dire qu'il y ait un *premier appelé, né à cette époque?* Et peut-on considérer comme tel celui qui est substitué vulgairement à l'enfant non encore né?

» Le tribunal de Bruxelles s'est décidé pour l'affirmative, et, en conséquence, il a appliqué au substitué vulgairement l'exception que le décret contient en faveur du premier appelé, à l'abolition générale des substitutions fidéicommissaires.

» A-t-il bien jugé, ou son jugement doit-il être réformé?

» Il se présente, à cet égard, une observation préliminaire qui est d'une haute importance: c'est qu'il n'y a ni obscurité ni équivoque dans la disposition générale de ce décret; c'est que, d'après la disposition générale de ce décret, toutes les substitutions faites antérieurement à la mise en activité du Code civil, sont *abolies et cessent d'avoir leur effet;* c'est que, par cela seul que cette disposition est claire, positive et générale, elle doit nécessairement atteindre toutes les substitutions qui ne sont pas, aussi positivement et avec autant de clarté, comprises dans l'exception qui la limite; c'est, en un mot, que du moment qu'il y a doute sur l'applicabilité de l'exception, la règle générale conserve toute son intensité, comme toute sa latitude, et qu'il n'appartient à aucune autorité inférieure au pouvoir législatif d'en décider autrement.

» A cette première considération s'en joint une autre qui nous impose plus impérieusement encore le devoir de ne pas donner à l'exception qui restreint ici la règle générale, un sens tant soit peu plus large que ne le comportent strictement les termes dont le législateur s'est servi pour l'exprimer: c'est que le législateur annonce manifestement dans le Code civil, auquel il se réfère par son décret de 1812, qu'il regarde les substitutions comme odieuses; c'est qu'il s'y montre pénétré pour elles (à raison du préjudice incalculable qu'elles font à la société, en paralysant toute amélioration et toute circulation des biens fonds qu'elles enchaînent), d'une aversion plus profonde encore qu'elles n'en avaient inspiré à la Convention nationale; car il ne s'y borne pas à les prohiber: pour d'autant mieux assurer l'effet de sa prohibition, et pour empêcher que des testateurs ou donateurs ne l'éludent en comptant sur la bonne foi de leurs héritiers institués ou donataires, il veut encore que, si une disposition à titre gratuit vient à renfermer une substitution, la substitution la vicie et l'annulle pour le tout. On sait, en effet, que tel est le sens de l'art. 896, et que c'est ainsi que l'ont jugé trois arrêts de la cour de cassation, des 18 janvier 1808, 7 novembre 1810 et 31 octobre 1811, dont le premier a été rendu *consultis classibus.*

» Voilà donc deux motifs bien puissans, pour restreindre, dans l'exception qui nous occupe ici, les mots *premier appelé, né avant cette époque*, à leur sens littéral et rigoureux: ils doivent y être restreints, parcequ'ils se trouvent dans une exception qui, par sa nature, doit toujours être interprétée strictement; et ils doivent encore l'être de plus fort, parceque l'exception dans laquelle ils se

BIU Cujas

trouvent, se rapporte à des dispositions que le législateur ne voit que de mauvais œil, et ne maintient qu'à regret.

» Cela posé, quelle est la condition d'un possesseur de biens échus à son profit, soit par l'effet d'une institution, soit par celui d'une substitution ouverte avant la mise en activité du Code civil, qui se trouve, à cette époque, grevé en première ligne au profit de l'aîné d'enfans qu'il peut avoir, mais qu'il n'a pas encore, et subsidiairement au profit d'une autre personne qui, pour cet effet, est substituée vulgairement à ses enfans? Existe-t-il, à son égard, *un premier appelé, né avant cette époque?* Et, en conséquence, continue-t-il d'être grevé? Ou bien est-il, à l'instant même, dégagé de tout lien fidéicommissaire; et sa qualité de propriétaire, de bridée et commutable qu'elle était précédemment, devient-elle libre et incommutable?

» La question est, à l'avance, résolue par ce que nous venons de dire: *le premier appelé*, c'est l'aîné des enfans du grevé; mais il n'est pas encore né: le grevé se trouve donc *hors* du *seul cas* où la règle générale qui doit faire cesser l'effet de la substitution, pourrait fléchir devant l'exception: la substitution est donc abolie.

» Mais, dit-on, à défaut de fils aîné du grevé, c'est le substitué vulgairement qui est le premier appelé, et le substitué vulgairement étant né avant la mise en activité du Code civil, la substitution doit tenir à son profit.

» *C'est* le *substitué vulgairement qui est le premier appelé!* Dans quel dictionnaire a-t-on puisé cette étrange acception?

» Elle serait exacte, sans doute, par le fait, si la disposition était ouverte, et qu'à défaut du premier appelé, le substitué vulgairement eût pris sa place. Mais tant que la disposition reste en suspens, tant que le grevé n'est pas mort, qu'est-ce que le substitué vulgairement? Rien autre chose qu'un *second appelé*. En effet, il n'est appelé que subsidiairement à celui auquel il est vulgairement substitué; et la loi 42, §. 2, D. *de vulgari et pupillari substitutione*, nous dit, en toutes lettres, que la substitution vulgaire n'est que *secundi heredis institutio*; par quel renversement d'idées vient-on donc ici prétendre que *second* est synonyme de *premier*?

» Oh! mais, dit-on, il ne faut pas ici s'attacher au *sens absolu*, il faut s'arrêter au *sens relatif*; et il est certain que, relativement au premier appelé qui n'existe pas encore, le substitué vulgairement est lui-même le premier appelé effectif.

» Raisonner ainsi, c'est s'écarter de l'acception littérale, que disons-nous? c'est forcer l'acception naturelle et ordinaire des mots *premier appelé*. Or, le peut-on dans une matière où les considérations les plus fortes se réunissent, comme on vient de le voir, pour commander l'interprétation la plus stricte et la plus rigoureuse?

» Oui, on le peut et on le doit, dit-on encore, parcequ'à défaut d'existence d'enfans du grevé, le substitué vulgairement se trouve, au moment de la mise en activité du Code civil, investi de toutes les espérances qu'aurait l'aîné des enfans, s'il existait; et que, dès-lors, il faut bien convenir que le motif de l'exception s'applique au substitué vulgairement avec la même justesse que s'il eût été appelé en première ligne.

» Mais c'est précisément ici que se montre, dans toute sa nudité, l'erreur qui a égaré le tribunal de Bruxelles.

» Si le premier appelé existait, et que la substitution ne fût pas abolie par la loi, il aurait, pour nous servir des termes du jugement du 21 mai, *l'espérance la mieux fondée* de recueillir, après la mort du grevé, les biens que celui-ci a reçus, à la charge de les lui conserver et de les lui rendre. Aucune chance autre que son prédécès ne pourrait le frustrer de cette espérance. Le premier appelé qui existe, peut donc compter avec certitude que, s'il survit au grevé, il lui succédera dans les biens fidéicommissés; et c'est parcequ'il a le droit d'y compter, c'est parcequ'il a pu, en y comptant, régler sur cette expectative certaine ses habitudes sociales, son établissement, l'éducation de sa famille, que le législateur, prêt à prononcer l'abolition absolue et illimitée de toutes les substitutions, s'arrête, le prend en considération, et lui conserve son droit éventuel.

» Mais quelle différence entre la position où se trouverait le premier appelé, s'il était né à l'époque de l'abolition générale des substitutions, et celle où se trouve, à la même époque, le substitué vulgairement!

» Le substitué vulgairement a-t-il, précisément à cause de la non-existence de l'aîné des enfans du grevé, *la même espérance, une espérance aussi bien fondée*, que celle dont pourrait se flatter l'aîné des enfans, s'il existait? Non, certes. Par cela seul qu'il n'est que substitué vulgairement, il n'a pas seulement à courir la chance de son propre prédécès au grevé: il a, de plus, à courir celle de la naissance d'un enfant à qui le grevé peut donner le jour. La possibilité de la naissance de cet enfant le place donc, relativement à celui-ci, dans la même position où la possibilité de son propre prédécès au grevé placerait, à cet égard, celui qui lui serait à lui-même substitué vulgairement. Il n'a donc pas le même droit apparent, que s'il était appelé en première ligne: il ne peut donc pas plus être qualifié de *premier appelé* dans un *sens relatif*, qu'il ne

BIU Cujas

peut l'être dans un *sens absolu*. Le législateur ne lui doit donc pas les mêmes ménagemens qu'au *premier appelé* proprement dit : ce n'est donc qu'au *premier appelé* que peut et doit s'appliquer l'exception qui limite la disposition générale du décret de 1812.

» Eh ! comment pourrait-on lui donner une application plus étendue ?

» Le législateur n'a fait céder sa juste et politique répugnance pour le maintien des substitutions antérieures, qu'à la crainte de tromper, par l'usage du pouvoir qu'il avait de les abolir toutes indistinctement, les calculs et les combinaisons de ceux qui, s'y trouvant appelés, avaient la certitude de les recueillir un jour, et ne pouvaient en être frustrés que dans le cas de leur prédécès aux grevés, c'est-à-dire, dans un cas où ils n'auraient plus besoin de rien.

» Mais quant à ceux qui, pour arriver aux substitutions antérieures, avaient à vaincre d'autres obstacles présens ou possibles, il n'a pas dû s'occuper d'eux ; et la preuve qu'en effet il ne s'en est pas occupé, c'est qu'il n'a parlé que du *premier appelé* ; c'est surtout qu'à ces mots *premier appelé*, il a lié immédiatement ceux-ci : *né avant cette époque* ; c'est qu'en s'exprimant ainsi, il a supposé manifestement qu'il pouvait y avoir un *premier appelé* qui ne fût pas encore *né* lors de la mise en activité du Code civil ; c'est qu'en supposant la possibilité de ce cas, il s'est bien gardé de dire que, dans ce cas, le second appelé serait réputé le premier ; c'est que, par-là, il a clairement fait entendre qu'il prenait les mots *premier appelé* dans le sens propre et absolu.

» Il ne faut même pas tant de raisonnemens, pour sentir l'indispensable nécessité de s'en tenir à cette interprétation : il suffit, pour cela, de se reporter à la règle générale qui veut que l'on ne s'écarte du sens propre et littéral des expressions, que lorsqu'on y est forcé par la volonté manifeste de celui qui les a employées : *Non aliter à significatione verborum recedi oportet, quàm cùm manifestum est aliud sensisse testatorem*, dit la loi 69, D. *de legatis* 3°.

» Et que l'on ne vienne pas alléguer que cette règle n'est faite que pour les testamens. Ce que la loi citée prescrit pour les testamens, la loi 1re, §. 20, D. *de exercitoriâ actione*, le prescrit également pour les actes législatifs : dans le doute, dit Ulpien, auteur de celle-ci, il faut s'attacher servilement à leurs termes : *Melius est, in re dubiâ, verbis edicti servire.*

» Aussi Voët (titre de *legibus*, n° 20) enseigne-t-il, en s'appuyant sur ces deux lois, que *nec aliter à propriâ verborum significatione recedendum, quam cùm manifestum est aliud sensisse legislatorem, magisque in dubio verbis edicti serviendum, ut Ulpianus ait.*

» Et assurément s'il est une matière où ne pas appliquer cette règle serait, de la part des magistrats, un acte tout-à-fait arbitraire, c'est bien celle-ci, où les termes, dont on voudrait amplifier le sens, servent à exprimer une exception qui, de droit commun, et quel que soit son objet, doit toujours être restreinte plutôt qu'étendue ; une exception qui, par l'objet spécial qu'elle a ici, se trouve en opposition avec les grandes et sages vues du législateur ; une exception enfin que le législateur s'est laissé, pour ainsi dire, arracher par des considérations équitables sans doute, mais qui croisaient et dérangeaient son système général d'économie politique.

» Ajoutons qu'en interprétant, comme l'a fait le jugement du 21 mai, les mots *premier appelé*, *né avant cette époque*, on se trouve du moins forcé de reconnaître que, si, demain, il naissait un enfant au grevé, la substitution se trouverait abolie *ipso facto*, non seulement au préjudice de cet enfant, puisqu'il n'existait pas à l'époque de la mise en activité du Code civil, mais même au préjudice du substitué vulgairement, puisqu'il ne pourrait pas avoir plus de droit que celui après lequel seulement il a été appelé par le testateur, et que le grevé pourrait lui dire : *Si vinco vincentem te, à fortiori vinco te.*

Or, conçoit-on que le législateur ait voulu, de gaîté de cœur, laisser dans une pareille incertitude les propriétés existantes dans les mains du grevé ? Conçoit-on qu'il ait pu dire sérieusement au grevé : *La substitution qui a, jusqu'à présent, affecté les biens que vous possédez aujourd'hui, tiendra au profit du substitué vulgairement à l'enfant que vous pouvez avoir ; et elle cessera, si cet enfant vient à naître ; à la vérité, il n'en profitera pas personnellement ; mais il en ôtera le bénéfice à son remplaçant ?*

» Non, il n'est pas possible qu'une idée aussi bizarre ait pu entrer dans l'économie du décret de 1812 ; et adopter une interprétation de laquelle néanmoins elle découle nécessairement, c'est évidemment prêter au législateur une absurdité choquante, c'est évidemment insulter à sa sagesse ».

Les sieurs Passy et consorts, comptant sur ces raisons, ont en effet appelé du jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, du 21 mai 1819 ; et leur attente n'a pas été trompée. Par arrêt du 24 mai 1821, la première chambre de la cour supérieure de justice de la même ville a réformé ce jugement, et a débouté M. et Mad. Cuylen de leur opposition,

« Attendu que le Code civil, publié en Hollande en 1811, ayant défendu pour l'avenir toutes les dispositions fidéicommissaires, le décret du 24 janvier 1812 a statué relativement aux substitutions qui y avaient été faites avant la mise en activité du Code ;

BIU Cujas

» Qu'il suit du texte de ce décret, que ce n'est que par exception que le législateur a maintenu l'effet des anciens fidéicommis, en faveur seulement du *premier appelé*, pourvu qu'il fût né lors de la publication du Code;

» Que, dans l'espèce, Théodore Delmarmol était chargé, par le testament du baron de Dongelberge, de conserver les biens pour les transmettre à ses fils, d'après l'ordre de primogéniture; s'il n'avait point de fils, à ses filles; et s'il n'avait pas d'enfans, à ses deux sœurs (ici l'intimée en cause est Victoire Delmarmol);

» Que, lors de la publication du Code en Hollande, Théodore Delmarmol n'avait point d'enfans;

» Que, si l'on s'attache au sens des expressions dont le testateur s'est servi, on doit convenir que les enfans de Théodore Delmarmol sont appelés les premiers; que l'intimée et sa sœur ne sont appelées que subsidiairement, et pour le cas où Théodore décéderait sans enfans;

» Que c'est dans ce sens naturel qu'il faut appliquer le décret, puisqu'il n'est permis de s'écarter du sens naturel des expressions d'une loi, que lorsqu'elles contrarient son esprit; ce qui ne se rencontre pas ici, le but du législateur étant de rendre la législation uniforme, en maintenant seulement les substitutions existantes au profit du premier appelé, né lors de la publication du Code civil en Hollande;

» Que ce n'est qu'en s'écartant du sens des expressions et de l'application naturelle du décret, que le juge *à quo* a dit que les mots *premier appelé* ne devaient pas s'entendre *absolument*, mais *relativement*, et s'appliquer à celui d'entre les appelés qui, au moment de la publication du Code, avait l'espérance la mieux fondée; que, dans ce sens, la dame Cuylen et sa sœur étaient les premières, vu que celui-là est vraiment le premier qui n'est primé par personne;

» Que cette interprétation du premier juge dénature le décret; que le législateur, en traçant une règle claire et d'une application facile, n'a point parlé de celui qui avait l'espérance la mieux fondée; qu'il n'a pas considéré les circonstances particulières, et qu'il ne s'agit que de voir si celui qui était appelé le premier après le possesseur des biens, était né lors de la publication du Code; *hors ce seul cas*, porte le décret, *le grevé jouira des biens comme propriétaire incommutable*;

» Que, si l'intimée et sa sœur pouvaient avoir, avant 1811, l'espérance d'atteindre les biens fidéicommissés, parceque Théodore Delmarmol n'était pas marié, certainement elles n'étaient pas appelées les premières pour posséder après lui;

» Que la maxime invoquée par l'intimée, *substitutus substituto est etiam substitutus instituto*, et d'où elle conclud que les enfans de Théodore et ses deux sœurs, n'occupant qu'un même degré dans la substitution, doivent être considérés tous comme premiers appelés, ne peut recevoir son application au seul cas prévu par le décret précité, la disposition du testament du baron de Dongelberge, par laquelle il charge Théodore Delmarmol de conserver les biens pour les transmettre à l'aîné de ses fils, à défaut de fils à ses filles, et s'il n'avait point d'enfans, à ses deux sœurs, contenant deux substitutions différentes; une substitution fidéicommissaire entre Théodore Delmarmol et toutes les personnes désignées, qui, vis-à-vis de lui, se trouvent toutes au premier degré, et entre ces personnes une substitution vulgaire, dans laquelle il y a un ordre d'après lequel elles sont appelées; et dans cet ordre, l'intimée et sa sœur, loin d'être appelées les premières, se trouvent appelées les dernières ».

La dame Cuylen s'est pourvue en cassation contre cet arrêt devant les seconde et troisième chambres de la même cour, suivant la forme provisoirement établie dans le royaume des Pays-Bas; et elle l'a attaqué comme violant le décret du 24 janvier 1812, ainsi que les art. 896 et 898 du Code civil.

De leur côté, les sieurs Passy et consorts lui ont opposé une mauvaise fin de non-recevoir : ils ont prétendu que l'arrêt attaqué ne jugeait qu'une question de fait, qu'il ne la jugeait que par l'interprétation du testament du baron de Dongelberge, et qu'ainsi il ne pouvait avoir contrevenu à aucune loi.

Par arrêt du 9 avril 1825, le recours en cassation de la dame Cuylen a été reçu dans la forme, mais rejeté au fond,

« Attendu (a dit la cour) que c'est en interprétant l'art. 155 du décret du 4 juillet 1811, rendu commun à la Hollande par celui du 24 janvier 1812, que la cour, par son arrêt attaqué, a décidé le point de contestation élevé entre les parties; qu'ainsi, en décidant que le premier appelé était le fils aîné de Théodore-Jean-Laurent Delmarmol, la cour a plutôt décidé en droit qu'en fait; d'où il résulte que la fin de non-recevoir proposée contre le pourvoi, n'est point fondée;

» Attendu que la disposition de l'art. 155 prémentionnée porte en termes exprès : *Les substitutions de la nature de celles qui sont prohibées par le Code civil, seront abolies et cesseront d'avoir leur effet, à compter du jour où ce Code sera mis en activité*;

» Qu'à cette règle si générale, le décret n'a fait qu'une seule exception, conçue dans les termes suivans : *Néanmoins la substitution faite antérieurement à la mise en activité de ce Code, tiendra au profit du premier appelé, né avant cette époque,*

BIU Cujas

en y ajoutant que, *hors ce seul cas, le grevé jouira des biens comme propriété incommutable ;*

» Attendu qu'à l'époque prémentionnée, Théodore-Jean-Laurent Delmamol était le possesseur grevé du fidéicommis dont il s'agit, et que le testateur lui avait substitué, immédiatement et en premier lieu, son fils aîné ;

» Attendu que, soit que l'on considère la lettre du décret en question, soit que l'on cherche à se pénétrer de l'esprit dans lequel il a été dicté, on ne peut se refuser à la conviction que le législateur n'a eu nullement en vue que les fidéicommis auraient encore une chute dans tous les cas quelconques, mais que, mu par une considération d'équité, il a voulu établir une exception pour le seul cas où celui qui aurait été appelé le premier en rang par le testateur, existerait à l'époque de la mise en activité du Code ;

» Qu'il résulte de ces considérations, que la dame Cuylen ne saurait être envisagée comme première appelée, dans le sens du décret pré-rappelé, et par conséquent qu'elle ne réunit pas les conditions requises pour être comprise dans l'exception que le décret a faite à sa disposition générale, abolitive des substitutions fidéicommissaires ; et par une conséquence ultérieure, que l'arrêt attaqué n'a point violé l'art. 155 du décret du 4 juillet 1811, ni le décret du 24 janvier 1812, ni l'art. 896 ou 898 du Code civil ;

» Par ces motifs, la cour, ouï M. le conseiller Gobart en son rapport, et entendu M. l'avocat-général Baumhauer en ses conclusions conformes, reçoit le pourvoi, et y faisant droit, le rejette... ».

SUCCESSION. *Page* 157, *col.* 1, *après la ligne* 29 (1), *ajoutez :*

§. XIX. *La disposition de l'art.* 136 *du Code civil est-elle applicable aux absens qui ne sont que présumés, aussi bien qu'à ceux dont l'absence est déclarée par un jugement ; et en conséquence ceux qui, du chef d'un absent présumé, prétendent exercer des droits sur une succession ouverte depuis sa disparition, doivent-ils être déclarés non-recevables, tant qu'ils ne prouvent pas qu'il existait au moment de l'ouverture de cette succession ?*

J'ai rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Absent*, n° 3, quatorze arrêts de cours royales et deux de la cour de cassation, qui consacrent l'affirmative.

On l'a cependant encore contestée depuis devant la cour supérieure de justice de Bruxelles, mais inutilement. Voici l'espèce :

Le sieur Jacobeus, créancier de Philippe Benoît, absent depuis plusieurs années, fait saisir et arrêter entre les mains de la veuve Benoît, sa mère, tous les deniers appartenans à cet individu, desquels elle peut être détentrice, et il l'assigne en déclaration devant le tribunal de première instance d'Anvers.

La veuve Benoît déclare n'avoir entre les mains rien que ce soit appartenant à son fils.

Le sieur Jacobeus prétend que cette déclaration n'est pas sincère, et il conclut à ce qu'il soit ordonné à la veuve Benoît de lui communiquer l'inventaire qui a dû être dressé après la mort du sieur Benoît père, afin qu'il puisse connaître ce qui est échu, dans la succession de celui-ci, à son débiteur.

La veuve Benoît répond que cette succession ne s'est ouverte que plusieurs années après la disparition de son fils ; qu'ainsi, suivant l'art. 136 du Code civil, elle a été légalement dévolue à ceux qui y étaient appelés à son défaut ; que, dès-lors, ses créanciers n'y peuvent rien prétendre de son chef, sans prouver qu'il a survécu à son père ; et que par conséquent le sieur Jacobeus est, dans l'état des choses, non-recevable à demander la communication de pièces qui lui sont tout-à-fait étrangères.

Le sieur Jacobeus réplique que cela serait bon, si l'absence de son débiteur eût été déclarée par un jugement ; mais qu'elle ne l'a point été ; et que, dès-là, ce n'est point à l'art. 136 qu'il faut s'attacher, mais uniquement à l'art. 129, duquel il résulte que l'absent est censé exister jusqu'à ce qu'il se soit écoulé cent ans révolus depuis sa naissance.

Jugement qui, adoptant le système du sieur Jacobeus, ordonne que l'inventaire de la succession du sieur Benoît père lui sera communiqué.

Appel de la part de la veuve Benoît ; et par arrêt du 27 juin 1829,

« Attendu que la demande de l'intimé, tendant à obtenir une copie authentique de l'inventaire fait à la mortuaire de Charles Benoît, est uniquement fondée sur ce que Philippe Benoît, fils du même Charles, aurait actuellement quelque droit ou part dans la succession de feu son père ;

» Attendu, quant à ce point, que l'appelante, devant le premier juge et en appel devant la cour, a non seulement soutenu que Philippe Benoît est absent, mais que, de plus, elle a aussi, en tant que de besoin, méconnu son existence ;

» Attendu que, dans cet état de choses, le pre-

(1) *Page* 118, *col.* 2, *ligne* 33 (2e édition).

BIU Cujas

mier juge n'a pu appliquer les dispositions de l'art. 129 du Code civil, et se fonder sur ce qu'un absent, à l'égard des tiers, est censé vivre cent ans révolus;

» Que cet article se trouve sous la sect. 1, chap. 3, liv. 1, titre 4 du Code civil, section qui est intitulée : *Des effets de l'absence, relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition ;*

» Qu'il suit clairement de là que les dispositions de l'art. 129 ne sont applicables que lorsqu'il s'agit de biens que l'absent possédait au jour de sa disparition;

» Attendu qu'il ne s'agit point, dans l'espèce, de biens que l'absent possédait déjà lors de sa disparition, mais seulement de biens qu'il aurait acquis par le décès de son père, après une absence d'environ dix ans;

» Attendu qu'il résulte suffisamment de là que ce sont les dispositions des art. 135 et 136 du Code civil qui doivent ici être appliquées ;

» Que ces articles se trouvent dans la sect. 2 du chap. 3, ayant pour rubrique : *Des effets de l'absence, relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent ;*

« Qu'il s'agit ici de droits qui compéteraient à l'absent par suite du décès de son père;

» Que l'article 136, qui n'est qu'une conséquence du principe établi par l'art. 135, veut que, s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle soit dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut ;

» Attendu, en ce qui concerne les art. 135 et 136 précités, qu'il n'est pas nécessaire que la personne dont l'existence n'est pas reconnue, soit déclarée judiciairement absente, vu qu'aucun de ces deux articles n'exige cette condition, et qu'ils se contentent l'un et l'autre de la seule condition que l'existence soit méconnue, ce qui résulte suffisamment aussi de la discussion qui a eu lieu au conseil-d'état.

» De tout quoi il suit que l'intimé, qui réclame un droit échu à Philippe Benoît fils, du chef du décès du père de ce dernier, doit, d'après l'art. 135 précité, être déclaré non-recevable en sa demande, aussi long-temps que l'existence de Philippe Benoît à l'époque de l'ouverture de la succession de son père, n'est pas reconnue par l'appelante, ou n'est pas prouvée par lui intimé;

» Attendu que les pièces produites par l'intimé, loin de fournir la preuve que Philippe Benoît existait encore au décès de son père, établissent bien plutôt le contraire; et qu'ainsi, l'intimé est resté en défaut d'administrer la preuve que la loi lui imposait;

» Par ces motifs, la cour, ouï M. le substitut Duvigneaud, en son avis conforme, met le jugement dont est appel au néant; émendant, dit que l'appelante doit passer, quant à présent, moyennant la déclaration qu'elle a faite au greffe du tribunal civil d'Anvers; déclare l'intimé non-recevable dans ses conclusions prises devant le premier juge, et qui tendent à obtenir une copie authentique de l'inventaire fait à la mortuaire de Charles Benoît....(1) ».

§. XX. 1° *Appartient-il quelque droit dans la succession de sa prétendue mère naturelle, à l'enfant qui ne prouve pas sa filiation par une reconnaissance authentique émanée d'elle-même, mais seulement par des actes auxquels elle n'a pris aucune part, et par des faits personnels à son héritier?*

2° *Les héritiers d'une femme qui l'ont reconnue mère d'un enfant naturel, et par l'acte de décès de cet enfant, en l'y qualifiant de fils naturel de la défunte, et par la déclaration qu'ils ont faite de sa succession à l'administration de l'enregistrement, en y comprenant des biens qu'ils croyaient lui avoir été transmis à titre successif par sa prétendue mère, sont-ils recevables, lorsque l'État vient réclamer ces biens par droit de déshérence, à soutenir et faire juger qu'il n'y a eu aucun droit?*

Sur la première question, la négative résulte clairement des principes que j'ai établis sur cette matière, dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Succession*, sect. 2, §. 2, n° 3; et voici une espèce dans laquelle un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles l'a ainsi jugé en même temps qu'il a résolu la seconde question pour l'affirmative.

Le 24 nivôse an 9, acte de naissance de Pierre Verhoest, présenté à l'état civil par sa nourrice, comme *fils naturel de Jeanne Verhoest*, qui exploitait à Ostende, avec Hélène Verhoest, sa sœur, une auberge connue sous le nom de *Maison des bateliers*.

Jeanne Verhoest meurt en 1814, sans avoir fait aucune reconnaissance de maternité en faveur de Pierre Verhoest.

Le 18 décembre 1820, acte de décès de Pierre

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1829, tome 1er, page 59.

BIU Cujas

Verhoest, dressé sur la déclaration de Charles et Jacob Verhoest, frères de Jeanne, qui le qualifient de fils *naturel* de feu leur sœur Jeanne.

Le 1er janvier 1821, Charles, Eugène, Jacob et Hélène Verhoest font à la régie de l'enregistrement la déclaration de la succession de Pierre Verhoest, et y énoncent qu'elle se compose de la moitié des meubles de l'auberge occupée par Hélène, lesquels avaient appartenu en commun à celle-ci et à sa sœur Jeanne.

Peu de temps après, l'administration des domaines revendique cette portion du mobilier de l'auberge, comme dévolue à l'État par voie de déshérence.

Hélène Verhoest combat cette prétention, et soutient que Pierre Verhoest n'était pas le fils de sa sœur Jeanne; que l'eût-il été, il n'aurait pu, aux termes de l'art. 756 du Code civil, rien prétendre dans la succession de sa prétendue mère, puisqu'elle ne l'avait pas reconnu.

Le 26 janvier 1823, jugement du tribunal de première instance de Bruges, qui accueille la demande de l'administration,

« Attendu qu'il est pleinement prouvé au procès que Pierre Verhoest n'a laissé à son décès ni ascendans, ni descendans, ni frères, ni sœurs légitimes ou illégitimes, ni descendans d'eux, ni enfin d'épouse survivante; d'où il suit qu'en vertu des art. 766, 767 et 768 du Code civil, la succession dudit Pierre Verhoest appartient à l'État, par droit de déshérence;

» Attendu qu'Hélène Verhoest ayant fait elle-même la déclaration de la succession du défunt, dans laquelle elle a compris les biens comme appartenant à ladite succession, elle ne peut aujourd'hui nier ce qu'elle a reconnu précédemment; que c'est en vain qu'elle prétend que cette déclaration de sa part serait le résultat d'une erreur de fait quelconque, mais qu'il s'agissait uniquement de savoir si le défunt pouvait partager la succession de sa mère, ce qui constituait un simple point de droit, de sorte que l'aveu, à cet égard, est irrévocable, aux termes de l'art. 1356 du Code civil.... ».

Mais sur l'appel d'Hélène Verhoest, arrêt du 25 juin 1825, par lequel,

« Attendu que Pierre Verhoest étant décédé sous l'empire du Code civil, sans laisser de parens habiles à succéder, ni d'enfans naturels, ni d'épouse survivante, sa succession est, d'après la loi, dévolue à l'État;

» Attendu que, pour établir que les meubles dont s'agit, feraient partie de cette succession, l'administration intimée base son action, en premier lieu, sur la déclaration de la succession de Pierre Verhoest, faite par l'appelante; et, en second lieu, sur les droits auxdits objets qui appartiendraient au même Pierre Verhoest, comme fils naturel de la feue Jeanne Verhoest, sœur de l'appelante;

» Attendu, en ce qui concerne le premier moyen, que cette déclaration avait pour but le paiement des droits auxquels elle était obligée comme héritière du défunt, et qu'ainsi, l'administration, qui prétend aujourd'hui avoir seule quelques droits, à l'exclusion de l'appelante, sur ladite succession, ne peut invoquer cette déclaration dans le but de prouver que les biens en question ont fait partie de la même hérédité;

» Attendu d'ailleurs que l'on doit conclure, en règle générale, des art. 1109, 1131, 1235 et 1377 du Code civil, que celui qui s'est obligé par erreur, a le droit de se rétracter, en prouvant son erreur; que la loi ne fait aucune différence entre l'erreur de fait et l'erreur de droit; que l'exception introduite, à cet égard, par l'art. 1356 du Code civil, ne concerne que l'aveu judiciaire, et ne peut, dès-lors, être étendue à l'aveu extrajudiciaire; qu'au contraire, cette exception particulière confirme la règle dans tous les cas non exceptés par la loi;

» Attendu que la déclaration invoquée par l'administration, est un acte extrajudiciaire, et qu'il est constant qu'elle n'est que la suite de l'erreur dans laquelle *versait* alors l'appelante, soit en fait, soit en droit, en croyant que Pierre Verhoest avait acquis les biens en question à titre héréditaire de Jeanne Verhoest; qu'ainsi, l'appelante pouvait, comme elle l'a fait, rétracter cet aveu; de tout quoi il résulte que ce premier moyen n'est pas fondé;

» En ce qui touche le second moyen,

» Attendu que Jeanne Verhoest est décédée en 1814, sans qu'il ait été allégué au procès qu'elle aurait, d'une manière quelconque, reconnu son prétendu fils naturel, soit dans son acte de naissance, soit par tout autre acte postérieur, et que Pierre Verhoest est venu à mourir plusieurs années après, sans avoir fait aucune perquisition pour savoir qui pouvait être sa mère; qu'ainsi, ledit Pierre Verhoest n'a jamais acquis le moindre droit contre Jeanne Verhoest, sa prétendue mère naturelle, soit en vertu d'une reconnaissance volontaire, soit par suite d'une reconnaissance forcée;

» Attendu qu'il résulte de l'art. 334 du Code civil, que la reconnaissance volontaire d'un enfant naturel ne peut se faire que par acte authentique, lorsqu'elle n'a pas lieu dans l'acte de naissance; que l'art. 338, en disant que les droits des enfans naturels seront réglés au titre *des Successions*, ne parle que de ceux légalement et volontairement reconnus, dont il avait déjà été parlé à l'art. 334; qu'en effet, l'art. 756, au titre *des Successions*, détermine le

BIU Cujas

droit que la loi accorde aux enfans naturels légalement reconnus, sur les biens de leur père ou mère décédés; qu'ainsi, la disposition de ce dernier article est en harmonie avec celles des articles susdits 338 et 334, et par une conséquence ultérieure, que ce n'est qu'aux enfans naturels légalement et volontairement reconnus, qu'il est accordé un droit quelconque sur les biens de leur père ou mère décédés, tandis que les enfans naturels forcément reconnus en justice, dans les cas prévus par les art. 340 et 341, n'obtiennent, par-là, le droit de parenté, qu'à l'égard des personnes déclarées forcément leur père ou mère, et le droit qui en dérive, de pouvoir exiger d'eux des moyens de subsistance; que ces principes sont confirmés par les discussions qui ont eu lieu, sur cette partie, au conseil-d'état de France;

» De tout quoi il résulte que, dans la supposition même que la recherche de la maternité fût permise à une autre personne que l'enfant, et même pour une époque postérieure au décès de celui-ci; en tout cas, cette recherche serait ici sans utilité pour l'administration intimée, puisque, s'il était déclaré en justice que Jeanne Verhoest était la mère naturelle de Pierre Verhoest, cette déclaration judiciaire ne pourrait attribuer aucun droit sur les biens litigieux, audit Pierre Verhoest qui n'avait jamais été reconnu légalement et volontairement, ni par suite à l'État, qui veut exercer les droits de ce dernier;

» Par ces motifs, la cour, ouï M. l'avocat-général Destoop, au nom du procureur général, met le jugement dont appel au néant; émendant, déclare que l'administration intimée n'a établi aucun droit dans son chef sur tout ou partie des objets mobiliers, provisions et effets qui se trouvaient dans la *Maison des bateliers*, à Ostende, à la date du 7 janvier 1822, et dont il s'agit au procès... (1)».

§. XXI. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles *Absent*, *Adoption*, *Aînesse*, *Bénéfice d'inventaire*, *Confiscation*, §. 2; *Dévolution coutumière*, *Effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an 2*, *Emigré*, §. 15; *Enregistrement (droit d')*, *Féodalité*, §. 3 et 5; *Filiation*, *Héritier*, *Hypothèque*, §. 4 *bis*, nos 5 et 6; *Institution contractuelle*, *Légitimité*, *Legs*, *Maternité*, *Partage*, *Paternité*, *Propre*, *Question d'état*, *Rapport à Succession*, *Renonciation à une succession*, *Testament*, *Tiers coutumier*, et les deux articles suivans.

(1) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche-Laporte, année 1826, tome 1, page 113.

SUCCESSION FUTURE (PACTE SUR UNE), §. I. *Page* 160, *col.* 1, *à la fin de la ligne* 8 (1), *ajoutez en note :*

Mais de ce qu'en pareil cas, le testament ne serait pas nul, s'ensuit-il que le contrat que l'on y aurait intercalé, serait obligatoire et irrévocable? *V.* l'article *Révocation de testament*, §. 1, n° 4.

Page 162, *col.* 1, *après la ligne* 14 (2), *ajoutez :*

§. IV. *De ce qu'aux termes de l'art.* 1600 *du Code civil*, on ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement, *s'ensuit-il que l'héritier présomptif d'un absent présumé ou déclaré peut demander lui-même la nullité de la vente qu'il a faite à un tiers de ses droits à la succession de cet absent?*

V. l'article *Vente*.

SUCCESSION VACANTE. §. II. *Page* 180, *col.* 1, *après la ligne* 33 (3), *ajoutez :*

§. III. *Lorsque, sur l'appel d'un jugement qui rejette l'opposition d'une partie à la nomination d'un curateur à une succession vacante, il intervient un arrêt qui infirme ce jugement, et accueille l'opposition de l'appelant, la cour royale peut-elle, par le même arrêt, nommer elle-même un autre curateur?*

V. l'arrêt de la cour de cassation du 7 février 1809, rapporté à l'article *Appel*, §. 14, art. 1, n° 6.

SUICIDE. *Page* 183, *col.* 1, *après la ligne* 2 (4), *ajoutez :*

§. II. *N'y a-t-il que complicité de suicide, n'y a-t-il pas plutôt assassinat proprement dit, lorsque, sur la provocation ou l'ordre d'une personne fatiguée de la vie, une autre la tue volontairement et avec préméditation?*

Un arrêt de la cour d'assises du département du Finistère, du 13 février 1827, avait jugé que, dans ce cas extraordinaire, il y avait assassinat, et par conséquent lieu à la peine de mort.

Jean-Marie Lefloth, contre lequel cet arrêt avait

(1) *Page* 121, *col.* 2, *ligne* 3 (2e édition).
(2) *Page* 121, *col.* 1, *ligne dernière* (2e édition).
(3) *Page* 141, *col.* 1, *ligne* 14 (2e édition).
(4) *Tome* 6, *page* 762, *col.* 1, *ligne* 56 (2e édition).

BIU Cujas

été rendu, s'est pourvu en cassation, et a soutenu qu'en donnant la mort à l'individu qui l'en avait instamment prié, il n'avait été que le complice d'un suicide, c'est-à-dire, d'un fait que la loi ne punit d'aucune peine, et que, par conséquent, la cour d'assises, en le condamnant à la peine capitale, avait fait une fausse application de l'art. 302 du Code pénal.

Mais, par arrêt du 16 novembre de la même année, au rapport de M. Bernard, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris,

« Attendu que, si le suicide n'est point un fait puni par les lois pénales du royaume, il n'y a de suicide proprement dit que lorsqu'une personne se donne elle-même la mort;

» Que l'action par laquelle une personne donne volontairement la mort à autrui, constitue un homicide volontaire ou un meurtre, et non un suicide ou un acte de complicité de suicide;

» Que le meurtre n'est excusable que dans les cas prévus par les art. 321 et 322 du Code pénal;

» Que l'homicide ne cesse d'être considéré comme un crime ou un délit que lorsqu'il a été le résultat du commandement de la loi et de l'autorité légitime, ou de la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui;

» Qu'il importe peu que la mort ait été donnée du consentement, par la provocation ou par l'ordre de la personne homicidée, puisque ce consentement, cette provocation ou cet ordre, ne constituent ni un fait d'excuse, aux termes des articles précités, ni une circonstance exclusive de la culpabilité de l'action, aux termes des art. 327 et 328 du Code pénal;

» Attendu que les lois qui protégent la vie des hommes sont d'ordre public, et que les crimes et délits contre les personnes ne blessent pas moins l'intérêt général de la société que la sûreté individuelle des citoyens, et qu'aucune volonté particulière ne saurait absoudre et rendre licite le fait que les lois ont déclaré punissable, sans autres conditions ni réserves que celles qu'elles ont expressément établies...;

» La cour rejette le pourvoi.... (1). »

§. III. *Le suicide forme-t-il par lui-même une preuve ou une présomption suffisante d'aliénation d'esprit, et doit-on, en conséquence, annuler, comme fait en état de démence, le testament qui, de la part de son auteur, a été immédiatement précédé d'une tentative de suicide, ou immédiatement suivi d'un suicide effectif?*

V. l'article *Testament*, §. 3.

SUPPLÉANT (JUGE-), §. II. *Page* 168, *col.* 1, *supprimez les lignes de* 17 *à* 30 (1), *et substituez-y ce qui suit :*

L'affirmative, qui n'aurait jamais dû être révoquée en doute, a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 5 juillet 1809, qui est ainsi conçu :

Même page, col. 2, *supprimez la ligne* 7 (2), *et substituez-y ce qui suit :*

§. III. *Le jugement auquel a concouru un suppléant, est-il nul, s'il ne constate pas que c'est à raison de l'empêchement d'un juge titulaire, que le suppléant a été appelé pour le remplacer momentanément dans ses fonctions?*

L'affirmative paraît, au premier abord, résulter des nombreux arrêts de la cour de cassation et des cours royales, rapportés au mot *Avocat*, §. 3, qui décident que, lorsqu'un avocat est appelé en remplacement d'un juge absent ou empêché, il est nécessaire, à peine de nullité, de constater, par le jugement même auquel il concourt, qu'il n'a été appelé qu'à défaut d'autres juges ou de suppléans.

Mais en y regardant de plus près, on reconnaît bientôt qu'il y a une grande différence entre les deux cas.

Pour qu'un avocat puisse concourir à un jugement, il ne suffit pas qu'un juge titulaire manque pour le moment au tribunal; il faut qu'il ne s'y trouve pas de suppléant non empêché. Or, que résulte-t-il du fait qu'un avocat a pris part à un jugement? Rien autre chose, si ce n'est que le tribunal était incomplet, lorsqu'on a appelé l'avocat à y siéger. Ce seul fait ne forme donc pas une preuve légale que, pour le compléter, on ait employé le moyen qui était impérieusement prescrit par la loi, c'est-à-dire, qu'avant d'appeler l'avocat, on se soit assuré qu'il n'y avait point de suppléant prêt à remplacer le juge titulaire qui manquait. Et dès-là point de raison pour que le jugement ne soit pas nul.

En est-il de même, lorsque c'est un juge-suppléant

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 31, page 879.

(1) *Page* 146, *col.* 1, *ligne* 1 (2e édition).
(2) *Même page et même col.*, *ligne* 49 (2e édition).

BIU Cujas

qui remplace un juge titulaire? Non : aux termes de l'art. 29 de la loi du 6-27 mars 1791, *les suppléans ne peuvent être appelés par le tribunal que dans le cas où leur assistance est nécessaire à la validité des jugemens.* Donc la seule présence d'un suppléant dans le tribunal prouve légalement qu'il manque un juge titulaire; donc il est alors inutile d'énoncer l'absence ou l'empêchement de celui-ci dans le jugement.

Ainsi l'ont décidé formellement deux arrêts de la cour de cassation, dont voici les espèces :

Le 18 juin 1822, jugement du tribunal de première instance d'Usez, qui prononce des condamnations contre le sieur Caussaud-Poulon au profit des sieurs Gazagnes, et se termine ainsi : *jugé... par MM. Journet, président; Trinquelague, juge; et Lenfant, juge-suppléant.*

Le sieur Caussaud-Poulon appelle de ce jugement à la cour royale de Nîmes, et l'attaque seulement pour mal jugé au fond.

Arrêt qui met purement et simplement l'appellation au néant.

Le sieur Caussaud-Poulon se pourvoit en cassation, et relevant, pour la première fois devant la cour suprême, un moyen de forme sur lequel il a gardé le silence en cause d'appel, il soutient qu'en confirmant, et par conséquent en tenant pour régulier un jugement qui était nul à défaut de mention d'empêchement du juge titulaire qu'un suppléant avait remplacé, la cour royale de Nîmes a violé l'art. 49 du décret du 30 mars 1808.

Mais, par arrêt du 9 août 1826, au rapport de M. Mousnier-Buisson, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu, dans la forme, que le moyen proposé en cour de cassation ne l'a pas été devant la cour royale de Nîmes, laquelle avait droit et pouvoir de l'examiner et juger sur l'appel (1);

» Au fond, attendu, sur le second moyen, que les suppléans, tels qu'ils sont institués par les lois et les réglemens relatifs à l'organisation judiciaire, font partie de la composition des tribunaux de première instance;

» Que ce point de droit public est nettement établi par les lois des 18 mars 1800 et 20 avril 1810; qu'il l'est encore par le décret en forme de réglement du 18 août même année 1810, notamment par l'art. 2 de ce réglement;

» Qu'aux termes de l'art. 64 de la loi du 20 avril 1810, les mêmes qualités qui sont exigées pour être nommé aux fonctions de juge ou de procureur du roi, sont exigées pour être nommé à celle de suppléant; que le suppléant, de même que le juge en titre, est nommé et institué par le roi; que, par cette nomination, par le serment que doit prêter le suppléant avant d'entrer en fonctions, il reçoit un caractère qui l'attache à l'administration de la justice;

» Que si les juges-suppléans ne sont pas des juges habituels, ils ne sont jamais des juges d'exception, tels que les avocats attachés au barreau, et les avoués qui ne peuvent et ne doivent être appelés à compléter un tribunal, les seconds à défaut des premiers, qu'autant qu'il n'y a ni juge ni suppléant pour le compléter; d'où il suit qu'un tribunal de première instance est régulièrement et légalement composé, lorsqu'il a été formé en nombre suffisant et indispensable de juges et de juges-suppléans;

» Attendu que, dans l'espèce, le tribunal d'Usez, qui a rendu le jugement du 18 juin 1820, était composé du président, d'un juge en titre et d'un suppléant;

» Que l'assistance de ce suppléant fait présumer suffisamment que l'un des trois juges dont se compose ce tribunal, était absent ou empêché;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

Le 23 mars 1823, jugement du tribunal civil du département de la Seine, qui condamne la régie de l'enregistrement à la restitution de droits indûment perçus.

La régie l'attaque devant la cour de cassation, comme nul dans la forme, par sa contrariété à l'art. 29 de la loi du 6-27 mars 1791 et à l'art. 12 de celle du 27 ventôse an 8.

« Il constate lui-même (dit-elle) qu'il a été rendu par trois juges, dont deux en titre et un juge-suppléant, nommé rapporteur. Mais, aux termes des lois précitées, un tribunal ne doit appeler des suppléans pour délibérer, que dans le cas où leur assistance est nécessaire à la validité du jugement. Or, le jugement attaqué ne fait point connaître pour quelle cause de nécessité, dans une chambre composée de sept juges titulaires, un suppléant a été appelé pour compléter le nombre des juges requis. Le jugement contrevient donc en ce point à la loi.

» La cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 19 janvier 1825 dans une espèce où un avocat, à

(1) *V.* les conclusions et l'arrêt du 17 mai 1810, rapportés à l'article *Nantissement*, §. 2.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, page 449.

BIU Cujas

défaut de juges, avait été appelé à concourir à un jugement ».

Mais, par arrêt du 26 décembre 1826, au rapport de M. Voysin de Gartempe, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu, sur le moyen de forme, que les suppléans sont juges, et peuvent concourir aux jugemens pour compléter le nombre des juges nécessaire pour former le *quotum* déterminé par la loi pour la validité des jugemens;

» Attendu que, dans l'espèce, le jugement est rendu par trois juges seulement, y compris le suppléant rapporteur, d'où il suit qu'il est régulier....;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

Un arrêt semblable a été rendu le 2 novembre de la même année, par la cour supérieure de justice de Liége, au sujet d'un jugement du tribunal de première instance de Huy, dont on demandait la nullité, sous le prétexte qu'il avait été rendu par deux juges et un suppléant, et qu'il n'énonçait ni que le suppléant eût été appelé à raison de l'empêchement du troisième juge titulaire, ni qu'il l'eût été dans l'ordre du tableau.

» Considérant (porte-t-il) que les juges-suppléans ont le caractère de juges dans le sens des lois et réglemens sur l'organisation judiciaire; qu'à la vérité, ils n'en peuvent exercer pleinement les fonctions que dans le cas où les juges en titre sont empêchés; mais que cet empêchement est censé exister lorsque ceux-ci ne sont pas à leur siége, et que les membres présens ne sont pas en nombre suffisant pour rendre la justice;

» Considérant que, dans l'espèce, le juge-suppléant n'est intervenu que pour compléter le nombre indispensable; qu'il eût été superflu de mentionner l'absence de celui à la place de qui il siégeait;

» Qu'au surplus, l'art. 49 du décret du 30 mars 1808 ne prescrit de suivre, en ce cas, l'ordre d'ancienneté qu'*autant que faire se pourra*; d'où il suit que les moyens de nullité proposés contre le jugement *à quo* ne sont pas fondés;

» Par ces motifs, la cour.... déclare que le jugement *à quo* est valable et régulier en la forme... (2) ».

§. IV. *Un jugement auquel a concouru un juge-suppléant est-il nul par cela seul qu'il ne constate pas qu'en appelant ce juge pour compléter le tribunal, on a suivi l'ordre du tableau?*

L'affirmative a été vainement soutenue par le sieur Parlongue, demandeur en cassation d'un jugement en dernier ressort du tribunal de commerce de Saint-Hippolyte du 1er avril 1824, auquel le second suppléant avait été appelé pour compléter le tribunal, sans qu'il constât de l'empêchement du premier. Vainement le sieur Parlongue a-t-il prétendu qu'il avait été par-là contrevenu à l'art. 47 du décret du 3 mars 1808, rapporté au mot *Avocat*, §. 3, n° 2. Par arrêt du 18 août 1825, au rapport de M. Lecoutour, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu que l'art. 49 de la loi du 30 mars 1808, qui détermine l'ordre dans lequel seront appelés les juges-suppléans pour compléter le nombre des juges dans les tribunaux de première instance, n'est point applicable aux tribunaux de commerce; qu'ainsi, il est inutile d'examiner si, dans le tribunal de commerce de Saint-Hippolyte, l'appel du second suppléant, au lieu du premier, a été régulier;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

La prétention du sieur Parlongue eût-elle été mieux fondée, s'il se fût agi d'un jugement rendu par un tribunal ordinaire de première instance?

La négative résulte clairement des observations faites, à l'endroit cité du mot *Avocat*, sur l'art. 46 du décret du 30 mars 1808, et déjà adoptée par l'arrêt de la cour supérieure de justice de Liége du 2 novembre 1826, rapporté au paragraphe précédent, elle a encore été consacrée, le 7 du même mois, par un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce :

Le 16 juillet 1825, jugement en dernier ressort du tribunal de première instance de Castel-Sarrazin, qui prononce, contre le sieur Fontanié, des condamnations en faveur des sieur et dame Massip.

Le sieur Fontanié se pourvoit en cassation, et soutient que ce jugement est nul, parcequ'il y est simplement énoncé qu'il a été rendu par deux juges titulaires, *et par M. Lespian fils, suppléant.*

« Le tribunal de Castel-Sarrazin (dit-il) est composé de trois juges, d'un juge-auditeur et de trois suppléans. Or, d'après l'art. 49 du décret du 30 mars 1808, l'un des trois juges titulaires manquant, c'était le juge-auditeur qui, en premier lieu, devait être appelé à le remplacer, et, à son défaut, l'un

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 27, page 72.

(2) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche-Laporte, année 1827, tome 1, page 52.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 26, page 125.

BIU Cujas

des juges-suppléans, dans l'ordre du tableau M. Lespian fils, qui a siégé à l'audience du 16 juillet, n'étant que le troisième suppléant, n'a pu et dû être appelé qu'autant que le juge-auditeur et les deux autres suppléans qui le précèdent dans l'ordre du tableau, se seraient trouvés légalement empêchés; et cependant rien dans le jugement n'atteste cette circonstance.

» Les présomptions, en pareil cas, ne sauraient être admises. C'est dans le jugement même que doit se trouver la preuve que le tribunal était légalement constitué. Il est donc évident que l'article invoqué à l'appui du pourvoi a été violé, et que la requête doit être admise ».

Mais par l'arrêt cité, au rapport de M. Pardessus, et sur les conclusions de M. l'avocat-général de Vatimesnil,

« Attendu que deux cas très-différens sont prévus par les lois et réglemens en vertu desquels des juges étrangers au tribunal ou à la chambre saisie d'une affaire, ou des suppléans, peuvent y être appelés: 1° le cas de partage; 2° le cas où l'insuffisance du nombre des juges oblige à compléter le tribunal;

» Attendu qu'au premier cas, l'art. 118 du Code de procédure civile exige que le juge ou suppléant destiné à vider un partage, soit appelé suivant l'ordre du tableau, et que des motifs d'ordre public ont dicté cette disposition, dans laquelle rien n'est laissé au pouvoir discrétionnaire du tribunal (1);

» Attendu qu'au second cas, où il s'agit seulement de compléter le tribunal pour le jugement d'une cause qui n'a point encore été l'objet de délibérations, l'art. 49 du réglement d'administration publique, du 30 mars 1808, se borne à déclarer que les suppléans, et, à leur défaut, les avocats, seront appelés suivant l'ordre du tableau, *autant que faire se pourra*, et s'en rapporte, pour l'exécution, à la prudence des tribunaux, en leur fournissant ainsi les moyens de prévenir tout ce qui pourrait suspendre le cours de la justice;

» Attendu que ce dernier cas était celui dont il s'agissait lors du jugement dénoncé; d'où il suit que ce jugement n'a point violé les lois et réglemens invoqués;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi..... (2) ».

§. V. *Les juges-suppléans participent-ils au privilége attribué par l'art. 479 du Code d'instruction criminelle aux juges des tribunaux de première instance, de ne pouvoir être poursuivis pour raison des délits qu'ils sont prévenus d'avoir commis hors de l'exercice de leurs fonctions, que devant la cour royale de leur ressort?*

L'affirmative, qui n'aurait jamais dû être mise en question, a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation, du 20 mai 1826, ainsi conçu:

« Ouï M. Olivier, conseiller en la cour, en son rapport, et M. Laplagne-Barris, avocat-général, en ses conclusions;

» Statuant sur le pourvoi du ministère public près le tribunal correctionnel de Périgueux (qui avait réformé un jugement du tribunal correctionnel de Sarlat, par lequel celui-ci s'était déclaré incompétent pour connaître d'une plainte en diffamation portée contre l'un de ses suppléans);

» Vu l'article 479 du Code d'instruction criminelle....., et l'art. 4 du décret du 6 juillet 1810.....;

» Attendu que l'art. 479 précité, qui attribue aux cours royales la connaissance des délits correctionnels commis hors de l'exercice de leurs fonctions par les magistrats désignés par cet article, a eu un double motif: l'un, de garantir ces magistrats des procédures vexatoires auxquelles ils pourraient être exposés par suite des inimitiés que leurs fonctions leur attireraient; l'autre, d'empêcher que le crédit que pourraient avoir ces magistrats, ne leur procurât une impunité scandaleuse;

» Que ces deux motifs s'appliquent *aux juges-suppléans* des tribunaux de première instance, comme aux juges eux-mêmes; que les juges-*suppléans* ont le *caractère* et la *qualité de juges et de membres des tribunaux* dans les jugemens auxquels ils participent en remplacement des juges absens ou empêchés;

» Que si l'exercice de leurs fonctions n'est qu'*éventuel* et temporaire, ils n'ont pas moins, comme les autres juges, la nomination à vie, le privilége de l'inamovibilité, et le caractère permanent de magistrats;

» Que, dès-lors, ils doivent être réputés compris dans ces expressions, *membres d'un tribunal de première instance*, employées par l'art. 479 précité; que, par conséquent, d'après cet article, c'est à la cour royale à connaître des délits correctionnels qu'ils peuvent avoir commis hors de l'exercice de leurs fonctions;

» Et attendu que, dans l'espèce, le prévenu de diffamation, avoué près le tribunal civil de Sarlat, était en même temps juge-suppléant de ce tribunal; que, dès-lors, la connaissance du délit à lui imputé

(1) *V.* l'article *Partage d'opinions*, §. 3.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 27, page 12.

BIU Cujas

appartenait, d'après l'art. 479 du Code d'instruction criminelle, à une cour royale;

» Que néanmoins le jugement attaqué, réformant celui par lequel le tribunal correctionnel de Sarlat s'était déclaré incompétent, a renvoyé la cause et les parties devant le même tribunal;

» En quoi ce jugement a violé l'art. 479 du Code d'instruction criminelle et l'art. 4 du décret du 6 juillet 1810;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle le jugement du tribunal correctionnel de Périgueux, du 29 mars dernier, qui, annulant celui du 29 décembre précédent, par lequel le tribunal correctionnel de Sarlat s'était déclaré incompétent pour connaître de la plainte en diffamation portée par le sieur Deschamps contre le sieur Roux aîné, avoué et juge-suppléant au tribunal civil de Sarlat, renvoyait les parties devant ce même tribunal;

» Et tenant la déclaration d'incompétence prononcée par le tribunal correctionnel de Sarlat, précité;

» Vu l'art. 429 du Code d'instruction criminelle, portant au cinquième alinéa : *Si l'arrêt et la procédure sont annulés pour cause d'incompétence, la cour de cassation renverra devant les juges qui doivent en connaître, et les désignera*, renvoie les parties et les pièces de la procédure pour être statué, au fond, sur la plainte en diffamation dont s'agit, devant la cour royale de Bordeaux, première chambre civile, présidée par le premier président de cette cour..... (1)».

SUPPOSITION D'ÉTAT. *Énoncer, dans l'acte de naissance d'un enfant, que son père et sa mère sont mariés, tandis que, dans le fait, ils vivent en concubinage, est-ce commettre un crime de faux et de supposition d'état?*

Cette question est déjà traitée et suffisamment approfondie à l'article *Faux*, §. 3; mais nous croyons devoir y revenir pour observer que ceux-là se tromperaient grandement, qui, sur la foi de je ne sais plus quel auteur, croiraient que l'opinion adoptée par les arrêts de la section criminelle de la cour de cassation, des 18 et 26 brumaire an 12, a été proscrite depuis par cette cour entière dans le *consultis classibus* qui a précédé les deux arrêts du 10 messidor de la même année, rapportés à l'article *Question d'état*, §. 2.

Il n'y a, en effet, aucune ombre de ressemblance entre les espèces sur lesquelles ont été rendus les deux arrêts du 10 messidor an 12, et les espèces jugées par ceux des 18 et 26 brumaire précédent.

Dans celles-ci, des pères avaient fait inscrire leurs enfans naturels comme nés de leurs concubines, qu'ils avaient faussement qualifiées de légitimes épouses. Dans celles-là, des enfans nés de concubines avaient été inscrits, sur la présentation de leurs pères, comme fruits de leur mariage avec leurs véritables épouses, nommément désignées.

Il n'y avait donc dans les unes qu'un simple mensonge sur la qualité des mères et des enfans naturels; tandis que, dans les autres, il y avait substitution de mères qui ne l'étaient pas, aux mères véritables.

Dans le premier cas, le simple mensonge sur la qualité des mères, *quoique répréhensible*, a été jugé, par les arrêts des 18 et 26 brumaire an 12, ne pas constituer un crime de faux.

Et dans le second cas, la substitution des mères qui ne l'étaient pas, aux mères véritables, a été jugée, par les arrêts du 10 messidor suivant, *constituer non pas seulement une énonciation mensongère, mais un faux caractérisé..... qui a pour objet et pour résultat d'opérer une filiation autre que celle de la loi et de la nature, conséquemment une suppression d'état.*

On voit combien sont décisifs ces mots, *non pas seulement une énonciation mensongère*: il en résulte évidemment que si la question se fût présentée en messidor dans les mêmes termes qu'en brumaire, elle eût été jugée dans le même sens.

SUPPRESSION DE DÉPOT. *V.* l'article *Suppression de titres*, §. 1.

SUPPRESSION DE TITRES, §. 1. *Page* 195, *col.* 1, *ligne* 32 (1), *ajoutez en note*:

Ce que j'ai dit ici pour réfuter le moyen de cassation particulier à Merlin-Hall, la cour de cassation l'a jugé depuis par plusieurs arrêts.

Il y en a un qui a été rendu le 27 mai 1808, et qui est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Complice*, n° 4.

En voici d'autres non moins remarquables :

En 1811, Louis-Francois Adeline, dit Laverdun, et Marguerite-Agathe Martin sont mis simultanément en accusation, l'un comme auteur d'un vol commis avec de fausses clés, et dans une maison habitée l'autre comme l'ayant aidé dans les faits qui avaient facilité l'exécution du crime, et comme ayant recélé sciemment une partie des objets volés.

Après les débats, le jury déclare qu'Adeline n'est pas coupable, et ajoute, sans s'expliquer sur les cir-

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 51, page 292.

(1) *Page* 152, *col.* 2, *ligne* 43, (2e édition).

BIU Cujas

constances aggravantes du vol dont il s'agit, que la fille Martin s'en est rendue complice, en recélant et appliquant à son profit une partie des effets volés, sachant qu'ils provenaient d'un vol.

En conséquence, Adeline est acquitté par une ordonnance du président; mais par arrêt de la cour d'assises, la fille Martin est condamnée, par application de l'art. 401 du Code pénal, à cinq années d'emprisonnement.

La fille Martin se pourvoit en cassation, et soutient que la déclaration du jury est contradictoire, et par conséquent nulle; qu'ainsi, elle n'a pu motiver légalement la condamnation prononcée par la cour d'assises.

Mais par arrêt du 17 août 1811,

« Attendu que, si l'accusé n'est pas convaincu, le jury de jugement doit, aux termes de l'art. 345 du Code d'instruction criminelle de 1808, déclarer qu'il n'est pas *coupable*, sans que la déclaration de *non-culpabilité* soit une déclaration de la *non-existence du fait*;

» Qu'après avoir prononcé que le principal accusé n'est pas coupable, si le jury aperçoit que le vol ou autre crime est constant, et s'il voit en même temps, à l'égard d'un complice, la conviction qu'il n'a pas jugée établie contre le principal accusé, il peut, sans violer la loi, après avoir déclaré la non-culpabilité de celui-ci, déclarer le complice coupable;

» Qu'il suit de là qu'il n'y a eu ni contravention aux art. 337 et 345 du Code d'instruction criminelle (qui, au surplus, ne portent pas la peine de nullité), ni contradiction dans la déclaration du jury, lorsque, d'une part, il a été déclaré qu'Adeline, dit Laverdun, principal accusé, n'était pas coupable; et d'autre part, que la culpabilité de Louise-Agathe Martin, comme complice du vol, était prouvée;

» La cour rejette le pourvoi. »

Joseph Cartin, âgé de moins de 15 ans, et François Cartin, son père, sont traduits devant la cour d'assises du département de l'Aisne, comme accusés, le premier, d'avoir volé dans les champs plusieurs gerbes de blé; le second, de les avoir recélées.

Joseph Cartin meurt en prison avant l'ouverture des débats; mais l'instruction n'en continue pas moins contre son père.

Le 28 février 1815, déclaration du jury, portant que le vol énoncé dans l'acte d'accusation, est constant, et que François Cartin est coupable du recélé que lui impute le même acte.

En conséquence, arrêt de la cour d'assises qui condamne François Cartin à cinq années de réclusion.

François Cartin attaque cet arrêt par deux moyens: violation de l'art. 2 du Code pénal, en ce que le décès du prétendu coupable n'a pas pu éteindre l'action publique à son égard, sans l'éteindre en même temps au profit de son prétendu complice; violation des art. 59 et 62 du même Code, en ce que le prétendu complice de Joseph Cartin se trouve puni plus sévèrement que celui-ci n'aurait pu l'être à raison de son âge, d'après l'art. 67.

Mais, par arrêt du 21 avril de la même année,

« Attendu que si, lorsqu'une action qualifiée crime par la loi, a été commise avec discernement par un individu âgé de moins de 15 ans, la peine afflictive et infamante que cet individu avait encourue, est réduite à une peine correctionnelle, ce changement dans la nature de la peine n'est pas l'effet d'un changement dans la nature de l'action, qui ne cesse pas d'être criminelle, et qu'il a lieu uniquement par égard pour le jeune âge du coupable; que cette indulgence qui lui est personnelle, puisqu'elle est accordée à son âge, ne saurait donc être invoquée par un complice; que si l'art. 59 du Code pénal dit : *les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs* mêmes de ce crime ou *de ce délit*, il ajoute néanmoins : *sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement;* et que l'un de ces cas est nécessairement celui où l'auteur et le complice d'un crime sont âgés, l'un de moins, l'autre de plus de seize ans, puisqu'ils ne pourraient être soumis l'un et l'autre à la même peine, sans qu'il y eût violation ou de l'art. 67 du Code pénal, ou des divers articles du même Code qui ne prononcent des peines correctionnelles que contre les délits, et punisssent les crimes de peines afflictives et infamantes; qu'ainsi, lors même que, dans l'espèce, Cartin fils aurait été déclaré l'auteur du vol, et qu'il l'aurait commis n'étant âgé que de moins de quinze ans, Cartin père, déclaré complice pour recélé du vol, qui est le cas de l'art. 388 du Code pénal, n'en aurait pas été moins légalement condamné à la peine déterminée par cet article;

» Mais que Cartin fils, décédé en prison long-temps avant le jugement du procès, n'a pu être et n'a point été déclaré coupable, et que le jury s'est borné à déclarer le vol constant, sans pouvoir en nommer l'auteur; qu'il est de principe que, pour qu'un complice soit poursuivi et puni de la peine prononcée par la loi contre l'auteur même du crime, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu condamnation ni poursuite contre ce dernier; qu'il suffit que le fait matériel du crime existe, que ce fait matériel du crime soit reconnu et jugé avec celui qui est accusé d'en avoir été le complice, et que les faits de complicité aient un caractère moral criminel; que ces circonstances se trouvent réunies, puisque le fait matériel du vol est déclaré constant par le jury, et que Cartin père est déclaré coupable d'avoir recélé sciemment les objets volés, la condamnation dudit Cartin aux peines de l'art. 388 du Code pénal a dû être prononcée, et que, sous aucun rapport, l'arrêt attaqué n'est susceptible de censure;

» La cour rejette le pourvoi ».

Le 5 août 1818, arrêt de la cour d'assises du département du Gard, qui, par application des art. 59 et 386 du Code pénal, condamne à cinq années de réclusion Etienne Causse, déclaré par le jury coupable d'avoir recélé sciemment et appliqué à son profit des

BIU Cujas

objets provenant d'un vol commis la nuit dans une maison habitée par la femme Zimmerlé au préjudice de son mari.

Etienne Causse se pourvoit en cassation, et soutient qu'en le condamnant à la réclusion, comme complice d'un vol à raison duquel la femme qui en était coupable, n'était, aux termes de l'art. 380 du Code pénal, passible d'aucune peine, la cour d'assises a fait une fausse application des art. 59 et 386 du même Code.

Mais par arrêt du 8 octobre de la même année,

« Attendu que, suivant le principe établi par l'art. 59 du Code pénal, le complice d'un crime est passible des peines qu'aurait encourues l'auteur d'après la nature des circonstances aggravantes; que, suivant l'art. 380 du même Code, le complice du vol commis par la femme, n'est pas admis à partager l'exemption de la peine accordée par cet art. à la femme; qu'ainsi, dans l'espèce, le demandeur, déclaré complice par recélé, pour avoir appliqué à son profit partie des effets du vol commis par la femme Zimmerlé sur son mari, la nuit, dans une maison habitée, a dû être puni de la peine de la réclusion, que, sans le privilége à elle exclusivement personnel, la femme aurait encourue (1)».

On peut encore voir là-dessus les arrêts rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Faux*, §. 6, nos 2 et 3, et §. 34.

Page 202, *col.* 2, *dernière ligne* 2 (2), *au lieu de* §. 15, *lisez* §. 16, *et ajoutez ce qui suit :*

§. III. *La preuve du fait que le légataire universel a soustrait ou supprimé, après la mort du testateur, un testament postérieur à celui qui l'institue, équipolle-t-elle pour l'héritier* ab intestat, *à une présomption légale que le testament supprimé ou soustrait révoquait le testament représenté ?*

V. l'article *Révocation de testament*, §. 6.

§. IV. *Les peines portées par l'art.* 439 *du Code pénal* contre quiconque aura volontairement brûlé ou détruit, d'une manière quelconque, des registres, minutes ou actes originaux de l'autorité publique, des titres, billets, lettres de change, effets de commerce ou de banque, contenant ou opérant obligation, ou décharge, *sont-elles applicables à un débiteur qui a, de mauvaise foi, lacéré et avalé en partie un billet à ordre, au moment où le porteur le lui présentait pour en recevoir le montant, quoique d'ailleurs les fragmens de ce billet aient suffi pour en obtenir le paiement?*

Un jugement rendu en cause d'appel, le 28 septembre 1827, par le tribunal correctionnel de Versailles, avait réformé, comme faisant une fausse application de l'art. 439 du Code pénal, un jugement du tribunal correctionnel de Rambouillet, qui s'était prononcé pour l'affirmative.

Mais sur le recours en cassation du ministère public, arrêt est intervenu, le 3 novembre de la même année, par lequel,

« Vu l'art. 439 du Code pénal,

» Attendu que ce jugement reconnaît, en fait, que la femme Renault a volontairement et de mauvaise foi lacéré un billet à ordre au moment où le porteur le lui présentait pour en obtenir le paiement; qu'elle est même parvenue à en avaler un morceau; que cependant elle a été déchargée des condamnations prononcées contre elle en première instance, sous prétexte que la *lacération* d'un titre n'en opérait point la *destruction*, et que, dans l'espèce, les fragmens qui restaient du billet à ordre avaient suffi pour obtenir le paiement de la somme qui y était portée;

» Attendu que l'art. 439 du Code pénal établit des peines contre ceux qui détruisent volontairement, *d'une manière quelconque*, des titres, billets, etc.; que la destruction, dont parle cet article, ne doit pas s'entendre uniquement d'une destruction purement matérielle qui anéantit le titre et le fait disparaître; qu'elle doit s'entendre également de toute action qui consisterait à mettre un titre dans un état tel qu'il ne puisse plus conserver les effets qu'il était destiné à produire; que tel était, sous ce rapport, le résultat de la voie de fait commise par la femme Renault, puisque le billet dont il s'agit, étant lacéré, ne formait plus un titre entre les mains du créancier; que cette lacération était une preuve du paiement, et que les fragmens du billet ne servaient plus au créancier que de commencement de preuve par écrit pour être admis à prouver que le titre n'avait été mis en cet état que par la violence et la mauvaise foi de la femme du débiteur, et que l'obligation continuait à subsister; que, sous ce premier rapport, le jugement attaqué a méconnu le véritable sens de l'article 439 du Code pénal, et violé ses dispositions;

» Qu'il ne l'a pas moins violée sous le rapport de la destruction *matérielle* du titre dont il s'agit, parcequ'il n'est pas permis de méconnaître qu'un titre est matériellement détruit par le fait de sa lacération; ce qui était d'autant plus évident, dans l'espèce, qu'une partie essentielle de ce billet avait disparu par le fait de la prévenue qui était parvenue à l'avaler;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle le jugement du tribunal d'appels correctionnels de Versailles, en date du 28 septembre dernier (1) ».

(1) *Bulletin criminel*, tome 23, page 422.
(2) *Page* 160, *col.* 1, *ligne* 21, (2e édition).

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 32, page 871.

BIU Cujas

SURCHARGE, §. I. 1°. *Un testament olographe est-il nul, par cela seul qu'il s'y trouve des mots surchargés ?*

2°. *Un testament olographe est-il nul, lorsque le mot qui désigne la date du jour où il a été écrit, se trouve surchargé de manière qu'il est impossible de décider si c'est, par exemple, le* SIX *ou le* DIX *de tel mois que le testateur a disposé ?*

V. le plaidoyer et l'arrêt du 11 juin 1810, rapportés à l'article *Testament*, §. 16.

§. II. *Lorsque, dans un acte notarié, il se trouve plusieurs surcharges non approuvées, le notaire encourt-il autant d'amendes de 50 francs, qu'il y a de surcharges dans cet acte ; ou ne doit-il, pour toutes, qu'une seule amende de 50 francs ?*

V. l'article *Notaire*, §. 8.

SUSPICION LÉGITIME. *Page 206, col. 2, supprimez les lignes 10, 11 et 12 (1), et substituez-y ce qui suit :*

§. III. 1°. *Le Code de procédure civile, en ne parlant* du renvoi à un autre tribunal *que* pour parenté ou alliance, *déroge-t-il aux lois antérieures qui, en matière civile, investissent la cour de cassation du pouvoir de renvoyer d'une cour royale à une autre pour cause de suspicion légitime ?*

2°. *Y a-t-il suspicion légitime contre une cour royale saisie de l'appel d'un jugement émané d'un tribunal de première instance de son ressort, par cela seul qu'elle a précédemment rendu, à l'occasion de la même affaire, un ou plusieurs arrêts qui en préjugent le fond ?*

Ces deux questions se sont présentées devant la section des requêtes de la cour de cassation, incidemment à l'affaire dont j'ai rendu compte sous les mots *Révocation de donation*, §. 1, et *Réserve (Droit de)*, §. 3; et elles ont été jugées toutes deux, pour la négative, par un arrêt contradictoire, du 21 mai 1822, qui est ainsi conçu :

« La cour de cassation a rendu l'arrêt suivant entre la dame Marie-Charlotte Crossard, veuve du sieur Louis-Paschal Girault, propriétaire, demeurant à Paris, demanderesse, aux fins de la requête en renvoi insérée en l'arrêt de la cour, du 12 juin dernier, d'une part; la dame Marie-Anne Guignard, épouse du sieur Pierre Delorme, avocat, demeurant à Poitiers, et la dame Catherine-Louise Guignard, épouse du sieur Augustin-Jean Laurendeau, juge de paix du canton de Vouneuil-sur-Vienne; et lesdits sieurs Delorme et Laurendeau, pour la validité de la procédure, d'autre part.

» La dame Girault demandait d'autres juges, parceque la cour royale de Poitiers qui, dans la même affaire, a déjà rendu deux arrêts, se trouvait, selon elle, appelée à statuer une troisième fois sur les mêmes intérêts, et à résoudre une question qu'elle avait préjugée.

» Les précédens arrêts ont été rendus dans les circonstances suivantes :

» Louis Paschal Girault avait d'abord épousé la demoiselle Venassier.

» Devenu veuf, sans enfans, il se remaria le 15 prairial an 2, à l'âge de soixante-douze ans, avec Marie-Catherine Prévost, veuve Guignard, âgée de cinquante ans; et par le contrat qui précéda le mariage, il donna à sa future épouse, *en faveur et contemplation dudit mariage*, par donation entre-vifs et irrévocable, en pleine propriété, tout ce que les lois nouvelles l'autorisaient à lui donner, s'en réservant seulement l'usufruit sa vie durant.

» Marie-Catherine Prévost mourut en messidor an 5; elle ne laissa que deux filles qu'elle avait eues d'un premier lit.

» Louis-Paschal Girault, pendant son deuxième mariage, recueillit une succession.

» Parvenu à l'âge de soixante-dix-neuf ans, il contracta, en pluviôse an 9, un troisième mariage avec Marie-Charlotte Crossard.

» Il mourut au commencement de messidor de la même année, laissant son épouse enceinte.

» Celle-ci accoucha, le 8 nivôse an 10, d'un enfant mâle, qui mourut le 19 du même mois.

» Devenue par-là héritière de son fils, et par conséquent de Louis-Paschal Girault, qui d'ailleurs lui avait légué par son testament tous ses biens de libre disposition, Marie-Charlotte Crossard a formé contre les dames Delorme et Laurendeau, filles du premier mariage de Marie-Catherine Prévost, une demande tendant à faire déclarer que la donation portée au contrat de mariage du 15 prairial an 2 avait été révoquée par la naissance du posthume qu'elle avait mis au monde le 8 nivôse an 10.

» Le tribunal de Montmorillon, par jugement du 13 messidor an 10, jugea qu'en effet la donation était révoquée, et adjugea en conséquence à la veuve Girault ses conclusions.

» Les motifs de ce jugement étaient que l'ordonnance de 1731, art. 39, avait consacré le principe

(1) *Page 163, col. 2, ligne 20 (2e édition).*

BIU Cujas

de la révocation des donations entre-vifs, pour cause de survenance d'enfans; et que, si les donations entre époux par contrat de mariage étaient exceptées du principe de la révocation, cette exception devait se borner aux enfans nés du mariage même en faveur duquel la donation avait eu lieu; mais que les donations, même entre époux, étaient, aux termes de cette loi, révocables par survenance d'enfans d'un mariage subséquent; que la législation nouvelle se trouvait d'accord sur ce point avec l'ordonnance de 1731, puisque la loi du 17 nivôse an 2 réduisait à un simple usufruit de moitié les donations entre époux ayant des enfans.

» Sur l'appel des sieur et dame Laurendeau, la cour royale de Poitiers, par arrêt du 25 nivôse an 11, décida, au contraire, que la donation n'était pas révoquée, attendu que l'ordonnance de 1731 avait été abrogée par la loi du 17 nivôse an 2; que cette loi consacrait, en faveur du mariage, le système le plus étendu de libéralité entre époux, et n'admettait de réduction que pour le cas de survenance d'enfans de leur union, ou de préexistence d'enfans d'un précédent mariage du donateur; qu'elle ne parlait, en aucune manière, du cas où il lui surviendrait des enfans d'un mariage subséquent.

» La veuve Girault s'étant pourvue en cassation contre cet arrêt, sa demande fut rejetée le 29 messidor an 11,

» *Attendu que l'art.* 61 *de la loi du* 17 *nivôse an* 2 *n'avait point abrogé l'art.* 39 *de l'ordonnance de* 1731, *puisque cette loi ne traite pas de la révocation des donations par survenance d'enfans;*

» *Attendu en même temps que cet art.* 39 *de l'ordonnance de* 1731 *ne permet pas de révoquer les donations faites entre époux, même pour survenance d'enfans; et qu'enfin, les art.* 13 *et* 14 *de la loi du* 17 *nivôse an* 2 *ne réduisaient la donation faite entre époux qu'en faveur des enfans de leur union ou d'un précédent mariage du donateur; qu'ainsi, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi.*

» Cet arrêt fut exécuté relativement à certains objets de la succession du feu sieur Girault, tels que l'évacuation de deux maisons, et la remise de quelques meubles et effets par la dame Girault; mais les parties furent divisées sur plusieurs chefs sur lesquels elles étaient déjà en instance, et elles étaient sur le point d'y entrer encore au sujet de la conversion d'une rente perpétuelle de *cent livres* due par un sieur Riche, et comprise dans ladite donation, en une rente viagère sur la tête du feu sieur Girault.

» Désirant faire cesser et prévenir ces contestations, les parties passèrent une transaction le 12 floréal an 12; et, après avoir traité sur le tout, elles terminèrent leur accord par une clause portant *que lesdites contestations demeureraient éteintes et terminées sans autres répétitions de part et d'autre.*

» Les choses étaient en cet état, et plus de quinze années s'étaient écoulées, lorsqu'au mois de février 1818, la dame veuve Girault a formé demande contre les sieur et dame Delorme, devant le tribunal civil de Poitiers, tendant à ce qu'attendu la réserve légale à laquelle elle avait droit comme héritière de son fils, qui était lui-même héritier du sieur Girault son père, laquelle réserve était des trois quarts des biens de ce dernier, aux termes de l'art. 1er de la loi du 4 germinal an 8, il fût ordonné qu'il serait fait une masse tant des biens compris dans la donation du 15 prairial an 2, que de ceux échus postérieurement audit sieur Girault, pour les trois quarts en être remis à la veuve Girault, en sadite qualité, auquel effet estimation serait faite desdits biens.

» Par suite des abstentions des juges du tribunal de Poitiers, la connaissance de l'affaire fut renvoyée au tribunal de Loudun, où les sieur et dame Delorme et Laurendeau ont prétendu que la demande de la dame Girault était inadmissible, parcequ'elle avait été jugée et rejetée par l'arrêt du 25 nivôse an 11, et encore parceque la donation avait été exécutée par la délivrance volontaire d'une partie des biens donnés, et ratifiée par la transaction du 12 floréal an 12.

» Mais par jugement du 12 mars 1819, le tribunal de Loudun rejeta la fin de non-recevoir, et ordonna que les parties plaideraient au fond.

» Sur l'appel, au contraire, par arrêt du 24 septembre suivant, la cour royale de Poitiers décida que la question de légitime avait été jugée par l'arrêt du 25 nivôse an 11, et admit en conséquence les fins de non-recevoir rejetées par le jugement de première instance.

» Les motifs de cet arrêt étaient fondés en partie sur ce que, dans l'instance en réduction comme dans celle en révocation, les parties plaidaient sur des biens compris dans la donation; qu'en première instance, le commissaire du gouvernement avait manifesté son opinion sur la réduction; et que devant la cour royale de Poitiers, en s'expliquant sur la révocation, la veuve Girault s'était exprimée de manière à susciter la question de réduction; que la cour royale de Poitiers ne s'était pas bornée à discuter la révocation; qu'elle avait en outre examiné dans quel cas il devait y avoir réduction en faveur des enfans du donateur, ce qui était rechercher si la donation était passible d'un retranchement quelconque au profit de l'enfant Girault; et, après avoir reconnu que les cas de réduction prévus par la loi étaient autres que celui où se trouvaient les parties

BIU Cujas

elle en avait conclu que le donateur étant décédé sans enfans de son mariage avec la donataire, ou d'un mariage précédent, tout était consommé au décès de celui-là ; qu'ainsi, la question de réduction avait été implicitement et virtuellement jugée par l'arrêt du 25 nivôse an 11 ; qu'enfin, la cour de cassation avait pensé de même en rejetant le recours intenté contre cet arrêt.

» La cour royale de Poitiers avait néanmoins ajouté qu'après l'arrêt du 25 nivôse an 11, la veuve Girault s'étant dessaisie d'une partie des biens compris dans la donation, et qu'après l'arrêt qui avait rejeté sa demande en cassation, elle avait complété l'exécution de la donation et des condamnations prononcées contre elle, sans réserves ni protestations ; ce qui emportait, de sa part, une renonciation volontaire à tous moyens et exceptions contre cette donation ; que d'ailleurs, par la transaction du 12 floréal an 12, elle avait confirmé la donation en transigeant sur les contestations qui s'étaient élevées, et qui étaient prêtes à s'élever sur son exécution, et en stipulant que ces contestations demeuraient éteintes et terminées sans répétition de part ni d'autre.

» L'arrêt, dont on vient de rapporter les principaux motifs, fut annulé par arrêt de la cour, en date du 5 juin 1821, qui renvoya la cause et les parties devant la cour royale de Bourges, en état d'appel du jugement du tribunal de Loudun, du 12 mars 1816.

» Le 11 décembre suivant, cette dernière cour rejeta elle-même les fins de non-recevoir proposées par les héritiers Guignard, ordonna l'exécution du jugement du tribunal de première instance de Loudun, et renvoya les parties devant ce tribunal pour leur être fait droit.

» Le 10 avril dernier, le tribunal de Loudun, statuant sur le fond de la demande formée par la veuve Girault, a décidé qu'en qualité d'héritière de son fils, elle était fondée à réclamer, sur les biens du feu sieur Girault, la réserve légale ou légitime qu'il a fixée aux trois quarts de ces biens.

» Enfin, les héritiers Guignard se sont rendus appelans de ce dernier jugement ; et comme le tribunal de Loudun est placé dans le ressort de la cour royale de Poitiers, cette cour s'est encore trouvée saisie.

» Dans ces circonstances, la dame veuve Girault a cru pouvoir demander le renvoi de l'affaire devant une autre cour, pour cause de suspicion légitime, comme ayant été reconnu, par ses adversaires eux-mêmes, dans l'instance en cassation jugée le 5 juin 1821, que la réduction pour la réserve avait été jugée par l'arrêt de la cour royale de Poitiers, du 25 nivôse an 11 ; que, lors de cet arrêt, l'on ne s'était pas borné à l'examen de la question de révocation de la donation pour survenance d'enfant ; que l'on avait encore examiné les cas dans lesquels la donation pouvait être passible de restriction au profit de l'enfant Girault ; ce qui était rechercher si la donation était susceptible de retranchement pour la réserve ; qu'après avoir reconnu que la donation n'était dans aucun de ces cas, l'arrêt du 25 nivôse an 11 en avait ordonné l'exécution de la manière la plus indéfinie ; que c'était bien là avoir jugé la réduction, et que par-là la cour royale de Poitiers avait épuisé sa juridiction, et s'était placée dans la disposition de l'art. 378, n° 8, du Code de procédure civile, relatif au juge qui a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre.

» Les héritiers Guignard, au contraire, ont prétendu que le renvoi pour cause de suspicion, dite légitime, ne pouvait avoir lieu qu'en matière criminelle, conformément aux art. 542 et 543 du Code d'instruction criminelle ; et qu'il n'était point admissible en matière civile, parceque le Code de procédure civile n'avait autorisé le renvoi que pour conflit, parenté ou alliance, et pour les causes de récusation qui y sont spécifiées.

» Et ils ont ajouté d'ailleurs que les motifs de suspicion étaient par eux-mêmes mal fondés et inadmissibles, parceque, sur huit juges qui avaient participé à l'arrêt de l'an 11, deux seulement étaient encore membres de la cour royale de Poitiers, laquelle est composée de plus de trente magistrats ; qu'enfin, l'arrêt de l'an 11 ne contenait pas un mot sur la réduction de la donation, et que s'il était possible qu'elle eût été traitée accessoirement, c'était une vérité judiciaire entre les parties, que ni cet arrêt, ni celui de 1819, n'avaient rien décidé sur ce point, et que la question était encore entière.

» Sur quoi, ouï le rapport de M. Dunoyer, conseiller, les observations de Flacon-Rochelle, avocat de la veuve Girault, celles d'Ysambert, avocat des héritiers Guignard, et M. Cahier, avocat-général, en ses conclusions, et après en avoir délibéré ;

» En ce qui touche la fin de non-recevoir proposée par les héritiers Guignard,

» Attendu que le pouvoir de statuer sur les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre, lorsqu'ils ne ressortissent pas à la même cour d'appel, et d'une cour d'appel à une autre, pour cause de suspicion légitime, conféré à la cour, par l'art. 2 de la loi du 1er décembre 1790, par l'art. 65 et par l'art. 99 de la loi du 27 ventôse suivant, n'a été révoqué par aucune loi postérieure, et que l'art. 68 de la Charte a même maintenu les lois existantes ;

» La cour rejette la fin de non-recevoir.

» Cependant, en ce qui concerne la demande en renvoi formée par la veuve Girault,

BIU Cujas

» Attendu que les moyens sur lesquels elle est fondée, ne sont pas suffisans pour justifier la suspicion par elle alléguée;

» La cour rejette ladite demande, et condamne la veuve Girault aux dépens..... ».

SYNDICS DE FAILLITE, §. I. *Les syndics d'une faillite qui, au nom et dans l'intérêt des créanciers-unis, ont contracté des engagemens commerciaux, peuvent-ils être condamnés par corps à les exécuter, et quel est, contre eux personnellement, l'effet d'une pareille condamnation ?*

Rien ne pourrait justifier une pareille condamnation, si elle était exécutoire contre les syndics personnellement; mais comment le serait-elle ? Il en est des syndics d'une faillite comme des tuteurs, des curateurs, et en général de tous les fondés de pouvoir : condamnés en leur qualité, ils ne le sont pas pour cela en leur nom : et c'est ce qu'a jugé positivement, en 1785, un arrêt du parlement de Paris, que je rapporte à l'article *Direction de créanciers*, §. 2.

Ainsi, nul obstacle à ce qu'une condamnation par corps soit prononcée contre les syndics, sauf au créancier qui l'obtient, à la faire valoir contre chacun des créanciers-unis.

De là, l'arrêt que la cour de cassation a rendu dans l'espèce suivante :

En 1808, faillite du sieur Aubry, propriétaire de la faïencerie de Bellevue. Ses créanciers s'unissent, passent avec lui un concordat par lequel ils lui laissent l'administration de sa fabrique, sous la surveillance des sieurs Marmod, Wildis et Monnier, leurs syndics, et s'obligent personnellement, par un article du même acte, à l'exécution de tous les engagemens qu'il contractera du consentement de ceux-ci.

Plusieurs années après, le sieur Aubry éprouve de nouveaux revers, par suite desquels il fait à ses créanciers un abandon général de ses biens.

En 1817, le sieur Mathelin, porteur d'une lettre de change de 3,000 francs, souscrite par le sieur Aubry, pendant son administration, et du consentement des trois syndics, en poursuit le paiement contre ces derniers.

Le 9 juillet de la même année, jugement qui condamne purement et simplement les syndics à payer la lettre de change.

Appel de la part du sieur Mathelin, à la cour royale de Metz, en ce que la contrainte par corps n'a pas été prononcée contre les syndics.

Le 2 septembre suivant, arrêt qui réforme en ce point le jugement de première instance, et ordonne que les syndics seront contraints par corps au paiement de la lettre de change.

Les syndics se pourvoient en cassation, et considérant mal à propos cet arrêt comme rendu contre eux en leur nom, tandis qu'il ne l'est qu'en leur qualité, ils le dénoncent comme violant l'art. 2063 du Code civil.

Mais par arrêt du 19 janvier 1819, au rapport de M. Lasagni, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu, en droit, que, pour les intérêts et obligations communes, les syndics représentent la masse des créanciers; qu'ainsi l'on peut, pour ces intérêts et ces obligations, prononcer contre eux les mêmes condamnations que l'on pourrait prononcer contre les créanciers formant la masse, condamnations qu'on doit ensuite mettre à exécution contre lesdits créanciers, de la manière et dans les formes voulues par la loi; que, d'après cela, en décernant la contrainte par corps contre les demandeurs en cassation, *non pas en leur propre et privé nom ni en leur personne*, mais bien *comme représentant la masse des créanciers*, et pour *une dette de la même masse*, le jugement attaqué ne s'est mis en opposition avec aucune loi;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».

§. II. *La signification d'un jugement aux syndics avec qui il a été rendu, fait-elle courir contre chacun des créanciers de la faillite, les délais de l'appel, de la requête civile et du recours en cassation, dont ce jugement peut être susceptible ?*

V. l'article *Union de créanciers*, §. 1.

§. III. *Les syndics provisoires d'une faillite sont-ils responsables solidairement des pertes causées à la masse par une imprudence, une faute ou une négligence qui leur est commune ?*

La négative ne serait susceptible d'aucun doute, si les syndics provisoires d'une faillite pouvaient être considérés comme des mandataires purement conventionnels; car, dans cette hypothèse, il y aurait nécessairement lieu à l'application de l'art. 1995 du Code civil, suivant lequel, *quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux*, pour

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1829, page 225.

BIU Cujas

les négligences, les fautes ou les imprudences qu'ils commettent dans leur gestion, *qu'autant qu'elle est exprimée.*

Mais les syndics provisoires d'une faillite ne pouvant, d'après l'art. 480 du Code de commerce, être nommés que par le tribunal saisi de la connaissance de la faillite même, il est évident qu'ils ne peuvent pas être assimilés à des mandataires purement conventionnels, et qu'ils ne sont que les mandataires de la justice.

Il faut donc, pour résoudre notre question, reprendre les choses de plus haut.

Les fautes et les imprudences qui causent du dommage à autrui, sont de deux sortes: les unes ont le caractère de délit ou de quasi-délit, et c'est en les considérant comme telles, que l'art. 1382 du Code civil en fait résulter, pour celui qui les commet, l'obligation de réparer le dommage qu'elles ont causé. Les autres sont des infractions à un contrat ou à un quasi-contrat par lequel celui qui les commet s'était antérieurement obligé à tous les soins et à toute la surveillance nécessaires pour prévenir toute espèce de dommage.

Pour la réparation du dommage causé par les premières, lorsqu'elles ne constituent que des quasi-délits, point de solidarité. Cela résulte clairement de la combinaison de l'art. 1382 du Code civil avec l'art. 1202 du même Code.

En effet, s'il est dit, par l'un, que *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer,* il est aussi dit, par l'autre, que la solidarité n'a lieu entre plusieurs co-obligés à la même chose, qu'autant qu'elle est expressément stipulée, ou qu'elle est établie par une disposition spéciale de la loi. Or, d'un côté, il ne peut y avoir de stipulation expresse de solidarité, là où il n'y a de la part de plusieurs individus qui ont causé un dommage par une faute qu'ils ont commise simultanément, aucune promesse, soit verbale, soit écrite, de le réparer; de l'autre, comme on l'a vu à l'article *Solidarité*, §. 10 et 11, la loi oblige bien solidairement à la réparation d'un dommage causé, soit par des délits, soit par des faits de dol ou de fraude non prévus par la législation pénale, tous ceux qui y ont malicieusement pris part; mais il n'existe aucune disposition législative par laquelle cette règle soit généralement étendue au dommage causé par de simples fautes ou imprudences qui, de la part de leurs auteurs, ne constituent que des quasi-délits.

Et voilà pourquoi les contraventions de police, dans lesquelles il n'y a presque jamais que négligence, faute, ou imprudence, et rarement volonté et dessein de nuire, n'entraînent, comme je l'ai établi à l'article cité, §. 10, n° 5, de condamnations solidaires contre ceux qui sont convaincus de les avoir commises simultanément, que dans les cas expressément déterminés par la loi.

Voilà pourquoi encore, comme on l'a vu au §. 9 du même article, les condamnations des dépens, qui ne sont que la peine du téméraire plaideur, et par conséquent la réparation du dommage qu'il a causé à son adversaire, en lui suscitant un mauvais procès, ne sont solidaires, en matière civile, que lorsque la témérité du plaideur qui succombe prend le caractère de dol.

Mais n'y a-t-il pas solidarité pour la réparation du dommage causé par des fautes ou des imprudences qui, de la part de ceux qui les ont commises simultanément, forment des infractions à un contrat ou quasi-contrat antérieur, par lequel ils avaient ou étaient censés avoir promis tous leurs soins, toute leur surveillance?

La négative ne peut pas être douteuse, si c'est sur le droit commun qu'est calqué l'art. 1995 du Code civil, puisqu'il déclare qu'il n'y a point de solidarité de plein droit entre les co-mandataires conventionnels pour les fautes qu'ils ont commises par infraction à leur promesse d'apporter tous leurs soins et toute leur surveillance à la gestion de l'affaire dont ils se sont chargés.

Mais l'opinion contraire ne peut non plus être susceptible d'aucun doute, si l'art. 1995 n'est qu'une exception au droit commun; car, dans cette hypothèse, la disposition doit en être resserrée rigoureusement dans ses termes: ainsi le veut la grande maxime, *quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias* (loi 14, D. *de legibus*).

Or, des deux idées entre lesquelles roule cette alternative, quelle est la vraie? Ce qui permet de croire à la possibilité que ce soit la seconde, ce qui porte à soupçonner que la disposition de l'art. 1995 pourrait bien n'être qu'une exception au droit commun, ou, pour parler plus juste et ce qui revient au même, qu'une sous-exception particulière à une exception générale servant de limite à la règle tracée dans l'art. 1202, c'est qu'il est dit, d'abord, dans les art. 395 et 396, que le second mari de la mère remariée est solidairement responsable de la tutelle des enfans du premier lit; ensuite, dans l'art. 1033, que, lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, ils sont solidairement comptables du mobilier qui leur a été confié; car les fautes que commettent, soit le second mari de la mère remariée et la mère elle-même, dans l'exercice de leurs fonctions de tuteurs, soit les exécuteurs testamentaires dans la manutention du mobilier qui leur a été confiée, sont des infractions au quasi-contrat par lequel

BIU Cujas

ils sont censés avoir promis tous leurs soins à la gestion qu'ils ont acceptée.

Mais ce qui n'est que soupçon à la simple lecture des art. 395, 396 et 1033, devient certitude, lorsqu'on se reporte à l'art. 1222, où il est dit que *chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement.*

En effet, c'est bien une *dette indivisible* que contractent, soit le second mari de la mère remariée et la mère elle-même, en acceptant la tutelle de l'enfant de celle-ci, soit les exécuteurs testamentaires, en acceptant l'exécution du testament du défunt, puisqu'ils s'obligent respectivement à des soins et à une surveillance qu'il est impossible de diviser par moitié, par tiers, par quart, ou par toute autre partie aliquote; et il y a nécessairement la même indivisibilité dans les soins et la surveillance que les co-mandataires conventionnels promettent d'apporter à l'accomplissement du mandat qu'ils acceptent en commun.

Ainsi, autant sont conformes au droit commun, ou, si l'on veut, à l'exception générale que l'art. 1222 met à l'art. 1202, les dispositions des art. 395, 396 et 1033, autant y est contraire celle de l'art. 1995.

Ce qu'il y a d'ailleurs de bien remarquable, c'est qu'il a fallu, pour introduire cette anomalie dans le Code civil, fermer les yeux à une loi romaine, qui, d'après le principe renouvelé par l'art. 1222 de ce Code, consacrait précisément la proposition inverse : *Duobus quis mandavit*, disait-elle, *negotiorum administrationem; quæsitum est an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur. Respondi unumcumque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque non ampliùs debito exigatur.* Ce sont les termes de la loi 60, §. 2, D. *mandati;* et le président Favre ne manque pas d'observer, dans ses *Rationalia* sur ce texte, que la décision en est fondée sur l'indivisibilité de l'obligation que les deux co-mandataires contractent envers leur commettant, d'apporter le plus grand soin à l'affaire qu'il leur confie. Après avoir opposé à cette loi, comme raison de douter (*ratio dubitandi*), les lois des Pandectes qui décident que *plures simul obligati non tenentur nisi in viriles portiones, nisi adjectum sit ut singuli in solidum teneantur*, il ajoute, comme raison de décider (*ratio decidendi*) : *cùm quis duobus simul mandat in solidum negotiorum suorum administrationem, uniuscujusque fidem in solidum sequi intelligitur, et hoc ipso fiunt quasi duo rei promittendi, ut singuli in solidum teneantur, etiamsi nominatim id dictum non sit, quasi naturâ ipsâ negotii et contractûs ita faciente.*

Aussi le sieur Gaudin-Bellecour s'est-il vainement pourvu en cassation contre un arrêt de la cour d'appel de Poitiers, du 31 octobre 1811, qui l'avait condamné, solidairement avec son co-syndic provisoire de la faillite du sieur Amyet, aux dommages-intérêts résultant de la négligence qu'ils avaient mise tous deux dans l'exercice de leurs fonctions. Vainement a-t-il prétendu que cet arrêt violait les art. 1202 et 1995 du Code civil; ses moyens, quoique faiblement combattus, ont échoué; et un arrêt rendu le 18 janvier 1814, après la plus mûre délibération, au rapport de M. Chabot, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde, a rejeté leur recours en cassation,

« Attendu que les syndics provisoires d'une faillite, qui sont nommés par la justice, aux termes de l'art. 480 du Code de commerce, et qui reçoivent de la loi elle-même et leurs fonctions et les obligations qui en résultent, se trouvent, par la nature même de ces fonctions, chargés conjointement d'une administration qui est commune à tous, d'une surveillance que tous doivent également exercer pour la plus grande sûreté des intérêts de la masse des créanciers, que chacun d'eux ne peut donc exercer partiellement ou divisément, et qui les soumet conséquemment à une responsabilité également commune, également indivisible, dont les suites doivent frapper sur tous, puisque les négligences ou les fautes sont le fait de tous; d'où il suit qu'elle emporte de plein droit la solidarité, puisque, dans le cas même où l'obligation indivisible ne serait que conventionnelle, elle emporterait la solidarité, suivant les art. 1218 et 1222 du Code civil;

» Attendu que l'art. 1995 du même Code, qui contient, dans certains cas, une exception aux dispositions des art. 1217 et 1218, n'est pas applicable à l'espèce, puisqu'il ne s'agit pas d'un mandat conventionnel, où les parties avaient pu stipuler volontairement, mais d'une administration confiée par la justice, et dont les obligations sont réglées par la loi seule, sans qu'elles puissent être modifiées par aucune stipulation (1) ».

§. IV. *Autres questions relatives aux syndics des faillites.*

V. les articles *Bail*, §. 12, *Direction de créanciers* et *Union de créanciers.*

TABLEAU (Ordre du). *V.* les articles *Avocat*, §. 3, n° 2, *Partage d'opinions* et *Suppléant (Juge-)*, §. 4.

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassaiton, tome 14, page 57.

BIU Cujas

TÉMOIN INSTRUMENTAIRE, §. III. *Page* 226, *col.* 1, *après la ligne* 17 (1), *ajoutez ce qui suit :*

Cette doctrine, déjà consacrée par les arrêts de la cour de cassation, des 1er avril 1808 et 23 novembre 1812 (qui sont rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, l'un, aux mots *Témoin testamentaire*, §. 2, n° 8; l'autre, aux mots *Témoin judiciaire*, §. 1, art. 4), l'a encore été par l'arrêt de la même cour, du 12 juillet 1825, dont j'ai retracé l'espèce à l'article *Faux*, §. 6, n° 9.

Dans cette espèce, la dame Vigneron prétendait, avec le notaire Noyer, que, pour prouver la fausseté de plusieurs énonciations essentielles du testament notarié de la veuve Després, les héritiers légitimes de celle-ci n'avaient pas pu faire entendre les témoins instrumentaires qui avaient figuré dans cet acte et l'avaient revêtu de leurs signatures; et elle demandait en conséquence que leurs dépositions fussent rejetées.

Par arrêt du 16 janvier 1823, confirmatif d'un jugement du tribunal de première instance d'Alençon, la cour royale de Caen a ordonné que ces dépositions resteraient au procès, sauf à y avoir tel égard que de raison; et statuant au fond, a déclaré le testament faux,

» Attendu que les seuls reproches admissibles pour empêcher la lecture des dépositions des témoins, sont déterminés par les art. 268 et 283 du Code de procédure civile, et que les quatre témoins reprochés ne sont dans aucun des cas énoncés dans ces articles.....;

» Attendu que, si les témoins d'un testament doivent inspirer peu de confiance lorsqu'ils viennent convenir que des faits contenus dans un testament qu'ils ont signé, ne sont pas vrais, puisqu'en ce cas, ils devaient refuser de le signer, et que leurs dépositions se trouvent en contradiction avec l'attestation résultant de leurs signatures, néanmoins les dépositions peuvent être prises en considération, si l'on aperçoit que les signatures ont été données par l'effet de l'ignorance, de la simplicité, et parceque ces témoins n'ont pas senti l'importance et les conséquences des signatures qu'ils donnaient, et lorsque, d'autre part, la vérité de leurs dépositions se trouve confirmée par d'autres témoins et par les faits et circonstances du procès;

» Attendu qu'il résulte de plusieurs dépositions de l'enquête des intimés, que, le jour même de la mort du mari de la veuve Després, le notaire Noyer se présenta chez cette veuve, accompagné de quatre témoins, et qu'il commença à écrire un testament; qu'avant qu'il fût terminé, les témoins le signèrent, et que le notaire l'emporta pour l'achever ailleurs, mais que ce testament n'a pas paru;

» Attendu qu'il résulte de la déposition du premier témoin de l'enquête des intimés, que le notaire Noyer vint, le 10 février, vers midi, chez la veuve Després, tenant à sa main un papier écrit; qu'il demanda à cette veuve si elle était toujours dans l'intention de donner tout son bien à sa cousine Lévêque; qu'ensuite, il lut en présence de quatre témoins ce papier, qui était le testament, et que les témoins le signèrent;

» Attendu que les dépositions des quatre témoins instrumentaires sont toutes uniformes et conformes à la déposition du premier témoin, et que tous attestent que ce testament fut apporté tout écrit; qu'il n'a point été dicté par la veuve; que seulement il lui a été lu en sa présence;

» Attendu que, des quatre témoins qui ont signé l'acte, deux ne savent pas lire; et que trois n'ont pu reconnaître le testament que par la signature qu'ils y ont apposée;

» Attendu que ces témoins simples et non lettrés ont pu penser que les expressions insérées par le notaire dans le testament, qu'il avait été *dicté par la testatrice, et par lui écrit en sa présence et celle des témoins*, n'étaient que de style, et qu'ils s'en sont rapportés au notaire; que ces témoins jouissent d'une réputation de probité au-dessus du soupçon, et qu'appelés à rendre hommage à la vérité sous la religion du serment, la crainte que l'on avait cherché à leur inspirer de s'être compromis en signant le testament, n'a pas fait taire leur conscience;

» Attendu que, dès-lors, il demeure constant que les formalités prescrites, pour la validité du testament, par les art. 971 et 972, n'ont pas été remplies, et que ce testament est nul ».

La dame Vigneron et le notaire Noyer se sont pourvus en cassation contre cet arrêt, et l'ont attaqué par deux moyens: l'un, qui est rappelé à l'endroit cité de l'article *Faux*; l'autre, qui consistait à dire qu'en se refusant au rejet des dépositions des témoins instrumentaires, la cour royale de Caen avait violé l'article 283 du Code de procédure civile.

Mais par arrêt contradictoire du 12 juillet 1825,

« Considérant, sur le second moyen, qu'aucune loi ne défend d'admettre, dans une poursuite de faux incident, les dépositions des témoins instrumentaires sur la vérité des énonciations de l'acte argué de faux; que l'on ne peut assimiler à ces témoins ceux qui ont donné des certificats dont parle l'art. 283 du Code de procédure civile, lequel est inapplicable à l'espèce; que, si les dépositions des quatre témoins à l'acte n'ont pas été rejetées, sur le

(1) *Page* 186, *col.* 2, *ligne* 8, (2e édition).

BIU Cujas

reproche proposé contre eux, il a été dit dans le jugement confirmé par l'arrêt, que c'était sauf à y avoir tel égard que de raison;

» Que, de plus, lesdits jugement et arrêt se sont fondés sur des preuves qu'ils ont dit résulter encore d'ailleurs que desdites dépositions; de telle sorte que l'on ne peut fonder l'annulation de l'arrêt attaqué sur aucune violation des lois invoquées;

» La cour rejette le pourvoi.....».

Même page et même col., après la ligne 31 (1), *ajoutez :*

§. VI. 1° *Un testament par acte public, fait dans l'intervalle de la publication du titre* des donations et testamens *du Code civil, à la mise en activité du Code pénal de* 1810, *est-il nul, par cela seul qu'au nombre des témoins qui y sont intervenus, il s'en est trouvé un qui avait été précédemment condamné, d'après le Code pénal de* 1791, *soit à une peine tout à la fois afflictive et infamante qu'il avait subie en entier, soit à une peine infamante seulement?*

2°. *Un testament par acte public, fait depuis la mise en activité du Code pénal de* 1810, *est-il nul, par cela seul qu'il y a figuré, comme témoin, un individu qui, depuis la même époque, avait été condamné aux peines du carcan et de la dégradation civique, non d'après le Code pénal de* 1810, *mais d'après la loi du* 20 *septembre-*12 *octobre* 1791, *concernant, entre autres objets, la police des ports et arsenaux?*

3°. *Un testament par acte public est-il nul, par cela seul qu'il y est intervenu, comme témoin, un failli non réhabilité?*

4°. *Un acte notarié entre-vifs est-il nul comme acte public, par cela seul qu'il y a été pris pour témoin un individu jouissant des droits civils, mais dans la personne duquel est suspendu l'exercice des droits politiques attachés à la qualité de citoyen?*

I. Qu'il y ait nullité dans un testament par acte public dans lequel serait aujourd'hui employé comme témoin, un individu qui, sous l'empire et en vertu du Code pénal de 1810, aurait été condamné à une peine tout à la fois infamante et afflictive, ou seulement infamante, cela résulte clairement de l'art. 28 de ce Code, aux termes duquel *quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à temps, du bannissement, de la réclusion ou du carcan, ne pourra* JAMAIS *être juré, ni expert, ni être employé comme témoin dans les actes* (sans faire, sur ce dernier point, aucune différence entre les actes testamentaires et les actes entre-vifs), et de l'art. 34 qui fait consister *la dégradation civique tant dans la destitution et l'exclusion du condamné de toutes fonctions ou emplois publics, que dans la privation de tous les droits énoncés dans l'art.* 28.

Qu'il y eût également nullité, avant la mise en activité du Code pénal de 1810, dans un testament par acte public où aurait figuré comme témoin un individu qui, ayant été condamné sous le Code pénal de 1791, soit aux fers, soit à la réclusion dans une maison de force, soit à la gêne, soit à la détention, n'eût pas encore subi toute sa peine, c'est la conséquence nécessaire, et de l'art. 2 du tit. 4 de la première partie de ce Code, qui attachait à ces peines, *pendant leur durée*, la privation de l'exercice personnel de tous les *droits civils* de ceux contre lesquels elles étaient prononcées, et de l'art. 980 du Code civil, qui veut, sous la peine de nullité écrite dans l'art. 1001, qu'indépendamment des qualités de *mâles*, de *majeurs* et de *sujets du roi*, les témoins testamentaires soient *jouissans des droits civils*.

Mais sur quoi se fonderait-on, à l'égard d'un testament fait sous le Code civil, avant la mise en activité du Code pénal de 1810, pour le déclarer nul, par la seule raison que, parmi les témoins instrumentaires, se serait trouvé, soit un individu condamné, sous le Code pénal de 1791, à l'une des peines afflictives et infamantes dont je viens de parler, et qu'il aurait subie intégralement, soit un individu condamné, sous le même Code, à la dégradation civique ou au carcan?

Ce ne serait sans doute pas sur l'art. 980 du Code civil; car le témoin qui aurait été condamné à une peine afflictive, se serait retrouvé, par l'expiration de la durée de cette peine, en possession de ses droits; et le témoin qui n'aurait été condamné qu'à la dégradation civique ou au carcan, ne les aurait jamais perdus.

Ce ne serait sûrement pas non plus sur la combinaison de l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, qui exige la qualité de citoyen dans les témoins des actes notariés, avec l'art. 1er du titre cité du Code pénal de 1791, par lequel il était dit que *quiconque aurait été condamné à l'une des peines des fers, de la réclusion dans une maison de force, de la gêne, de la détention, de la dégradation civique ou du carcan*, serait *déchu de tous les droits attachés à la qualité de citoyen actif, et rendu incapable de les acquérir*, (et qu'il ne pourrait) *être rétabli dans ses droits ou rendu habile*

(1) *Page* 186, *col.* 2, *ligne* 22, (2e édition).

BIU Cujas

à les acquérir, que sous les conditions prescrites au titre de la Réhabilitation ; car l'exercice des droits civils étant, aux termes de l'art. 7 du Code civil, *indépendant de la qualité de citoyen*, il est clair que la privation de tous les droits civils emporte celle des droits de cité (1); il est clair par conséquent qu'exiger, comme le fait l'art. 980 du Code civil, que les témoins testamentaires soient *jouissans des droits civils*, ce n'est pas exiger qu'ils soient *citoyens;* et par conséquent encore, il est clair que la disposition de l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 est inapplicable aux témoins testamentaires. Aussi est-il bien généralement reconnu que l'art. 980 du Code civil forme, pour les qualités de ceux-ci, une loi spéciale, et qu'il les règle seul exclusivement à tout autre (2).

Enfin, ce ne serait pas non plus sur les lois romaines qui excluaient de la fonction de témoin testamentaire, tous les individus condamnés à des peines infamantes; car ces lois étaient évidemment abrogées par l'art. 7 de celle du 30 ventôse an 12, puisqu'elles n'étaient pas renouvelées par les dispositions du Code civil concernant les qualités essentiellement requises dans les témoins employés dans les testamens, et le renouvellement qui en a été fait par les art. 28 et 34 du Code pénal, ne peut pas avoir d'effet rétroactif.

Il n'y aurait donc, pour l'héritier *ab intestat* qui attaquerait un pareil testament fait sous le Code civil, mais avant la mise en activité du Code pénal de 1810, aucun moyen de le faire déclarer nul.

II. Ce serait la même chose, si, dans un testament fait depuis la mise en activité du Code pénal de 1810, il avait été employé comme témoin, un individu qui, depuis la même époque, eût été condamné aux peines de la dégradation civique ou du carcan, non en vertu de ce Code, mais par application de l'une des dispositions de la loi du 20 septembre-12-octobre 1791, relatives à la police des ports et arsenaux; et c'est ce qu'a tout à la fois jugé formellement et très-bien expliqué un arrêt de la cour royale de Caen, du 14 décembre 1825, en déclarant valable un testament du 5 juillet 1820, dans lequel avait été pris pour témoin le nommé Jean-Baptiste Lelong, qu'un jugement du tribunal maritime de Cherbourg, du 3 avril 1811, avait condamné à la peine du carcan et de la dégradation civique, comme complice d'un vol de la valeur de 13 francs 50 centimes commis dans les chantiers du port.

Les motifs de cet arrêt sont

« Que les qualités requises pour être présent aux testamens en qualité de témoin, sont déterminées par l'art. 980 du Code civil; que ces qualités sont d'être mâle, majeur, sujet du roi, jouissant des droits civils; qu'ainsi, il s'agit d'examiner si Jean-Baptiste Lelong avait les qualités requises par cet article... ;

Qu'encore bien que le délit commis par Lelong, soit postérieur à la promulgation de la loi du 12 février 1810, formant le Code pénal, le jugement de condamnation qui a été prononcé contre ledit Lelong, ne lui a fait l'application d'aucune des peines portées par ledit Code; que les peines prononcées contre lui, l'ont été, ainsi que ledit jugement du 3 avril l'exprime formellement, par application de la loi du 20 septembre-12-octobre 1791, sur l'organisation des cours martiales maritimes, portant, art. 3, tit. 3 : *Tout homme convaincu d'un vol de la valeur de six livres et au-dessus, sera condamné au carcan, à une amende triple de la valeur de la chose volée, à l'expulsion de l'arsenal et à la dégradation civique;* et par application de la loi du 25 septembre-6-octobre 1791, portant, art. 3, tit. 3 de la seconde partie : *Lorsqu'un vol aura été commis avec l'une des circonstances spécifiées au présent article, quiconque sera convaincu d'avoir reçu gratuitement, ou acheté, ou recélé tout ou partie des effets volés, sachant que lesdits effets provenaient d'un vol, sera réputé complice, et puni de la peine prononcée contre les auteurs dudit crime;*

» Que, par suite, et pour l'exécution de la condamnation prononcée contre Lelong, ledit Lelong a été exposé au carcan pendant deux heures, c'est-à-dire, depuis onze heures et demie jusqu'à une heure et demie de relevée; qu'ainsi, il a été puni conformément à la loi spéciale du 12 octobre 1791, et par la loi générale, Code pénal, du 6 dudit mois d'octobre, qui en était le complément, quant au fait de complicité non prévu par la loi du 12 octobre, d'après les dispositions de l'art. 7 du tit. 3 de la loi; qu'à cet égard, le tribunal maritime de Cherbourg s'est conformé aux dispositions de l'art. 484 du Code pénal actuel, puisque le fait qu'il avait à punir était une matière qui n'était pas réglée par ce Code, et qui était régie par une loi particulière;

» Que l'effet de la condamnation à la peine de la dégradation civique et du carcan, par application des dispositions du Code pénal de 1791, était la déchéance de tous les droits attachés à la qualité de citoyen actif et l'incapacité de les acquérir, sinon dans le cas de réhabilitation, aux termes de l'art. 1er, tit. 4, 1re partie dudit Code; que la déchéance de l'exercice des droits civils, n'était attachée, d'après

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Droits civils*, *Droits politiques*.

(2) *V. ibid.*, aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 3-22°

BIU Cujas

l'art. 2 du même titre, qu'à la condamnation à la peine des fers, de la réclusion dans la maison de force, et de la gêne ou de la détention, et seulement pendant la durée de la peine; qu'ainsi, d'après ces dispositions et celles des art. 7, 8 et 980 du Code civil, Lelong n'étant pas déchu de ses droits civils, a pu être présent, comme temoin, au testament du 5 juillet 1820;

» Qu'on argumente à tort des dispositions de l'art. 28 du Code pénal, pour soutenir que Lelong ayant été condamné au carcan, n'a pu, depuis sa condamnation, et ne pourra jamais être juré, ni expert, ni employé comme témoin dans les actes, etc., sous prétexte que cet article règle seulement les effets de la peine sans en changer la nature, parce qu'en matière criminelle, les effets de la peine en sont une dépendance inséparable qui contribue à la constituer et en aggrave la nature; que, dans l'espèce, déclarer que Lelong est atteint par les dispositions de l'art. 28 du Code pénal, ce serait ajouter à la condamnation prononcée contre lui et aggraver cette condamnation, dont les effets ont été réglés par la loi dont l'application lui a été faite, lorsqu'il est constant qu'aucune disposition pénale du Code de 1810 ne lui a été appliquée;

» Que la peine du carcan, déterminée par le Code pénal de 1791, ne peut être assimilée à celle déterminée par le Code pénal de 1810, puisque les effets de l'une sont essentiellement différens des effets de l'autre, la première portant la peine de deux heures de carcan sans privation des droits civils, et le Code pénal de 1810 portant la peine d'une heure de carcan seulement, mais avec privation perpétuelle des principaux droits civils; qu'en fait, Lelong a subi deux heures d'exposition au carcan, en exécution de la condamnation prononcée contre lui par le jugement du 3 avril 1811, et par l'application de la loi spéciale et particulière du 12 octobre 1791 et du Code pénal du 6 du même mois; tandis que, par application des dispositions du Code pénal de 1810, et lors même que, d'après ces dispositions, son crime ou son délit aurait été punissable de la peine du carcan, son exposition n'aurait eu lieu que pendant une heure;

» Qu'ainsi et d'après ces diverses considérations, la nullité proposée contre le testament de la dame Delaunay, veuve Samson, est mal fondée (1) ».

III. Du principe que les qualités requises dans les témoins testamentaires, ne sont réglées que par l'art. 980 du Code civil, et que, par suite, les dispositions de l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 sont inapplicables à ceux-ci, il résulte clairement qu'un failli, tout privé qu'il est de l'exercice des droits politiques attachés à la qualité de citoyen, n'en est pas moins habile à figurer comme témoin dans un testament; et c'est ce qui a été jugé par la cour de cassation, dans l'espèce rapportée au mot *Signature*, §. 8.

Dans cette affaire, les héritiers *ab intestat* du sieur Berthonnet, dit Montroger, faisaient valoir contre son testament la circonstance que le sieur Mignerot, l'un des témoins dont il portait la signature, était en état de faillite.

La cour royale de Bordeaux avait écarté ce moyen, par un motif de pur fait; et cependant les héritiers attaquaient son arrêt, comme violant l'art. 980 du Code civil.

Mais leur recours a été rejeté par l'arrêt du 10 mars 1829,

« Attendu qu'il résulte explicitement de l'arrêt de la cour de Bordeaux, que rien ne constate l'état de faillite reproché au témoin Mignerot, à l'époque où il fut l'un des témoins instrumentaires du testament de Montroger;

» Attendu d'ailleurs que, pour refuser à ce témoin l'exercice de cet office, et le soutenir incapable des droits civils, il faudrait justifier cette incapacité par un jugement de condamnation qui eût, contre lui, prononcé la privation des droits civils ».

IV. Il reste à examiner si un acte notarié entre-vifs est nul comme acte public, par cela seul qu'il y a été pris pour témoin un individu *jouissant des droits civils*, mais dans la personne duquel est suspendu l'exercice des droits politiques attachés à la qualité de citoyen.

On vient de voir que l'art. 980 du Code civil règle exclusivement à la loi du 25 ventôse an 11, les qualités requises dans les témoins testamentaires; et de là il suit nécessairement que, pour savoir quelles qualités sont essentiellement requises dans les témoins instrumentaires des actes notariés entre-vifs, ce n'est point à l'article 980 du Code civil, mais uniquement à la loi du 25 ventôse an 11, qu'il faut avoir recours.

Or, d'une part, suivant l'art. 9 de cette loi, nul ne peut, sous la peine de nullité prononcée par l'art. 68 de la même loi, être employé comme témoin dans un acte notarié, s'il n'est *citoyen français*.

D'un autre côté, aux termes de l'art. 5 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8, *l'exercice des droits de citoyen français est suspendu*, 1° *par l'état de débiteur failli ou d'héritier immédiat détenteur à titre gratuit de la succession totale ou*

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, partie 2, page 183.

BIU Cujas

partielle d'un failli ; 2° par l'état de domestique à gages attaché au service de la personne ou du ménage ; 3° par l'état d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de contumace.

Si donc ce dernier article est encore en vigueur, nul doute (sans parler de l'interdit que l'état de ses facultés morales exclut assez de toute fonction de témoin instrumentaire) qu'un failli, qu'un domestique à gages, attaché au service de la personne, qu'un individu mis en accusation ou constitué en état de contumace, ne soient incapables d'être employés comme témoins dans un acte notarié entre-vifs.

Notre question se réduit donc à celle de savoir si la constitution du 22 frimaire an 8, abolie comme telle par la restauration de 1814, subsiste encore comme loi, en tant qu'elle règle la manière dont s'acquiert et se perd la qualité de citoyen français.

Et je crois avoir démontré dans une addition (publiée en 1825), à l'article *Témoin instrumentaire*, §. 3, n° 3, du *Répertoire de jurisprudence*, et qui est fondue dans la cinquième édition, que l'affirmative ne peut souffrir aucune difficulté, tant d'après l'art. 7 du Code civil, maintenu formellement par la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, que d'après l'ordonnance du roi, du même jour, relative à la naturalisation.

Voici cependant une espèce dans laquelle, laissant de côté la question de savoir si la faillite n'emporte pas encore aujourd'hui de plein droit, comme elle l'emportait avant 1814, la suspension des droits de citoyen, la cour royale de Rouen et la cour de cassation ont successivement jugé, mais par des motifs tout-à-fait disparates, qu'un failli ne vicie pas un acte notarié entre-vifs, par la part qu'il y prend comme témoin.

Le sieur Billot avait hypothéqué des immeubles, d'abord aux sieurs Martin et Aubry, par des actes notariés, dans lesquels avait figuré, comme témoin, le sieur Delamarre qui était en état de faillite; ensuite au sieur Dodé, par un acte également notarié, et auquel il n'y avait aucun vice à reprocher. Ces biens ayant été vendus, un ordre s'est ouvert sur le prix. Question de savoir si les sieurs Martin et Aubry doivent être colloqués avant le sieur Dodé. Celui-ci a soutenu la négative, par la raison que les titres constitutifs des hypothèques de ses adversaires étaient nuls comme actes publics; et il a invoqué l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, en même temps que l'art. 5 de la constitution du 22 frimaire an 8.

Débouté de sa prétention par un jugement du tribunal de première instance de Neufchâtel, il en a appelé à la cour royale de Rouen qui l'a confirmé par arrêt du 23 août 1822,

« Attendu qu'il ne faut pas confondre la capacité exigée par l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, pour être témoin dans un acte public, avec la capacité exigée par la même loi pour être notaire;

» Que Delamarre était citoyen français dans le sens de l'art. 9 de cette loi qui admet même comme témoins les domestiques, puisqu'elle n'exclut que les domestiques des notaires;

» Qu'ainsi, il ne faut pas confondre les droits politiques avec les droits civils exigés seuls pour être Français, et par suite témoin; que, par l'art. 25 du Code civil, un individu ne perd la faculté d'être témoin que par la mort civile ou la privation des droits civils (1) ».

Le sieur Dodé s'est pourvu en cassation contre cet arrêt, et l'a attaqué, tant comme violant l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, ainsi que l'art. 5 de la constitution du 22 frimaire an 8, que comme faisant une fausse application de l'art. 25 du Code civil.

« L'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 (a-t-il dit) exige que les témoins qui assistent les notaires dans leurs actes, soient *citoyens français*. Or, d'après la constitution de l'an 8, qui établit une distinction entre les Français et les citoyens, et d'après l'art. 7 du Code civil, qui maintient cette distinction, le citoyen français est celui qui est investi de l'exercice de *ses droits politiques*. La loi du 25 ventôse a donc élevé au rang des droits politiques le droit de servir de témoin instrumentaire. La raison en est facile à saisir. Les notaires exercent dans l'État une véritable magistrature; ils impriment à leurs actes le sceau de l'autorité publique, ils exercent un pouvoir politique; les témoins qui sont appelés à les assister, participent donc à l'exercice de cette délégation de la souveraineté. Ils font acte de citoyen, si, pour être témoin instrumentaire, il faut être citoyen; et si, pour être citoyen, il faut être investi de ses droits politiques, le Français qui n'en jouira pas, ou qui aura été déchu, celui qui n'aura que la jouissance des droits civils, ne pourra être témoin dans un acte notarié. Tous les auteurs sont unanimes sur ce point (2).

» Qu'objecte-t-on pour prétendre qu'il n'est pas nécessaire, pour servir de témoin, d'être investi de

---

(1) A ces motifs, l'arrêt dont il s'agit en ajoutait un qui est étranger à notre question, et sur lequel la cour de cassation ne s'est pas expliquée; j'y reviendrai ci-après, §. 9.

(2) Ici le défenseur du sieur Dodé citait M. Grenier, *Traité des Donations*, n° 47; M. Delvincourt, *Cours de droit civil*, tome 1er, page 787; M. Toullier, tome 8, n° 76, et le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 1, n° 3, 4e édition, etc.

BIU Cujas

ses droits politiques? L'art. 980 du Code civil? Mais il est évident que cet article, de simple droit civil, ne peut porter atteinte à la disposition de la loi spéciale et organique du 25 ventôse an 11, et à la constitution de l'an 8, qui déclare la qualité de citoyen inhérente à l'exercice des droits politiques.

» D'ailleurs, cet article n'établit qu'une exception à la règle générale, exception fondée... sur la difficulté où se trouverait souvent un testateur de trouver des témoins pour un acte qui ne peut souffrir de retard, si on exigeait qu'ils réunissent aux autres conditions requises celle de citoyen (1).

» Une seconde objection est tirée de l'art. 25, §. 5, du Code civil. Cet article dispose évidemment pour tous les cas où l'individu est légalement appelé en témoignage: il veut que cet individu jouisse de la vie civile. La vie civile est aussi une condition sans laquelle on ne peut être *citoyen français;* mais cette condition ne suffit pas, il en est d'autres qu'il faut remplir et qui sont exigées par la loi constitutionnelle. Lors donc que l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 déclare positivement que, pour servir de témoin instrumentaire, il faut être citoyen français, peut-on raisonnablement prétendre qu'il suffit de la vie civile pour être témoin instrumentaire?

» Enfin, on tire une dernière objection de ce que la loi sur le notariat n'exclut des fonctions de témoins que les *domestiques des notaires*, d'où la conséquence qu'elle admet même les domestiques. L'art. 10 ne prononce pas même le nom de domestique; il défend *aux clercs et aux serviteurs des notaires d'être témoins:* or, un clerc et même un serviteur de notaire peuvent être citoyens et jouir des droits politiques. L'exercice de ces droits n'est suspendu, chez le serviteur d'un individu, qu'autant qu'il est *domestique à gages et attaché au service de la personne ou du ménage.* L'art. 10 de la loi de ventôse a donc voulu étendre les expressions dont se sert l'art. 6 de la constitution de l'an 8, sur la suspension des droits politiques.

» Ainsi, il reste vrai de dire que, pour être témoin instrumentaire, il faut avoir l'exercice de ses droits politiques. Le failli a-t-il cet exercice? Voilà à quoi se réduit la question. Elle est tranchée par l'art. 5 de la constitution de l'an 8, qui dispose que l'exercice des droits politiques est suspendu par *l'état de débiteur failli.* Le sieur Delamarre était en état de faillite lorsqu'il a été témoin; les actes à la confection desquels il a concouru, étaient entachés de nullité; en jugeant le contraire, la cour royale de Rouen a violé les articles des lois précitées ».

On voit que le défenseur du sieur Dodé n'a laissé rien à désirer pour la réfutation complète des motifs de la cour royale de Rouen qui se rapportaient à l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11; mais qu'il a omis d'aller au-devant d'une objection que l'on pouvait tirer contre lui d'un passage de M. Toullier, tome 8, n° 76, dans lequel il est dit que la Charte du 4 juin 1814 *ne réglant point les conditions qui confèrent le droit de citoyen, nous devons attendre que les lois relatives à son exécution règlent ce point important de la législation;* ce qui semblerait signifier qu'il faut, en attendant, regarder le mot *citoyen* comme rayé de l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11.

Cette omission n'a cependant pas pu nuire à la cause du sieur Dodé, parceque, comme je l'ai prouvé dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 1, n° 3, 5e édition, l'objection qu'elle laissait intacte n'a pas l'ombre de fondement, et parceque les moyens de cassation du sieur Dodé, contre lesquels on aurait pu hasarder cette objection, ont été, aussi bien que les motifs de l'arrêt qu'ils attaquaient avec tant de force et de justesse, jugés indifférens à la question décidée par cet arrêt.

En effet, le recours en cassation du sieur Dodé a bien été rejeté par la section des requêtes, le 10 juin 1824, au rapport de M. Voysin de Gartempe, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau; mais quels ont été les motifs de ce rejet?

« Attendu que, dans l'espèce, il s'agit d'un simple failli appelé comme témoin dans un acte authentique et notarié;

» Attendu que la nomenclature des droits dont le failli peut être privé, se trouve explicitement déterminée dans les lois sur le commerce, et qu'elles ne portent pas l'interdiction au failli d'être témoin instrumentaire dans les actes notariés ».

Ainsi, suivant cet arrêt, il importe peu qu'en thèse générale, l'art. 7 de la loi du 25 ventôse an 11 fasse de la qualité de citoyen français une condition essentielle de la capacité des témoins des actes notariés entre-vifs; il importe peu que, d'après l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8, cette qualité soit suspendue dans la personne de tout commerçant en état de faillite: tout commerçant en état de faillite n'en est pas moins habile à figurer comme témoin dans les actes notariés entre-vifs; pourquoi? Parceque le Code de commerce contient la nomen-

(1) C'est effectivement ce que remarquait M. Jaubert, dans son rapport au tribunat, sur le titre des *Donations et Testamens;* voici ses termes: « Quelques » observations sur les témoins testamentaires... . Il » suffit qu'ils jouissent des droits civils, tandis que, » pour les actes civils ordinaires, où, à la vérité, il » n'en faut que deux, il est indispensable qu'ils » jouissent des droits politiques. *Voyez* la loi sur le » notariat ».

BIU Cujas

clature complète des incapacités qui résultent de la faillite, et qu'il n'y comprend pas celle d'être témoin instrumentaire dans les actes de cette nature.

Quelles sont donc, pour le failli, les incapacités dont le Code de commerce contient la *nomenclature*? Je n'en trouve que deux : l'une, qui résulte de l'art. 442, portant que *le failli est dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses biens*, et dont les dispositions des art. 443, 444, 445, 446 et 447 ne sont que le développement; l'autre, écrite dans l'art. 614, par lequel il est dit que *nul commerçant failli ne pourra se présenter à la bourse, à moins qu'il n'ait obtenu sa réhabilitation.*

Et de ce que le Code de commerce ne fait mention que de ces deux incapacités, l'arrêt tire la conséquence qu'il abolit celle qui résulte de la combinaison de l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8 et de l'art. 7 du Code civil avec l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11! Et il se met par-là dans l'indispensable nécessité d'aller jusqu'à dire qu'un failli non réhabilité peut être élevé aux plus hautes fonctions publiques, conserver celles dont il a été revêtu avant sa faillite, et être appelé notamment à être juré, tandis que l'art. 381 du Code d'instruction criminelle porte en toutes lettres que *nul ne peut remplir les fonctions de juré, s'il ne jouit de ses droits* POLITIQUES *et civils, à peine de nullité!* J'avoue que je ne conçois pas cette manière de raisonner.

Sans doute, l'arrêt la fonde sur la loi du 15 septembre 1807, qui, après avoir dit, art. 1er, que *les dispositions du Code de commerce ne seront exécutées qu'à compter du 1er janvier* 1808, ajoute, art. 2 : « A dater dudit jour, 1er janvier 1808, » toutes les anciennes lois *touchant les matières* » *commerciales sur lesquelles il est statué par ledit* » *Code*, sont abrogées ». Sans doute, l'arrêt veut dire que l'incapacité d'être témoin instrumentaire dans les actes notariés entre-vifs, dont la loi du 25 ventôse an 11, par sa combinaison avec l'art. 7 du Code civil, frappait les commerçans faillis, est abrogée par cela seul qu'il est *statué par le Code de commerce* sur la matière des faillites, et qu'elle n'y est point reproduite comme effet de l'état de failli.

Mais si, comme tout porte à le croire, c'est véritablement à cela que se réduit le motif de l'arrêt de la cour de cassation, du 10 juin 1824, je ne crains pas de dire que c'est une grande erreur.

Sans contredit, les effets *commerciaux* que les anciennes lois attachaient à la faillite, sont exclusivement remplacés par les effets de même nature qu'y attache le Code de commerce; et s'il y avait à cet égard, dans les anciennes lois, quelques dispositions qui différassent de celles de ce Code, elles seraient abrogées. Mais qu'y a-t-il de *commercial* dans l'incapacité d'être témoin instrumentaire dans un acte public? Rien assurément. Le Code de commerce n'abroge donc pas cette incapacité par le silence sous lequel il la passe. Elle subsiste donc encore.

Soutenir le contraire, c'est prétendre, en d'autres termes, que le Code de commerce abroge la disposition de l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8, qui prive le failli, tant que dure la faillite, de l'exercice des droits de citoyen, et qu'il l'abroge par cela seul qu'il ne la reproduit pas expressément. Or, veut-on se convaincre que ce n'est point dans cet esprit qu'a été rédigé l'art. 2 de la loi du 15 septembre 1807, qui forme une partie intégrante du Code de commerce? Il n'y a qu'à se reporter aux art. 604 à 611 de ce Code, qui forment la majeure partie du titre *de la réhabilitation*, et à la discussion qu'ils ont subie dans le conseil-d'état. On y verra clairement que le principal but de la réhabilitation est de réintégrer le failli dans l'exercice des droits de citoyen que sa faillite avait suspendus; et il faudra bien que l'on en conclue, bon gré ou malgré, que le Code de commerce, loin d'abroger, à l'égard des faillis, l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8, le suppose nécessairement en pleine activité.

L'une des questions qui, dans la discussion de ces articles, ont le plus occupé le conseil-d'état, était de savoir si la réhabilitation serait prononcée par les tribunaux, ou si, comme le proposait la section de l'intérieur dans l'art. 156 de son projet, elle serait accordée par lettres du prince d'après une délibération du conseil-d'état; et voici ce que porte là-dessus le procès-verbal de la séance du conseil-d'état du 12 mai 1807 (tome 2, pages 32 et suivantes de l'édition officielle de 1813) :

« M. l'archichancelier pense que, par ce projet (celui de la section de l'intérieur), on tire le conseil-d'état du cercle de ses attributions naturelles, et qu'on lui fait exercer des fonctions judiciaires. Il serait plus conforme aux principes de laisser la cour d'appel prononcer définitivement.

» M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit que le motif de la section avait été de faire prononcer la réhabilitation avec plus de solennité.

» M. l'archichancelier dit qu'à la cour d'appel, la publicité sera plus grande encore, et qu'il y aura moins de déplacement.

» M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit que la section est partie du principe que ces sortes d'affaires sont essentiellement administratives. Il s'agit, *en effet, de rendre à un particulier ses droits politiques* : or, la puissance qui gouverne, en a seule le droit. C'est par un décret rendu en conseil-d'état,

BIU Cujas

que *les opérations d'une assemblée politique sont annulées, lorsqu'un failli y a pris part.*

» Cependant on peut ne pas faire intervenir le conseil-d'état, pourvu que la réhabilitation s'opère par lettres du prince qui soient entérinées.

» M. l'archichancelier croit convenable d'établir qu'il y aura des lettres du prince; mais il ne conviendrait peut-être pas de porter devant le conseil ou devant le grand juge les oppositions qui pourraient être formées par des tiers. Autrefois on commençait par faire expédier les lettres; on recevait ensuite les oppositions, et elles étaient jugées par la cour qui les entérinait.

» On pourrait décider que la procédure sera faite en entier devant la cour d'appel; que le jugement ne sera exécuté qu'avec l'approbation du chef de l'État; qu'à cet effet, le procureur général le transmettra au grand-juge ministre de la justice, lequel fera un rapport à S. M., pour qu'il soit statué si l'on aura ou non égard aux oppositions. Des considérations d'un ordre supérieur peuvent obliger quelquefois à ne pas s'y arrêter.

» M. Merlin dit qu'en matière criminelle, la réhabilitation est demandée aux cours de justice et prononcée par elles; qu'il en doit donc être de même de la réhabilitation après faillite.

» On objecte que ce serait par un décret pris en conseil-d'état que les opérations d'une assemblée politique seraient annulées, si un failli y avait pris part.

» Rien de plus certain; mais, dans ce cas, le décret ne prononcerait pas sur l'état même du failli: il ne ferait que tirer de cet état, constaté par des actes de pur droit civil, la conséquence que *les opérations de l'assemblée dans laquelle est intervenu le failli, sont nulles.*

» M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit que, dans un gouvernement monarchique, les grâces n'émanent que du prince.

» M. de Ségur répond qu'il ne s'agit pas de grâce, mais de justice....

» M. Merlin observe que la constitution du 22 frimaire an 8 attache la suspension des droits politiques à l'état de failli. Ainsi, lorsque cet état cesse à raison du paiement des créanciers, la réhabilitation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, et sans qu'il soit besoin qu'aucune autorité l'accorde. Il ne s'agit donc que de faire vérifier les faits, d'examiner si l'état du failli subsiste encore, ou s'il a cessé. Ce n'est donc point une grâce qu'il y a lieu alors d'accorder, c'est tout simplement un acte de justice à exercer, c'est tout simplement un jugement à rendre.

» M. l'archichancelier dit que, si la réhabilitation ne devait être accordée que d'après des faits extérieurs et déterminés, il n'y aurait peut-être pas d'inconvénient à décider qu'elle résultera de lettres du prince données sur l'avis du conseil-d'état, en réservant néanmoins à la cour d'appel le jugement des oppositions; mais que la moralité devant être prise en considération, cette forme ne sera pas toujours la plus sûre. L'empire n'aura pas toujours le bonheur d'être gouverné par un prince infatigable, auquel rien n'échappe; on n'aura pas toujours un conseil-d'état aussi zélé qu'à présent: or, qui doute que, dans ces temps éloignés encore, mais que cependant le législateur doit prévoir, qui doute qu'alors les questions de moralité ne soient jugées beaucoup plus légèrement par l'administration que par les tribunaux?

» D'ailleurs, il serait trop pénible à des opposans de venir, dans la capitale, soutenir leurs réclamations: il vaudrait mieux ne pas admettre d'oppositions, et prononcer d'après une simple enquête.

» Cependant il peut aussi y avoir de l'avantage à faire prononcer sur les demandes en réhabilitation par l'autorité souveraine, parcequ'il lui est permis d'avoir égard aux circonstances, et qu'il y en a de très-favorables.

» Par exemple, celui qui n'ayant acquis que peu de biens depuis sa faillite, les sacrifie presque entiers à payer des dettes qu'on ne peut plus exiger de lui, mérite indulgence.

» M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely pense que, si l'on renvoie la réhabilitation aux tribunaux, il faut supprimer les oppositions: il n'en serait pas formé; car personne n'aime à plaider, et l'on évite surtout les procès dans lesquels le succès même ne sert pas l'intérêt du demandeur. On pourrait donc substituer aux oppositions une forme qui n'obligerait pas les réclamans à se mettre en cause; il suffirait qu'ils remissent copie de leurs titres au procureur général. Ce magistrat prendrait des renseignemens et agirait d'office...

» M. l'archichancelier dit que l'observation faite par M. Merlin, est un trait de lumière qui doit fixer toutes les opinions. La constitution de l'an 8, en effet, réhabilite de plein droit celui qui, par le paiement de ses créanciers, cesse d'être en état de faillite: il ne dépend donc plus d'aucune autorité de lui accorder ou de lui refuser sa réhabilitation, et il ne reste qu'à s'en rapporter aux pièces qui attestent la libération.

» On objectera qu'il peut y avoir des fraudes, qu'il est commun de voir un failli rapporter une quittance finale, quoiqu'il n'ait payé qu'une partie de ses dettes. Mais on peut admettre la preuve con-

BIU Cujas

traire, sans compromettre celui qui a payé réellement et de bonne foi.

» Que, si l'on entreprend d'éclairer en outre la moralité, on fera souvent des injustices; rien n'est plus trompeur que l'opinion.

» M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely observe que la constitution de l'an 8 ne contient pas les mêmes dispositions que la constitution de 1791, qui n'excluait de l'exercice des droits de citoyen, ceux qui avaient été constitués en état de faillite, que jusqu'à ce qu'ils rapportassent un acquit général de leurs créanciers.

» M. Defermon répond que la différence n'est que dans la rédaction; qu'au fond, la disposition est la même; lorsque la constitution décide que l'individu en état de faillite est suspendu de ses droits politiques, elle décide aussi nécessairement que la cessation de cet état met fin à la suspension. Il n'y a donc plus qu'un fait à vérifier, et cette fonction sera bien placée dans la main des tribunaux.

» Le conseil arrête en principe que les demandes en réhabilitation seront renvoyées aux cours d'appel, lesquelles prononceront définitivement ».

Mais ce n'est pas seulement par cette discussion et par la décision qui en a été le fruit, que s'est manifestée dans le conseil-d'état l'intention de coordonner la disposition de l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8, relative aux faillis, avec les dispositions du Code de commerce relatives aux effets de la faillite (ce qui exclut nécessairement l'idée de faire résulter de celles-ci l'abrogation de celles-là); c'est encore dans le même esprit que le conseil-d'état s'est prononcé sur une proposition que le tribunat avait faite, par l'organe de ses commissaires, dans leur conférence avec la section de l'intérieur du conseil-d'état, sur le titre *de la réhabilitation* qui lui avait été communiqué.

Cette proposition avait deux objets: l'un de faire ajouter à ce titre un article ainsi conçu: *Nul commerçant failli ne pourra se présenter à la bourse, à moins qu'il n'ait obtenu sa réhabilitation;* l'autre, *de faire remplir une lacune* que paraissait offrir *le projet de loi*, en ce que, disait-on, *la réhabilitation fait supposer nécessairement que celui qui la demande, a souffert une diminution de droits, une espèce de dégradation*; et que cependant cela n'était *pas annoncé dans le projet; en sorte que le but de la loi en cette partie* n'était *pas indiqué*.

La première branche de cette proposition a été adoptée par le conseil-d'état; et c'est ainsi que s'est formé l'art. 614 du Code de commerce. *Mais* (dit M. Locré, sur cet article même) *on ne pouvait pas suivre la partie de l'opinion du tribunat qui tendait à remplir une lacune et à faire ajouter des articles pour indiquer* LES DROITS POLITIQUES ET CIVILS QUE LA FAILLITE FERAIT PERDRE. *Ce n'était point au Code de commerce à régler cette matière; elle appartient en entier aux lois politiques, aux lois civiles, aux lois pénales, qui seules, dans leur étendue respective, statuent sur l'état des hommes.*

Or, qu'a fait le conseil-d'état, en rejetant ainsi la seconde branche de la proposition du tribunat, et par conséquent en déclarant que l'on ne pouvait pas considérer comme une lacune, le silence du titre *de la réhabilitation* sur *les droits politiques que la faillite fait perdre?* Bien évidemment, il a décidé que le silence du Code de commerce sur ces droits n'emportait pas dérogation à l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8. Il a donc décidé que, conformément à cet article, le failli serait privé, sous le Code de commerce, comme il l'était précédemment, de l'exercice des droits de citoyen. Il a donc décidé par une suite nécessaire que, conformément à l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, le failli continuerait d'être incapable de figurer comme témoin dans les actes notariés entre-vifs. Il a donc improuvé à l'avance le motif sur lequel est fondé l'arrêt de la cour de cassation, du 10 juin 1824.

Du reste, comme je l'ai déjà observé, cet arrêt laisse entière la question de savoir si, en thèse générale, la suspension des droits de citoyen emporte encore aujourd'hui, comme elle l'emportait avant les événemens politiques de 1814, l'incapacité d'être témoin instrumentaire dans un acte notarié entre-vifs; mais en voici un de la cour royale de Rennes, qui la juge formellement pour l'affirmative.

Le 9 mars 1819, acte notarié par lequel la demoiselle N..... fait une donation entre-vifs aux demoiselles M....

Après le décès de la donatrice, le sieur A..., son légataire universel, attaque la donation, et soutient, en invoquant l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 et l'art. 5 de celle du 22 frimaire an 8, qu'elle est nulle, parceque, des deux témoins instrumentaires de l'acte, il y en a un, savoir, le nommé G..., qui, à l'époque du 9 mars 1819, était attaché, comme domestique à gages, au service de la personne et du ménage d'un particulier.

Les demoiselles M...., sans discuter le point de droit, nient le fait, et soutiennent que le nommé G... n'était employé que comme tisserand par le particulier qui l'avait pris à son service.

Jugement du tribunal de première instance de Nantes, qui, avant faire droit, ordonne une enquête sur ce point de fait.

Les demoiselles M..... appellent de ce jugement, et changeant de moyens de défense, elles soutiennent que la disposition de l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8 est abrogée.

BIU Cujas

Mais par arrêt du 23 juin 1827, sur les conclusions conformes de M. l'avocat-général Nadaud,

« Considérant que, suivant l'art. 931 du Code civil, les actes portant donation entre-vifs doivent être passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats; que l'art. 9 de la loi du 16 mars 1803 (25 ventôse an 11) n'admet pour témoins instrumentaires que les citoyens français, et qu'il n'existe qu'une seule exception à cette règle générale en faveur des testamens;

» Considérant que la Charte constitutionnelle n'a pas déterminé les conditions nécessaires pour acquérir le titre de citoyen, mais qu'elle ordonne, art. 68, l'exécution des lois antérieures, qui ne sont pas contraires à ses dispositions; que l'art. 7 du Code civil déclare la qualité de citoyen indépendante de l'exercice des droits civils; et que, suivant l'art. 6 de la loi du 13 décembre 1799, la jouissance des droits civiques est suspendue notamment par l'état de domestique à gages, attaché au service de la personne ou du ménage; disposition qui, jusqu'à ce jour, n'a reçu aucune modification;

» Considérant que l'art. 10 de la loi du 16 mars 1803, en interdisant aux clercs et aux serviteurs du notaire la faculté de l'assister comme témoins instrumentaires, n'a eu d'autres intentions que de les frapper d'incapacité à raison de leur dépendance envers le rapporteur de l'acte, lors même qu'ils jouiraient des droits politiques, et non de borner l'exclusion aux serviteurs qu'il désigne, limitation inconciliable avec l'art. 9, et qui, par l'effet de cette opposition, serait inadmissible;

» Considérant que A..... (le légataire)..... prétendant que G.... qui a comparu comme témoin dans l'acte de donation du 9 mars 1819, était un domestique à gages, dans le sens de la loi de 1799, et les demoiselles M...., soutenant qu'il n'était qu'un simple ouvrier tisserand, employé pour un prix convenu, et non attaché au service de la personne ou du ménage, les premiers juges ont dû prescrire un approfondissement sur ce point, dès que la validité de la donation est subordonnée à la capacité de ce témoin; qu'ainsi, leur décision à cet égard doit être confirmée;

» La cour met l'appel au néant; ordonne que ce dont est appel sortira son plein et entier effet (1) ».

§. VII. 1° *A quelle époque commence, pour l'individu condamné à une peine afflictive ou infamante, l'incapacité dans laquelle le placent les art.* 28 *et* 34 *du Code pénal, d'être témoin, soit dans un testament par acte public, soit dans un acte notarié entre-vifs? Est-ce au moment de la condamnation même, est-ce seulement à celui où la condamnation est exécutée?*

2°. *Les lettres de grâce que le condamné obtient de la clémence du prince font-elles cesser cette incapacité?*

3°. *En est-il, à cet égard, d'une loi ou d'une ordonnance d'amnistie, pour un condamné par contumace, comme de lettres de grâce pour un condamné par un arrêt contradictoire?*

Sur ces trois questions, *V.* les articles *Grâce*, §. 1, et *Témoin judiciaire*, §. 8 et 11.

§. VIII. 1° *Doit-on réputer* sujet du roi, *dans le sens de l'art.* 980 *du Code civil, et, par suite, habile à figurer comme témoin dans un testament, celui qui, né en pays et d'un père étranger, s'est établi en France, mais ne s'y est pas fait naturaliser?*

2° *Doit-on au moins réputer tel l'étranger qui, devenu Français par la réunion de sa patrie à la France, dans l'intervalle de* 1792 *à* 1814, *en a perdu la qualité par le retour de son pays natal sous la domination de ses anciens souverains, et a cependant continué d'habiter exclusivement le territoire français?*

La négative est incontestable sur l'une comme sur l'autre question; et indépendamment des raisons et des autorités par lesquelles je l'ai justifiée dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 3-1°, voici un arrêt de la cour de cassation qui la consacre de nouveau.

François Brun, né à Chambéry en 1781, était passé en France vers l'année 1792, époque de la réunion de la Savoie au territoire français; et il avait continué d'y demeurer après le traité de Paris, du mois de novembre 1815, qui avait rendu son pays au roi de Sardaigne.

En cet état, il fut appelé comme témoin à l'acte de suscription d'un testament mystique fait à Toulouse par le sieur Michel.

Après la mort du testateur, ses héritiers naturels attaquèrent ses dispositions, et soutinrent qu'elles étaient nulles, parceque François Brun n'était pas né Français, et que, s'il en avait acquis la qualité par la réunion de son pays natal à la France, il l'avait perdue, en 1815, par la cessation de cette réunion.

Le sieur Bilhas, héritier institué par le testament, répondait que François Brun habitait depuis plus

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 27, page 158.

BIU Cujas

de vingt ans la ville de Toulouse, qu'il y exerçait la profession de boucher, qu'il s'y disait domicilié dans tous les actes où il figurait, et qu'il y payait les mêmes droits de patente et les mêmes contributions personnelle et mobilière que s'il fût né en France; qu'à la vérité, il n'avait pas fait, dans les trois mois de la publication de la loi du 14 octobre 1814, la déclaration qu'elle prescrivait aux originaires des pays momentanément réunis à la France depuis 1791, qui voudraient conserver la qualité de Français; mais que cette loi n'avait été faite que pour ceux d'entre eux qui n'avaient pas quitté et continuaient d'habiter le lieu de leur naissance, et qu'elle était inapplicable à ceux qui, avant que la réunion fût révoquée, s'étaient fixés en France et continuaient d'y demeurer (1).

Sur ces débats, jugement qui déclare le testament nul.

Appel à la cour royale de Toulouse; et le 10 mai 1806, arrêt qui met l'appellation au néant,

« Attendu qu'en droit, le témoin appelé pour être présent à un testament public, ou à l'acte de suscription d'un testament secret, doit être sujet du roi;

» Qu'en fait, François Brun, né à Chambéry, en 1781, de parens savoyards, devenu momentanément Français par la réunion momentanée de son pays à la France, perdit cette qualité lorsque ce même pays fut restitué à ses anciens souverains; qu'il n'aurait pu la conserver ou obtenir une sorte de naturalisation, qu'en faisant la déclaration exigée par nos lois, et qu'il n'en a fait aucune; qu'ainsi, son incapacité réelle pour être présent, comme témoin instrumentaire à l'acte de suscription dont il s'agit, est incontestable...;

» Qu'ainsi, c'est avec fondement que, par application des art. 980 et 1001 du Code civil, les premiers juges ont annulé le testament dont il s'agit ».

Le sieur Bilhas s'est pourvu en cassation contre cet arrêt, et l'a attaqué comme faisant une fausse application des art. 980 et 1001 du Code civil, ainsi que de la loi du 14 octobre 1814; mais, vaine tentative : par arrêt du 23 avril 1828, au rapport de M. Chilhaud de la Rigaudie, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Vu l'art. 980 du Code civil, et *l'ordonnance du roi* (2) du 14 octobre 1814;

» Attendu qu'aux termes de l'art. 980 du Code civil, pour avoir droit de figurer comme témoin dans un testament, il faut, entre autres conditions, être sujet du roi et jouir des droits civils en France;

» Attendu que celui-là seul réunit ces deux prérogatives, qui est né en France, ou qui l'est devenu par des lettres de naturalisation;

« Attendu que François Brun est né à Chambéry et non en France, et qu'il ne justifie d'aucunes lettres de naturalisation, pas même de la déclaration qu'il aurait dû faire, en exécution de l'ordonnance du 14 octobre 1814; qu'ainsi, en le déclarant inhabile à signer un testament mystique, comme témoin nécessaire, et, par suite, le testament nul, l'arrêt a fait une juste application de la loi;

» La cour rejette le pourvoi., (1) ».

§. IX. *Dans quels cas la capacité putative d'un témoin instrumentaire peut-elle en couvrir l'incapacité réelle?*

M'étant déjà expliqué fort au long sur cette matière dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 3-2°, je me borne ici à rappeler deux arrêts de cours royales, qui paraissent, l'un avoir méconnu le vrai sens de l'adage *error communis jus facit*, l'autre en avoir justement écarté l'application.

Le premier est celui de la cour royale de Rouen, du 23 août 1822, dont l'espèce est rapportée ci-dessus, §. 6. Après avoir cherché à établir, par des motifs qui tombent d'eux-mêmes devant l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8 et l'art. 9 de celle du 25 ventôse an 11, que le sieur Delamarre avait pu, quoique failli, servir de témoin instrumentaire dans des actes constitutifs d'hypothèques conventionnelles, il ajoute subsidiairement, *qu'admettre le système du sieur Dodé* (demandeur en nullité de ces actes), *ce serait jeter l'épouvante dans le sein d'un grand nombre de familles, et que c'est le cas d'appliquer la maxime* ERROR COMMUNIS FACIT JUS ».

Le sieur Dodé, en attaquant cet arrêt, a soutenu que la maxime sur laquelle il fondait son motif subsidiaire, n'était pas applicable à l'espèce, et l'on ne peut douter que la cour de cassation ne l'eût ainsi jugé, si elle eût abordé la question. En effet, dit fort judicieusement M. Dalloz, après avoir rendu compte des moyens de cassation du sieur Dodé, *il faut bien distinguer, dans l'application de cette maxime, entre l'erreur sur la qualité de la personne et l'erreur sur* les effets *de cette qualité. La première est une erreur de fait, qui peut être excusable; la se-*

(1) Le défenseur du sieur Bilhas n'aurait sûrement pas prêté un sens aussi absurde à la loi du 14 octobre 1814, s'il en eût pris une lecture réfléchie.

(2) Ce n'était pas l'*ordonnance du roi*, mais *la loi* qu'il fallait dire. *V.* le Bulletin des lois, n° 45, 5e série.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 28, page 447.

BIU Cujas

conde est une erreur de droit dont on ne peut se prévaloir, parceque personne n'est censé ignorer la loi. Qu'un étranger, par exemple, ait servi de témoin instrumentaire dans un acte, cet acte ne sera pas entaché de nullité, si la qualité *d'étranger du témoin n'était pas connue; mais si le notaire et les parties en avaient connaissance, ils ne seraient pas fondés à prétendre que la nullité serait couverte, parcequ'ils ignoraient qu'un étranger est incapable d'être témoin instrumentaire. Il en est absolument de même à l'égard du failli; lorsque son état de failli n'est pas un mystère, l'étendue de son incapacité est censée connue de tous. La loi romaine* Barbarius Philippus, *d'où est tirée la maxime* error communis facit jus, *prouve d'ailleurs la vérité de la distinction que nous venons de signaler. On sait qu'il s'agit dans cette loi du maintien des jugemens rendus par un esclave nommé préteur, c'est-à-dire, d'un individu dont l'état était ignoré.*

J'observerai seulement ici qu'en fait d'erreur sur la capacité des témoins instrumentaires, ce n'est point dans la loi *Barbarius Philippus*, mais bien (comme je l'ai prouvé à l'endroit cité du *Répertoire de jurisprudence*), dans la loi 1re, C. *de testamentis*, et dans le §. 7 du titre des Institutes *de testamentis ordinandis*, que l'on doit chercher la source et le véritable sens de la maxime *error communis facit jus*.

Le second arrêt est celui de la cour royale de Toulouse, du 10 mai 1826, dont j'ai rendu compte dans le §. précédent.

Dans cette espèce, le sieur Bilhas, héritier institué du sieur Michel, soutenait subsidiairement que, si François Brun n'était pas *sujet du roi*, dans le sens de l'art. 980 du Code civil, il passait néanmoins généralement pour tel à Toulouse; et pour le prouver, il articulait un fait qui, au premier abord, paraissait décisif : c'est que ce particulier avait été plusieurs fois employé, à Toulouse même, comme témoin instrumentaire dans des actes notariés. Mais à ce fait, dont la preuve ne paraissait pas douteuse, les héritiers *ab intestat* du sieur Michel en opposaient un qui était également constant et suffisait pour le neutraliser : c'est que François Brun, tout en figurant comme témoin dans quelques actes notariés, ne laissait pas d'être reconnu comme étranger par tous ceux qui avaient des rapports avec lui, et de se conduire lui-même comme tel, en ne réclamant pas l'honneur d'être appelé au service de la garde nationale.

Aussi la cour royale de Toulouse a-t-elle rejeté le moyen subsidiaire du sieur Bilhas,

« Attendu qu'à la vérité, et en droit, la capacité *putative* pourrait peut-être, même en cette matière, suppléer la capacité réelle; mais que cette capacité putative devrait être le résultat d'une erreur commune, motivée elle-même sur des faits, des actes extérieurs propres à l'accréditer;

» Attendu, en fait, qu'aucun des faits ou des actes signalés par Noël Bilhas, comme propres à fonder cette capacité putative et cette erreur commune, n'a dû ni n'a pu produire un tel effet;

» Que la résidence de François Brun à Toulouse, de juillet 1816 à octobre 1824, l'inscription sur les registres des enfans qui lui sont nés, son état de boucher, le paiement de certaines contributions, tous actes aussi propres à un étranger qu'à un Français, n'ont pas dû accréditer l'idée que Brun était nécessairement Français;

» Qu'au contraire, d'autres faits démontrent qu'il n'a jamais dû passer et *qu'il n'a jamais passé pour tel;* que ces faits sont notamment les mentions insérées dans le passe-port qui lui fut délivré en 1822, mentions desquelles il résultait toujours que Brun était né à Chambéry; qu'au nombre de ces faits, on peut encore placer l'accent de Brun, qui ne permettait pas de le confondre avec un boucher de nos pays; son mariage avec une Espagnole, antérieur à son arrivée à Toulouse; la dépendance où il a été pendant plus de six ans d'un boucher portugais établi à Toulouse, et dont il n'était que le commis; qu'aussi jamais Brun n'a été appelé au service de la garde nationale, et à aucun de ces actes qui auraient supposé que l'autorité publique le croyait Français; qu'il importe peu, dès-lors, qu'un ou plusieurs notaires l'aient pris pour témoin dans leurs actes; que leur erreur n'a pu fonder cette erreur commune qui *facit jus;* que raisonner autrement serait attribuer aux notaires le droit exorbitant de couvrir toutes les incapacités réelles; qu'on doit même remarquer que l'un des notaires désignés, celui qui, le premier, aurait appelé pour témoin Brun, est mort depuis plusieurs années; qu'il en résulte que ce notaire commit l'imprudence d'employer François Brun à une époque où, à peine établi à Toulouse, cet individu n'était que le domestique du Portugais Godinho, imprudence qui explique l'erreur où sont tombés les autres notaires; mais encore un coup, qu'une telle erreur n'est pas l'erreur commune qui fait la qualité putative, ce qui rend inutile le compulsoire demandé;

» Qu'il est, au surplus, constant que les personnes qui avaient le plus de rapports avec Brun, savaient qu'il était étranger, et ne virent jamais en lui qu'un étranger ».

Au surplus, *V.* ce que je dis à l'endroit cité sur les motifs d'un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 12 juillet 1823.

BIU Cujas

Page 226, *col.* 1, *ligne* 32 (1), *supprimez les mots* §. VI, *et substituez-y ce qui suit :* TÉMOIN JUDICIAIRE, §. I. *Les juges*, etc.

Même page et même col., *ligne* 39 (2), *au lieu de* §. VII, *substituez-y ce qui suit :* §. II. 1° *Est-il*, etc.

Même page et même col., *ligne* 48 (3), *au lieu de* §. VIII, *substituez-y ce qui suit :* §. III. *Les jugemens*, etc.

Même page, *col.* 2, *supprimez la ligne* 3 (4), *et substituez-y ce qui suit :*

§. IV. *Peut-on forcer un avocat à déposer comme témoin sur des faits qui lui ont été confiés dans le secret du cabinet ?*

J'ai établi la négative dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin judiciaire*, §. 3, art. 6, n° 4 (en note) et n° 5; et voici un arrêt de la cour de cassation qui a depuis consacré formellement cette doctrine.

Le 14 avril 1825, Me Sourbé, avocat, appelé devant le tribunal correctionnel de Condom, pour déposer sur une prévention d'usure, déclare qu'il ne se croit pas obligé de révéler ce qui pourrait lui avoir été confié, en sa qualité de conseil, par le prévenu; et qu'en conséquence, il ne peut prêter le serment imposé par la loi aux témoins, que sous la restriction commandée par les devoirs de son état.

Jugement qui, attendu que la loi ne fait aucune distinction entre les personnes appelées en justice comme témoins, ni entre les faits pour l'éclaircissement desquels leur audition est requise, ordonne au sieur Sourbé de prêter le serment sans restriction.

Refus du sieur Sourbé, et nouveau jugement qui le condamne à 25 francs d'amende, par application des art. 80 et 355 du Code d'instruction criminelle.

Le sieur Sourbé appelle de ces jugemens au tribunal correctionnel d'Auch; et là, le procureur du roi, sentant qu'il ne peut justifier les motifs des premiers juges, soutient néanmoins que leurs décisions doivent être confirmées, parceque tout témoin cité en justice est tenu de comparaître, de prêter serment et de déposer; que la loi, en prescrivant la formule du serment, ne permet d'y apporter aucune modification; qu'à la vérité, l'art. 378 du Code pénal défend à ceux qui, par état, sont dépositaires des secrets d'autrui, de les révéler, et à plus forte raison les en dispense; mais qu'il ne les dispense pas de l'obligation commune à tous les témoins, de prêter serment en termes purs et simples, sauf à eux à ne révéler que les faits dont ils ont acquis la connaissance hors de l'exercice de leurs fonctions.

Le 2 décembre 1825, jugement qui réforme ceux du tribunal de Condom,

« Attendu que, d'après l'art. 378 du Code pénal, et d'après les principes qui ont toujours régi leur profession, les avocats ne doivent ni ne peuvent révéler, même à la justice, les faits qui leur ont été confiés dans le secret du cabinet, si ce n'est dans les cas très-rares où la révélation est expressément commandée par la loi à tous les citoyens;

» Qu'on oppose vainement que l'avocat aurait dû prêter serment et déclarer ensuite qu'il ne pouvait déposer sur les confidences qui lui avaient été faites, ou même s'abstenir d'en parler, sans le dire; qu'il est, en effet, trop évident que la conduite que l'avocat qui se présente franchement devant la justice, en annonçant qu'il veut déposer tout ce qu'il sait autrement que par les confidences qu'il a reçues en sa qualité d'avocat, est plus loyale que celle de celui qui prêterait serment de dire toute la vérité, et croirait cependant devoir la taire ensuite, ou se livrer à des réticences indignes de son caractère ».

Le procureur du roi se pourvoit en cassation contre ce jugement, et l'attaque par les moyens qu'il a inutilement fait valoir en cause d'appel pour justifier les jugemens du tribunal correctionnel de Condom.

Mais par arrêt du 20 janvier 1826, au rapport de M. Ollivier, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris,

« Attendu qu'un témoin qui prête le serment de dire toute la vérité et rien que la vérité sur les faits relatifs à l'instruction dans laquelle il est entendu, ne saurait, sans violer la religion du serment, s'abstenir de dire ce qu'il sait;

» Qu'aux termes de l'art. 378 du Code pénal, les personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur a confiés, ne peuvent les révéler hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, sans encourir la peine portée en cet article;

» Que, dès-lors, un avocat qui a reçu des révé-

(1) *Page* 186, *col.* 2, *ligne* 23 (2e édition).
(2) *Même page et même col.*, *ligne* 30 (2e édition).
(3) *Tome* 6, *page* 763, *col* 2, *ligne* 18 (2e édition).
(4) *Tome* 6, *page* 763, *col.* 2, *ligne* 23 (2e édition.

BIU Cujas

lations qui lui ont été faites à raison de ses fonctions, ne pourrait, sans violer les devoirs spéciaux de sa profession et la foi due à ses cliens, déposer ce qu'il avait appris de cette manière;

» Que, s'il est appelé comme témoin dans une instance relative à des faits qui lui avaient été ainsi confiés, il peut, avant de prêter le serment prescrit par la loi, annoncer au tribunal qu'il ne se considérera point comme obligé par ce serment, à déclarer, comme témoin, ce qu'il ne sait que comme avocat;

» Qu'en le faisant, il satisfait pleinement au vœu de la loi, et qu'en jugeant que la conduite du sieur Sourbé n'avait rien de répréhensible, le tribunal de l'arrondissement d'Auch, statuant en police correctionnelle, sur l'appel du jugement rendu par le tribunal de Condom, non seulement n'a contrevenu à aucune disposition législative, mais a témoigné son juste respect pour la sainteté du serment;

» La cour rejette le pourvoi du ministère public près le tribunal correctionnel d'Auch, contre le jugement de ce tribunal, du 2 décembre dernier, qui relaxe Me Sourbé de la condamnation contre lui prononcée par le jugement du tribunal correctionnel de Condom, du 4 avril précédent (1) ».

§. V. 1° *Lorsqu'un avocat, cité comme témoin dans un procès criminel, déclare ne pouvoir déposer parcequ'il a aidé l'accusé de ses conseils, peut-il, sans qu'il en résulte une nullité, lui être enjoint de prêter serment et de déposer, mais seulement sur les faits qui seraient venus à sa connaissance autrement que dans l'exercice de sa profession?*

2° *De ce qu'un avocat a été conseil d'une partie dans un procès civil, résulte-t-il que, si, appelé comme témoin dans une affaire correctionnelle qui est ensuite intentée contre son client et se rattache à ce procès, il dépose sans avoir préalablement déclaré, en prêtant serment, qu'il n'entendait s'expliquer que sur des faits étrangers à ceux sur lesquels les devoirs de son état l'obligeaient de garder le secret, il y a nullité dans l'instruction, et par suite, dans le jugement?*

I. La première question, déjà résolue implicitement pour l'affirmative, par l'arrêt de la cour de cassation, du 20 janvier 1826, rapporté au paragraphe précédent, l'est encore dans le même sens et d'une manière positive, par un autre arrêt du 14 septembre 1827, qui, en statuant sur le recours en cassation du nommé Jouberjon et de sa femme contre un arrêt de la cour d'assises du département de l'Hérault, le rejette, *attendu, sur le troisième moyen, que l'arrêt de la cour d'assises, portant que Me Argence, avocat, cité comme témoin par le ministère public, prêterait le serment prescrit par l'art.* 317 *du Code d'instruction criminelle, restreint la déposition à faire par ce témoin aux faits qui seraient venus à sa connaissance, autrement que dans l'exercice de sa profession d'avocat* (1).

II. Sur la seconde question, Jean-Grégoire Piétri a soutenu l'affirmative, en attaquant un arrêt de la chambre correctionnelle de la cour royale de Corse, du 3 décembre 1827, sur le fondement que, dans la séance du 30 novembre précédent, on avait entendu comme témoin l'avocat qui lui avait servi de conseil dans un procès civil auquel se rattachait le procès correctionnel jugé par cet arrêt.

Mais ce moyen a été rejeté par arrêt du 22 février 1828, *attendu que, quand même il serait prouvé que l'avocat Piétri a été le conseil du demandeur dans un procès civil qui se rattachait à la poursuite actuelle, l'audition de cet avocat comme témoin ne pourrait vicier l'instruction sur laquelle est intervenu l'arrêt attaqué; qu'en effet, les avocats des parties ne sont point incapables d'être témoins; que, seulement, ils ne sont pas tenus de révéler ce qu'ils ont appris par une suite de la confiance qui leur a été accordée; que c'est à ces avocats, quand ils sont appelés en témoignage, à interroger leur conscience, à discerner ce qu'ils doivent dire, de ce qu'ils doivent taire* (2).

§. VI. *Les personnes qui ne sont pas, suivant l'expression de l'art.* 378 *du Code pénal,* dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, *peuvent-elles se dispenser, lorsqu'elles sont citées en justice comme témoins, de révéler les confidences qui leur ont été faites sur leur parole ou même leur serment d'en garder le secret?*

La négative résulte clairement de ce que j'ai dit dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin judiciaire*, §. 1, art. 6, n° 4, et elle a été consacrée par deux arrêts de la cour de cassation.

---

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 32, page 40; Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, page 114.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1827, page 495.

(2) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 33, page 108.

BIU Cujas

Le premier a été rendu, sections réunies, le 30 novembre 1820, contre un magistrat distingué de la cour royale de Nîmes, M. Madier de Montjau :

« Vu (y est-il dit) l'art. 82 de l'acte du gouvernement (sénatus-consulte), du 16 thermidor an 10....;

» Attendu que le sieur Madier de Montjau, dans des pétitions adressées à la chambre des députés, a dénoncé l'existence d'un gouvernement occulte qui compromettait, par des manœuvres ténébreuses, l'action du gouvernement légitime; qu'il a dénoncé particulièrement une circulaire, sous le n° 34, qui aurait eu pour objet d'organiser l'assassinat dans la ville de Nîmes; qu'il a affirmé, dans ces pétitions, connaître les auteurs de cette circulaire; qu'il y a aussi dénoncé des conciliabules qui se seraient tenus à Nîmes, dans les nuits des 7 au 9 janvier, pour l'inspection secrète de la garde nationale qui était alors dissoute par l'autorité du gouvernement, pour y remplacer des officiers décédés, et enfin pour arrêter un plan d'attaque et de calomnie contre la garnison, à l'effet d'en obtenir la translation; qu'appelé devant la justice pour donner sur ces faits et sur leurs auteurs, les renseignemens qui seuls pouvaient diriger l'action des magistrats chargés de la poursuite des crimes, il a refusé de les faire connaître; que, pour motiver ce refus, il a allégué un prétendu serment, dont il n'avait jusque-là parlé dans aucun de ses écrits, par lequel il se serait lié envers ceux qui lui avaient révélé les crimes par lui dénoncés; que, sur les questions qui lui ont été faites devant la cour, il a persisté à soutenir l'existence d'un prétendu gouvernement occulte, celle des circulaires émanées de lui, et a déclaré de nouveau connaître les noms de ceux qui avaient rédigé ces circulaires, et qui faisaient partie de ce gouvernement; qu'il a également allégué le prétendu serment par lui prêté, pour justifier son refus de les faire connaître à la justice; mais qu'un serment prêté volontairement, hors la nécessité des fonctions civiles ou religieuses, ne peut être un motif légitime de refuser à la justice les révélations qu'elle requiert dans l'intérêt de la société; que le refus du sieur Madier de Montjau de répondre, a donc été une infraction à la loi et une désobéissance à la justice; que, si, dans l'erreur de sa conscience, il croyait que le serment qu'il dit avoir prêté, devait avoir pour lui plus d'autorité que la volonté de la loi et l'intérêt de la chose publique, il devait s'abstenir de publier des crimes dont il voulait aussi refuser de produire les preuves, en même temps qu'il affirmait les avoir en main; que sa conduite a été d'autant plus répréhensible, que son caractère de magistrat en rendait l'exemple plus dangereux; qu'il a aggravé ses torts depuis la citation qui lui a été donnée pour comparaître devant la cour, par la publication d'écrits propres à entretenir les méfiances et les haines parmi les citoyens, par la publication surtout de rapports faits, en sa qualité de président de cour d'assises, au chef de la justice, à qui seul il appartenait de juger s'ils devaient être publiés ou demeurer secrets; que, par tous ces faits, le sieur Madier de Montjau a manqué essentiellement aux devoirs que lui imposait la dignité de ses fonctions et gravement compromis celle de la cour dont il est membre;

» Par ces motifs, la cour *censure, avec réprimande*, le sieur Madier de Montjau, et le condamne aux frais de la citation, ainsi qu'à ceux de la notification et expédition du présent arrêt ».

Le second arrêt, qui a été rendu *dans l'intérêt de la loi* le 8 mai 1828, est ainsi conçu :

« Le procureur général expose qu'il est chargé par M. le garde-des-sceaux, ministre de la justice, de requérir, dans l'intérêt de la loi, l'annulation d'un jugement rendu, le 16 février dernier, par le tribunal de police correctionnelle d'Espalion, département de l'Aveyron.

» Voici les faits :

» Les nommés Ferragut et Bringuier furent cités à comparaître, le 15 février dernier, devant le tribunal correctionnel d'Espalion, comme prévenus, l'un, de coups et blessures volontaires; l'autre, de rébellion envers les agens de la force publique.

» Au nombre des témoins produits par le ministère public, se trouvait un sieur d'Auterives. Ce témoin prêta, comme les autres, serment de dire toute la vérité, rien que la vérité. Cependant, après avoir prêté serment, il déclara *que les parties lui avaient fait quelques confidences sous le* SCEAU DU SECRET, *et qu'en homme d'honneur, il ne pouvait pas manquer à la parole qu'il avait donnée.*

» Le ministère public conclud à ce que le tribunal ordonnât que le témoin déposerait sur tout ce qui était à sa connaissance.

» Mais le tribunal ordonna seulement *que le témoin ferait sa déclaration sur les faits qui étaient à sa connaissance, et qu'il ne tenait pas sous la foi du secret.*

» C'est cette disposition du jugement du tribunal d'Espalion que l'exposant est chargé de soumettre à la censure de la cour.

» En effet, un témoin appelé devant la justice, lui doit toute la vérité qu'il a juré de lui dire, et qui peut éclairer la religion des magistrats. Il ne saurait être dispensé de cette obligation que dans le cas où, dépositaire, par état ou par profession, d'un secret qu'on lui a confié, la loi elle-même lui en interdit la révélation sous les peines établies par le Code pé-

BIU Cujas

nal (art. 378). Hors ce cas, la promesse du secret, garantie même sous la foi du serment, n'est jamais un motif légitime de refuser à la justice les révélations qu'elle demande dans l'intérêt de la société; c'est ce que la cour de cassation a jugé par un arrêt célèbre sous la date du 30 novembre 1820.

» Elle a dit *que le serment de ne pas révéler, prêté volontairement*, HORS LA NÉCESSITÉ DE FONCTIONS CIVILES OU RELIGIEUSES, *ne pouvait être un motif de refuser à la justice les révélations qu'elle requérait dans l'intérêt de la société.*

» Ce considéré, il plaise à la cour casser et annuler, dans l'intérêt de la loi, le jugement du tribunal correctionnel d'Espalion, dans la disposition dénoncée, et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres de ce tribunal.

» Fait au parquet le 26 avril 1828. *Signé* Mourre.

» Ouï le rapport de M. Garry, conseiller, et les conclusions de M. Laplagne-Barris, avocat-général;

» La cour, statuant sur le réquisitoire du procureur-général du roi, et en adoptant les motifs, casse et annule, dans l'intérêt de la loi, le jugement du tribunal de police correctionnelle d'Espalion du 16 février dernier... ».

§. VII. *Y a-t-il nullité dans un arrêt ou jugement en dernier ressort, qui, en statuant sur un point de fait, s'appuie sur des dépositions de témoins, parmi lesquelles il y en a qui sont nulles ou inadmissibles?*

C'est demander, en d'autres termes, si le mélange de motifs illégaux à des motifs sur lesquels la cassation n'a point de prise, peut ou ne peut pas vicier un arrêt; et je crois devoir approfondir ici cette question, sur laquelle je n'ai pas encore eu l'occasion de m'expliquer avec tous les développemens qu'elle exige.

Qu'un pareil mélange ne puisse pas vicier un arrêt qui ne prononce que sur un point de droit, c'est ce qui me paraît hors de toute controverse. Par exemple, un testament est attaqué dans sa forme, de deux chefs : et parceque le notaire n'y a pas mentionné la présence des témoins instrumentaires à la lecture qu'il en a faite au testateur, et parcequ'il n'y a pas fait mention de la signature dont il l'a revêtu lui-même, après l'avoir fait signer tant par le testateur que par les témoins instrumentaires, et déclaré qu'ils l'ont effectivement signé. Intervient un arrêt qui, adoptant ces deux moyens, déclare le testament nul. L'héritier institué se pourvoit en cassation, et soutient qu'en adoptant le second moyen de nullité, l'arrêt a violé la décision expresse de l'avis du conseil-d'état, du 16 juin 1810, approuvé le 20 du même mois (1). Que fera la cour suprême? Très-certainement elle reconnaîtra que l'arrêt a erré dans son second motif; mais elle ne l'en maintiendra pas moins, parcequ'il s'est parfaitement conformé, par son premier motif, aux dispositions des art. 972 et 1001 du Code civil.

Le même mélange ne peut pas non plus vicier un arrêt qui prononce à la fois en première ligne sur une question de droit, et subsidiairement sur une question de fait. Par exemple, un testament est attaqué comme nul dans la forme, et comme fait par un homme en démence. Arrêt qui rejette le moyen de forme, tout fondé qu'il est sur les textes les plus formels de la loi, et cependant déclare le testament nul d'après des preuves parfaitement légales et non équivoques de la démence du testateur. L'héritier institué attaquera-t-il cet arrêt comme violant la loi d'après laquelle il aurait dû reconnaître le testament pour valable dans la forme? Il le fera vainement, et l'arrêt sera maintenu sur la seule observation que, s'il a violé la loi par l'un de ses motifs, il en a fait, par l'autre, une juste application.

Pourquoi, dans ces deux cas, le mélange d'un motif illégal à un motif avoué par la loi, ne vicie-t-il pas l'arrêt? Parceque les deux motifs sont indépendans l'un de l'autre; parcequ'ils portent sur des objets tout-à-fait disparates; parcequ'il n'y a rien de commun, dans le premier cas, entre la question de savoir si le testament est nul par le défaut de mention de la présence des témoins instrumentaires à la lecture des dispositions du testateur, et la question de savoir s'il est nul par le défaut de mention de la signature que le notaire y a apposée; parcequ'il n'y a rien de commun, dans le second cas, entre la question de savoir si le testateur a disposé dans les formes voulues par la loi, et la question de savoir s'il était capable de disposer; en un mot, parceque le motif illégal n'a eu ni pu avoir aucune influence sur le motif avoué par la loi.

Et c'est assez dire que la même règle doit s'appliquer à l'arrêt qui, en prononçant sur une pure question de fait, s'appuie sur deux motifs, dont l'un est réprouvé par la loi, l'autre parfaitement légal, mais qui, par la force des choses, sont tout-à-fait indépendans l'un de l'autre. Par exemple, pour déclarer une obligation de plus de 150 francs éteinte par le paiement que le débiteur soutient en avoir fait, mais que le créancier dénie, un arrêt se fonde à la fois et sur des présomptions non établies par la loi, et sur une quittance authentique du créancier. Assurément, si le créancier attaque cet arrêt comme violant, par son premier motif, l'art. 1353 du Code

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Signature*, §. 3, art. 3, n° 5.

BIU Cujas

civil, qui défend aux juges d'avoir égard aux présomptions non établies par la loi dans les matières où la preuve testimoniale est interdite, on lui répondra victorieusement que ce motif n'est, dans l'arrêt, qu'une superfétation, et que l'illégalité en est suffisamment réparée par l'application que le second motif fait à la cause de l'art. 1319 du même Code.

Il en sera évidemment de même d'un arrêt qui, en se fondant sur deux motifs, dont l'un est réprouvé, l'autre avoué par la loi, aura pris le soin de les présenter, non seulement comme parfaitement distincts, mais encore comme ne devant ni ne pouvant exercer l'un sur l'autre aucune espèce d'influence.

Mais qu'arrivera-t-il si, dans un arrêt rendu sur une question de fait, des motifs illégaux et des motifs avoués par la loi sont fondus ensemble, ou du moins présentés de front et mélangés de manière qu'il soit impossible d'affirmer avec une pleine certitude que ceux-là n'ont pas plus ou moins contribué avec ceux-ci à former l'opinion des magistrats? Oh! bien sûrement alors l'arrêt n'échappera pas à la cassation, et la raison en est aussi simple que tranchante: c'est qu'il est de principe qu'une preuve devient illégale, du moment que, parmi les élémens dont elle est composée, il s'en trouve un seul que la loi défendait d'y placer.

C'est ainsi que, dans un procès criminel où cinquante témoins ont été entendus aux débats publics, il suffit, aux termes des art. 317, 322 et 408 du Code d'instruction criminelle, pour faire annuler la déclaration du jury qui a été déterminée par l'ensemble de leurs dépositions, et l'arrêt de condamnation qui s'en est ensuivi, que, parmi ces cinquante témoins, il y en ait un seul qui, avant de déposer, n'ait pas prêté à l'audience le serment *de dire toute la vérité, rien que la vérité*, ou qui, se trouvant dans l'un des cas prévus par le second des articles cités, ait été entendu nonobstant l'opposition, soit du ministère public, soit de la partie civile, soit de l'accusé.

Et qu'on ne dise pas que cela est bon pour les procès criminels, mais qu'il en est autrement en matière civile, puisque l'art. 294 du Code de procédure porte expressément que la nullité d'une ou plusieurs dépositions n'entraîne pas celle de l'enquête.

Il résulte bien de cet article, que les juges peuvent et doivent, dans l'examen qu'ils font d'une enquête, rejeter du procès les dépositions qui leur sont démontrées être infectées de l'une des nullités prononcées par les art. 262, 271, 272, 273, 274 et 275, et se déterminer par les dépositions régulières qui restent; mais il n'en résulte certainement pas qu'ils puissent, sans rejeter expressément les dépositions nulles, en présenter le résultat concurremment avec celui des dépositions régulières, comme formant la base de leur conviction; et il est évident, au contraire, que, s'ils le font, leur arrêt sera cassé.

Qu'on ne dise pas non plus qu'il n'est écrit dans aucune loi que l'illégalité de l'un des élémens dont une preuve est composée, vicie la preuve entière.

Si cela n'est écrit textuellement dans aucune loi générale, c'est du moins la conséquence directe, immédiate et nécessaire de la défense que fait le législateur de placer tel ou tel élément au nombre de ceux qui composent une preuve; car, en l'y plaçant, on viole la loi qui le prohibe; et comme tout ce qui est fait, notamment en matière civile, au mépris d'une loi prohibitive, est réputé non avenu, *infectum*, suivant l'expression d'un texte célèbre du droit romain (1), il est clair qu'on doit le retrancher des motifs qui ont déterminé l'arrêt. Mais ce retranchement fait, que restera-t-il? Un arrêt qui n'est plus motivé comme les juges, dont il est l'ouvrage, ont voulu, par le résultat de leurs délibérations, qu'il le fût, un arrêt qui n'est plus l'expression de la délibération des juges, et par conséquent un faux arrêt, un arrêt nul.

§. VIII. *A quelle époque commence, pour les condamnés à des peines afflictives ou infamantes, l'incapacité dans laquelle les placent les art.* 28 *et* 34 *du Code pénal, de* « déposer en » justice autrement que pour y donner de simples renseignemens ».

Il y a, à cet égard, une distinction à faire entre le condamné à la dégradation civique et le condamné à toute autre peine, soit simplement infamante, soit à la fois infamante et afflictive.

Le premier, comme je l'ai établi au mot *Grâce*, §. 1, n° 5, encourt, par la seule prononciation de son jugement, les incapacités dont le frappe l'art. 34 du Code pénal, et par conséquent celle dont il est ici question.

Mais, comme je l'ai prouvé au même endroit, n° 2, ce n'est que par l'exécution, ou par un commencement d'exécution de son jugement que le second encourt les incapacités que l'art. 28 du même code fait dériver de sa condamnation; il conserve donc, tant que sa condamnation n'a pas été exécutée ou n'a pas reçu un commencement d'exécution, la faculté de déposer comme témoin dans la forme ordinaire.

Aussi Delphine Bonnet et Marianne Brémont se sont-elles vainement prévalues, contre un arrêt de la

(1) *V.* l'article *Nullité*, §. 1.

BIU Cujas

cour d'assises du département du Var, du 19 février 1826, qui les condamnait à une peine afflictive, de ce que, parmi les témoins entendus, avec prestation de serment, dans les débats, se trouvait la femme Arnaud, précédemment condamnée à la peine de réclusion, mais dont la condamnation, quoique devenue irrévocable par le rejet de son recours en cassation contre l'arrêt qui l'avait prononcé, n'était pas encore exécutée et n'avait encore reçu aucun commencement d'exécution; il n'en est pas moins intervenu, le 8 avril de la même année, au rapport de M. Ollivier, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris, un arrêt par lequel,

« Attendu que, si l'art. 28 du Code pénal déclare que l'individu condamné à la peine de.... la réclusion, ne pourra déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignemens, cet effet de la condamnation ne peut commencer qu'au moment où commence la durée de la peine;

» Qu'en effet, l'art. 23 du même Code veut que la durée de la peine de..... la réclusion ne commence qu'à dater du jour de l'exposition; que c'est donc de ce jour aussi que doivent commencer à être appliquées les incapacités résultant du caractère afflictif ou infamant de la peine;

» Que c'est d'après le même principe, que l'art. 26 du Code civil avait statué que les condamnations contradictoires n'emporteraient la mort civile qu'à dater du jour de leur exécution, et qu'il y a eu parité de raison pour faire dater de la même époque la privation partielle, comme la privation totale, des droits civils résultant des condamnations pénales afflictives ou infamantes, énoncées dans les art. 23 et 28 du Code pénal de 1810;

» Et attendu que, dans l'espèce, si la condamnation de la femme Arnaud à la peine de la réclusion, était devenue irrévocable par le rejet de son pourvoi, lors de son audition comme témoin avec prestation de serment, à l'audience du 19 février dernier de la cour d'assises du Var, néanmoins il n'avait pas encore été procédé contre elle à l'exécution de la peine par l'exposition; que conséquemment alors elle n'était pas encore frappée de l'incapacité de déposer en justice comme témoin, déclarée par l'art. 28 du Code pénal....;

» La cour rejette le pourvoi.... (1) ».

§. IX. *Cette incapacité peut-elle être alléguée comme moyen de cassation devant la cour suprême, lorsqu'il n'y a pas eu, devant la cour ou le tribunal dont l'arrêt ou le jugement est attaqué, opposition à ce que le témoin qui en était entaché fût entendu avec prestation de serment?*

Nulle difficulté sur la négative en matière civile.

Sans doute, dans la disposition des art. 28 et 34 du Code pénal, par laquelle il est dit que le condamné à une peine afflictive ou infamante, *ne pourra jamais..... déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignemens*, les mots *ne pourra jamais* forment une prohibition; sans doute, en matière civile, les contraventions aux lois prohibitives emportent, de plein droit, comme je l'ai remarqué ci-dessus, §. 7, la peine de nullité. Mais tout ce qui résulte de là, c'est que la déposition assermentée d'un témoin condamné à une peine afflictive ou infamante, doit être déclarée nulle, lorsqu'elle a eu lieu nonobstant l'opposition de l'une des parties; et la preuve que l'on ne peut pas en conclure que la nullité d'une pareille déposition puisse être demandée, soit par la partie qui a fait citer le témoin, soit par celles qui ont consenti à son audition, c'est qu'encore qu'il soit dit par l'art. 268 du Code de procédure civile que *nul ne pourra être assigné comme témoin, s'il est parent ou allié en ligne directe de l'une des parties ou son conjoint*, il est néanmoins bien constant et universellement reconnu que, si, par exemple, le père ou le fils de l'une des parties est non seulement cité, mais même entendu comme témoin de leur consentement mutuel, ou, ce qui est la même chose, sans opposition de la part de l'un ni de l'autre, sa déposition est valable.

Ce serait donc bien vainement que l'on attaquerait, par un recours en cassation, l'arrêt ou le jugement qui, en prononçant sur le résultat d'une enquête dans laquelle un condamné à une peine afflictive ou infamante, aurait été entendu sans qu'aucune des parties s'y fût opposée, n'aurait pas d'office ordonné le rejet de la déposition de ce témoin.

En est-il de même dans les matières criminelles, correctionnelles ou de police?

Il y aurait peut-être lieu d'en douter, si l'on pouvait appliquer à ces matières le principe que la peine de nullité est, de plein droit, sous-entendue dans les lois prohibitives, parceque, dans cette hypothèse, on pourrait dire qu'il y a nullité de procédure et d'instruction, et que, hors les cas où la loi en dispose autrement, toute nullité de cette nature peut être proposée comme moyen de cassation, quoiqu'elle n'ait pas été relevée devant la cour ou le tribunal dont elle entache l'arrêt ou le jugement.

Mais d'abord, il est certain, comme je l'ai prouvé à l'article *Nullité*, §. 1, n° 9, que l'on ne peut pas appliquer aux dispositions du Code d'instruction criminelle, le principe que la peine de nullité est,

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 31, page 189.

BIU Cujas

de plein droit, sous-entendue dans les lois prohibitives.

Ensuite, que sont les art. 28 et 34 du Code pénal, en tant qu'ils déclarent que le condamné à une peine afflictive ou infamante, *ne pourra jamais être entendu comme témoin en justice que pour y donner de simples renseignemens?* Rien autre chose qu'un appendice au Code de procédure civile et au Code d'instruction criminelle; car ils ne font qu'ajouter les condamnés à des peines afflictives ou infamantes, aux listes que contiennent des incapables de porter témoignage en justice, l'art. 268 de l'un, et les art. 156, 189 et 322 de l'autre.

C'est donc comme si l'art. 268 du Code de procédure civile disait que *nul ne pourra être assigné* (ni à plus forte raison déposer) *comme témoin, s'il est parent ou allié en ligne directe de l'une des parties ou de son conjoint*, ou s'il a été précédemment condamné à une peine afflictive ou infamante.

C'est donc également comme si les art. 156, 189 et 322 du Code d'instruction criminelle étaient ainsi conçus :

« Ne pourront être reçues les dépositions,

» 1°. Du père, de la mère, de l'aïeul, de l'aïeule, ou de tout autre ascendant de l'accusé ou de l'un des accusés présens et soumis au même débat;

» 2°. Du fils, fille, petit-fils ou petite-fillle, ou de tout autre ascendant;

» 3°. Des frères et sœurs;

» 4°. Des alliés aux mêmes degrés;

» 5°. Du mari ou de la femme, même après le divorce prononcé;

» 6°. Des dénonciateurs dont la dénonciation est récompensée pécuniairement par la loi;

» 7°. *Des individus précédemment condamnés à des peines afflictives ou infamantes.*

Mais de là même il suit nécessairement que l'on doit appliquer à ceux-ci, comme aux autres incapables de déposer en justice, qui sont signalés par les articles cités, la disposition des mêmes textes par laquelle il dit : *Sans néanmoins que l'audition des personnes ci-dessus désignées puisse opérer une nullité, lorsque, soit le procureur général, soit la partie civile, soit les accusés, ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues.*

Et dès-là, nul doute qu'il y aurait impossibilité de casser un arrêt ou jugement en dernier ressort, rendu en matière criminelle, correctionnelle ou de police, sous le prétexte que, parmi les témoins entendus sans opposition, dans les débats avec prestation de serment, il s'en serait trouvé un qui eût précédemment subi une peine afflictive ou infamante.

C'est effectivement ce qu'ont jugé les deux arrêts suivans.

Jean-François Kerleu, condamné à la peine de mort par un arrêt de la cour d'assises du département du Nord, d'après une déclaration du jury, sur la question de savoir s'il était coupable de plusieurs tentatives de crimes capitaux, s'est pourvu en cassation, et a fondé son premier moyen sur ce que Charles-Joseph Lefèvre, l'un des témoins qui avait été entendu dans les débats avec prestation de serment, avait été précédemment condamné à une peine afflictive et infamante.

Mais par arrêt du 18 novembre 1819,

« Ouï le rapport de M. Aumont, conseiller, et M. Freteau, avocat-général, en ses conclusions;

» Attendu, sur le premier moyen de cassation, présenté par le réclamant, que les condamnés aux peines afflictives ou infamantes ne sont pas dénommés dans la disposition prohibitive de l'art. 322 du Code d'instruction criminelle; qu'il s'ensuit que leur audition avec prestation préalable de serment, n'est pas un vice irritant dont puisse résulter la nullité de la procédure dans laquelle ils auraient été ainsi entendus;

» Que, si l'accusé s'opposait à l'audition de ces individus à raison de leur condamnation légalement constatée, alors seulement il y aurait lieu à annulation, parce qu'ils auraient été entendus comme témoins, contre le texte formel de l'art. 28 du Code pénal, dont la cour d'assises n'aurait pu ignorer que la disposition leur était applicable;

» Que, dans l'espèce, il n'est ni constaté par le procès-verbal des débats, ni même allégué par le réclamant, qu'il y ait eu, de sa part, opposition à l'audition comme témoin de Charles-Joseph Lefèvre, à raison de sa condamnation à une peine afflictive et infamante, ou que le fait de cette condamnation ait du moins été allégué et justifié.....;

» D'après ces motifs, la cour rejette le pourvoi de Jean-François Kerleu....(1) ».

Le 14 décembre 1824, arrêt de la cour d'assises du département de la Seine-Inférieure, qui condamne le nommé Paris à six ans de travaux forcés, pour vol avec effraction.

Paris se pourvoit en cassation, et expose que le nommé Dumoulin, l'un des témoins à charge qui ont été entendus dans les débats, avait été condamné précédemment à la peine de la réclusion et l'avait subie; que cependant il avait déposé avec

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 24, page 368.

BIU Cujas

prestation de serment, et que, par-là, l'art. 28 du Code pénal avait été violé; qu'à la vérité, Paris ne s'était pas opposé à ce que Dumoulin déposât dans cette forme; mais qu'il n'avait gardé le silence sur l'incapacité de celui-ci, que parce qu'il l'ignorait; et que par conséquent il n'avait pas renoncé au droit de s'en prévaloir.

Mais par arrêt du 22 janvier 1825, au rapport de M. Blondel d'Aubers, et sur les conclusions de M. l'avocat-général de Vatimesnil,

« Attendu, sur le moyen proposé par le réclamant, que les condamnés à des peines afflictives et infamantes, ne sont pas compris au nombre de ceux dont l'art. 222 du Code d'instruction criminelle déclare que les dépositions ne pourront être reçues, et qu'aux termes de cet article, l'audition des personnes qu'il désigne, ne peut opérer une nullité, lorsque, soit le procureur-général, soit la partie civile, soit les accusés, ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues;

» Qu'à la vérité, l'art. 28 du Code pénal déclare que quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à temps, du bannissement, de la réclusion ou du carcan, ne pourra jamais déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignemens; mais qu'il suit de la combinaison de cet article avec les dispositions de l'art. 322 du Code d'instruction criminelle, que l'audition d'une personne condamnée à une de ces peines, avec prestation préalable de serment, lorsque, ni la partie publique, ni la partie civile, ni l'accusé ne s'y sont opposés, ne saurait frapper de nullité la procédure dans laquelle elle aurait été entendue;

» Que, dans l'espèce, il n'est ni constaté par le procès-verbal des débats, ni même allégué par le réclamant, qu'il y ait eu, de sa part, opposition à l'audition du témoin Dumoulin, à raison de sa condamnation à une peine afflictive et infamante, ou que, du moins, le fait de cette condamnation ait été allégué;

» La cour rejette le pourvoi..... (1) ».

De ce que, dans le dernier motif de chacun de ces deux arrêts, il est dit que le réclamant n'allègue même pas *que le fait de la condamnation* précédente dont il s'agissait, à une peine afflictive et infamante, *ait été allégué* avant l'audition assermentée de ce témoin, on ne doit sûrement pas conclure que la cour de cassation aurait accueilli le recours qu'elle a rejeté, si le réclamant eût soutenu que l'allégation de ce fait avait eu lieu devant la cour d'assises, quoique d'ailleurs la preuve n'en eût pas été rapportée; car, pour empêcher que le témoin dont il s'agissait ne fût admis à la prestation du serment, il n'aurait pas suffi d'alléguer que ce témoin avait été condamné à une peine afflictive ou infamante, il aurait fallu le prouver.

Mais du moins ne résulte-t-il pas de ce motif, que la cour de cassation eût prononcé tout autrement qu'elle ne l'a fait, s'il eût été constant que la cour d'assises avait, au moment de l'audition assermentée du témoin, connaissance de sa condamnation précédente à une peine afflictive ou infamante, quoique d'ailleurs le réclamant ne se fût pas opposé à cette audition?

Je crois que non, et que la seule conséquence à tirer de ce motif, est que la cour de cassation a voulu dire, non seulement que, quand même le fait de la condamnation précédente du témoin dont il s'agissait, à une peine afflictive ou infamante, eût été prouvé ou tenu pour constant dans les débats, il aurait suffi pour écarter le moyen de nullité que l'on prétendait tirer de son audition sous la foi du serment, que le réclamant ne s'y fût pas opposé, mais encore que la cour d'assises n'avait ni dû ni pu repousser d'office un témoin dont la condamnation précédente à une peine afflictive ou infamante, n'était pas constatée, quoique d'ailleurs elle eût pu ou dû le faire, mais non sous peine de nullité, dans le cas où le fait de cette condamnation eût été prouvé ou reconnu (1).

C'est ce qui résulte clairement de l'arrêt de la cour

---

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, tome 25, page 177.

(1) C'est ainsi, en effet, que M. Carnot raisonne sur l'art. 156 du Code d'instruction criminelle, à propos du cas où, devant un tribunal de police, soit l'ascendant, soit le descendant, soit le frère ou la sœur, soit l'époux du prévenu, a déposé comme témoin sans opposition de la part du prévenu lui-même, ou du ministère public, ou de la partie civile.

Après avoir dit « que l'art. 156 n'a pas voulu que » l'audition d'un témoin reprochable pût vicier la pro» cédure, lorsque le reproche n'aurait pas été proposé » avant son audition; (que) le Code ne pouvait laisser à la volonté du prévenu de se taire sur le repro» che qu'il aurait été dans le cas de proposer, pour » s'en faire, dans la suite, un moyen d'annulation » du jugement qui l'aurait condamné; (et que) si le » prévenu n'a pas proposé contre le témoin le repro» che qu'il était dans le droit de lui faire, c'est à lui » qu'il peut en imputer la faute » il ajoute: « mais » le tribunal pourrait-il, d'*office*, refuser d'entendre » un témoin, parent ou allié du prévenu? L'art. 156 » ne l'autorise ni le défend; et ce que la loi n'auto» rise ni ne défend, peut être fait ou ne l'être pas, » sans qu'on puisse en tirer aucune conséquence fa» vorable ou contraire. »

BIU Cujas

de cassation, du 8 avril 1826, dont l'espèce est rapportée au paragraphe précédent.

En effet, au moment où la femme Arnaud avait déposé sous la foi du serment dans le procès de Delphine Bonnet et de Marianne Brémont, il était bien notoire qu'elle avait été condamnée depuis peu à la réclusion, puisqu'il y avait à peine deux mois qu'avait été rejeté son recours en cassation contre l'arrêt de sa condamnation (1); et il était impossible que la cour d'assises du département du Var l'ignorât, puisque c'était elle-même qui avait rendu cet arrêt, et que c'était de la prison établie près d'elle, que la femme Arnaud avait été extraite pour venir déposer à son audience.

Cependant la cour de cassation ne s'est pas bornée à dire que la femme Arnaud n'était pas incapable de déposer avec prestation de serment, parce qu'elle n'avait pas encore subi sa peine; elle a ajouté, comme motif subsidiaire:

« Attendu d'ailleurs que les demanderesses n'ont jamais formé opposition à l'ordre donné par le président de la cour d'assises, d'entendre la femme Arnaud avec prestation de serment;

» Que, dès-lors, l'audition de ce témoin ne peut, sous aucun rapport, donner ouverture à cassation ».

Et le sens de ce motif subsidiaire est évidemment que, quand même la femme Arnaud eût déjà commencé à subir sa peine, le seul défaut d'opposition de Delphine Bonnet et de Marianne Brémont à ce qu'elle fût entendue sous la foi du serment, eût suffi pour qu'il ne résultât aucune nullité de son audition.

§. X. *Lorsque la partie contre laquelle est produit un témoin précédemment condamné à une peine afflictive ou seulement infamante, autre que la dégradation civique, s'oppose à ce qu'il soit entendu avec prestation de serment, et qu'il est prétendu par la partie adverse que la condamnation n'a pas été exécutée, sans qu'il existe ni qu'il apparaisse aucun moyen d'en vérifier sur-le-champ l'exécution, que doit faire le juge? Doit-il, en présumant que la condamnation n'a pas été exécutée, admettre le témoin produit à la prestation du serment? Doit-il, au contraire, en présumant que la condamnation a reçu son exécution, n'admettre le témoin qu'à donner de simples renseignemens?*

C'est un principe élémentaire qu'un fait dont la preuve n'est pas la conséquence nécessaire ou légale d'un autre fait déjà prouvé, ne se présume pas; que c'est à la partie qui l'allègue, à en fournir la preuve; et que la simple dénégation de la partie à qui on l'oppose, suffit pour le faire regarder comme non existant: *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*, dit la loi 2, D. *de probationibus*. La loi 23 du même titre, au Code, dit également: *Actor quod adserverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cùm* PER RERUM NATURAM FACTUM NEGANTIS PROBATIO NULLA SIT.

Or, l'exécution d'un jugement de condamnation à une peine afflictive ou infamante, est un fait dont la preuve n'est, ni la conséquence nécessaire, ni la conséquence légale du jugement même; et cela est si vrai que l'art. 478 du Code d'instruction criminelle prescrit, pour la constater, des formalités à part, et qui n'ont rien de commun avec celles dont la loi fait dépendre la preuve que le jugement a été rendu.

Cette exécution ne peut donc, en cas de dénégation, être censée avoir eu lieu, qu'autant qu'il en existe une preuve spéciale; et par conséquent point de preuve spéciale de l'exécution du jugement, point de présomption que le jugement a été exécuté.

Cela posé, et en nous reportant au principe établi ci-dessus, §. 8, que les incapacités résultant d'un jugement de condamnation ne sont encourues que par l'exécution de ce jugement, comment pourrait-on refuser au condamné dont il n'est pas prouvé que le jugement ait été exécuté, l'exercice de tous les droits civils et politiques dont il serait impossible de lui contester la jouissance, s'il était constant qu'il n'a pas subi sa peine? Il faudrait, pour cela, attribuer à une cause qui est censée ne pas exister, par cela seul que l'existence n'en est pas prouvée, le même effet qu'elle produirait, si l'existence en était indubitable; il faudrait méconnaître la grande règle *paria sunt in jure non esse et non apparere*.

Aussi est-il généralement reconnu qu'un condamné par contumace, soit à la peine de mort, soit à celle des travaux forcés à perpétuité, soit à celle de la déportation, ne peut être censé, même après qu'il s'est écoulé plus de cinq ans depuis la prononciation de son jugement, avoir encouru la mort civile, qu'autant que l'on rapporte une preuve non équivoque que son jugement a été exécuté par effigie depuis plus de cinq ans (1).

Et quelle raison y aurait-il pour qu'il en fût de la privation partielle des droits civils et politiques, autrement que de la privation totale des mêmes

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, partie 1, page 321.

(1) *V.* l'article *Succession*, §. 11.

BIU Cujas

droits, ou, en d'autres termes, de la mort civile? Il ne peut y en avoir aucune.

Donc, lorsqu'un individu précédemment condamné à une peine afflictive ou infamante, est cité en justice comme témoin, et qu'il est amené ou se présente pour déposer, on ne peut, s'il nie que son jugement ait été exécuté, le traiter comme incapable de prêter serment, à moins que la preuve de l'exécution de son jugement ne soit rapportée.

Donc, recevoir sa déposition sans prestation de serment, ce serait violer les art. 155, 189 et 317 du Code d'instruction criminelle, qui veulent, à peine de nullité, que tout témoin prête, avant de déposer, le serment de dire la vérité.

Donc, et par la même raison, il est clair que, lorsque des lettres de grâce pure et simple ont été accordées à un condamné à une peine afflictive ou infamante, et que l'on ignore si c'est avant ou après l'exécution du jugement qu'elles l'ont été, on doit présumer qu'elles l'ont été avant cette exécution; que, par suite, on doit les regarder non-seulement comme ayant remis la peine, mais encore comme ayant empêché qu'il ne résultât de la condamnation de celui qui les a obtenues, l'incapacité de déposer en justice sous la foi du serment; et par une conséquence ultérieure, que la loi serait violée, si, quoiqu'il soutînt, et que la partie à la requête de qui il a été cité, soutînt avec lui que son jugement n'a pas été exécuté, on ne recevait sa déposition que par forme de renseignement et sans serment préalable.

Il est vrai que, pour rejeter par son arrêt du 6 juillet 1827, rapporté à l'article *Grâce*, §. 1, n° 3, le recours en cassation du nommé Jacquin contre un arrêt de la cour d'assises du département du Jura, qu'il arguait de nullité en ce qu'un témoin à décharge, qu'il avait fait citer, n'avait pas été admis à la prestation du serment avant de déposer, parce qu'il avait été précédemment condamné à une peine afflictive, quoiqu'il eût depuis obtenu des lettres de grâce, la cour suprême ne s'est pas seulement fondée sur le principe que les lettres de grâce pure et simple *ne délient pas celui à qui elles sont accordées, de l'incapacité de témoigner en justice*, et qu'à ce motif elle en a ajouté un ainsi conçu: *Attendu que, dans l'espèce, rien n'établit que le témoin à décharge entendu en vertu du pouvoir discrétionnaire, et auquel on a refusé de l'entendre sous la foi du serment, n'eût pas subi l'exécution de son jugement de condamnation*».

Mais à propos de quoi ce second motif a-t-il été ajouté au premier? C'est ce que n'apprennent ni l'arrêt, ni les auteurs d'après lesquels j'en ai rendu compte à l'endroit cité.

J'ai cru qu'il pourrait se trouver quelques éclaircissemens là-dessus dans les pièces annexées à la minute de l'arrêt; mais mon attente a été trompée.

Les pièces annexées à la minute de l'arrêt, sont le mémoire en cassation de Jacquin, et les observations faites sur le contenu de ce mémoire par le procureur du roi près la cour d'assises du département du Jura.

Dans son mémoire en cassation, Jacquin présentait en ces termes la nullité dont il arguait l'arrêt de sa condamnation:

Le sieur Étienne Prost, témoin cité à la requête de l'accusé, n'a point été admis à la prestation du serment, sous prétexte qu'il avait subi, en 1816, *une condamnation. Cependant, à l'audience même, ce témoin annonça, ce qui ne fut point contredit par le ministère public, qu'il n'avait point subi sa condamnation, ayant obtenu grâce entière. Il devait donc jouir de tous ses droits civils.*

Et voici ce que répondait le procureur du roi à ce moyen:

« Étienne Prost a été condamné à douze années de travaux forcés, par la cour d'assises du département du Jura, le 29 septembre 1817.

» A la vérité, le roi a daigné lui accorder remise de cette peine; ce fait n'a pas été contesté aux débats par le ministère public; mais les lettres de grâce qui paraissent avoir été enregistrées en 1818 à la cour royale de Besançon, n'ont pas été transcrites au greffe du tribunal de Lons-le-Saulnier, et n'ont été produites à l'audience du 4 juin dernier, ni par l'accusé, ni par Étienne Prost. Il n'était par conséquent pas prouvé, rien même ne faisait présumer, que la grâce accordée à ce dernier eût été accompagnée de sa réintégration dans ses droits politiques et civils.

» *Il résulte du procès-verbal des débats que l'accusé n'a fait aucune réquisition tendant à ce que ce témoin prêtât serment.* Dès-lors, aux termes de l'art. 28 du Code pénal, dont les dispositions s'appliquent à tout condamné, il ne pouvait donner à la justice que de simples renseignemens; dès-lors, le président de la cour d'assises n'a violé aucune loi, et s'est, au contraire, conformé à l'article précité, en n'admettant pas, *ensuite de l'opposition du ministère public*, Étienne Prost à déposer comme témoin, sous la religion du serment».

Ainsi, deux faits bien constans: d'une part, le ministère public s'était opposé, dans les débats, à ce que le témoin Étienne Prost déposât sous la foi du serment; de l'autre, l'accusé Jacquin n'avait fait aucune réquisition contraire à celle du ministère public.

L'accusé Jacquin avait donc reconnu, devant la cour d'assises, que son témoin à décharge n'avait obtenu ses lettres de grâce qu'après un commence-

BIU Cujas

ment d'exécution de l'arrêt qui l'avait condamné à la peine des travaux forcés à temps ; et, dès-là, il était évidemment non-recevable à soutenir le contraire devant la cour de cassation.

Aussi ne le soutenait-il pas. Il disait bien qu'Étienne Prost *avait annoncé* devant la cour d'assises, sans que cela eût été *contredit par le ministère public, qu'il n'avait point subi sa condamnation, ayant obtenu grâce entière.* Mais qu'entendait-il et que pouvait-il entendre par-là ? Rien autre chose sans doute, si ce n'est qu'Étienne Prost avait annoncé devant la cour d'assises, qu'il n'avait pas été employé aux travaux forcés ; car, s'il eût voulu dire qu'Etienne Prost avait annoncé devant la cour d'assises qu'il n'avait point subi *l'exposition* qui formait le commencement de l'exécution de sa peine, il n'aurait pas pu ajouter que le ministère public n'avait point, à cet égard, contredit Étienne Prost, puisque le ministère public s'était expressément opposé à ce que celui-ci fût entendu sous la foi du serment, et qu'il n'avait pu fonder son opposition que sur le fait bien notoire à Lons-le-Saulnier, siége de la cour d'assises du département du Jura, et dont la preuve légale existait d'ailleurs au greffe de cette cour, qu'Étienne Prost avait effectivement subi l'exposition à laquelle il avait été condamné, en même temps qu'aux travaux forcés, le 29 décembre 1817.

Mais, dès-lors, je reviens à ma question : à propos de quoi est-il dit dans l'arrêt de la cour de cassation, du 6 juillet 1827, que *rien n'établissait que le témoin à décharge n'eût pas subi l'exécution du jugement* qui l'avait condamné ? C'est ce qu'il me paraît impossible d'expliquer d'une manière satisfaisante ; car bien certainement l'arrêt ne veut pas dire que le défaut de preuve de la non-exécution de la condamnation prononcée contre Étienne Prost, le 29 décembre 1817, équipolle à la preuve directe de son exécution. Le moyen, en effet, qu'une erreur aussi grave soit échappée à la cour de cassation ! Ce serait, en d'autres termes, lui imputer d'avoir mis en principe qu'un individu condamné par contumace, depuis plus de cinq ans, à une peine perpétuelle, doit être réputé mort civilement, par cela seul qu'il se borne à nier que sa condamnation a été exécutée par effigie, et que c'est à lui à prouver sa dénégation ; paradoxe que l'on ne peut pas prêter sérieusement à des magistrats éclairés.

§. XI. *L'amnistie qu'obtient un condamné par contumace à une peine afflictive ou infamante, par un arrêt qui a reçu son exécution en effigie, fait-elle cesser son incapacité de porter témoignage en justice ?*

On a vu dans le paragraphe précédent et à l'article *Grâce*, §. 1, n° 3, que l'incapacité du condamné à une peine afflictive ou infamante, par un arrêt contradictoire qui a reçu son exécution, survit aux lettres de grâce pures et simples qu'il obtient ensuite de la clémence du prince ; et il semblerait à la première vue qu'il dût en être, à cet égard, du condamné par contumace, comme du condamné contradictoirement.

Mais en y réfléchissant, on aperçoit bientôt une grande différence entre l'un et l'autre.

Le condamné contradictoirement est placé par l'exécution qu'a reçue l'arrêt de sa condamnation, dans un état fixe et absolu d'incapacité dont il ne peut pas plus sortir par l'effet de lettres de grâce qui se bornent à faire cesser sa peine, qu'il n'en sortirait par la seule expiration du temps que sa peine devrait durer, si elle n'était que temporaire ; et la raison en est simple : c'est que sa condamnation, par cela seul qu'elle est contradictoire, est irrévocable de sa nature, et que par conséquent elle subsiste même après qu'il a subi la peine qu'elle lui a infligée, ou qu'après avoir commencé à la subir, il a été dispensé de la subir en entier.

Il en est tout autrement du condamné par contumace. Sa condamnation, quoiqu'exécutée en effigie, ne laisse pas d'être résoluble, tant qu'elle n'est pas suivie d'un laps de vingt ans ; elle s'anéantit, de plein droit, si, dans les vingt ans, il est constitué ou se constitue volontairement prisonnier ; et l'on sent assez que, dans l'un et l'autre cas, l'anéantissement de la condamnation emporte l'anéantissement de l'incapacité que l'exécution figurative en a produite. Or, que fait l'amnistie qui survient après l'exécution en effigie de la condamnation ? Bien évidemment elle fait l'équivalent de ce que ferait l'arrestation ou la représentation volontaire du condamné. Elle abolit donc la condamnation ; elle replace donc, de plein droit, le condamné dans le même état que si la condamnation n'avait pas eu lieu.

Aussi, pour faire casser un arrêt de la cour d'assises du département de la Moselle qui les condamnait à dix ans de réclusion, Samuel Dalsace et Jacques Demanche se sont-ils vainement prévalus de ce que, parmi les témoins entendus dans les débats, s'était trouvé le nommé Frantz, qui avait été précédemment condamné par contumace à la peine de mort, mais auquel s'appliquait une amnistie proclamée depuis son jugement. Par arrêt du 20 juin 1829, au rapport de M. Brière, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris, ce moyen de cassation a été rejeté, *attendu qu'en supposant l'identité du témoin Frantz avec l'individu portant le même nom, condamné à mort par contumace, ce condamné aurait recouvré, par l'amnistie postérieure, l'exercice des droits dont il aurait été privé par l'art. 28 du Code pénal...* (1).

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 34, page 362.

BIU Cujas

§. XII. 1° *Le juge d'instruction d'un tribunal de première instance siégeant dans une ville où il existe un conseil de guerre permanent, est-il tenu de déférer à la commission rogatoire qui lui est adressée d'une autre ville, par le capitaine-rapporteur d'un autre conseil de guerre permanent, à l'effet d'entendre des témoins partie militaires et partie non militaires?*

2° *Est-il du moins tenu d'entendre les témoins non militaires qui lui sont désignés dans la commission rogatoire?*

Voici une espèce dans laquelle la cour de cassation vient de juger ces deux questions pour la négative.

Le 31 décembre 1829, le capitaine-rapporteur du deuxième conseil de guerre permanent de Brest, adresse au juge d'instruction du tribunal de première instance de Rennes, une commission rogatoire pour entendre, en cette ville, dix témoins qui y résident, et dont cinq seulement sont militaires.

Le 12 janvier 1830, ordonnance par laquelle le juge d'instruction déclare, au bas de cette commission rogatoire, qu'il se regarde comme incompétent pour en remplir l'objet: 1° par des motifs d'économie; 2° parceque l'art. 84 du Code d'instruction criminelle ne concerne que les juges d'instruction entre eux; 3° parcequ'aucune loi n'autorise les rapporteurs des conseils de guerre à déléguer les juges d'instruction pour entendre des témoins qu'ils ne sont pas à portée d'entendre eux-mêmes; et en conséquence, ordonne que la commission rogatoire dont il s'agit, sera, à la diligence du procureur du roi, renvoyée au lieutenant-général commandant la 13e division militaire.

Le procureur du roi, au lieu d'exécuter cette ordonnance, y forme opposition devant la chambre d'accusation de la cour royale de Rennes (1), et soutient,

1°. Que le juge d'instruction, en se déclarant incompétent, a violé l'art. 84 du Code d'instruction criminelle; qu'en effet, les capitaines-rapporteurs remplissent, près les conseils de guerre, les fonctions de juges d'instruction, et que par conséquent ils ont avec les juges d'instruction des tribunaux ordinaires, les mêmes rapports que ceux-ci ont entre eux;

2°. Qu'en tout cas, le juge d'instruction a excédé ses pouvoirs, en ordonnant le renvoi de la commission rogatoire à une autorité autre que celle qui la lui avait adressée.

Le procureur général de la cour royale de Rennes conclut, de son côté, à ce qu'il soit dit que le juge d'instruction a été valablement saisi par la commission rogatoire, relativement aux témoins non militaires; qu'en conséquence, il sera tenu de les entendre; et que, pour le surplus, la commission rogatoire sera renvoyée au capitaine-rapporteur de Brest, pour être pris par lui telles mesures légales qu'il trouvera convenables pour l'audition des témoins militaires.

Par arrêt du 21 janvier 1830, la chambre d'accusation accueille l'opposition du procureur du roi, en tant qu'elle a pour objet de faire annuler le renvoi de la commision rogatoire à une autorité autre que celle qui en avait saisi le juge d'instruction; mais attendu que les capitaines-rapporteurs n'ont le droit de déléguer les juges d'instruction que dans le cas où il n'existe pas de conseil de guerre sur les lieux, confirme la disposition principale de l'ordonnance.

Recours en cassation contre cet arrêt, de la part du procureur général.

« La cour royale de Rennes (dit-il) a jugé qu'un conseil de guerre se trouvant à Rennes, c'était au rapporteur près ce conseil que celui de Brest devait adresser sa commission rogatoire, parceque les juges militaires ont le droit d'entendre les témoins non militaires, comme les témoins militaires.

» Il n'y a pas de difficulté sur ce droit; mais de ce principe vrai, la cour a tiré une conséquence forcée, en déclarant que, par suite de cette faculté, les rapporteurs ne pouvaient déléguer que leurs collègues, dans les lieux où il s'en trouvait, pour entendre toute espèce de témoins.

» En effet, la cour royale a reconnu, en principe, que les rapporteurs avaient la plénitude des pouvoirs et attributions des juges d'instruction. Quelle est la conséquence naturelle de ce principe? C'est qu'ils peuvent saisir le juge civil, comme le juge militaire, pour faire ceux des actes de leur compétence qu'ils ne peuvent remplir par eux-mêmes.

» Une seule exception a été apportée à cette latitude par la loi du 18 prairial an 2, qui dispose que, lorsqu'il y a lieu d'entendre des militaires en activité de service, en garnison dans les lieux où il y a un conseil de guerre, les juges civils, comme les juges militaires, doivent déléguer les rapporteurs de ces conseils. On en conçoit facilement les motifs: le bien du service et la hiérarchie militaire exigent que le moins possible, l'homme sous le drapeau en soit éloigné, et ne connaisse, autant que possible, d'autre pouvoir que celui de ses chefs.

» Mais cette exception est la seule portée par la loi à la faculté qu'ont les rapporteurs de déléguer le juge civil, comme le juge militaire; et il n'est pas permis aux tribunaux de suppléer au silence de la

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Juge d'instruction*, n° 4.

BIU Cujas

loi, surtout lorsqu'il s'agit d'établir une dérogation à la règle générale.

» Ainsi donc, au cas particulier, le rapporteur de Brest pouvait déléguer, soit le juge d'instruction de Rennes, soit le rapporteur au siége de cette ville, surtout alors qu'il y avait mi-partie de témoins ressortissant de chacun de ces juges. Mais une fois le juge d'instruction de Rennes, légalement saisi, conformément à l'art. 84 du Code d'instruction criminelle, il ne pouvait se dispenser d'entendre les témoins non militaires; il ne pouvait examiner si le rapporteur à Rennes était aussi compétent, et se faire juge du choix de son mandant; en un mot, il devait exécuter la commission rogatoire en tout ce qui était de ses attributions.

» En suivant cette marche, la seule légale, le juge d'instruction de Rennes, loin de s'immiscer *sans nécessité* dans une juridiction étrangère, n'aurait fait qu'accomplir un mandat que la loi l'empêchait de refuser; et en associant la juridiction commune à la juridiction exceptionnelle, il n'aurait fait que remplir le vœu de la loi, qui est de faire ressortir chacun de son juge naturel.

» Admettre le système professé par l'arrêt attaqué, serait donc établir une exception là où la loi n'en fait pas, détruire l'ordre des juridictions, remplacer la loi par la volonté du juge, et détruire une jurisprudence constante, et un principe que, dans les nouveaux projets du Code de justice militaire, on a cherché encore à étendre davantage ».

Mais par arrêt du 11 février 1830, au rapport de M. de Ricard, et sur les conclusions de M. Voysin de Gartempe, avocat-général,

« Vu les art. 2 et 3 de la loi du 18 prairial an 2 et 13 de la loi du 13 brumaire an 5;

» Attendu qu'en jugeant qu'un juge d'instruction n'est pas tenu de procéder à l'audition des témoins militaires ou non militaires en vertu d'une commission rogatoire à lui adressée par un capitaine-rapporteur, lorsqu'il y a un conseil de guerre permanent dans le lieu où les témoins désignés doivent être entendus, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi ».

§. XIII. *Autres questions sur les témoins judiciaires.*

V. les articles *Enquête* et *Preuve*.

Page 226, *col.* 2, *après la ligne* 5 (1), *ajoutez ce qui suit :*

TERME *A QUO*. *Doit-on, hors des cas déterminés par l'art.* 1033 *du Code de procédure civile, ou par des lois spéciales, comprendre dans un délai légal ou conventionnel, le jour du terme* à quo, *c'est-à-dire, le jour à compter duquel ce délai commence à courir?*

J'ai soutenu la négative à l'article *Délai*, §. 4 *bis*, n° 3; et voici un arrêt de la cour de cassation à ajouter à ceux que j'ai invoqués à l'appui de mon opinion, tant dans le même article, que dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Prescription*, sect. 2, §. 2, n° 3.

Le 28 avril 1808, décès du sieur Lelièvre de Lagrange.

Le 21 septembre suivant, le sieur Boivin, son exécuteur testamentaire, fait, au bureau de l'enregistrement de Melun, la déclaration prescrite par la loi du 22 frimaire an 7 pour la perception du droit de mutation.

Le 10 septembre 1810, la régie de l'enregistrement présente au tribunal civil de Melun une requête par laquelle, prétendant que les biens compris dans cette déclaration, n'y sont pas portés à leur juste valeur, elle demande, en vertu de l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7, qu'ils soient estimés par experts.

Le 18 du même mois, jugement qui donne acte à la régie de sa demande, et ordonne la signification de sa requête, ainsi que du jugement lui-même, aux héritiers de Lagrange.

Cette signification est faite le 20, mais l'exploit n'en est enregistré que le 21.

Les héritiers partent de là pour soutenir que l'action de la régie est prescrite, parceque le terme de deux ans dans lequel sa requête devait être signifiée, était expiré le 20 septembre.

La régie répond qu'il eût été expiré en effet, si l'on eût dû y comprendre le 21 septembre 1808, jour de la déclaration faite par l'exécuteur testamentaire; mais que cela était impossible, d'après l'adage, *dies termini à quo non computatur in termino*.

Le 26 août 1812, jugement qui déclare la régie non-recevable, attendu que le délai de deux ans que lui accordait l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7, pour requérir l'estimation des biens, avait couru du jour même de la déclaration de l'exécuteur testamentaire; que par conséquent il avait fini le 20 septembre 1810; et que, dès-lors, il était évidemment expiré le jour où la signification de la requête de la régie avait été enregistrée.

La régie de l'enregistrement se pourvoit en cassation, et sa requête est admise. Mais, après une dis-

(1) *Page* 186, *col.* 2, *ligne* 40 (2e édition).

BIU Cujas

cussion contradictoire, arrêt du 12 octobre 1814, au rapport de M. Cochard, sur les conclusions de M. l'avocat-général Giraud-Duplessis, et à la suite d'un délibéré en la chambre du conseil, par lequel,

« Vu l'art. 61 et l'art. 25 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Attendu 1° qu'aux termes dudit art. 61, il y a prescription pour la demande d'un droit d'enregistrement, après deux années à compter du jour de l'enregistrement d'une fausse évaluation dans une déclaration de biens composant une succession, et pour la constater par voie d'expertise;

» 2°. Qu'il est constant et reconnu, en fait, que la déclaration faite par le sieur Boivin, avoué, exécuteur testamentaire du sieur Lelièvre de Lagrange, pour et au nom de la veuve et des héritiers de celui-ci, a été par lui faite au bureau de l'enregistrement à Melun, le 21 septembre 1808;

» Que la requête tendant à obtenir une expertise, signifiée par les administrateurs de la régie aux héritiers de Lagrange, le 20 novembre 1810, n'a été enregistrée que le 21 du même mois;

» 3°. Qu'à cette date, le délai de la prescription était expiré depuis le 20, puisqu'aux termes dudit art. 61, cette espèce de prescription commence à courir du jour de l'enregistrement de ladite déclaration, qui avait été faite le 21 du mois de septembre 1808;

» D'où il suit que le 20 septembre 1810 était le dernier jour pour demander ladite expertise; que ledit art. 25 qui porte que, dans les délais fixés par les articles précédens pour l'enregistrement des actes et des déclarations, le jour de la date dudit acte ou de l'ouverture de la succession ne sera point compté, est inapplicable à l'espèce actuelle, puisqu'il n'a d'autre objet que celui de déterminer le point duquel doit partir le délai qu'il accorde à ceux qui sont passibles du droit d'enregistrement à acquitter dans le cas par lui présenté, tandis que l'art. 61 n'est relatif qu'à la prescription des mêmes droits, dans les cas par lui désignés, pour le recouvrement desquels il n'accorde qu'un délai de deux ans, à compter du jour de leur échéance ou de la déclaration faite au bureau d'enregistrement; ce qui démontre clairement que le jour de la remise de ladite déclaration audit bureau, fait partie de l'intervalle de deux ans accordé par ledit article à la régie de l'enregistrement pour faire le recouvrement desdits droits;

» 4°. Que ledit art. 25 a ses limites naturelles qu'il n'est pas permis de franchir, qu'il doit être restreint aux cas spécifiés dans les articles qui le précèdent, et qu'il ne peut être étendu à ceux prévus et réglés par ledit art. 61;

» D'où il suit que le tribunal de Melun, en rejetant la demande de la régie, loin d'être contraire audit art. 25, l'a très-judicieusement écarté comme étranger et inapplicable à l'espèce, et qu'il a fait, au contraire, l'application la plus juste dudit art. 61 de ladite loi du 22 frimaire an 7;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi..... ».

TERRAGE, § III. *Page* 243, *col.* 2, *ligne* 34 (1), *après les mots* Louis XIV, *ajoutez en note :*

Au lieu de, *avant les conquêtes de Louis XIV*, j'aurais dû dire (d'après les renseignemens historiques qui se trouvent à l'article *Secondes noces*, §. 4), *avant la soumission du Cambresis au roi d'Espagne, Philippe II, comte de Hainaut.* Mais cela était indifférent à la question qu'il y avait à résoudre dans cette affaire, parce que *les deux droits de terrage* qui en étaient l'objet, existaient comme *fief ample*, relevant du comté de Hainaut, long-temps avant que la souveraineté de cette province et celle du Cambresis fussent réunies dans la même main.

Page 256, *col.* 1, *ligne pénultième* (2), *après les mots* Louis XIV, *ajoutez en note :*

Sur ces termes, *avant les conquêtes de Louis XIV*, *V.* la note qui se trouve au commencement des conclusions qui ont précédé cet arrêt.

TESTAMENT, § I. *Page* 256, *col.* 2, *après la ligne* 42 (3), *ajoutez :*

2° *Le testament par lequel, sous le Code civil, un mineur, âgé de plus de* 16 *ans, a disposé de tout ce dont la loi lui accordait la disposition, confère-t-il au légataire, lorsque le testateur est décédé en majorité, tous les biens dont celui-ci aurait pu disposer à cette époque?*

I. Sur la première question, j'ai établi, etc.

Page 257, *col.* 2, *après la ligne* 7 (4), *ajoutez :*

II. La seconde question, déjà jugée pour la négative par un arrêt de la cour de cassation du 30 août 1820, dont je crois avoir complétement justifié la décision dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 1, §. 6, n° 1, l'a encore été depuis dans le même sens, par la cour supérieure de justice de Bruxelles, au sujet d'un testament par lequel Ferdinand de la Barre, âgé de plus de seize ans, mais mineur de vingt-et-un, avait légué à sa

(1) *Page* 203, *col.* 1, *ligne dernière* (2e édition).
(2) *Page* 215, *col.* 2, *ligne* 48 (2e édition).
(3) *Page* 216, *col.* 1, *ligne* 28 (2e édition).
(4) *Page* 216, *col.* 2, *ligne* 53 (2e édition).

BIU Cujas

mère tout ce *dont la loi lui permettait et lui permettrait de disposer.*

Le testateur étant mort en majorité, il s'est agi, pour déterminer les droits qui appartenaient dans sa succession, à un enfant naturel qu'il avait reconnu légalement, de savoir quel était l'effet du legs universel dont il avait gratifié sa mère.

La dame de la Barre a prétendu que, son fils étant décédé majeur, son testament, quoique fait en minorité, devait avoir le même résultat que s'il eût été fait en majorité.

Mais ce système a été rejeté par le tribunal de première instance de Bruxelles; et sur l'appel, le jugement de ce tribunal a été confirmé par arrêt du 27 juillet 1827,

« Attendu que le testament de feu Ferdinand de la Barre, dont s'agit, a été fait dans le temps que ledit testateur était âgé de plus de seize ans, mais encore mineur;

» Que par suite de la disposition législative contenue dans l'art. 904 du Code déjà cité, il n'a pu disposer, par son testament susdit, que de la moitié de ce dont il aurait pu disposer étant majeur;

» Que la disposition susmentionnée de l'art. 904 a eu évidemment en vue la personne du mineur et non les biens;

» Que cela paraît incontestable, si l'on considère que le motif qui a déterminé le législateur à faire cette disposition, se trouve dans la personne et non dans les biens;

» Que la disposition dudit art. 904 n'est, en définitive, autre chose qu'une partie de celle qui se présente dans l'art. 903, qui précède;

» Enfin, que l'art. 904 se trouve, non au chapitre où la loi traite de la quotité des biens dont on peut disposer, mais bien au chapitre qui porte pour rubrique, *de la capacité de disposer*, et où l'on traite uniquement de la capacité qui concerne la personne;

» Que la simple circonstance que feu Ferdinand de la Barre était déjà devenu majeur lorsqu'il est décédé, ne peut donner au testament un effet opérant sur la disposition en son entier, parceque, ainsi que le porte la loi 201, D. DE REGULIS JURIS, *omnia quæ ex testamento proficiscuntur, ità statum eventûs capiunt, si initium quoque sine vitiò ceperint;* ou comme la loi 1, D. DE REGULA CATONIANA, *quod si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere* (1)».

La dame de la Barre s'est pourvue en cassation contre cet arrêt, devant deux des chambres de la même cour qui n'y avaient pris part, suivant la forme provisoirement établie dans le royaume des Pays-Bas, mais inutilement.

Par arrêt du 3 janvier 1829,

« Attendu que la loi règle et limite sous deux rapports la faculté de disposer de sa succession par acte de dernière volonté, savoir, 1° quant à la capacité des personnes, nécessaire pour tester ou recevoir par testament; et 2° quant aux biens dont on peut disposer; que le chapitre 2 comprend spécialement les règles relatives au premier point; tandis que celles relatives au second sont l'objet spécial du chapitre 3, titre 2 du Code civil; qu'ainsi le chapitre 2 est borné au statut personnel, et le 3e au statut réel;

» Attendu que l'art. 904 de ce Code n'est qu'une suite nécessaire de l'art. 903, puisqu'il a pour but de modifier, à l'égard du mineur parvenu à l'âge de seize ans, l'incapacité absolue de tester établie par l'art. 903, en lui permettant, au moyen de la capacité incomplète qu'il lui accorde, la faculté de disposer d'une partie de sa succession par testament;

» Attendu que la disposition de l'art. 904 n'a pour objet que la capacité personnelle et l'intérêt du mineur, et ne peut aucunement être assimilée à la faculté de disposer librement d'une certaine portion de ses biens en faveur de quelques personnes, parceque le premier cas se trouve limité *ratione ætatis*, et par suite appartient nécessairement au statut personnel, tandis que le deuxième appartient au statut réel, et qu'il ne peut jamais y avoir concours de ces deux statuts;

» Attendu que, d'après ce qui précède, les effets du testament que le mineur peut faire, étant limités en raison de sa capacité incomplète, ne peuvent être étendus, sous le prétexte qu'ayant depuis atteint sa majorité, il aurait pu disposer par testament de l'intégralité de sa succession; parce que le testament qu'il avait fait antérieurement, et dont les effets étaient limités en raison de la capacité incomplète du testateur, ne peut en produire d'autres que ceux que la loi lui attribuait à l'époque de sa confection;

» Attendu que de tout ce qui précède, il suit que l'arrêt attaqué a donné une juste interprétation des art. 903 et 904 du Code civil; que, par suite, il a fait une juste application de ce dernier article, ainsi que des art. 756 et 757;

» Par ces motifs, la cour, ouï le rapport de M. le conseiller Domis et M. l'avocat-général Spruyt en son avis conforme, rejette le pourvoi..... (1)».

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1828, tome 1, page 328.

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1829, tome 1, page 461.

BIU Cujas

§. III. *Même page et même col., supprimez les lignes* 38 *à* 41 (1), *les mots* §. III. 1° *exceptés, et substituez-y ce qui suit :*

Pouvait-on et devait-on, avant le Code civil, être admis, dans tous les cas, à prouver par témoins qu'un testateur dont l'interdiction n'avait été ni prononcée ni même poursuivie, était en démence lorsqu'il avait fait son testament?

2° *Le peut-on aujourd'hui?*

3° *Pour être admis, etc.*

Même page et même col., après la ligne 45 (2), *ajoutez ce qui suit :*

4° *Le suicide forme-t-il par lui-même une preuve ou une présomption suffisante d'aliénation d'esprit; et doit-on, en conséquence, annuler, comme fait en état de démence, le testament qui, de la part de son auteur, a été immédiatement précédé d'une tentative de suicide, ou immédiatement suivi d'un suicide effectif?*

I. La première et la troisième de ces questions font la matière des conclusions suivantes, que j'ai données à l'audience de la cour de cassation, section des requêtes, le 22 nivôse an 9 :

« Les cit. Bysson et consorts vous demandent, etc.

Page 261, *col.* 2, *supprimez les lignes* 11 *et* 12 (3), *et substituez-y ce qui suit :*

II. La seconde question est traitée dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 1, §. 1, art. 1, où l'on trouvera en même temps, sur la première, beaucoup plus de développemens que dans le précédent n°.

III. Que le suicide soit condamné par la morale et la religion, cela n'est pas douteux.

Que quelquefois il soit l'effet d'une aliénation mentale, une funeste expérience ne le prouve que trop.

Mais que, pour établir qu'un testateur était en démence au moment où il a fait ses dernières dispositions, il suffise de justifier qu'il avait tenté de se suicider quelques instans auparavant, ou qu'il s'est suicidé, en effet, quelques instans après, c'est ce qu'on ne peut raisonnablement soutenir; et c'est cependant ce que l'on a fait, mais infructueusement, depuis peu.

En 1820, le sieur de B... meurt, laissant un testament olographe qu'il avait fait immédiatement après avoir tenté de se suicider.

Ses héritiers *ab intestat* demandent la nullité de cet acte, sous le prétexte que le sieur de B... était en démence au moment où il l'avait rédigé et signé; et la seule preuve qu'ils en donnent, est qu'il venait d'attenter lui-même à sa vie.

Jugement qui rejette leur demande, et ordonne l'exécution du testament.

Appel à la cour royale de Caen; mais par arrêt du 3 février 1826,

« Considérant que rien ne démontre, et qu'on n'a pas même articulé qu'antérieurement à cet acte (au testament), le sieur de B... eût donné le moindre signe d'aliénation d'esprit; que la tentative de suicide dont les héritiers se font un moyen, n'est pas, par elle-même, la preuve qu'elle fût l'effet de la démence; qu'il est des cas où des hommes se donnent la mort dans un accès d'égarement d'esprit et de folie; qu'il en est aussi où l'homme, jouissant de toute sa raison, mais excité par le seul ennui de la vie, par l'impatience de la douleur ou l'adversité de la fortune, se porte le coup mortel; que les anciennes lois distinguaient ces deux cas dans l'application des peines relatives aux suicides; qu'ainsi, on s'exposerait à commettre des erreurs graves, si l'on admettait indistinctement, comme preuve suffisante de la démence, le fait de la tentative de suicide;

» Considérant, à cet égard, que, soit qu'on s'attache au matériel, au style et à la composition de l'acte de 1820, soit qu'on se porte aux motifs qui ont pu déterminer le sieur de B... à donner à l'enfant qu'il chérissait un gage de son affection, et à sa famille un témoignage de son souvenir et de son attachement, loin d'y trouver des aberrations d'esprit, tout annonce, au contraire, que cette opération a été le résultat d'une sage et mûre réflexion;

» Considérant de plus qu'il résulte des pièces mêmes produites par les appelans, que les mesures prises envers la personne du sieur de B..., après l'événement, ne tendaient qu'à le détourner du fatal projet de s'ôter la vie; qu'elles se rapportent à ce fait unique; mais qu'il paraît assez évident que, se voyant préservé du danger qu'il venait de courir, et néanmoins, en craignant les suites, il reprit son sang-froid et se détermina à rédiger l'acte qu'il qualifia lui-même, sur le repli de la feuille qui le contenait, de dernières dispositions;

---

(1) *Page* 217, *col.* 1, *ligne* 25 (2e édition).

(2) *Tome* 6, *page* 763, *col.* 2, *ligne* 30, (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 764, *col.* 1, *ligne* 6 (2e édition).

BIU Cujas

» La cour met l'appellation au néant.... (1) ».

Le 18 juin 1824, le sieur Baron, ancien officier de marine, vivant à Marseille dans une honnête aisance, entouré de la considération publique, et jouissant d'une parfaite santé, se donne la mort.

Près de lui sont trouvés 1° un testament olographe par lequel il institue la *demoiselle Ponge* sa légataire universelle; 2° une lettre par laquelle il annonce à la demoiselle Ponge ce qu'il vient de faire pour elle, et l'intention qu'il a de mettre fin à son existence; 3° une espèce de manifeste dans lequel il déclare que les contradictions qu'il éprouve, lui rendent la vie insupportable, et qu'il va la terminer.

Le frère du testateur attaque le testament comme l'ouvrage d'un homme privé de la raison.

Le 25 avril 1825, jugement du tribunal de première instance de Marseille, qui déclare le testament valable; et sur l'appel de l'héritier, arrêt de la cour royale d'Aix, du 29 août de la même année, qui le confirme,

« Attendu qu'il est inutile d'examiner le suicide dans ses rapports avec la religion et la morale; qu'il n'est pas douteux que *cet acte de frénésie* blesse l'une et l'autre; mais qu'il n'en résulte aucune conséquence ayant influence sur la décision du procès;

» Qu'il ne prouve pas un état habituel de démence; qu'il établit, tout au plus, la perte momentanée de la raison; que cependant, pour l'interdiction, c'est un état habituel de démence que la loi exige; que celui qui, dans un moment de délire, s'est donné la mort, pouvait auparavant avoir conservé la faculté de raisonner sur tous les actes de la vie civile ».

Recours en cassation contre cet arrêt de la part de l'héritier, qui le dénonce comme violant l'art. 901 du Code civil, en ce que, tout en reconnaissant que le suicide est *un acte de frénésie*, et qu'*il établit la perte momentanée de la raison* dans la personne qui s'y livre, il déclare valable un testament fait immédiatement avant le suicide, et, pour ainsi dire, dans le même instant.

Mais par arrêt du 11 novembre 1819, au rapport de M. de Ménerville, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt qu'à l'époque de son testament, Isidore Baron était capable de tester; et que, ce fait une fois reconnu, l'incapacité opposée par le demandeur, ne saurait entrer dans l'examen de la cour....;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».

La manière dont est motivé cet arrêt, ne répond pas bien nettement au moyen de cassation de l'héritier; peut-être aurait-il été plus exact de dire, avec l'arrêt de la cour royale de Caen, du 3 février 1826, qu'à la vérité, le suicide peut être *un acte de frénésie*, et par conséquent former par lui-même une preuve de *la perte de la raison* dans le moment où il s'exécute, comme dans celui qui le précède immédiatement ou en suit immédiatement la tentative; mais qu'il peut aussi avoir lieu de la part d'une personne qui jouit de toutes ses facultés intellectuelles; que, sans doute, cette personne fait un mauvais usage de sa raison en adoptant et mettant en pratique les principes de certains philosophes sur la légitimité du suicide; mais que raisonner mal et perdre la raison ne sont pas la même chose; qu'ainsi, ni le suicide ni la tentative de suicide ne sont des présomptions suffisantes d'aliénation mentale.

§. III *bis*. *L'interdiction légale dont l'art. 29 du Code pénal frappe les condamnés aux peines des travaux forcés à temps ou de la réclusion, les rend-elle incapables de tester pendant la durée de ces peines* ?

M. Carnot n'en doute pas. Après avoir dit, sur l'art. 29 du Code pénal, que l'interdiction prononcée par cet article, n'a que la durée de la peine, il ajoute : *le condamné se trouve, par suite de son interdiction légale, dans l'incapacité.... de faire aucune disposition de ses biens..... à cause de mort.*

Mais cette doctrine paraît fort hasardée.

Sans doute, la faculté de tester est aujourd'hui ce qu'elle était sous l'ancienne jurisprudence, c'est-à-dire, une concession de la loi, un droit purement civil; et c'est par cette raison que l'art. 25 du Code civil la comprend, en termes exprès, dans la nomenclature des droits civils dont il déclare que le mort civilement encourt la privation.

Mais, d'une part, le condamné à la peine des travaux forcés à temps ou à celle de la réclusion, n'est pas pour cela mort civilement.

D'un autre côté, l'art. 28 du Code pénal le prive bien pour toujours de ses droits politiques et de quelques droits civils qu'il énumère; mais il ne le

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, partie 2, page 265.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1829, page 383.

BIU Cujas

prive pas nommément du droit de tester, et il ne faut pas oublier qu'aux termes de l'art. 902 du Code civil, *toutes personnes peuvent disposer..... par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables.*

Or, placer, comme le fait l'art. 29 du Code pénal, les personnes condamnées, soit aux travaux forcés à temps, soit à la réclusion, dans un état d'interdiction légale, est-ce les déclarer de plein droit incapables de tester? Il me paraît évident que non.

D'abord, le mineur non émancipé est certainement en état d'interdiction légale; et cependant l'art. 904 porte que, parvenu à l'âge de 16 ans, il pourra disposer par testament de la moitié des biens dont il aurait la libre disposition, s'il était majeur.

Ensuite, l'interdiction légale dont la loi frappe un condamné pendant la durée de sa peine, n'est pas et ne peut pas être d'une autre nature que l'interdiction judiciaire qui est prononcée pour cause de fureur, de démence ou d'imbécillité. Or, l'interdit pour cause de fureur, de démence ou d'imbécillité, est-il, à ce seul titre, incapable de faire un testament? Non, ce n'est point parcequ'il est interdit, qu'il en est incapable; c'est uniquement, comme je l'ai prouvé dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 1, §. 1, art. 1, n° 6, à raison de la cause de son interdiction; et cette cause venant à cesser, son incapacité cesse de plein droit, quoique d'ailleurs son interdiction continue de subsister jusqu'à ce qu'elle ait été levée par un jugement. Il est vrai que, sous le Code pénal de 1791, le condamné, soit à la peine des travaux forcés à temps, soit à celle de la réclusion, était, pendant toute la durée de cette peine, incapable de tester; mais pourquoi l'était-il? Ce n'était point à raison de l'interdiction légale dont le frappait l'art. 2 du titre 4 de la première partie de ce Code; c'était parceque le même article déclarait expressément qu'il ne pourrait, *pendant la durée de sa peine, exercer par lui-même aucun droit civil;* disposition qui ne se trouve pas dans l'art. 29 du Code pénal actuel, et qui n'a pu en être retranchée que parcequ'il n'était pas dans l'intention des rédacteurs de ce Code, de laisser subsister, à l'égard du condamné aux travaux forcés à temps ou à la réclusion, l'incapacité de faire un testament.

C'est effectivement ce qu'a jugé un arrêt de la cour royale de Rouen, dont voici l'espèce :

La fille Lothon, condamnée à la réclusion, était morte dans la prison de Louviers, pendant qu'elle y subissait sa peine, laissant un testament par lequel elle disposait de tous ses biens en faveur de Charles Biard, concierge de cette prison.

Jean-Baptiste Loriot, héritier légitime de la fille Lothon, se fondant sur l'état d'interdiction légale dans lequel elle était décédée, a demandé la nullité de ce testament; et elle a été prononcée par le premier juge.

Mais sur l'appel, ce jugement a été réformé par arrêt du 28 décembre 1822,

« Attendu que le Code pénal de 1791, outre qu'il plaçait le condamné à la peine de la réclusion, dans un état d'interdiction légale, disposait qu'il ne pouvait exercer par lui-même aucun droit civil;

» Que cette dernière disposition ne se retrouve point dans le Code pénal de 1810, qui dispose seulement que ledit condamné sera, pendant la durée de sa peine, dans un état d'interdiction légale;

» Que les causes d'incapacité ne peuvent être étendues;

» Qu'aux termes de l'art. 902 du Code civil, toutes personnes, excepté celles que la loi en déclare incapables, peuvent disposer par testament;

» Que l'art. 29 du Code pénal de 1810 constitue le condamné à temps dans un état d'interdiction légale, effets qui se rapportent seulement à l'administration des biens et nullement à la faculté que la loi naturelle lui accorde (1), et que la loi civile ne lui interdit pas, de disposer de ses biens par testament (2) ».

Page 263, *col.* 1, *ligne* 40 (3), *supprimez ce qui suit les mots* §. VI. 1°, *jusques et y compris la ligne* 50, *et le mot* 3° *de la ligne* 51; *après quoi continuez ainsi :*

§. VI. 1° *Avant le Code civil, etc.*

Même page, col. 2, *après la ligne* 2 (4), *ajoutez ce qui suit:*

2° *Le testament qui ne peut pas valoir comme mystique, soit faute d'acte de suscription, soit à raison de la nullité de l'acte de suscription, vaut-il comme olographe, lorsqu'il est entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur?*

I. De ces deux questions, la première a été, con-

(1) Ce n'est point de la loi naturelle, c'est uniquement de la loi civile, que dérive le droit de tester.

(2) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1823, supplément, page 65.

(3) *Page* 222, *col.* 1, *ligne* 40 (2e édition).

(4) *Même page et même col., ligne pénultième* (2e édition).

BIU Cujas

formément à mes conclusions, jugée pour la négative, par un arrêt de la cour de cassation, lors duquel je me suis en même temps expliqué sur la seconde. Voici l'espèce :

Le 18 octobre 1789, etc.

Page 268, *col.* 2, *à la fin de la ligne* 2 (1), *ajoutez en note :*

J'aurais pu ajouter à l'autorité de Banelier, celle de Henrys (liv. 5, quest. 3, tome 3, page 17, édition de 1772), qui entre dans des détails ultérieurs sur la question, et la résout de même.

Même page et même col., ligne 54 (2), *après le mot* mystique, *ajoutez en note :*

Il y avait de très-bonnes raisons pour soutenir le contraire (*V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Notaire*, §. 5, n° 6) ; mais c'était, comme l'atteste Gabriel, qui va être cité, un point sur lequel les parties étaient d'accord, probablement d'après l'usage du pays.

Page 269, *col.* 1, *ligne* 26 (3), *à cette note qui, à l'exception des quatre premières lignes, est refondue dans le n° suivant, substituez celle-ci :*

Ces deux arrêts avaient été précédés d'un autre, bien plus remarquable encore, du parlement de Paris, que Brodeau, sur Loüet, lettre T, §. 9, rapporte en ces termes ; « Par arrêt donné en la chambre des » enquêtes, au rapport de M. Madeleine, le 28 juillet » 1652, confirmatif de la sentence du sénéchal d'Au- » vergne, ou son lieutenant à Clermont, du 23 sep- » tembre 1651, la cour a confirmé et déclaré valable » et parfait le testament olographe fait en la ville » d'Aurillac par Philippe Sigier, secrétaire et inter- » prète du roi en langue germanique, le 26 août 1629, » contenant en fin ces mots : *lequel testament, pour* » *corroboration de tout ce que dessus, j'ai écrit et* » *signé de ma main, icelui scellé de trois sceaux,* » *de mon cachet ordinaire, sur le repli; et après fait* » *stipuler sur icelui, par un notaire royal et sept* » *témoins*, quoique le testateur n'eût appelé aucun » notaire ni témoins ; en conséquence de quoi les hé- » ritiers *ab intestat* soutenaient le testament nul et » imparfait.... J'avais écrit au procès pour les inti- » més ».

Page 271, *col.* 1, *ligne* 4 (4), *après le mot* écrit, *ajoutez en note :*

Il y a ici, dans la troisième édition, une note importante, dont le contenu se trouve au n° suivant.

Page 274, *col.* 2, *après la ligne* 51 (1), *ajoutez :*

II. Cet arrêt a, comme l'on voit, laissé indécise la question de savoir si le testament mystique qui ne peut pas valoir comme tel, à raison de la nullité de l'acte de suscription dont il est revêtu, doit valoir comme olographe, lorsqu'il est entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur ; et l'on sent qu'il ne pouvait pas la décider, parceque la coutume de Bayonne ne permettait pas de donner au testament dont il s'agissait, l'effet d'un testament olographe.

Mais comment cette question doit-elle être résolue sous le Code civil ?

M. Grenier, etc. *Placez ici en texte la note qui se trouve page* 269, *col.* 1 (2), *sauf les corrections qui vont être indiquées.*

Page 269, *col.* 1, *ligne* 20 *de la note* (3), *supprimez les mots* l'un ni l'autre n'a fait, *la ligne* 21, *le mot* paraît *de la ligne* 22, *et substituez-y ce qui suit :* M. Grenier, ni M. Toullier n'aient parlé de l'art. 979 du Code civil qui pourrait cependant paraître, à la première vue, décider, etc.

Page 270, *col.* 1, *supprimez les* 2e *et* 3e *alinéa de la note* (4), *et substituez-y ce qui suit :*

Voilà comment je raisonnais dans ma troisième édition, d'après la combinaison de l'art. 1001 avec l'art. 976 du Code civil. Mais je n'ai pas tardé à reconnaître que je m'étais complétement trompé, et je me suis réfuté moi-même dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 4.

Je crois cependant que, dans l'application de la doctrine que j'y ai établie, on doit faire, entre les DEUX CAS dans lesquels notre question peut se présenter, une distinction qui n'a encore été indiquée par aucun auteur ni par aucun arrêt, mais qui me paraît dériver de la nature même des choses, c'est-à-

---

(1) *Page* 227, *col.* 1, *ligne* 25 (2e édition).

(2) *Page* 227, *col.* 2, *ligne* 13 (2e édition).

(3) *Même page et même col.*, *ligne* 46 (2e édition).

(4) *Même page et même col.*, *ligne dernière* (2e édition).

(1) *Page* 231, *col.* 1, *ligne* 8 (2e édition).

(2) *Tome* 6, *page* 764, *col.* 1, *ligne* 17 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 764, *col.* 1, *lignes* 33 et 34 (2e édition).

(4) *Tome* 6, *page* 765, *col.* 1, *ligne* 52 (2e édition.

BIU Cujas

dire, entre le cas où le testateur, en écrivant, datant et signant de sa main ses dernières dispositions, a manifesté clairement l'intention d'en faire un testament mystique, soit en leur en donnant la dénomination expresse, soit en annonçant qu'il se proposait de les faire revêtir d'un acte solennel de suscription; et le cas où il les a purement et simplement écrites, datées et signées de sa main, sans y rien ajouter qui puisse raisonnablement porter à croire qu'il voulait, en ce moment, les faire revêtir des formes particulières au testament mystique.

Dans le premier cas, nul doute que le testament ne puisse, sans violer aucune loi, être jugé valable comme olographe, quoique le testateur l'ait laissé imparfait comme testament mystique, c'est-à-dire, quoiqu'il ne l'ait pas fait revêtir d'un acte de suscription, ou que l'acte de suscription dont il l'a fait revêtir, se trouve nul. Cela résulte, comme je l'ai établi dans les conclusions transcrites au numéro précédent, du principe écrit dans la loi 3, D. *de testamento militis;* et c'est ce qu'ont jugé, non seulement sous l'ancienne jurisprudence, l'arrêt du parlement de Paris, du 26 juillet 1652, rapporté ci-dessus en note, mais encore, sous le Code civil, deux arrêts rendus, l'un par la cour supérieure de justice de Bruxelles, l'autre par la cour royale de Bastia, et dont voici les espèces.

Parmi les papiers qu'avait laissés à sa mort, en 1812, le sieur François-Joseph Chamot, prêtre, s'était trouvée une enveloppe, etc.

Page 371, *col.* 1, *supprimez les* 32 *à* 41 *lignes de la note* (1), *et substituez-y ce qui suit:*

Le 9 germinal an 12, Antoine Grimaldi écrit, date et signe de sa main un testament qu'il qualifie de mystique, et qu'il fait ensuite revêtir d'un acte de suscription.

Après sa mort, son héritier naturel relève, dans l'acte de suscription, des irrégularités qui le vicient; et il part de là pour demander que le testament soit déclaré nul.

Jugement qui accueille sa prétention.

Mais sur l'appel à la cour royale de Bastia, arrêt du 14 mars 1822, par lequel,

« Considérant que c'est pour éviter toute surprise, et ne laisser aucun doute sur la volonté du testateur, que la loi a prescrit des formalités pour l'émanation des dispositions testamentaires; que, dès qu'une de ces formalités est omise dans une disposition à cause de mort, la volonté du testateur n'est plus certaine, et l'acte est rejeté par la loi;

» Considérant que, dans le testament d'Antoine Grimaldi, en date du 7 germinal an 12 (20 mars 1804), toutes les formalités exigées pour le testament olographe par l'art. 970 du Code civil, ont été remplies, puisque le testateur a écrit lui-même, daté et signé son testament; et que, dès-lors, cet acte présente toutes les garanties dont la loi a voulu entourer les dispositions testamentaires, et ne laisse aucune incertitude légale sur la volonté du testateur;

» Que, si le testateur Grimaldi a cru ou voulu faire un testament mystique, s'il a employé cette qualification, s'il a présenté son testament au notaire *ad majorem securitatem*, cette précaution, de sa part, n'a fait qu'ajouter un degré de plus à l'authenticité de son testament par le dépôt qu'il en a fait entre les mains d'un officier public; et l'omission qu'a faite cet officier d'une des formalités requises pour les testamens mystiques, ne fait qu'annuler l'acte de suscription, mais ne change rien au caractère d'olographe qu'a son testament, puisqu'il est revêtu de toutes les formalités requises pour ces sortes de testamens; et qu'ainsi, Grimaldi a fait en réalité un véritable testament olographe, qui, aux termes de l'art. 970 du Code civil, est inattaquable; que, si Grimaldi n'a point inséré dans son testament la clause *valeat omni meliore modo quo valere poterit*, l'omission de cette clause, qui n'est exigée par aucune loi, ne peut changer la nature et la substance de ce testament, étant hors de doute que Grimaldi n'ait voulu tester, et n'ait manifesté l'intention que sa volonté fût exécutée, et il suffit, pour que cette exécution soit assurée, qu'elle se soit manifestée dans une des formes voulues par la loi;

» Que telle est l'opinion de plusieurs jurisconsultes, fondée sur la loi 3, D. *de testamento militis*, et entre autres, de Henrys, liv. 3, quest. 3; de MM. Merlin, *Questions de droit*, au mot *Testament*, et Toullier; de Bannelier, dans ses notes sur le *Traité des testamens* de Davot, tom. 6, pag. 200; du *Nouveau parfait notaire*, liv. 1er, chap. 6, pag. 24;

» Que, quoique, dans l'espèce de l'arrêt de la cour d'appel d'Aix, invoqué par les appelans (1), il y eût dans le testament attaqué la clause *valeat*, etc., on voit, par les motifs, que les juges qui maintinrent le testament, ne se fondèrent pas principalement sur cette circonstance;

» La cour infirme le jugement du tribunal de Bastia, du 2 juin 1820, qui annule le testament attaqué, etc., et, par un nouveau jugement, rejette la

(1) *Tome* 6, *page* 766, *col.* 1, *ligne* 54 (2e édition).

(1) C'est l'arrêt du 18 janvier 1818, dont il est parlé ci-après, sur le *second cas*.

BIU Cujas

demande des intimés en nullité du testament en question (1) ».

Mais si ces deux arrêts, au lieu de juger valables les testamens dont il s'agissait, les eussent déclarés nuls, comme dénués des formes mystiques dont les testateurs avaient annoncé, en les rédigeant, qu'ils se proposaient de les revêtir, et par conséquent comme imparfaits, auraient-ils pu être cassés pour violation de l'art. 970 du Code civil?

Non, car cet article dit bien que le testament olographe *n'est assujéti à aucune autre forme* que d'être entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur; mais il ne le dit que par rapport au testament que le testateur a voulu faire dans la forme purement olographe, et dont il a fait dépendre la perfection de cette seule forme. Or, de savoir si, lorsque le testateur a annoncé, en écrivant, datant et signant de sa main ses dernières dispositions, qu'il se proposait de les faire revêtir des formes mystiques, il a entendu faire, de l'observation exacte de ces formes, la condition *sine quâ non* de l'effet de ses dernières dispositions, ou si, ce qui est bien plus raisonnable, son seul objet a été d'épargner à ses légataires l'embarras de prouver, en cas de dénégation, que c'est lui-même qui les a écrites, datées et signées, et si, par suite, il a entendu qu'elles seraient exécutées, même dans le cas où les formes mystiques seraient entièrement omises, comme dans celui où elles ne seraient pas valablement remplies, c'est une simple question de volonté, et par conséquent une question pour la solution de laquelle le juge n'a plus à consulter ni la loi 3, D. *de testamento militis*, ni l'art. 126 de l'ordonnance de 1629, qui sont aujourd'hui dépouillés de tout caractère législatif, mais seulement une clause testamentaire dans l'interprétation de laquelle il peut errer impunément.

Dans le second cas, non seulement le juge *peut*, comme dans le premier, sans s'exposer au risque de violer aucune loi, déclarer valable, comme olographe, le testament que le testateur, après l'avoir écrit, daté et signé purement et simplement de sa main, a fait revêtir d'un acte irrégulier de suscription; mais c'est pour lui une obligation stricte et rigoureuse; et il violerait ouvertement l'art. 970 du Code civil, s'il prononçait autrement.

En effet, aux termes de cet article, il y a nécessairement testament olographe, et testament olographe parfait, là où il y a écriture, date et signature de la main du testateur disposant d'une manière absolue, et sans y insérer un seul mot qui décèle, de sa part, l'intention de subordonner l'efficacité de ses dispositions à l'observation de formes ultérieures. Cet article serait donc nécessairement violé par le jugement qui annulerait un pareil testament, sous le prétexte que le testateur, après lui avoir donné toute sa perfection, l'a fait revêtir, soit le même jour, soit le lendemain, soit même beaucoup plus tard, et au bout de dix ou vingt ans, d'un acte de suscription qui se trouve irrégulier.

Que ferait le juge qui se permettrait de prononcer ainsi? Il créerait, dans un testament parfait et subsistant par soi, une condition dont cet acte ne contient pas même l'ombre; et il la créerait par une présomption qu'il ferait résulter de ce que le testament a été suivi d'un acte de suscription qui, s'il eût été régulier, l'aurait converti en testament mystique. Mais, d'une part, cette présomption, que la raison désavoue, n'est sûrement pas *établie par la loi*. D'un autre côté, une présomption non établie par la loi, peut-elle, lors même qu'elle n'a rien que de raisonnable, autoriser le juge à suppléer, dans un testament, une condition, une clause quelconque dont cet acte ne lui fournit pas les élémens matériels et physiques? Non, certes, car on ne serait pas admis à prouver par témoins que cette condition, cette clause a été voulue par le testateur; et l'art. 1353 du Code civil nous dit, en toutes lettres, que les présomptions non établies par la loi, ne peuvent être admises, quelque *graves*, quelque *précises*, quelque *concordantes* qu'elles soient, *que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale*.

Quelle différence y a-t-il d'ailleurs entre le cas où le testateur, après avoir donné toute sa perfection à son testament olographe, le présente à un notaire et à six témoins, pour le convertir en testament mystique, et le cas où il en renouvelle et dicte toutes les dispositions, soit à deux notaires en présence de deux témoins, soit à un notaire en présence de quatre témoins, pour le convertir en testament par acte public? Aucune, absolument aucune. Or, qui est-ce qui oserait soutenir que, dans le second de ces deux cas, la nullité du testament par acte public devrait emporter la nullité du testament olographe, sous le prétexte qu'en faisant succéder celui-là à celui-ci, le testateur aurait manifesté l'intention de faire dépendre l'effet de celui-ci de la validité de celui-là? Je ne crains pas de le dire, personne. Et comment, dès-lors, pourrait-on raisonnablement soutenir que, dans le premier cas, le testament olographe, valable dans son principe, est vicié, après coup, par les nullités dont se trouve entaché l'acte de suscription?

On l'a cependant soutenu plusieurs fois; et d'abord, dans une espèce où une circonstance particulière

(1) M. Dalloz, aux mots *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, chap. 6, sect. 5, art. 7.

BIU Cujas

venait encore se joindre aux principes généraux pour pulvériser ce système.

Le 14 août 1808, etc.

Même page, col. 2, après la ligne dernière de la note (1), *ajoutez ce qui suit :*

La manière dont cet arrêt était motivé, ne permettait sans doute pas d'en étendre la décision hors de son espèce. Aussi la question s'est-elle représentée trois ans après, devant la cour royale d'Aix, dans un cas où elle ne pouvait être jugée qu'en thèse; et elle l'a été effectivement en faveur du testament olographe parfait et valable en soi, quoique suivi d'un acte de suscription nul, par un arrêt du 18 janvier 1818, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 4.

Mais, quatre ans après, la cour royale de Poitiers a confirmé, en ces termes, un jugement de première instance qui s'était prononcé pour le système que je combats :

« Considérant que l'art. 969 du Code civil reconnaît trois espèces principales de testamens, dont le Code civil indique la forme par les art. 970, 971 et 976;

» Considérant que, si tout individu peut faire telle espèce de testament qu'il lui plaît de choisir, il ne peut en cumuler deux ensemble pour donner effet à l'un à défaut de l'autre, aucune loi n'ayant établi cette forme de disposition (2);

» Considérant que Bellorde-Beaupréau ayant fait, le 23 août 1821, des dispositions écrites, datées et signées de sa main, les ayant closes et scellées sous une enveloppe, et ayant appelé, le même jour, un notaire et six témoins pour les revêtir d'un acte de suscription, il a voulu faire un testament mystique, ces formes ne convenant qu'à cette espèce de testament, et non à aucune des deux autres;

» Considérant que, de ce qu'il a entièrement écrit, daté et signé de sa main ses dispositions testamentaires, on ne peut pas prétendre qu'il a fait un testament olographe, puisque les dispositions écrites et signées de la main du testateur, sont, d'après l'art. 976, une des parties constitutives du testament mystique;

» Considérant que ce qui ne peut laisser aucun doute sur l'intention qu'a eue Bellorde-Beaupréau d'adopter la forme du testament mystique, c'est qu'il a déclaré lui-même au notaire et aux témoins, dans l'acte de suscription, qu'il avait clos et cacheté l'enveloppe de son testament conformément à la loi, n'y ayant que le testament mystique pour lequel le Code civil, art. 976, exige que l'enveloppe du testament soit close et cachetée; l'art. 970 disant d'ailleurs, *in fine*, que le testament olographe n'est assujéti à aucune autre forme, l'addition d'une nouvelle forme est une présomption que le testateur n'a pas voulu choisir celle du testament olographe;

» Considérant que l'art. 976 dispose que *le testateur qui voudra faire un testament mystique, présentera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, au notaire et à six témoins au moins*, qu'il *déclarera que le contenu en ce papier est son testament*, que *le notaire en dressera l'acte de suscription;* qu'il suit de ces dispositions que le testateur est tenu de remplir deux formalités : celle de présenter son testament au notaire et aux témoins, et celle de déclarer que le papier qu'il présente, est son testament; qu'il en suit encore que le notaire est tenu de constater, dans l'acte de suscription, que ces deux formalités ont été remplies;

» Que le testament mystique a été environné ainsi du plus grand appareil, parcequ'il s'agit, non seulement de garantir la liberté des testateurs, mais encore de constater l'identité de l'écrit contenant leurs dispositions, et de celui sur lequel on dresse l'acte de suscription;

» Considérant que l'art. 1001 a prononcé la peine de nullité, si les formalités auxquelles les divers testamens étaient assujétis, n'étaient pas observées;

» Que cependant il était de jurisprudence constante que les termes du Code, pour constater la présentation faite au notaire et aux témoins, n'étaient point sacramentels; mais qu'il fallait au moins que le fait de la présentation pût s'induire clairement du contexte de l'acte de suscription, et qu'il ne pût rester aucun doute qu'elle avait eu lieu;

» Considérant que de l'acte de suscription du testament de Bellorde-Beaupréau, il ne résulte point que l'enveloppe contenant son testament, ait été par lui présentée au notaire et aux témoins, et ait passé de sa possession dans celle du notaire;

» Considérant que de ce que l'acte de suscription porte que Bellorde-Beaupréau a déclaré au notaire, en présence des témoins, que *le papier contenu sous cette enveloppe*, contenait son testament, on ne peut pas induire du pronom *cette* que la présentation exigée par la loi, ait été faite par le testateur au notaire et aux témoins; qu'ainsi, l'on peut admettre la possibilité de la substitution d'un autre testament à

---

(1) *Tome 6, page 766, col. 2, ligne antépenultième* (2e édition).

(2) Ne sufit-il pas qu'aucune loi ne l'ait prohibée? Et n'est-ce pas, dès-lors, le cas de la maxime, *utile non vitiatur per inutile ?*

BIU Cujas

celui que le testateur voulait faire revêtir de la forme mystique;

» Que la formalité de la présentation a eu pour objet, dans l'esprit du législateur, d'empêcher cette possibilité; que c'est dans ces sages vues qu'il a prononcé la peine de nullité, que les magistrats sont tenus d'appliquer, lorsque cette formalité de la présentation n'est pas légalement constatée;

» Considérant qu'il est de principe admis dans toutes les législations, qu'un testament doit être parfait dans la forme choisie par le testateur;

» Que Bellorde-Beaupréau ayant manifesté clairement qu'il adoptait la forme mystique, il a dû se conformer aux règles prescrites pour cette espèce de testament;

» Qu'un testament mystique se composant de l'écrit contenant les dispositions du testateur et de l'acte de suscription fait par le notaire, l'on ne peut pas séparer ces deux actes l'un de l'autre; qu'il forme un tout indivisible, puisqu'ils sont deux élémens essentiels du testament mystique; que les dispositions écrites, datées et signées de la main du testateur, ne sont plus un testament olographe, dès qu'elles sont revêtues d'un acte de suscription, mais qu'elles contractent la nature du testament mystique; que, dès-lors, le sort de ces dispositions est régi par le sort de l'acte de suscription; de sorte que la nullité de celui-ci entraîne nécessairement la nullité de celui-là, attendu qu'ils ne sont qu'un seul et même acte;

» Considérant d'ailleurs que Bellorde-Beaupréau n'a point eu l'intention de faire exécuter ses dispositions écrites isolément et comme testament olographe, puisqu'il ne l'a fait entendre d'aucune manière, et qu'il les a subordonnées, au contraire, à la validité de l'acte de suscription, en voulant que cet acte devînt le complément de ses dispositions;

» Qu'ainsi, ces dispositions, ne pouvant recevoir aucun effet comme testament olographe, forment un testament mystique, et deviennent nulles par la nullité de l'acte de suscription dont elles étaient inséparables;

» Par ces motifs, la cour a mis l'appellation au néant; ordonne que ce dont est appel, sortira son plein et entier effet, et condamne les appelans en l'amende et aux dépens (1) ».

Que serait devenu cet arrêt, s'il eût été déféré à la cour de cassation? Je ne doute pas qu'il n'eût dû être cassé, et tout me porte à croire qu'il l'aurait été effectivement. Ce qu'il y a du moins de certain, c'est qu'il n'a pas fait jurisprudence, et que deux autres cours royales ont embrassé depuis l'opinion qui avait prévalu, dans celle d'Aix, le 18 janvier 1818.

Le 20 août 1821, le sieur de Grammont écrit, date et signe de sa main un testament qu'il présente ensuite à un notaire et six témoins pour le revêtir d'un acte de suscription.

Des nullités se glissent dans cet acte; et de là naît, après la mort du testateur, la question de savoir si le testament, nul comme mystique, doit valoir comme olographe.

Jugement qui adopte l'affirmative.

Appel à la cour royale de Caen, et par arrêt rendu en audience solennelle, le 26 janvier 1826,

« Considérant que le législateur a fixé les règles générales sur la forme des testamens par la sect. 1re du chap. 5 *des dispositions testamentaires* au Code civil; que le testament olographe, pour être valable, n'est assujéti à aucune autre forme, aux termes de l'art. 970 dudit Code, qu'à celle d'être écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; que, lorsque le testateur veut faire un testament mystique ou secret, il lui suffit, aux termes de l'art. 976, d'écrire lui-même ses dispositions ou de les faire écrire par un autre et de les signer; qu'il n'est pas même privé du droit de disposer, par un testament mystique ou secret, lorsqu'il ne sait ou ne peut signer, d'après l'art. 977, sauf, dans ce dernier cas, à faire appeler à l'acte de suscription prescrit par l'art. 976, un témoin, outre le nombre porté par ce dernier article; que, dans ces divers cas, la loi n'exigeant point que le papier contenant les dispositions du testateur, soit daté, il est évident qu'un acte de cette nature, non daté, ne pourrait valoir comme testament, si l'acte de suscription était nul; qu'il en serait de même si l'acte, quoique daté, n'était pas écrit et signé de la main du testateur;

» Considérant, dans l'espèce de la cause, que l'acte dont il s'agit au procès, n'est point un papier contenant les dispositions de l'abbé de Grammont, dans le sens de l'art. 976 du Code civil, mais bien un véritable testament olographe dans la forme prescrite par l'art. 970, auquel le testateur aurait voulu ajouter la forme du testament mystique, pour prévenir les événemens qui auraient pu empêcher l'exécution de ses dispositions, sans cependant qu'elles pussent cesser d'être secrètes; que, dans cet état de choses, la nullité de l'acte de suscription enlève bien à l'acte dont il s'agit, les avantages attribués par la loi au testament mystique, mais ne peut lui enlever son caractère de testament olographe...;

» La cour met l'appellation au néant... (1) ».

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1825, 2e partie, page 66.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1828, 2e partie, page 245.

BIU Cujas

Le 28 février 1827, autre arrêt de la cour royale de Dijon, qui, en réformant un jugement du tribunal de première instance de Châlons-sur-Saône, décide également qu'un testament écrit, daté et signé de la main du sieur Gauthey, devait avoir son plein effet, quoique l'acte de suscription dont il l'avait fait revêtir pour lui donner la forme mystique, fût nul, et qui le décide,

« Attendu qu'en présentant un testament à un notaire pour le faire revêtir des formes d'un testament mystique, le testateur ne peut avoir d'autres intentions que celles d'assurer la conservation de ses dispositions, de les tenir secrètes, et de leur donner un caractère d'authenticité; qu'il est impossible de supposer que sa volonté ait été de subordonner la validité de son testament à l'accomplissement de telle ou telle formalité; que l'on doit, au contraire, penser qu'il n'a eu d'autre objet que de disposer d'une manière qui pût avoir son exécution;

» Que, d'après ces considérations, la loi romaine validait le testament militaire auquel le testateur avait ajouté des solennités insuffisantes pour un testament ordinaire, d'après cette maxime : *nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua* (loi 3, D. *de testamento militis*);

» Qu'inutilement on opposerait l'ancienne jurisprudence, fondée sur la loi dernière, C. *de codicillis et de fideicommissis*, d'après laquelle un testament qui n'était revêtu que des formes prescrites pour le codicille, ne pouvait valoir comme un simple codicille; qu'en effet, le testament et l'institution d'héritier qu'il devait contenir, avaient, par rapport à la transmission des biens, des effets très-différens de ceux que produisait un simple codicille; qu'il suit de là que rien n'autorisait à transformer un testament nul en un codicille, parceque c'eût été substituer une disposition à la place d'une autre, et que rien n'indiquait que telle eût été la volonté du testateur, lorsqu'il ne s'était pas servi de la clause appelée *codicillaire*;

» Que les dispositions d'un testateur restant les mêmes et produisant les mêmes effets sur les biens de sa succession, soit que le testament ait la forme mystique, soit qu'il ne présente que celle d'un acte olographe, on ne peut trouver un motif raisonnable d'annuler le testament olographe dans l'intention première du testateur;

» Qu'en envisageant la question sous un autre point de vue, on arrive encore au même résultat : que l'on ne peut admettre que le testament et l'acte de suscription forment un tout tellement indivisible, que la nullité de celle-ci entraîne, dans tous les cas, la nullité de l'autre;

» Que l'acte de suscription et les opérations matérielles qui l'accompagnent, ont pour objet, d'une part, de constater légalement qu'un testament a été présenté, et que celui trouvé sous l'enveloppe est le même que celui qui a été présenté; d'une autre part, de prendre toutes les précautions nécessaires pour éviter une substitution frauduleuse;

» Que, lorsque l'acte de suscription est entaché de nullité, il ne produit plus aucun effet, suivant cet axiome, *quod nullum est, nullum effectum habere potest;* en sorte que, si le testament n'est pas écrit en entier, daté et signé par le testateur, on ne peut le ranger dans aucune des dispositions de dernière volonté autorisées par la loi;

» Que si, au contraire, il présente tous les caractères d'un testament olographe, la seule conséquence que l'on puisse tirer de la nullité de la suscription, c'est que rien ne constate légalement que le testament ait été déposé entre les mains d'un notaire; que, dès-lors, il n'a aucun caractère d'authenticité;

» Qu'un pareil testament doit avoir le même sort que s'il eût été déposé entre les mains d'une personne privée, ou trouvé, soit au domicile du testateur, soit dans tout autre lieu ».

Cet arrêt a été attaqué par les héritiers *ab intestat* du sieur Gauthey, comme violant les art. 976 et 1001 du Code civil; mais quel a été le résultat de leur réclamation? Par arrêt du 23 décembre 1828, au rapport de M. Chilhaud de la Rigaudie, et conformément aux conclusions de M. le procureur général Monrre,

« Considérant que l'arrêt attaqué, en appréciant et interprétant le testament du sieur Gauthey, n'a fait qu'user du droit que lui donnent les lois, et n'est point sorti des limites de ses attributions;

» Qu'en validant ce testament qui, d'ailleurs, était revêtu de toutes les formes prescrites par le Code dans la confection des testamens olographes, il n'a violé ni pu violer l'art. 976 invoqué par le demandeur;

» Attendu qu'un arrêt ainsi motivé échappe à la censure de la cour;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

Cet arrêt est, comme l'on voit, motivé d'une manière qui, à l'exemple de celui du 6 juin 1815, laisse la question entière; mais ce serait une grande erreur d'en conclure que, si l'arrêt qu'il maintient, eût annulé le testament du sieur Gauthey, il n'eût pas été cassé; il en résulte seulement que la chambre des

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1829, page 79.

BIU Cujas

requêtes a eu la sage circonspection de ne pas se prononcer sans nécessité sur une controverse qu'elle pouvait laisser de côté.

§. VII. 1° *Les testamens*, etc.

§. VIII. *Page* 274, *col.* 2, *supprimez les deux dernières lignes* (1), *et substituez-y ce qui suit :*

2° *Lorsque l'écriture, la date et la signature d'un testament olographe sont méconnues par l'héritier* ab intestat, *sur qui tombe la charge de les faire vérifier? Est-ce sur l'héritier* ab intestat *lui-même? Est-ce sur les légataires?*

3° *Y a-t-il, à cet égard, quelque différence entre le cas où le testament a été suivi d'une ordonnance d'envoi en possession, conformément à l'art.* 1008 *du Code civil, avant que l'héritier* ab intestat *en eût méconnu l'écriture, et le cas où l'écriture en eût été méconnue par l'héritier* ab intestat, *avant que les légataires eussent obtenu cette ordonnance?*

I. Sur la première question, *V.* le §. suivant, et l'article *Testament conjonctif*, §. 2.

II. La seconde question n'est, en thèse générale, susceptible d'aucune difficulté. Un testament olographe n'est, par lui-même, qu'un acte sous seing-privé; et les principes, d'accord avec la raison naturelle, veulent que toute partie qui se prévaut d'un acte sous seing-privé méconnu par celle à qui il l'oppose, soit chargée de la vérification de cette pièce.

Aux arrêts rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, sous le mot *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 6, qui l'ont ainsi jugé, s'en joignent encore deux de la cour supérieure de justice de Bruxelles, des 18 juillet 1827 et 28 mai 1828.

« Attendu (est-il dit dans le premier) qu'il résulte des principes et notamment de l'art. 999 du Code civil, et d'une jurisprudence constante, que le testament en forme olographe est réellement un acte sous signature privée; qu'ainsi, il doit en suivre les conséquences, et qu'en cas de méconnaissance de son écriture, de sa date et de sa signature, c'est à celui qui l'invoque en sa faveur, qu'il incombe d'en prouver la réalité par tous moyens de droit;

» Attendu que, s'il est vrai que le titre du Code civil qui a établi les diverses espèces de testamens, et ainsi celui en forme olographe, a été promulgué environ neuf mois avant le titre *des obligations*, dans lequel est déterminé le mode de preuve des actes sous signature privée en cas de dénégation ou de méconnaissance desdits actes, il ne résulte pas de l'antériorité de promulgation du premier de ces titres, qu'un testament olographe dût faire foi, par lui-même, de son écriture, de sa date et de sa signature, jusqu'à preuve contraire, mais que seulement celles-ci devaient être prouvées d'après les règles alors en vigueur;

» Attendu que les appelans n'ont pas fait la preuve que le testament olographe dont s'agit, aurait été écrit, daté et signé par Virginie W....;

» Par ces motifs, la cour, M. l'avocat-général Baumhauer entendu, et de son avis, met l'appellation au néant (1) ».

Le second arrêt se fonde également sur le principe que c'est à l'héritier institué qu'*incombe la preuve* que le testament olographe dont il se prévaut pour réclamer la succession du prétendu testateur, *a été écrit en entier, daté et signé de la main* de celui-ci (2).

III. La troisième question est plus controversée; et comme on peut le voir à l'endroit cité du *Répertoire de jurisprudence*, n. 3, la cour de cassation elle-même a varié dans la manière de la résoudre.

Je crois cependant avoir démontré, au même endroit, que l'ordonnance d'envoi en possession, obtenue par le légataire, ne peut pas faire rejeter sur l'héritier *ab intestat* le fardeau de la preuve directe que le testament qu'on lui oppose, n'est pas l'ouvrage de son prétendu auteur.

La cour royale de Caen, qui l'avait ainsi jugé par un arrêt du 4 avril 1812, l'a encore jugé de même, le 13 novembre 1827,

» Attendu qu'aucune disposition expresse du Code civil ne fait sortir les testamens olographes de la classe des actes sous seing-privé, et qu'ils y sont, au contraire, formellement rangés par l'art. 999;

» Que si, dans le cas de l'art. 1006, le légataire universel, par testament olographe, est investi, sur une ordonnance du président, de la saisine des biens légués, cet effet tient à la nature particulière du legs, et non au degré de forme plus ou moins probante du testament;

» Attendu qu'il est vrai que le testament olographe n'a rien en lui-même qui participe plus que tous les autres actes sous seing-privé du caractère de l'authenticité; que, quand il ne contient que des legs

(1) *Page* 231, *col.* 1, *ligne* 12 (2e édition).

(1) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche-Laporte, année 1829, page 299.

(2) *Ibid.*, page 308.

BIU Cujas

à titre universel ou particulier, et même des legs universels dans le cas d'héritiers à réserve, on convient qu'il demeure soumis à la loi commune des actes privés, et que, comme tel, c'est à celui qui veut s'en prévaloir, à en entreprendre la vérification;

» Attendu que, lorsqu'il y a lieu à l'application de l'art. 1006 du Code civil, la saisine n'est déférée aux légataires que sous la supposition de la vérité du testament; mais que, aussitôt que cette supposition est méconnue, les choses restent dans leur ordre naturel, et la vérification doit être faite par l'individu qui ne peut avoir de droits qu'autant qu'il rapporte la preuve que l'acte sur lequel il les fonde, mérite confiance;

» Attendu que l'on ne saurait écarter cette doctrine sans arriver à un résultat absurde, que plus l'audace et la rapacité des faussaires seraient grandes, et plus leur succès deviendrait facile, puisqu'en effet, la fabrication d'un testament olographe contenant disposition universelle par un individu privé d'héritiers à réserves, pourrait, par le seul caractère du legs, se prévaloir de la présomption de sincérité de son titre, tandis que celui qui n'aurait tenté qu'une spoliation moins grande, et qui n'aurait cherché à se procurer qu'un legs particulier ou à titre universel, devrait supporter toute la charge de la vérification;

» Attendu qu'il n'existe aucun motif solide qui puisse conduire à une distinction aussi peu raisonnable, et que la forme de l'acte ne changeant point dans les deux cas, les effets ne peuvent être que les mêmes relativement à sa force probante; qu'ainsi, dans le procès, quoiqu'il s'agisse d'un legs universel fait aux termes de l'art. 1006, la vérification n'en doit pas moins être rejetée sur la demoiselle Bénard, légataire;

» Attendu que ce qui doit porter de plus en plus à décider ainsi dans le cas particulier, c'est que certaines présomptions tendent à inspirer quelque défiance contre la sincérité du testament en question; qu'il paraît, en effet, assez étonnant que, pour disposer de la totalité de sa fortune, Pierre Lecouturier ait employé la forme olographe, quand, pour faire, quelque temps auparavant et à diverses époques, des dispositions partielles, il avait eu communément recours au ministère d'un notaire; et qu'il y a d'autant plus lieu de se tenir en garde contre le testament qu'on lui attribue, que, sous la date dudit testament, les facultés intellectuelles dudit Pierre Lecouturier s'étaient considérablement altérées, ainsi que le prouvent l'incohérence et l'ineptie de plusieurs des réponses dans l'interrogatoire par lui subi sur l'instance de l'interdiction ».

Il est vrai que le recours en cassation exercé contre cet arrêt, a été admis par la chambre des requêtes, et que la chambre civile ne l'a rejeté, par arrêt contradictoire du 11 novembre 1829, au rapport de M. Carnot, que par un motif ainsi conçu : *Attendu que, dans l'état des faits, la cour royale a pu, sans violer la loi, mettre à la charge des légataires universels la vérification de l'écriture du testament dont il s'agit* (1)»; mais ce n'est pas à dire pour cela que l'arrêt de la cour royale de Caen eût été cassé, s'il ne s'était pas trouvé dans les faits qui en avaient formé les motifs subsidiaires, une raison particulière pour en justifier la décision.

Au surplus, ce que la cour royale de Caen a jugé, en thèse générale, par son arrêt du 13 novembre 1827, la cour supérieure de justice de Bruxelles l'a encore jugé par un arrêt du 15 janvier 1829,

« Attendu qu'un testament olographe n'étant, par sa nature même, qu'un acte sous seing-privé, il en résulte, en premier lieu, que son exécution, de même que celle de tous autres actes sous seing-privé, vient à cesser par la dénégation ou la méconnaissance de celui contre qui on veut s'en prévaloir; en second lieu, qu'il ne peut avoir aucun effet aussi long-temps qu'un tel testament n'a point été maintenu en justice et reconnu pour véritable; et en troisième lieu, que, d'après les dispositions des art. 1323 et 1324 du Code civil, c'est par le légataire universel, ici l'intimée, et non pas l'héritier légitime, l'appelant en cause, que doit être administrée cette preuve;

» Attendu qu'il n'importe nullement que le légataire, conformément à l'art. 1008 du même Code, ait été mis en possession de la succession contestée, antérieurement à l'opposition formée par l'héritier légitime à la levée des scellés; car l'ordonnance d'envoi en possession, accordée par le président sur la simple demande d'une partie, sans que la partie adverse ait été entendue ou appelée, sans qu'on puisse en interjeter appel, ne peut certainement nuire aux droits de l'héritier légitime, ni attribuer à un acte sous seing-privé le caractère et la force d'un acte authentique (2) ».

§. XIII. *Page* 297, *ligne* 13 (3), *après le mot* dernier, *ajoutez en note :*

Il est rapporté ci-devant, §. 11.

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, page 410.

(2) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1829, page 80.

(3) *Page* 252, *col.* 1, *ligne* 6 (2e édition).

BIU Cujas

Même page et même col., à la fin de la ligne 20 (1), *ajoutez en note.*

V. l'article *Cassation*, §. 36, nº 2.

§. XIV. *Page* 306, *col.* 1, *à la fin de la ligne* 37 (2), *ajoutez en note :*

De ces quatre arrêts, j'ai vainement cherché, depuis, les trois premiers dans les minutes de la cour de cassation. Quant au quatrième, je l'ai rapporté au mot *Cassation*, §. 3; et la seule chose qu'il juge, est que l'on ne peut pas, après avoir acquiescé à un arrêt interlocutoire qui préjuge le fond, et sans l'attaquer, demander la cassation de l'arrêt définitif qui s'en est ensuivi, question qui n'a rien de commun avec celle dont il s'agit ici.

Du reste, cette question a été jugée diversement par la cour de cassation : j'ai rapporté au mot *Interlocutoire*, §. 2, nº 7, un arrêt du 26 juin 1826, qui la décide dans un sens; et l'on trouvera dans le Bulletin civil, tome 21, page 263, ainsi que dans le recueil de M. Sirey, tome 21, page 272, un autre arrêt, du 1er août 1820, qui la décide dans le sens opposé.

Mais, au surplus, *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Preuve*, sect. 2, §. 3, nº 32.

§. XV. *Page* 311, *col.* 1, *après la ligne* 10 (3), *ajoutez :*

2º. Serait-elle valable et devrait-elle avoir son effet, si, en appelant à la succession du testateur ceux à qui elle était déférée par une loi ou coutume abrogée, elle établissait suffisamment par elle-même leur vocation, de manière que la mention de la loi ou coutume abrogée ne formât, dans le testament, qu'une énonciation surabondante?

Voici une espèce dans laquelle j'ai traité ces deux questions :

Le 26 messidor an 9, etc.

Page 321, *col.* 1, *ligne* 53 (4), *après le mot* accueilli, *ajoutez en note.*

V. la note suivante.

Même page, col. 2, *à la fin du deuxième alinéa* (5), *ajoutez en note :*

Sans doute cette manière de désigner les héritiers ou légataires que le testateur entend appeler, suffit pour les faire bien connaître, au moins lorsque la loi ou coutume à laquelle il se réfère, est parfaitement connue: mais est-elle légale dans tous les cas, et équivaut-elle toujours à la vocation qui serait insérée dans le testament même?

Dans les conclusions que je retrace ici, j'ai présenté l'affirmative comme constante; mais pourquoi? Parce qu'au moment où je les rédigeais, je n'avais pas encore soumis au creuset d'un examen approfondi la doctrine des nombreux auteurs qui, d'après des lois romaines mal comprises, faussement appliquées et étendues hors de leurs cas, enseignaient qu'on peut tester par relation à un acte non revêtu des formalités testamentaires; or, je crois avoir démontré depuis, dans le supplément à la quatrième édition du *Répertoire de jurisprudence*, ainsi que dans la cinquième, au mot *Testament*, sect. 2, §. 1, art. 4, que cette doctrine n'était qu'une erreur. Je ne puis donc pas persister dans la conséquence pure et simple que j'en avais tirée dans mes conclusions, et il est de mon devoir de la modifier par une distinction entre le cas où le testateur se réfère à une loi encore existante, et le cas où il se réfère à une loi abrogée.

Dans le premier cas, la loi à laquelle le testateur se réfère, a sur les biens de celui-ci le même effet que si, par son testament même, il désignait nominativement les héritiers auxquels elle les destine. Il est donc tout simple qu'il puisse s'y référer et qu'il s'y réfère valablement, comme il pourrait se référer et qu'il se référerait valablement à un testament antérieur qu'il aurait revêtu de toutes les formalités nécessaires pour en assurer l'exécution.

Mais dans le second cas, la loi ou la coutume abrogée à laquelle il se réfère, ne peut certainement pas équipoller pour lui à un testament qu'il eût précédemment fait; comment donc pourrait-il, en s'y refusant, se dispenser de désigner lui-même les héritiers qu'elle lui donnerait, si elle existait encore? C'est comme si, après avoir fait un testament nul, il en faisait un second par lequel, en observant toutes les formalités nécessaires pour en assurer la validité intrinsèque, il se bornerait à dire qu'il institue, sans les désigner, soit nominativement, soit par des expressions équipollentes, mais faisant partie du même acte, les héritiers qu'il a institués par le premier.

Inutile d'objecter que la loi ou coutume à laquelle il se réfère, ne laisse pas, tout abrogée qu'elle est, de conserver son authenticité originaire, et que par conséquent il en résulte toujours des renseignemens suffisans pour faire connaître les héritiers que le testateur a voulu appeler à sa succession.

Cela serait bon, si toute espèce d'acte authentique suffisait pour changer l'ordre des successions *ab intestat*; mais il n'en est pas ainsi. L'acte même le plus authentique ne peut opérer cet effet qu'autant qu'il est revêtu des formes testamentaires; et vouloir le lui attribuer lorsqu'il est dénué de ces formes, sous le prétexte que le testateur s'y est référé par un testament qui ne contient pas d'autres dispositions, c'est

(1) *Même page et même col., ligne* 13 (2e édition).
(2) *Page* 260, *col.* 1, *ligne* 58 (2e édition).
(3) *Page* 265, *col.* 1, *ligne* 9 (2e édition).
(4) *Page* 275, *col.* 1, *lignes* 1 et 2 (2e édition).
(5) *Page* 275, *col.* 1, *ligne* 45 (2e édition).

BIU Cujas

vouloir, au mépris de l'art. 893 du Code civil, que l'on puisse tester autrement que *dans les formes ci-après*, c'est-à-dire, ou par des dispositions dictées à un officier public qui les écrit, ou par des dispositions que l'on écrit, que l'on date et que l'on signe de sa propre main, ou par des dispositions écrites n'importe par qui, mais revêtues d'un acte de suscription.

On voit par-là que je me suis étrangement fourvoyé dans la discussion du premier moyen de cassation des héritiers de la dame de Chazerat, c'est-à-dire, de celui qu'ils tiraient de l'art. 1390 du Code civil. En effet, de ce que cet article ne dispose que pour les contrats de mariage, il résulte bien qu'il est par lui-même inapplicable aux testamens; mais il n'en résulte pas que, si les testamens étaient, par leur nature, assujétis à la règle qu'il établit pour les contrats de mariage, il fût dans son intention de les en affranchir. Or, que les testamens soient, par leur nature, assujétis à cette règle, c'est la conséquence nécessaire du principe que l'on ne peut pas tester par relation à un acte non revêtu des formes testamentaires. J'aurais donc dû dire, au lieu de rejeter ce premier moyen de cassation, qu'il n'avait que le défaut d'être mal présenté; que sans doute l'art. 1390 ne suffisait pas pour le faire accueillir; mais qu'il n'en aurait pas moins dû être accueilli, s'il n'eût pas été neutralisé par les observations que j'avais à faire sur le troisième, parceque la règle établie par cet article sur les contrats de mariage, est, d'après la nature des choses, commune aux testamens.

Page 325, *col.* 1, *après la ligne* 7 (1), *ajoutez ce qui suit :*

Ce arrêt paraît décider par son troisième motif, comme je l'avais soutenu mal à propos dans mes conclusions, que le testament de la dame de Chazerat aurait été également valable, lors même que la testatrice se fût référée purement et simplement à la coutume d'Auvergne, pour la désignation des héritiers qu'elle entendait instituer; et c'est ce qu'a encore jugé depuis un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 17 février 1822, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Institution d'héritier*, sect. 4, n° 4.

Mais le contraire a été jugé depuis, et avec raison, dans l'espèce suivante :

Le 30 janvier 1816, le sieur Lanos, propriétaire, domicilié à Mamers, ci-devant province du Maine, fait un testament olographe par lequel, après avoir légué à son épouse tous ses biens-meubles en propriété, et l'usufruit de tous ses biens-immeubles, il s'exprime ainsi : *Quant à la propriété de mes immeubles, je la donne et lègue à tous ceux de mes parens qui, comme étant mes héritiers, auraient eu droit d'y participer avant les lois nouvelles, c'est-à-dire, qu'ils partageront mes immeubles suivant que le disposait la ci-devant coutume du Maine.*

Après la mort du testateur, ceux de ses parens qui sont appelés par le Code civil à lui succéder, attaquent la disposition qu'il a faite de la propriété de ses immeubles par relation à la coutume du Maine.

Jugement contradictoire du tribunal de première instance qui, en effet, la déclare nulle,

« Attendu que, si notre législation actuelle a laissé à chacun une grande latitude sur l'emploi et la transmission de ses biens, elle a en même temps posé des règles, établi des lois d'ordre public, à l'action desquelles on ne peut jamais se soustraire; que de ce nombre sont les lois qui règlent le mode légal de succéder : d'où il suit que toute dérogation à ce mode légal doit, dans un testament, être considérée comme non-écrite, si elle contient une disposision contraire à l'ordre public;

» Attendu que le testament du sieur Lanos, du 30 janvier 1816, contient la disposition suivante : *quant à la propriété de mes immeubles*, etc.

» Attendu que, par une semblable locution, la coutume du Maine n'a point été rappelée par le testateur comme un exemple explicatif de sa volonté précédemment énoncée, mais comme la source unique où l'on puisse découvrir et apprécier cette même volonté, qui, sans l'application de la coutume, deviendrait insuffisamment expliquée, et par cela même inintelligible; d'où il faut conclure que la disposition testamentaire est tout entière dans cette coutume; ce en quoi l'espèce à juger diffère de celle relative à la dame de Chazerat, sur laquelle la cour suprême a prononcé; qu'ainsi, le défunt a fait de cette même coutume la loi testamentaire de sa famille; que, par-là, il a non seulement modifié l'ordre actuel et légal de succéder (ce qui lui était permis), mais qu'il a de plus rappelé un statut proscrit comme contraire aux mœurs et aux besoins de la société, remis en vigueur des dispositions qui n'étaient plus et qui ne sauraient être appliquées sans contrevenir aux art. 6 et 900 du Code civil, à la loi du 30 ventôse an 12 et autres dispositions des lois antérieures qui ne permettent plus les distinctions qui naissent du sexe et de la primogéniture des héritiers, de l'origine et de la nature des biens;

» Qu'en vain alléguerait-on que la disposition du sieur Lanos n'offrant point, dans son exécution, des difficultés nombreuses et graves, elle doit être respectée; car on répondrait avec succès que ce n'est pas de la facilité que l'on trouverait à exécuter une disposition, que dépend sa sanction, puisque la cour de cassation n'a seulement pas permis que l'on recher-

(1) *Page* 278, *col.* 1, *ligne dernière*. (2e édition).

BIU Cujas

chât le nom de l'héritier institué par un testament nul dans sa forme; que cette cour s'est uniquement décidée par le motif qu'un acte qui n'était point, ne pouvait servir d'élément à la confection d'une disposition postérieure (1); d'où l'on doit aussi conclure qu'un statut *qui n'est plus*, ne peut servir de règle fondamentale au partage d'une succession actuelle; qu'en agir autrement, c'est régler celle-ci par un monument historique; que, si cette faculté était autorisée, il n'y aurait pas de raison pour rejeter la volonté d'un testateur bizarre qui invoquerait les lois de Lycurgue pour régler sa succession testamentaire ».

Appel à la cour royale d'Angers, de la part des parens du sieur Lanos qui auraient dû lui succéder d'après la coutume du Maine, si elle n'eût pas été abrogée.

Mais par arrêt du 21 juillet 1827,

« Attendu que, par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, toutes les anciennes coutumes sont abolies; que le motif de cette abolition a été de faire disparaître pour toujours une législation dont l'esprit n'était plus en harmonie avec les besoins de la société, et dont les dispositions trop nombreuses, trop divergentes, se trouvant en opposition les unes aux autres, donnaient lieu à une foule de contestations et de procès; que la volonté du législateur a été de remédier à ces inconvéniens, en substituant à ces anciennes coutumes les règles d'une seule et même législation;

» Attendu que la disposition qui abolit les coutumes, est essentiellement une mesure d'ordre public auquel l'art. 6 du Code civil défend de déroger; que cette disposition en a tous les caractères, puisqu'elle concerne la société en général et tous les particuliers dans les intérêts privés qu'ils ont à régler;

» Attendu que de la combinaison de l'art. 7 de la loi de ventôse et de l'art. 6 du Code civil, il résulte ce principe général qui domine toutes les matières régies par les lois actuelles, que, si le législateur s'est borné à en faire une application spéciale et formelle aux conventions matrimoniales dans l'art. 1390, c'est qu'il a pensé que la contravention à ce principe pourrait se présenter plus souvent et plus naturellement dans ces sortes de conventions par l'effet d'anciennes habitudes; mais ce principe d'ordre public n'en conserve pas moins toute sa force relativement aux autres espèces d'actes auxquels il peut s'appliquer, parceque les motifs sur lesquels il repose, sont les mêmes pour tous, lorsqu'à leur égard, la disposition de l'art. 7 n'a reçu ni restriction ni modification, celle consacrée par l'art. 6 du Code civil n'en étant pas susceptible;

» Attendu que, s'il était libre à chaque particulier de donner pour règle générale de l'exécution de sa volonté, les dispositions des anciennes coutumes, ce serait leur rendre, par-là même, une existence et une force légale qu'elles n'ont plus; que ce serait anéantir le système et le bienfait de l'uniformité dans la législation; que ce serait associer celle qui existe à toutes celles qui ont été abolies; qu'en un mot, ce serait introduire le désordre et une confusion générale dans le réglement des intérêts et dans tout l'ensemble des lois;

» Attendu qu'on s'appuierait vainement sur l'art. 967, en ce qu'il permet à toute personne de disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté; car, dans cet article, le législateur n'a eu en vue que de donner le caractère de testament à l'acte quelconque par lequel un testateur manifeste ses dernières volontés; quoiqu'il dise *toute personne*, il en a déjà réduit le nombre en posant les incapacités; et pareillement dans les articles suivans il restreint, quant aux formes, la latitude de pouvoir qu'il a attribuée au testateur; de sorte que la disposition générale de l'art. 967 se trouve expliquée et limitée par une foule de dispositions qui s'y rapportent; que, par conséquent, les termes généraux dans lesquels il est conçu, ne forment point obstacle à ce qu'une dénomination ou une forme qui seraient propres à manifester la volonté du testateur, mais qui seraient contraires à l'ordre public, ne fussent frappées par l'application de l'art. 6 du Code civil;

» Attendu que le sieur Lanos, dans son testament, n'a point désigné par lui-même, et d'une manière positive et certaine, les légataires de la nue-propriété de ses immeubles, et qu'il s'en est rapporté uniquement à la ci-devant coutume du Maine pour faire cette désignation; d'où il suit que les juges ne pourraient prononcer qu'en interprétant et appliquant les dispositions de cette coutume, et en leur attribuant une force légale et impérative que la loi leur refuse; qu'ainsi, le sieur Lanos a, en cela, violé l'art. 6 du Code civil, en contrevenant à la mesure d'ordre public consacrée par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12;

» Par ces motifs, la cour dit qu'il a été bien jugé.... (1) ».

(1) *V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 21 novembre 1814, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 1, art. 4, n° 4.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 28, partie 2, page 97.

BIU Cujas

Cet arrêt est déféré à la cour de cassation : 1° comme violant les art. 916, 967, 1002 et 1134 du Code civil; 2° comme appliquant à faux l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, l'art. 6 du Code civil, et l'art. 1390 du même Code.

Mais par arrêt du 23 décembre 1828, au rapport de M. Borel de Bretizel, et sur les conclusions de M. le procureur général Mourre,

« Sur le premier moyen, que le demandeur fait résulter de la violation des art. 916, 967, 1002 et 1134 du Code civil,

» Attendu que les articles invoqués établissent la faculté de tester et l'obligation des tribunaux de faire valoir les testamens et les conventions; mais que cette faculté n'est pas illimitée, et que le devoir des juges est d'en faire respecter les limites légales;

» Attendu que l'arrêt attaqué, sans méconnaître la latitude attribuée aux dispositions de l'homme, s'appuie sur les articles restrictifs de ces dispositions, pour justifier la nullité qu'il a prononcée; que la difficulté s'est donc concentrée dans l'application des art. 6, 900 et 1390 du Code civil et de la loi du 30 ventôse an 12, qui est l'objet du 2e moyen;

» Sur ce deuxième moyen,

» Attendu que, s'il est vrai qu'une simple énonciation des lois anciennes abrogées, ne pourrait vicier un testament, lorsque la volonté du testateur en reproduit la disposition, et en fait une application précise à des légataires déterminés, de manière que ces lois ne soient pas rappelées comme loi vivante de la succession, il est incontestable aussi qu'il y a violation de l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 et de l'art. 6 du Code civil, dans la confirmation d'une disposition qui rappelle d'une manière générale un statut local abrogé, pour règle de l'exécution de sa volonté, sans préciser avec spécialité cette volonté qui seule est la loi des parties; qu'ainsi, dans les cas de rappel des anciennes coutumes abolies, les tribunaux ont à déterminer si la disposition testamentaire renferme une désignation précise de l'héritier ou des héritiers testamentaires, désignation indépendante de toute application générale des règles d'une coutume locale abrogée;

» Attendu que, dans l'espèce, la cour royale d'Angers a reconnu, en fait, que le testateur, sans distinguer d'une manière précise les légataires de la nue-propriété de ses immeubles, s'en est rapporté uniquement, pour faire cette désignation, à la ci-devant coutume du Maine; qu'en annulant cette disposition qui faisait ainsi revivre une loi abolie, cette cour a fait une juste application de l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 et de l'art. 6 du Code civil; que cette cour n'ayant pas invoqué l'art. 1390 du Code civil, n'a pu en faire une fausse application....;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».

En applaudissant à cet arrêt, je me permettrai d'observer qu'il serait peut-être rédigé avec plus de précision et de clarté, si, au lieu de présenter les art. 6 et 900 du Code civil, ainsi que l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, comme violés directement par le testament du sieur Lanos, il disait simplement :

Qu'à la vérité, le testament du sieur Lanos ne violerait aucun de ces articles, si, en reproduisant les dispositions d'une ancienne loi relative au mode de succéder, il en faisait une application précise à des légataires qu'il désignerait, soit nominativement, soit par des expressions équipollentes et consignées dans son propre texte;

Qu'ainsi, l'abrogation de ces dispositions ne peut pas, par elle-même, vicier le testament qui les rappelle;

Mais qu'elle le vicie,

Parcequ'il rappelle ces dispositions d'une manière générale, et sans désigner les légataires à qui le testateur entend en faire l'application;

Parcequ'en se référant ainsi, pour la substance de ses propres dispositions, à celles d'une loi abrogée, il fait la même chose que s'il se référait à un acte quelconque non revêtu des formes testamentaires;

Parceque vouloir qu'un pareil acte soit exécuté comme testament, c'est violer ouvertement la loi qui établit ces formes, et fait dépendre de leur exacte observation, l'effet des dispositions de dernière volonté.

§. XVI. *Page* 325, *col.* 1, *après la ligne* 28 (2), *ajoutez :*

Voici une espèce dans laquelle j'ai traité ces cinq questions.

Le 9 vendémiaire an 14, etc.

§. XVIII. *Page* 364, *col.* 2, *après la ligne* 23 (3), *ajoutez ce qui suit :*

2° *L'exécution volontaire d'un testament nul en couvre-t-elle les vices? Les couvre-t-elle notamment à l'égard des légataires à qui*

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, page 153.

(2) *Page* 278, *col.* 2, *ligne* 21 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 798, *col.* 2, *ligne* 4 (2e édition).

BIU Cujas

sont étrangères les dispositions sur lesquelles elle porte (1).

I. L'acte qui est l'objet de la première question, n'est point, etc.

Page 366, *supprimez le dernier alinéa de la col.* 2 (2), *les quatre premières lignes de la page* 367, *col.* 1, *et substituez-y ce qui suit :*

Cette dérogation de l'art. 1339 à l'art. 1338 est-elle limitée, en ce qui concerne le donateur, à la confirmation expresse, à l'acte confirmatif proprement dit, et est-elle, en conséquence, inapplicable aux actes d'exécution qui pourraient émaner du donateur lui-même? C'est sur quoi l'on n'est pas généralement d'accord. D'une part, M. Toullier soutient l'affirmative, tome 8, n° 526; d'un autre côté, dans les conclusions du 9 novembre 1814, qui sont rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 5, j'ai présenté la négative comme une vérité constante, et elle a été effectivement consacrée depuis par un arrêt de la cour de cassation, du 6 juin 1821.

Mais ce qui est hors de toute controverse, c'est que, relativement aux héritiers du donateur, la règle établie par l'art. 1338 n'admet point de restriction, et que si, après la mort du donateur, ses héritiers font une confirmation motivée de la donation entre-vifs, etc.

Page 372, *col.* 1, *après la ligne* 4 (3), *ajoutez ce qui suit :*

Voici, au surplus, une espèce dans laquelle ce principe a été formellement reconnu par un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles.

Le sieur de Lamberts avait pour unique héritière présomptive *ab intestat*, une sœur qui était veuve du sieur Lambrichs, et avait trois enfans, savoir, un fils et deux filles mariées, l'une au sieur Wertz, l'autre au sieur Kessel.

Le 6 ventôse an 12, il fit un testament dans lequel, sans rien laisser à sa sœur ni faire aucune mention d'elle, il consigna les dispositions qui sont rappelées à l'article *Substitution fidéicommissaire*, §. 4, n° 3.

Le testateur étant mort le 23 frimaire an 13, la veuve Lambrichs, sa sœur, a passé devant notaire, le 8 pluviôse suivant, un acte par lequel, après avoir ouï la lecture du testament de son frère, elle *a déclaré agréer, ratifier et approuver, pour autant que de besoin, ladite disposition testamentaire en tout son contenu; voulant, quoiqu'y exclue, que ledit testament sorte son plein et entier effet, tel qu'il est dit, au profit de ses petits-enfans, comme héritiers institués, et au profit de ses enfans et autres légataires, sans y vouloir contrevenir directement ni indirectement.*

Cette déclaration n'a été suivie, de la part de la veuve Lambrichs, d'aucun acte qui emportât exécution du testament de son frère.

Après sa mort, arrivée le 29 mai 1808, la dame Wertz, la seule de ses trois enfans qui eût un véritable intérêt à attaquer le testament, en a demandé la nullité, sur le fondement qu'il s'y trouvait une substitution fidéicommissaire.

Ses cohéritiers lui ont opposé une fin de non-recevoir qu'ils ont fait résulter de l'approbation que leur mère commune avait donnée au testament par l'acte du 8 pluviôse an 13; et un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, du 9 janvier 1818, a effectivement adopté cette fin de non-recevoir, en même temps qu'au fond il a rejeté la demande de la dame Wertz.

Mais sur l'appel des héritiers de celle-ci, décédée peu de temps après, il est intervenu, le 23 mai 1822, un arrêt par lequel,

« En ce qui touche la fin de non-recevoir tirée de l'acte du 8 pluviôse an 13,

» Attendu que l'acte prémentionné n'est point, de la part de la dame veuve Lambrichs, un acte d'exécution, mais seulement un acte approbatif ou confirmatif du testament de son frère; et que, pour avoir l'effet d'un véritable acte de cette nature, il aurait dû, au vœu de l'art. 1338 du Code civil, applicable par identité de raison aux dispositions testamentaires, contenir mention expresse et du vice de substitution qu'on reproche au testament, et de l'intention de réparer ce vice; qu'au surplus, les déclarations que cet acte contient, n'ayant point été acceptées par les héritiers institués ni par personne en leur nom, il n'a pu en résulter envers ceux-ci aucun engagement de la part de ladite dame Lambrichs;

» Par ces motifs et aucuns de ceux du premier juge, la cour, M. l'avocat-général de Stop entendu, et de son avis, *met ce dont est appel au néant, en tant qu'il a déclaré les appelans non-rece-*

(1) La question qui, à l'article *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 5, n° 3, du *Répertoire de jurisprudence*, est renvoyée à ce paragraphe, sera traitée dans le suivant.

(2) *Tome* 6, *page* 800, *col.* 2, *ligne* 13 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 805, *col.* 2, *ligne dernière* (2e édition).

BIU Cujas

vables ; émendant quant à ce, reçoit la demande, et y faisant droit, met l'appellation au néant... ».

II. La seconde question est résolue par tous les développemens que contient le n° précédent sur la première.

§. XIX. *Le légataire universel, qui, lorsqu'il n'y a point d'héritier à réserve, et que son titre consiste dans un testament olographe ou mystique, se met de lui-même en possession des biens du défunt, doit-il être privé des fruits de ces biens jusqu'à ce qu'il ait obtenu, conformément à l'art.* 1008 *du Code civil, une ordonnance d'envoi en possession?*

Dans la quatrième édition du *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 5, n° 3 (1), je me suis prononcé pour l'affirmative; mais dans la cinquième, me défiant de cette opinion, je me suis réservé de l'apprécier ici définitivement; et je dois dire ici que je suis forcé de la rétracter.

Je ne pourrais, en effet, y persister qu'autant que l'art. 1008 du Code civil excepterait le légataire universel institué par un testament olographe ou mystique, de la disposition de l'art. 1006, qui veut que, lorsqu'il n'y a point d'héritier à réserve, le légataire universel soit *saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance ;* car cette disposition, par cela seul qu'elle est générale, s'applique nécessairement, par elle-même, au légataire universel institué par un testament olographe ou mystique, ni plus ni moins qu'au légataire universel institué par un testament notarié. Si donc le premier n'en est pas excepté par l'art. 1008, il y est nécessairement compris ni plus ni moins que le second; et s'il y est compris comme le second, il faut bien que, comme le second, il soit *saisi de plein droit par la mort du testateur ;* il faut bien par conséquent qu'il ait le même droit que le second, à tous les fruits que produisent les biens du testateur dès le moment de l'ouverture de la succession.

Or, que fait la loi, en disant, art. 1008, que, *dans le cas de l'art.* 1006, *si le testament est olographe ou mystique, le légataire universel sera tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du président, mise au bas d'une requête à laquelle sera joint l'acte de dépôt?* Elle assujétit à une formalité particulière le légataire universel institué par un testament olographe ou mystique; mais elle ne l'excepte pas de la disposition générale de l'art. 1006; elle ajoute, en ce qui le concerne, à l'art. 1006, mais elle n'y déroge pas. Elle ne lui ôte donc pas la saisine qu'elle accorde par l'art. 1006 à tout légataire universel; et la preuve qu'elle n'entend pas la lui ôter, la preuve qu'il n'est pas dans son intention d'assimiler l'ordonnance d'envoi en possession qu'elle le charge d'obtenir, à un acte ou jugement de délivrance, c'est qu'elle veut que cette ordonnance soit rendue sur sa seule requête, et que bien certainement une ordonnance sur requête ne peut jamais tenir lieu d'acte ou de jugement de délivrance à un légataire qui n'est pas saisi de plein droit (1).

Mais si l'art. 1008 laisse, quant à la saisine légale, le légataire universel institué par un testament olographe ou mystique, sur la même ligne que le légataire universel institué par un testament notarié, comment pourrait-il être dans son esprit d'attacher à l'omission de la formalité qu'il impose au premier, la privation des fruits échus avant que cette omission ait été réparée? Cette privation ne serait pas seulement une peine, qui, par sa nature, ne peut jamais être suppléée dans une loi; elle mettrait encore l'art. 1008 en contradiction avec lui-même. En effet, cet article aurait très-bien pu, par exception à l'art. 1006, dire que le légataire universel institué par un testament olographe ou mystique, ne sera saisi que par l'ordonnance d'envoi en possession qu'il l'assujétit à obtenir du président du tribunal; mais dire qu'il sera saisi de plein droit, et que cependant les fruits ne lui appartiendront qu'à compter du jour de l'ordonnance du président, c'eût été une véritable contradiction que l'on ne peut pas raisonnablement imputer au législateur.

Qu'importe qu'à défaut d'ordonnance d'envoi en possession, le légataire universel ne puisse posséder qu'illégalement? Non, ce n'est qu'illégalement qu'il possède *de fait;* mais il n'en est pas moins possesseur *de droit* par l'effet de sa saisine légale, et c'en est assez pour qu'il fasse les fruits siens.

D'ailleurs, l'illégalité de sa possession *de fait* ne peut jamais être de longue durée; car de deux choses l'une : ou l'héritier *ab intestat* s'y oppose dans l'année, ou il ne s'y oppose pas. S'il s'y oppose, le légataire universel fera sur-le-champ cesser son opposition en se mettant en règle; et s'il ne s'y oppose pas, s'il laisse le légataire universel jouir paisiblement pendant l'année entière, celui-ci acquerra, par cela seul (comme on l'a vu au mot *Triage*, §. 3), le droit d'intenter complainte; et par conséquent sa possession, d'illégale qu'elle

(1) Tome 17, page 767.

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Légataire*, §. 5, n° 17.

BIU Cujas

était primitivement de fait, deviendra parfaitement légale.

§. XX. *Autres questions sur les testamens.*

V. les articles *Disponibilité*, etc.

TIERS, §. II. *Page* 392, *col.* 1, *ligne* 36 (1), *après les mots* page 196, *ajoutez en note :*

Voici l'espèce de cet arrêt :

Le 3 germinal an 8, acte sous seing-privé par lequel Charles Fontaine reconnaît avoir reçu, à titre de prêt, d'Elisabeth Lacroix, veuve Desrumaux, sa belle-mère, une somme de 2,500 florins de Brabant, avec promesse d'en payer les intérêts à raison de trois et demi pour cent, jusqu'au remboursement qu'il s'oblige de faire du capital, après six mois d'avertissement.

Quelque temps après, la veuve Desrumaux cède cette créance, avec les intérêts échus, au sieur Bélin, son autre gendre; et elle écrit cette cession, sous la date du 8 floréal an 10, au bas de l'original de la reconnaissance de Charles Fontaine.

Le 10 septembre 1806, acte sous seing-privé, par lequel le sieur Bélin fait un arrière-transport de la même créance au sieur Bouvier.

Le 8 octobre 1807, le sieur Bouvier fait enregistrer cet acte; et, par exploit du même jour, il le fait notifier à Charles Fontaine.

Le 22 décembre suivant, Charles Fontaine fait enregistrer un acte sous seing-privé, du 2 germinal an 11, par lequel la veuve Desrumaux reconnaît avoir reçu de lui le remboursement de son obligation du 3 germinal an 8; et il oppose cette pièce au sieur Bouvier comme une preuve que la prétendue créance de celui-ci était éteinte au moment où la veuve Desrumaux l'avait transportée au sieur Bélin.

Le sieur Bouvier, se fondant sur le principe que les actes sous seing-privé ne font, par eux-mêmes, aucune foi de leur date contre les tiers, n'en poursuit pas moins Charles Fontaine devant le tribunal de première instance de Tournai.

Charles Fontaine met en cause la veuve Desrumaux; et en concluant, contre le sieur Bouvier, à ce qu'il soit déclaré non-recevable et non-fondé, il conclud contre elle à ce qu'elle soit condamnée à le garantir.

La veuve Desrumaux reconnaît avoir apposé sa signature à la quittance dont se prévaut Charles Fontaine; mais en même temps elle soutient que cette quittance n'a pas été sérieuse de sa part, qu'elle ne l'a remise à Charles Fontaine que confidentiellement, et sous sa promesse verbale de lui en compter incessamment le montant; et elle lui défère le serment décisoire sur ce point.

Le 3 mars 1808, jugement par lequel,

« Vu les art. 1322, 1328 et 1691 du Code civil,

» Attendu que la foi de la date de la quittance dont se prévaut Fontaine, au 2 germinal an 11, foi résultant de la reconnaissance de la veuve Desrumaux, a son effet, et est consommée entre ledit Fontaine et ladite veuve;

» Attendu qu'à l'égard de ces deux personnes, Bouvier ne peut être considéré que comme un tiers à l'égard duquel la quittance dont s'agit, n'a de date que du jour de son enregistrement;

» Attendu que cet enregistrement étant postérieur à la signification de la cession, n'a donné date certaine à la quittance qu'à une époque postérieure à cette signification; partant, que, loin que Fontaine puisse se prévaloir dudit art. 1691 pour établir sa libération, il résulte, au contraire, de cet article, qu'il n'a pas été valablement libéré à l'égard de Bouvier » ;

Le tribunal adjuge au sieur Bouvier les conclusions qu'il a prises contre Charles Fontaine; et faisant droit sur la demande récursoire de celui-ci contre la veuve Desrumaux, ordonne qu'il comparaîtra en personne à l'audience du 10, pour prêter le serment qui lui est déféré, si mieux il n'aime le référer.

A l'audience du 10 mars, ni Charles Fontaine, ni la veuve Desrumaux ne comparaissent, et l'affaire reste là à leur égard.

Mais Charles Fontaine appelle de la disposition principale du jugement, et il intime le sieur Bouvier.

La cause portée à l'audience de la cour d'appel de Bruxelles, il soutient, en invoquant les art. 1322 et 1691 du Code civil, que la quittance sous seing-privé, du 2 germinal an 11, étant reconnue, quant à sa date, par la veuve Desrumaux, fait foi de sa date même, non seulement contre cette veuve, mais encore contre ses cessionaires, qui ne sont pas, dit-il, de simples *tiers*, dans le sens de l'art. 1328, mais de véritables *ayant-cause*.

Subsidiairement, il prétend que cette quittance, par cela seul qu'elle est émanée de la veuve Desrumaux, doit former contre elle, et par conséquent contre ceux qui la représentent, un commencement de preuve par écrit; et il offre de compléter cette preuve par la déposition de plusieurs témoins, notamment du notaire, dans l'étude et en présence duquel la quittance a été souscrite.

Ici laissons parler les rédacteurs des *Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles*, tome 18, page 302 :

« Bouvier a répondu que l'aveu de la veuve Desrumaux, devant le premier juge, ne pouvait être divisé; que, si elle avait reconnu là d'avoir apposé sa signature à la quittance, elle avait en même temps soutenu

(1) *Tome* 6, *page* 811, *col.* 2, *ligne* 17 (2e édition).

BIU Cujas

que cette quittance n'était pas sérieuse, et qu'elle ne l'avait pas remise à Fontaine pour qu'elle lui servît de titre libératoire; qu'ainsi, on ne pouvait pas dire que la quittance avait été par elle reconnue dans le sens de l'art. 1322 du Code civil; mais que le fût-elle, cette pièce ne pourrait être opposée qu'à ladite veuve Desrumaux, et non à lui Bouvier, qui n'était pas son ayant-cause pour ce qui concernait la quittance, et qui ne la représentait que pour les obligations et les droits résultant de l'acte du 3 germinal an 8; que l'art. 1322 du Code civil ne peut recevoir d'autre interprétation.

» En effet, cet art. 1322 prouve bien que Bouvier, en sa qualité de sucesseur à titre particulier *dans le prêt d'argent* de la veuve Desrumaux à charge de Fontaine, peut faire valoir, comme ayant-cause de ladite Desrumaux, l'acte de prêt contre Fontaine, et qu'entre eux, c'est-à-dire, Bouvier et Fontaine, cet acte fait foi comme un acte authentique, par suite aussi de sa date; mais ce même article ne prouve pas que tous autres actes qu'a passés ou passera la veuve Desrumaux, et qui prouveront contre elle, feront preuve contre Bouvier, sous prétexte que celui-ci est l'ayant-cause de cette veuve dans un acte de prêt d'argent. Or, la quittance que réclame Fontaine est un autre acte: c'est un acte sur un nouveau fait; c'est un acte sur un fait propre et particulier à la veuve Desrumaux, à l'égard duquel Bouvier n'est pas l'ayant-cause de ladite veuve Desrumaux, dans le sens de l'art. 1322 du Code civil, pas plus qu'il ne pourrait être censé l'ayant-cause de toute autre personne avec qui il n'aurait jamais eu de relations.

» Si Bouvier prétendait que l'acte de prêt a été passé sous une autre date que celle qu'il porte, Fontaine exciperait avec raison, contre lui, de l'art. 1322; car cet acte prouve sa date entre parties qui ont contracté et entre ayant-cause; mais il en est autrement d'un autre acte tel que la quittance.

» Si l'application que fait Fontaine de l'art. 1322 était admissible, il s'ensuivrait cette absurdité qu'un cessionnaire, quelque diligent qu'il fût, et qui de suite a fait signifier son transport, ne pourrait jamais avoir aucune sûreté; car il serait toujours au pouvoir du cédant et du débiteur de s'entendre et de colluder, de donner et de prendre une quittance après le transport signifié; il suffirait d'exprimer dans la quittance une date antérieure à la signification. Cette voie serait toujours ouverte aux fripons, et il serait vrai de dire que la mesure que la loi elle-même a indiquée au créancier, pour se rendre propriétaire incommutable, serait sans efficacité, et compromettrait ainsi la dignité de la législation.

» On objecte qu'un débiteur peut avoir payé réellement au cédant avant la signification, et qu'il serait dur pour lui de devoir payer deux fois, parcequ'il n'aurait pas fait enregistrer de suite sa quittance.

» Nous répondons que c'est au débiteur, quand il a lieu de se défier de son créancier qu'il soupçonne de mauvaise foi, à assurer sa libération, en usant du moyen que la loi fournit pour donner à sa quittance une date certaine contre toute personne; les cas qui laissent le créancier détenteur du titre après la libération, sont d'ailleurs très-rares, et il résulterait, au préjudice du cessionnaire qui n'aurait aucun moyen d'éviter la collusion, des inconvéniens d'une toute autre importance, si une quittance quelconque, antidatée, pouvait lui être opposée valablement.

» Dans l'espèce, Fontaine, s'il avait effectivement payé la veuve Desrumaux, à l'époque de la quittance, avait un motif plausible de la faire enregistrer, puisque sa belle-mère ne lui avait pas rendu son obligation. Le contexte même de cette quittance prouve qu'elle n'a été donnée qu'après coup, dans le moment où l'obligation n'était plus au pouvoir de la veuve Desrumaux; car il y est énoncé qu'on ne peut remettre l'obligation qu'on n'a pas dans ce moment. Cette circonstance, jointe à ce qui s'est passé devant le premier juge, fait voir suffisamment qu'elle n'est qu'un moyen de dol et de fraude, employé par Fontaine pour se libérer, sans débourser un sou, de l'obligation qu'il a contractée.

» On doit donc considérer la quittance dont se prévaut Fontaine, comme un acte simulé et antidaté, arraché par lui à la faiblesse de sa belle-mère, comme un acte fait en fraude du transport, et à l'égard duquel Bouvier n'est pas en contact avec la veuve Desrumaux, comme à l'égard de l'obligation, puisqu'il n'est pas possible de concevoir tout à la fois Bouvier cessionnaire de la veuve Desrumaux, tant relativement à *l'obligation* qu'à la *libération*; car, si on envisage Bouvier comme cessionnaire de *l'obligation*, on ne peut, sans être en contradiction avec soi-même, dire qu'il est en même temps l'ayant-cause de la veuve Desrumaux en ce qui concerne la *libération*; ce serait dire tout à la fois qu'il est cessionnaire et non cessionnaire.

» Ainsi s'écroule en même temps la base des conclusions subsidiaires; la quittance étant au néant à l'égard de Bouvier, ne peut former un commencement de preuve contre lui ».

Par arrêt du 15 novembre 1809,

« Au principal, la cour, déterminée par les motifs énoncés au jugement dont est appel;

» Et quant à la conclusion subsidiaire de l'appelant, attendu que l'intimé n'étant pas l'ayant-cause de la veuve Desrumaux, en ce qui concerne la quittance en question, cette quittance ne peut servir contre lui de commencement de preuve par écrit; et qu'ainsi, l'appelant est non-recevable dans la preuve testimoniale à laquelle il a demandé à être admis;

» Sans s'arrêter à la demande subsidiaire de l'appelant, la cour met l'appellation au néant, avec amende et dépens ».

Même page et même col., ligne 38, *après les mots* page 282, *ajoutez :*

Voilà ce que j'ai dit, dans ma troisième édition, en 1820, sur l'étrange système de M. Toullier.

BIU Cujas

L'année suivante, M. Ducaurroy de la Croix, professeur à l'École de droit de Paris, l'a également combattue par une savante et lumineuse dissertation qu'il a insérée dans la *Thémis*, tome 3, page 49.

M. Toullier nous a répondu à l'un et à l'autre, en 1822, par une *addition* à son tome 10; mais nous a-t-il réfutés? Il s'en faut de beaucoup, et c'est une vérité dont on se convaincra facilement par la lecture de la réplique que lui a faite, en 1823, M. Ducaurroy, dans la *Thémis*, tome 5, page 6.

Cependant il restait encore une sorte d'obscurité sur le sens dans lequel le mot *ayant-cause* est employé par l'art. 1322 du Code civil (1); mais elle a été complétement dissipée par ce qu'a écrit sur le même sujet, et dans le même volume, page 18, un jurisconsulte qui a gardé l'anonyme; voici ses termes :

« *L'ayant-cause*, dit M. Toullier, *est celui à qui les droits d'une personne ont été transmis à titre particulier, comme legs, donation, vente, etc.*

» Ainsi, dans le concours de deux ventes du même immeuble à deux personnes différentes, ces deux personnes ne peuvent être considérées simultanément comme deux *ayant-cause*, parceque le même objet ne peut appartenir en même temps à l'un et à l'autre; et par conséquent c'est vouloir décider la question par la question même, que de présenter les deux acquéreurs comme deux *ayant-cause*; il n'y en a qu'un qui le soit, et c'est celui qui sera reconnu comme véritable acquéreur et propriétaire.

» Si donc l'acquéreur sous seing-privé prétend à la priorité par la date de son acquisition, alors, par cela même, il veut qu'on le considère comme *ayant-cause*; il ne veut plus conséquemment attribuer à l'acquéreur, par acte authentique, une qualité qu'il s'attribue à lui-même; sinon, ce serait reconnaître sa qualité de propriétaire. Ainsi, dans cette lutte, l'acquéreur par acte authentique n'est qu'un tiers qui conteste à l'autre sa qualité d'ayant-cause, et qui peut conséquemment invoquer contre lui les dispositions de l'art. 1328. S'il fait décider que ces dispositions lui sont applicables, alors c'est lui qui deviendra l'ayant-cause; mais quant à présent, il n'est qu'un tiers vis-à-vis de l'autre acquéreur, et l'art. 1322 ne saurait lui être opposé.

» En résumé, il ne peut y avoir qu'un ayant-cause, et c'est celui des deux qui sera reconnu propriétaire exclusivement à l'autre. Ainsi, tant que la question restera indécise, ce ne seront que deux tiers qui se contesteront la qualité *d'ayant-cause*, et dont l'un pourra conséquemment opposer à l'autre les dispositions de l'art. 1328 ».

Que répondre à des raisons aussi péremptoires? Rien. Aussi le système de M. Toullier n'a-t-il pas été mieux accueilli par les tribunaux depuis la publication de son tome 10, qu'il ne l'avait été précédemment. Voici d'abord un arrêt de la cour royale de Nîmes qui l'a formellement condamné.

Le sieur Dautun-Sauveplane avait, par son testament, légué à son épouse une somme de 2,000 francs, et institué le sieur Deroche son légataire universel.

Après la mort du testateur, et par acte du 28 mars 1816, le sieur Deroche cède tous ses droits successifs au sieur Pelet.

Le 3 novembre 1817, acte notarié, par lequel la dame Canonge, veuve du sieur Dautun-Sauveplane, remariée au sieur Puechegur, donne entre-vifs à la demoiselle Puechegur, fille mineure de celui-ci, qui l'accepte pour elle, la somme de 2,000 fr. qui lui est due à titre de legs par le légataire universel de son premier mari.

Le sieur Puechegur, agissant en conséquence comme tuteur de sa fille, fait signifier cette donation au sieur Deroche, et forme contre lui une demande en paiement de la somme qui en est l'objet.

Le sieur Deroche appelle le sieur Pelet en garantie.

Le sieur Pelet comparaît armé d'une quittance sous seing-privé, en date du 5 août 1817, par laquelle la dame Puechegur a reconnu avoir reçu de lui son legs de 2,000 francs, et soutient que la dame Puechegur, en donnant cette somme à sa belle-fille, par l'acte notarié du 5 novembre suivant, n'a fait qu'une libéralité illusoire, puisque la créance qui en était la matière, n'existait plus.

On lui oppose que la quittance dont il excipe, n'a été enregistrée qu'en 1818, et que par conséquent elle ne peut, aux termes de l'art. 1328 du Code civil, être censée avoir précédé la donation.

Il répond que la donation n'a pu être que l'ouvrage de la fraude, et qu'eût-elle été acceptée de bonne foi au nom de la mineure Puechegur, elle ne pourrait être d'aucun effet contre lui; parceque, d'après l'art. 1322 du Code civil, et l'explication qu'en donne M. Toullier dans son tome 10, la mineure Puechegur ne peut, comme donataire et ayant-cause de sa belle-mère, révoquer en doute la date de la quittance de celle-ci.

Jugement du tribunal de première instance d'A-

(1) J'y reviendrai ci-après, aux mots *Transcription au bureau des hypothèques*, §. 4, n° 3, dans une observation que je ferai sur un arrêt de la cour de cassation, du 4 juin 1823.

BIU Cujas

lais, qui, avant faire droit, admet le sieur Pelet à la preuve des faits de fraude qu'il articule.

Appel de ce jugement de la part du sieur Puechegur; et, par arrêt du 11 février 1822,

» Attendu que l'intimé Pelet ne se prétend libéré de la créance de la dame Canonge qu'en vertu d'un acte privé, enregistré postérieurement à la donation que la dame Canonge avait faite de la même créance, et par acte authentique, à la demoiselle Puechegur;

» Qu'on ne peut considérer comme *ayant-cause*, dans le sens de l'art. 1322 du Code civil, le donataire d'une créance qui en poursuit le paiement envers le débiteur porteur d'une quittance sous seing-privé, non enregistrée avant la donation;

» Que, quoique le droit du donataire émane originairement du donateur, signataire de la quittance, il n'est pas moins vrai que le même donataire est un tiers à l'égard du débiteur, et même à l'égard du donateur, en ce qui concerne l'empêchement de celui-ci d'attenter directement ni indirectement à l'irrévocabilité de la donation;

» D'où il suit que, dans ce cas, il y a lieu à l'application de l'art. 1328 du Code civil....;

» Attendu qu'il n'a été allégué contre l'acte de donation des présomptions de fraude, ni graves, ni précises, ni concordantes; que tout en prouve, au contraire, la sincérité, et que la preuve ordonnée par les premiers juges, est tout au moins frustratoire....;

» Attendu que la matière est disposée à recevoir jugement définitif, et que les demandes en garantie formées par Deroche contre Pelet, et par celui-ci contre la dame Canonge, sont fondées;

» La cour a mis l'appellation et le jugement dont est appel au néant; émendant et évoquant le principal, condamne Deroche à payer audit Puechegur la somme dont il s'agit au procès, et Pelet à l'indemniser.... (1)».

La question s'est représentée l'année suivante devant la cour de cassation, et y a été jugée de même. Voici les faits:

Le 21 octobre 1808, acte notarié par lequel le sieur Rochas consent, au profit du sieur Bruel, son gendre, une hypothèque sur divers immeubles, et notamment sur son domaine de Vaugelas, pour sûreté d'une somme de 30,000 fr. qu'il a constituée en dot à sa fille par contrat de mariage du 28 juin précédent.

Le 6 juin 1817, le sieur Bruel fait sommation aux sieurs Beret, père et fils, détenteurs de ce domaine, de lui payer la somme pour laquelle il lui est hypothéqué, sinon d'en faire le délaissement.

Les sieurs Beret, père et fils, répondent qu'ils ont acquis ce domaine du sieur Rochas par acte sous seing-privé, du 30 nivôse an 12; qu'à la vérité, ils n'ont fait enregistrer cet acte que le 5 juin 1812, et par conséquent après l'acte notarié, par lequel leur vendeur l'avait hypothéqué au sieur Bruel; mais que la possession qu'ils ont eue constamment de cet immeuble, depuis l'acquisition qu'ils en ont faite, doit faire tenir pour certaine, à l'égard des tiers, la date de l'acte sous seing-privé qu'ils représentent; qu'ainsi, le sieur Rochas n'a pas pu, quatre ans après, hypothéquer cet immeuble au sieur Bruel.

Le 10 juillet 1818, jugement du tribunal civil de Valence, qui, sans s'arrêter à cette prétention, permet au sieur Bruel de donner suite à sa sommation du 6 juin 1817,

« Attendu que la vente du fonds appelé de Vaugelas, passée aux sieurs Beret, père et fils, par le sieur Rochas, le 30 nivôse an 12, étant sous seing-privé, n'a pu avoir de date certaine, à l'égard du sieur Bruel, que du jour de son enregistrement le 5 juin 1812, aux termes de l'art. 1328 du Code civil;

» Que les sieurs Beret invoquent inutilement les présomptions de fait ou *juris* résultant de l'exécution de la vente de l'an 12, à l'effet d'y faire remonter l'authenticité ou la certitude de sa date, qui n'a été acquise que huit ans après; que, ni l'acte de commerce qui a été communiqué, ni la jouissance du fonds, ne rentrent dans aucune des conditions exigées par l'art. 1328 du Code civil, pour attribuer une date certaine à un acte sous seing-privé».

Sur l'appel, arrêt de la cour royale de Grenoble, du 19 août 1820, qui réforme ce jugement,

« Attendu que la vente du 30 nivôse an 12 (21 janvier 1804) a acquis une date certaine, à l'égard de la fille du sieur Rochas et de Bruel, son gendre, par l'exécution qu'elle a reçue et le paiement du prix à des créanciers du vendeur, spécialement hypothéqués sur l'immeuble aliéné; qu'il est contre toute évidence de soutenir que les quittances privées passées au sieur Beret aient pu avoir lieu postérieurement à l'hypothèque consentie par le sieur Rochas au profit de son gendre, dès-lors qu'elles ont servi à éteindre des créances établies par des actes authentiques, déjà échues lors de la vente, extinction dont les mariés Bruel ont eu nécessairement connaissance lorsqu'elles ont parfourni le paiement desdites créances, et surtout lorsqu'ils ont restreint leurs hypothèques aux immeubles possédés actuellement par le sieur Rochas;

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 23, partie 2, page 135.

BIU Cujas

» Que, quoique, suivant l'art. 1328 du Code civil, les actes sous seing-privé n'aient de date contre les tiers que du jour où ils sont enregistrés, ou du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, ces exceptions en droit apprennent que, toutes les fois que celui à qui on oppose un acte sous seing-privé, n'a pu ignorer sa date pour en avoir eu une connaissance personnelle, l'effet doit en être le même à son égard que l'effet des exceptions exprimées dans l'art. 1328; et que, dans l'espèce, ledit Bruel a eu une connaissance personnelle de l'aliénation faite par son beau-père dans l'acte privé dont il s'agit ».

Le sieur Bruel se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant l'art. 1328 du Code civil, aux termes duquel la date donnée aux actes sous seing-privé, ne peut être tenue pour constante à l'égard des tiers, que dans les trois cas qui y sont expressément signalés, et dans aucun desquels ne se trouve le contrat de vente sous seing-privé dont il s'agit.

Cités devant la section civile pour répondre à ce moyen de cassation, les sieurs Beret le combattent d'abord par les motifs de l'arrêt attaqué et par l'opinion de M. Toullier, qui, en effet, prétend, tome 8, nos 242 et 243, que *la disposition de l'art.* 1328 *n'est pas limitative, mais seulement démonstrative.* Mais se défiant de la solidité de cette réponse, ils ajoutent qu'en tout cas, et quel que soit le sens de l'art. 1328, l'arrêt de la cour royale de Grenoble ne peut avoir d'autre tort que de n'être pas motivé comme il devait l'être; qu'en effet, ce n'est point à l'art. 1328, qui ne concerne que les *tiers*, mais bien à l'art. 1322, que l'on doit s'attacher dans l'espèce; que le sieur Bruel n'est pas un *tiers* à leur égard, qu'il est véritablement l'*ayant-cause* du sieur Rochas, puisque c'est de lui qu'est émanée l'hypothèque conventionnelle qui forme son titre; qu'ainsi, l'acte de vente du 30 nivôse an 12, qu'il a souscrit à leur profit, avant de consentir cette hypothèque, les a constitués leur *co-ayant-cause*, et que, dès-lors, cet acte doit, aux termes de l'art. 1322, faire la même foi de sa date entre eux et le sieur Bruel, qu'entre eux et le sieur Rochas lui-même.

Mais quel a été le sort de cette défense? Par arrêt du 27 mai 1823, au rapport de M. Henri Larivière, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde, laissant de côté, et par conséquent rejetant d'une manière implicite, mais non équivoque, le moyen que tiraient les sieurs Beret de l'art. 1322, et de leur prétendue qualité de *co-ayant-cause* du sieur Rochas, qu'ils prétendaient, avec M. Toullier, s'attribuer respectivement au sieur Bruel, la cour de cassation a annulé l'arrêt attaqué, comme violant l'art. 1328 du Code civil,

» Attendu que cet article n'attache la certitude de la date des actes sous signature privée qu'on oppose aux tiers, que dans les trois circonstances précises qu'il détermine, et qu'aucune de ces circonstances ne se trouve dans l'espèce de la cause;

» D'où il suit qu'en jugeant, malgré cela, que le contrat de vente dont il s'agit avait acquis une date certaine au préjudice du demandeur, la cour royale de Grenoble a violé les dispositions de l'article précité (1) ».

Une nouvelle tentative a encore été faite depuis pour faire triompher le système de M. Toullier; mais elle n'a pas eu plus de succès que les précédentes. Voici l'espèce.

Le 25 juillet 1787, acte sous seing-privé, par lequel Frédéric et Antoine Villette partagent entre eux la succession de leur père, sauf une maison située à Verneuil, qui leur reste en commun.

Le 30 janvier 1790, nouvel acte sous seing-privé par lequel Frédéric cède à son frère Antoine, sa portion indivise dans cette maison.

Le 2 mai 1792, acte notarié par lequel Frédéric et Antoine vendent conjointement cette maison au sieur Devielles, qui en prend possession et en jouit paisiblement jusqu'en 1822.

A cette époque, il est poursuivi hypothécairement par la dame Darel, veuve d'Antoine Villette, l'un de ses vendeurs, pour les reprises qu'elle a droit d'exercer sur la succession de son premier mari, en vertu de son contrat de mariage de 1788.

Se fondant sur l'acte sous seing-privé du 30 janvier 1790, quoique non encore enregistré, elle prétend faire valoir son hypothèque légale sur la totalité de la maison, attendu, dit-elle, que la totalité en a appartenu à son premier mari.

Le sieur Devielles demande la nullité de la saisie, en tant qu'elle porte sur la portion de la maison dont Frédéric Villette, l'un des vendeurs, était propriétaire au moment de la vente du 2 mai 1792. En effet, dit-il, la maison appartenait aux deux frères, lorsqu'ils me l'ont vendue; elle était, à la vérité, légalement hypothéquée aux reprises matrimoniales de la dame Darel, mais elle ne l'était et ne pouvait l'être que jusqu'à concurrence de la moitié qui en appartenait à Antoine Villette. Vainement argumente-t-on de l'acte du 30 janvier 1790, qui a attribué à celui-ci la totalité de la maison. Cet acte étant sous seing-privé, et n'ayant acquis une date certaine que par l'enregistrement qui en a été fait

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1823, page 294; Bulletin civil de la cour de cassation, tome 25, page 217.

BIU Cujas

depuis la saisie, ne peut pas m'être opposé; c'est la conséquence nécessaire de l'art. 1328 du Code civil.

La dame Darel répond que le sieur Devielles n'est pas, en ce qui la concerne, ce que l'art. 1328 appelle un *tiers*; qu'il est véritablement l'*ayant-cause* d'Antoine Villette, l'un de ses vendeurs, et que par conséquent elle peut, d'après l'art. 1322 du Code civil, lui opposer la date de l'acte du 30 janvier 1790, comme elle pourrait l'opposer aux héritiers d'Antoine Villette lui-même.

Au surplus, elle fait enregistrer cet acte, et le produit.

Le 25 janvier 1824, jugement du tribunal de première instance d'Évreux, qui rejette la réclamation du sieur Devielles.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour royale de Rouen, du 12 avril 1825, qui réforme ce jugement,

« Attendu que l'acte de cession du 30 janvier 1790 est sous signature privée, qu'il n'a été enregistré qu'en l'année 1824; qu'il n'avait acquis aucune date certaine à l'époque où le sieur Devielles a fait l'acquisition de la maison de Verneuil, restée indivise entre les sieurs Villette après le décès de leur père;

« Que par conséquent l'acte du 30 janvier 1790 ne peut être opposé avec succès au tiers-acquéreur, et prévaloir sur le contrat du 2 mai 1792, suivi d'une possession conforme au titre».

Inutilement la dame Darel se pourvoit-elle en cassation contre cet arrêt; inutilement l'attaque-t-elle comme violant l'art. 1322, par une fausse application de l'art. 1328; inutilement répète-t-elle tout ce qu'a écrit là-dessus M. Toullier, dans ses tomes 8 et 10: par arrêt du 20 février 1827, au rapport de M. de Mennerville, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu que les frères Villette ont, le 2 mai 1792, vendu conjointement la maison sise à Verneuil, dont s'agit dans la cause;

« Attendu que l'acte de cession du 30 janvier 1790, par lequel le sieur Villette de Raveton est devenu seul propriétaire de ladite maison, a été fait sous seing-privé, et n'a acquis de date certaine que par l'enregistrement qui en a été fait en l'année 1824; qu'ainsi, il ne peut être opposé avec succès au tiers-acquéreur, et prévaloir sur le contrat du 2 mai 1792, suivi d'une possession conforme au titre;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 27, page 135.

TIERS-COUTUMIER, §. I. *Page* 239, *avant la ligne antépénultième* (1), *ajoutez:*

Sur ces trois questions qui, après la publication de la loi du 17 nivôse an 2, avaient été, pendant plusieurs années, la matière d'une controverse ruineuse pour les familles normandes, la cour de cassation a rendu, le 4 thermidor an 12, un arrêt qui les a résolues pour la négative. Voici comment il est conçu:

Page 413, *col.* 1, *après la ligne* 24 (2), *ajoutez:*

§. II. 1° *L'enfant qui, sous la coutume de Normandie, mourait sans avoir renoncé à la succession de son père, transmettait-il à ses héritiers collatéraux et à ses autres ayant-cause son droit à la délivrance du tiers-coutumier?*

2° *Le leur transmettait-il, lorsqu'il avait renoncé à la succession de son père, mais n'avait pas formé sa demande en délivrance de ce droit?*

Sur la première question, la jurisprudence normande faisait une distinction entre les frères et sœurs, et les autres parens ou ayant-cause.

Elle admettait les frères et sœurs à la part du prédécédé dans le tiers-coutumier qui leur était déféré à tous en commun; mais ce n'était point comme héritiers du prédécédé qu'elle les y admettait, c'était par droit d'accroissement. C'est, dit Basnage, sur l'art. 399 de la coutume, ce qui a été *jugé au profit d'une sœur: bien que son frère n'eût point renoncé à la succession du père, elle fut déclarée admissible à renoncer de son chef, et à demander la part que son frère aurait eue au tiers-coutumier* jure accrescendi, *par arrêt du 9 août* 1658.

Quant aux parens collatéraux plus éloignés et aux ayant-cause tout-à-fait étrangers, le frère qui mourait sans avoir renoncé à la succession de son père, ne leur transmettait aucune espèce de droit au tiers-coutumier.

Rien de plus positif que ce qu'écrivait là-dessus Basnage à l'endroit cité. *Il faut* (ce sont ses termes) *suivre une distinction que les arrêts ont faite entre les frères et sœurs et les autres parens collatéraux. A l'égard des premiers, puisque le tiers-coutumier est donné en faveur des enfans, il leur appartient de plein droit; et pour le faire passer à leurs frères et sœurs, il n'est point nécessaire qu'ils en aient*

(1) *Page* 302, *col.* 1, *ligne* 30 (2e édition).
(2) *Tome* 6, *page* 821, *col.* 2, *ligne* 23 (2e édition).

BIU Cujas

fait l'option; mais pour les collatéraux, le tiers-coutumier est réputé un privilége personnel, qui n'appartient aux enfans qu'après avoir renoncé.

C'est dans le même sens que Houard, dans son *Dictionnaire de droit normand*, aux mots *Tiers-coutumier*, disait : *le tiers-coutumier est un droit personnel aux enfans; il n'est point transmissible aux héritiers collatéraux.*

Et voilà pourquoi il est dit dans l'arrêt de la cour de cassation du 2 fructidor an 12, rapporté à la fin du paragraphe précédent, que les enfans qui mouraient sans avoir renoncé ou pu renoncer à la succession de leur père, *ne pouvaient transmettre leur tiers-coutumier à des collatéraux, parcequ'ils n'en étaient saisis que par leur renonciation.*

En était-il, à cet égard, et c'est ici que se présente notre seconde question, de l'enfant qui mourait sans avoir formé sa demande en délivrance du tiers-coutumier, mais après avoir renoncé à la succession de son père, comme de l'enfant qui mourait sans avoir accepté ni répudié cette succession ?

Il semblerait à la première vue que l'on n'eût pas dû les assimiler l'un à l'autre. Écoutons Basnage, à l'endroit qui vient d'être cité : *Pour prouver que ce droit n'est point transmissible aux héritiers collatéraux, autres que les frères et sœurs, je rapporterai l'exemple de l'action pour faire déclarer inofficieux le testament du père;* dans le droit romain, querela inofficiosi testamenti non dabatur cognatis, *loi* 1re, *D.* de inofficioso testamento. *Ainsi, comme la demande du tiers fait une espèce d'injure au père, parcequ'on lui reproche son mauvais ménage*, par une renonciation nécessaire à la succession, *l'action n'en doit être permise qu'aux enfans....; l'enfant seul ayant droit de reprocher à son père qu'il a fait mauvais ménage.*

C'est donc parceque la renonciation du fils à la successsion paternelle était considérée comme un outrage que faisait le fils à la mémoire de son père, que le fils ne pouvait pas transmettre à des héritiers collatéraux ni à d'autres ayant-cause son droit au tiers-coutumier. Mais une fois qu'il avait consommé, par sa renonciation, le droit personnel qu'il avait de reprocher à la mémoire de son père d'avoir *fait mauvais ménage*, le tiers-coutumier lui était acquis, *il lui appartenait*, suivant l'expression de Basnage; et dès-lors, rien ne paraissait s'opposer à ce qu'il fût transmissible à toute espèce d'héritiers et ayant-cause.

Cependant il n'en était pas ainsi : la jurisprudence normande allait jusqu'à déclarer éteint, par la mort du fils qui avait renoncé à la succession de son père, le tiers-coutumier dont le fils n'avait pas formé lui-même la demande. J'ai rapporté, dans le réquisitoire du 1er prairial an 11, transcrit ci-dessus, §. 1, un arrêt du parlement de Rouen du 26 juillet 1752, qui l'a ainsi jugé; et c'est ce qu'a encore fait, de nos jours, un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce :

En 1781, Jean-Charles Duhéron meurt en Normandie, après avoir aliéné tous ses immeubles et en avoir dissipé le prix.

Jean-Charles-Gabriel Duhéron, son fils, renonce à sa succession; et cependant, pour la conservation des droits que lui assure la coutume, il obtient, le 19 août 1782, du lieutenant-général du bailliage de Falaise, une ordonnance sur requête, qui l'autorise à faire inventaire et administrer ce qui peut rester de biens, sous la réserve de former sa demande au tiers-coutumier, lorsqu'il aura acquis la connaissance des forces de la succession.

Cette ordonnance est exécutée, l'inventaire est fait, et les choses en restent là.

Le 19 brumaire an 3, contrat notarié par lequel Jean-Charles-Gabriel Duhéron et son épouse se font une donation mutuelle de l'usufruit *de tous les immeubles présens et à venir qui pourraient leur appartenir à quelque titre que ce soit, sans exception ni réserve.*

Le 13 pluviôse suivant, Jean-Charles-Gabriel Duhéron meurt, sans laisser ni enfans, ni frères, ni sœurs.

En 1800, sa veuve forme contre les tiers-acquéreurs des immeubles du père, passibles du tiers-coutumier, une demande en délivrance, quant à l'usufruit, de la portion qui, à ce titre, appartenait à son mari au moment de son décès.

Les tiers-acquéreurs répondent que le tiers-coutumier était un droit personnel aux enfans; que ceux-ci le transmettaient sans doute à leurs héritiers collatéraux et à leurs autres ayant-cause, lorsqu'ils l'avaient exercé eux-mêmes par une demande formée en justice; mais qu'il en était autrement, lorsqu'ils ne s'étaient pas mis en état de l'exercer, en renonçant à la succession de leur père; et que c'est ainsi que le parlement de Rouen l'a constamment jugé.

Le 3 pluviôse an 13, jugement du tribunal civil de Falaise, qui, adoptant cette défense, déclare la veuve non-recevable.

La veuve appelle de ce jugement, mais sans succès: par arrêt du 28 novembre 1806, la cour d'appel de Caen dit qu'il a été bien jugé.

Recours en cassation contre cet arrêt; mais vaine tentative.

Par arrêt contradictoire du 31 janvier 1809, au rapport de M. Botton de Castellamonte,

« Attendu que les art. 392 et 402 de la coutume

BIU Cujas

de Normandie ne s'expliquant pas d'une manière positive sur la question proposée, la cour d'appel de Caen a pu, sans les violer, adopter l'interprétation que la jurisprudence leur avait donnée; et que, d'après cette jurisprudence, pour que l'enfant pût transmettre, à titre de succession, le droit au tiers-coutumier à des héritiers collatéraux, il ne suffisait pas, dans la ci-devant Normandie, qu'il eût renoncé à l'hérédité du père; mais qu'il fallait en outre qu'il eût, avant son décès, fait l'option du tiers-coutumier.

» La cour rejette le pourvoi.... (1) ».

§. III. *Quel est, pour les enfans d'un émigré, mort civilement avant la loi du 17 nivôse an 2, et amnistié en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, l'effet des actes administratifs qui, pendant la mort civile de leur père, et nonobstant la confiscation générale qu'il avait encourue, les ont envoyés en possession d'une portion de ses biens correspondante à leur tiers-coutumier?*

Cette question se divise en quatre branches.

1° Le père peut-il, en vertu de son amnistie, retirer des mains de ses enfans la jouissance des biens qui, pendant sa mort civile, leur ont été assignés par l'autorité administrative, à titre de tiers-coutumier?

La négative résulte clairement de l'art. 16 du sénatus-consulte du 6 floréal an 10 : *Les individus amnistiés* (y est-il dit) *ne pourront*, en aucun cas et sous aucun prétexte, *attaquer les partages de présuccessions, successions* ou autres actes et arrangemens *faits entre la république et les particuliers avant la présente amnistie.*

2° Les creanciers envers lesquels le père s'était obligé avant son émigration, ont-ils, à cet égard, plus de droit que lui?

Non, car de deux choses l'une :

Ou le tiers-coutumier des enfans a été ouvert par la mort civile de leur père, ou il ne l'a pas été.

Dans la première hypothèse, le tiers-coutumier est devenu la propriété incommutable des enfans; et il a été mis, par-là, à l'abri de toutes les recherches, de toutes les actions des créanciers du père.

Dans la seconde, la condition des créanciers du père est absolument la même que si, du vivant de celui-ci, les enfans avaient obtenu la délivrance de leur tiers-coutumier, soit sur l'opposition qu'ils auraient formée au décret de ses biens, soit d'après un jugement de séparation rendu contre lui à la poursuite de leur mère. Or, il est certain, et quatre arrêts du parlement de Rouen, des 12 mai 1626, 8 juillet 1645, 12 février 1659 et 23 août 1666, rapportés par Basnage, sur l'art. 399 de la coutume de Normandie, ont jugé que, dans ces deux cas, le tiers-coutumier, quoique non véritablement ouvert (1), ne laissait pas d'être considéré comme tel par rapport aux créanciers du père, et d'être en conséquence insaisissable de leur part. Il doit donc en être de même dans le cas dont il est ici question; et c'est ainsi que l'a décidé formellement un décret du 18 août 1807, qui est ainsi conçu :

« Sur le rapport de notre commission du contentieux;

« Vu la requête à nous présentée au nom du sieur Charles-Joachim Bréant, tant en son propre et privé nom, que comme tuteur des enfans mineurs de Marie-Nicolas Bréant, et Louis-Anne-François Bréant, ses fils, tendant à ce qu'il nous plaise prononcer en conseil-d'état, sur la contestation existant entre lui et les enfans du sieur Giverville, émigré;

» Vu l'ordonnance de *soit-communiqué*, rendue par notre grand-juge ministre de la justice, le 30 décembre 1806;

» Le deuxième mémoire présenté au nom du sieur Bréant, et tendant à ce qu'il nous plaise, malgré le défaut des défendeurs, dire et déclarer que les arrêtés rendus par l'administration centrale du département de l'Eure, des 13 brumaire an 4, 17, 19 vendémiaire et 14 brumaire an 7, n'ont point conféré aux enfans de Giverville la propriété des biens séquestrés sur le père émigré à cette époque; que ces biens, au contraire, ne leur ont été délivrés que provisoirement comme secours temporaires, et à titre précaire; renvoyer en conséquence les exposans devant les tribunaux ordinaires pour exercer leurs droits *contre le sieur de Giverville père* (2), ainsi qu'ils croiront devoir le faire, et condamner les défaillans aux dépens;

» Vu les deux originaux d'exploits de notification de l'ordonnance de *soit-communiqué* aux défendeurs, en date des 16 et 21 janvier dernier, auxquels ils n'ont pas répondu;

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 9, page 275.

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Tiers-coutumier*, n° 4.

(2) Ces termes prouvent clairement que le sieur de Giverville père était alors amnistié.

BIU Cujas

» L'arrêté pris par l'administration centrale du département de l'Eure, en date du 13 brumaire an 4, qui, appliquant aux mineurs de Giverville le bénéfice de l'art. 399 de la ci-devant coutume de Normandie, les reconnaît propriétaires du tiers-coutumier sur les biens que possédait leur père, émigré, et ordonne en conséquence qu'il sera fait partage et lots des biens confisqués, et qu'en attendant le partage et les lots, main-levée sera donnée en faveur des mineurs de Giverville, pour jouir provisoirement des biens de leur père, aux termes des art. 6 et 7 de la loi du 13 ventôse an 3;

» L'arrêté pris par la même administration, le 17 vendémiaire an 7, qui, en exécution de l'art. 124 de la loi du 1er floréal an 3, ordonne que les biens de l'émigré Giverville seront divisés en trois lots, pour, le lot échu à ses enfans mineurs, leur être provisoirement abandonné pour en jouir, en attendant la décision du corps-législatif, qui doit intervenir sur le mode d'exécution de l'art. 399 de la ci-devant coutume de Normandie, à l'égard des enfans d'émigrés;

» L'arrêté pris par la même administration le 19 vendémiaire an 7, qui déclare le partage des biens de l'émigré Giverville, provisoirement arrêté, et envoie les enfans mineurs en possession du 3e lot;

» L'arrêté pris le 4 brumaire an 7, par la même administration, qui adjuge aux mineurs Giverville divers objets en complément des droits à eux appartenant sur les biens de leur mère;

» Le jugement rendu par le tribunal civil de Bernay, du 21 germinal an 13, par lequel ce tribunal se déclare incompétent;

» L'arrêté du conseil de préfecture du département de l'Eure, du 7 septembre 1806, qui se déclare également incompétent, et renvoie les parties devant le conseil-d'état;

» Vu l'avis de notre commission du contentieux;

» Considérant que les enfans ne sont pas des héritiers proprement dits, mais bien des créanciers liquidés; que c'est l'Etat qui les a payés, et que c'est un principe incontestable, relativement aux biens que l'Etat a confisqués sur les émigrés, qu'il les rend, les délivre et les donne en franchise d'hypothèque;

» Que les arrêtés de l'administration centrale du département de l'Eure sont définitifs, en ce qui concerne la part des biens cédés aux enfans de Giverville;

» Notre conseil-d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit:

» La réclamation du sieur Charles-Joachim Bréant est rejetée ».

3° Les enfans survenus à l'émigré amnistié, postérieurement à son amnistie, ont-ils droit, après son décès, à une part dans les biens qui, pendant sa mort civile, ont été abandonnés à leurs frères par l'autorité administrative, comme formant leur tiers-coutumier?

Cette question n'est pas, comme celle dont je viens de m'occuper, indépendante du point de savoir si, sous la coutume de Normandie, la mort civile que le père avait encourue par un délit, ouvrait le tiers-coutumier de ses enfans; et bien loin de là, elle y est entièrement subordonnée.

En effet, si le tiers-coutumier était ouvert par la mort civile du père, les enfans en étaient nécessairement saisis à l'instant même; il devenait pour eux, à cet instant même, une propriété incommutable; il était, dès-lors, impossible qu'ils en fussent dépouillés, en tout ou en partie, par un événement postérieur qui n'eût eu pour cause, ni leur volonté immédiate, ni un fait qui leur fût personnel; et par conséquent il était impossible que leurs frères ou sœurs, nés depuis, fussent admis à y prendre part.

Si, au contraire, la mort civile du père n'ouvrait pas le tiers-coutumier des enfans; si, à raison de la confiscation générale qui l'accompagnait, elle ne faisait que placer ceux-ci dans le même état où ils se seraient trouvés par l'effet du décret de tous les biens de leur père ou d'un jugement de séparation obtenu contre lui par leur mère; si, en un mot, elle ne leur procurait que la jouissance des biens destinés à former leur tiers-coutumier, en attendant que la mort naturelle de leur père en opérât l'ouverture, il est clair que, ce moment venu, leurs frères et sœurs, nés depuis, devaient, d'après l'art. 400 de la coutume de Normandie, concourir avec eux dans le partage de la propriété de ces biens.

Voyons donc si le tiers-coutumier était ou non véritablement ouvert par la mort civile du père.

L'arrêt de la cour de cassation du 2 fructidor an 12, rapporté ci-dessus, à la fin du §. 1er, énonce l'affirmative comme constante: *L'action* des enfans *pour le tiers*, y est-il dit, *ne commençait à naître que par la mort naturelle ou civile du père.*

Mais, d'abord, les mots *ou civile* ne se rapportent, dans cet arrêt, à aucune des questions sur lesquelles il prononce; ils n'y forment donc qu'une superfétation; et, dès-lors, on ne peut en tirer aucune conséquence précise pour la solution de la difficulté qui nous occupe.

Ensuite, qu'en glissant ces mots dans son arrêt, la cour de cassation ait entendu assimiler, quant à l'ouverture du tiers-coutumier, l'espèce de mort

BIU Cujas

civile résultant de la profession religieuse, à la mort naturelle, c'est ce que l'on conçoit très-bien; mais qu'elle ait entendu établir la même assimilation entre la mort naturelle et la mort civile résultant d'un délit, c'est ce qu'on ne peut raisonnablement supposer, parcequ'elle se serait mise par-là en opposition diamétrale avec tous les jurisconsultes normands, notamment avec Basnage, sur l'art. 399 de la coutume, avec Bérault, tome 2, page 94, avec Pesnelle, pag. 475, et avec Flaust, tom. 1er, p. 629, qui tous attestent uniformément que le tiers-coutumier ne s'ouvrait point en faveur des enfans *par la mort civile de leur père.*

Et vainement a-t-on prétendu, dans une espèce dont je rendrai compte dans un instant, que ces auteurs n'entendaient, par les mots *mort civile*, que la séparation des époux et la déconfiture du mari, qui, sans ouvrir le tiers-coutumier, procuraient aux enfans la jouissance des biens destinés à le former (1).

La preuve qu'ils ne donnaient pas à ces mots un sens aussi restreint, et qu'ils y comprenaient aussi la mort civile proprement dite qui résultait de la condamnation à une peine perpétuelle, c'est que Basnage le disait en toutes lettres dans le passage qui est transcrit dans mes conclusions du 20 avril 1809 (2).

Ce qui d'ailleurs tranche là-dessus toute difficulté pour notre question, c'est que, par l'art. 3 de la loi du 28 mars 1793, il est dit expressément que les *effets de la mort civile dont la nation a frappé les émigrés, ne pourront être opposés à la république;* car c'est évidemment comme si, prévoyant notre question elle-même, cet article disait : *Si la mort civile des émigrés avait, à l'égard de l'État, les mêmes effets que leur mort naturelle, il en résulterait que le tiers-coutumier de Normandie serait, dès ce moment, acquis à leurs enfans, et qu'il devrait, à l'instant même, leur être irrévocablement délivré. Mais en le leur délivrant ainsi dès ce moment, l'État perdrait la chance d'en être libéré par la survie des enfans à leur père; et l'intérêt public exige que cette chance soit maintenue. En conséquence, les enfans pourront bien obtenir la jouissance provisoire des immeubles destinés à former leur tiers-coutumier; mais l'État en conservera la propriété, jusqu'à ce que soit accomplie, par la mort naturelle de leur père, la condition sous laquelle la coutume leur défère ce droit.*

Donc les actes administratifs qui ont abandonné aux enfans d'un émigré la portion de ses biens correspondante à leur tiers-coutumier, ne leur en ont pas conféré la propriété.

Donc la propriété de cette portion est restée entre les mains de l'État pendant tout le temps qu'a duré la confiscation.

Donc elle est retournée au père par l'effet de l'amnistie qu'il a obtenue en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, mais sous la charge de la jouissance qui en avait été accordée à ses enfans pendant sa mort civile.

Donc, à sa mort naturelle, cette propriété doit se partager entre ceux de ses enfans à qui la jouissance en avait été précédemment attribuée, et ceux qui lui sont survenus depuis.

Et c'est ce qui a été formellement jugé, dans l'espèce suivante, par un arrêt de la cour royale de Caen, qui a été vainement attaqué par un recours en cassation.

Le sieur Doesnel de la Morie, domicilié en Normandie, émigre avant la loi du 17 nivôse an 2, laissant en France une fille, mariée depuis au sieur de Bernières, qu'il avait eue d'un mariage alors dissous par la mort de sa femme; et tous ses biens sont confisqués en vertu de la loi du 17 mars 1793.

La dame de Bernières réclame son tiers-coutumier; et deux arrêtés administratifs, des 9 brumaire et 4 thermidor an 4, lui adjugent, à ce titre, une somme de 64,000 francs, qu'ils l'autorisent à imputer sur le prix des biens de son père, desquels elle s'est rendue adjudicataire.

Le sieur Doesnel de la Morie rentre en France, d'après le sénatus-consulte du 6 floréal an 10, s'y remarie, et meurt en 1808, laissant de son second mariage une fille nommée Constance-Élisabeth.

En 1812, sa veuve, agissant au nom de sa fille mineure, forme contre la dame de Bernières, fille du premier lit, une demande en partage des biens qui lui ont été accordés à titre de tiers-coutumier, et en restitution des fruits échus depuis le décès du père commun.

A cette demande, fondée sur l'art. 400 de la coutume de Normandie, qui voulait que le tiers-coutumier fût partagé entre tous les enfans, bien que nés de différens lits, la dame de Bernières oppose trois moyens de défense.

Elle prétend d'abord que le tiers-coutumier a été ouvert par la mort civile du sieur de la Morie; qu'il ne l'a été que pour elle et à son profit, puisqu'elle n'avait alors ni frère ni sœur; que le droit qu'elle a acquis dès ce moment, n'a pu lui être enlevé par l'effet de l'amnistie accordée à son père, et que cela résulte de l'art. 16 du sénatus-consulte du 6 floréal an 10.

Elle ajoute que sa sœur consanguine est encore

---

(1) *V.* le *Journal des audiences de la cour de cassation*, année 1819, page 175.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Tiers-coutumier*, n° 4.

BIU Cujas

non-recevable, parceque le mariage dont elle est issue n'a été contracté que postérieurement à l'abolition du tiers-coutumier.

Enfin, elle excipe des deux arrêtés des 19 brumaire et 4 thermidor an 4, et elle soutient que les tribunaux ne pourraient ordonner le partage réclamé par sa sœur consanguine, sans violer les lois qui défendent à l'autorité judiciaire de porter atteinte aux décisions de l'autorité administrative.

Le 25 mars 1817, jugement du tribunal de première instance de Lisieux, qui ordonne le partage des biens litigieux, et condamne la dame de Bernières à rendre compte des fruits qu'elle a perçus, à compter du jour du décès du père commun.

Appel de la part de la dame de Bernières; et, par arrêt du 1er décembre de la même année,

« Attendu qu'aux termes de la coutume de Normandie, le tiers-coutumier appartenait aux enfans issus de divers mariages; que la délivrance n'a pu en être faite à la dame de Bernières qu'aux conditions établies par la loi, et à la charge par conséquent de le partager avec les enfans légitimes que le sieur de la Morie laisserait à son décès; que le sénatus-consulte du 6 floréal an 10 ne faisait point obstacle à la réclamation de la demoiselle de la Morie, qui n'attaquait ni la liquidation ni la délivrance du tiers-coutumier, mais qui réclamait, au contraire, l'exécution de l'acte administratif passé avec la dame de Bernières, sa sœur;

» La cour (royale de Caen) met l'appellation au néant... ».

La dame de Bernières se pourvoit en cassation et fait valoir trois moyens :

1° Violation des lois qui défendent aux tribunaux de porter atteinte aux décisions administratives, en ce que l'arrêt attaqué la dépouille de la moitié des biens dont elle a été reconnue seule propriétaire par les arrêtés des 9 brumaire et 4 thermidor an 4;

2° Violation de la loi du 17 nivôse an 2, et de celles qui, en l'interprétant, ont déclaré qu'elle avait aboli le tiers-coutumier, en ce que cet arrêt accorde un tiers-coutumier à un enfant né d'un mariage contracté postérieurement à la publication de ces lois;

3° Violation de la loi du 28 mars 1793, qui déclare les émigrés morts civilement, et du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, qui maintient tous les droits acquis à des tiers par l'effet de leur mort civile.

Sur ces moyens, arrêt de la section des requêtes, qui admet le recours en cassation de la dame de Bernières.

L'affaire portée en conséquence à la section civile, la tutrice de la demoiselle de la Morie répond aux trois moyens de cassation de la dame de Bernières; et le combat s'engage principalement sur le troisième.

D'une part, la dame de Bernières, pour justifier ce moyen, pose d'abord en principe que le tiers-coutumier était un droit successif attribué par la loi aux enfans sur les biens de leur père.

Elle rappelle ensuite la disposition de la loi du 28 mars 1793, qui frappait les émigrés de mort civile, et les règles de l'ancienne jurisprudence, confirmées par les art. 25 et 718 du Code civil, suivant lesquels toute succession s'ouvrait par la mort civile aussi bien que par la mort naturelle.

« Or (continue-t-elle), puisque le tiers-coutumier est un droit successif, il est incontestable qu'il s'ouvrait avec la succession dont il dépendait; et que, par une conséquence inévitable, les seules personnes qui auraient pu recueillir la succession, pouvaient prétendre au tiers-coutumier.

» Donc la demoiselle de la Morie, qui n'était point conçue au temps de l'émigration de son père, c'est-à-dire, au moment où la succession s'est ouverte par l'effet de la mort civile qui l'avait frappé, est irrecevable à prétendre à aucun droit sur cette succession, et ne peut réclamer le partage d'un tiers-coutumier qui en faisait partie. Ce tiers-coutumier s'est ouvert exclusivement en faveur de la demanderesse en cassation, qui était alors le seul enfant existant du sieur Doesnel de la Morie; c'est à elle seule que ce droit a été irrévocablement dévolu.

» Peu importe que, plus tard, le sieur de la Morie ait été amnistié et rendu à la vie civile, qu'il ait contracté un nouveau mariage, et qu'il ait eu un autre enfant. Sa réintégration n'a pu porter atteinte à des droits acquis sans retour à sa fille aînée. Chacun sait que l'amnistie des émigrés n'a produit aucun effet rétroactif qui pût blesser les droits acquis, et qu'en les restituant pour l'avenir dans leurs droits civils, le législateur n'a nullement entendu déroger au passé. Il faut reconnaître que les émigrés morts depuis leur amnistie, ont laissé deux successions, dont l'une s'est ouverte par leur mort civile, et l'autre par leur mort naturelle; que ces deux successions ont été parfaitement indépendantes, et que les biens compris dans la première n'ont pu, en aucune manière, faire partie de l'actif de la seconde. Entre mille décisions qui l'ont ainsi jugé, il suffira de citer le décret du gouvernement, du 19 brumaire an 13.

» Vainement l'arrêt attaqué considère-t-il que, suivant la coutume de Normandie, le tiers-coutumier appartient non seulement aux enfans nés lors de sa délivrance, mais encore à ceux qui pouvaient naître postérieurement, soit d'un premier, soit d'un second

BIU Cujas

ou troisième mariage. Sans doute, la coutume appelait au partage du tiers-coutumier tous les enfans, bien qu'ils fussent nés de différens lits; mais elle n'admettait pas, elle ne pouvait admettre au partage les enfans qui n'étaient pas nés et qui n'étaient pas encore conçus au moment où le tiers-coutumier s'était ouvert, puisque ce tiers-coutumier était une dépendance, une partie de la succession, et ne pouvait appartenir qu'aux héritiers qui recueillaient la succession. Si un enfant avait obtenu la délivrance du tiers-coutumier par anticipation et par une suite de la séparation de ses père et mère, par la déconfiture de son père, ainsi que le voulait la coutume, cet enfant aurait été tenu de le partager avec tous les autres enfans, quoique nés ou conçus après sa délivrance. La raison en est sensible : c'est que, malgré la séparation ou la déconfiture du père, la propriété du tiers-coutumier n'était pas sortie de ses mains; elle était restée dans son patrimoine; et, à sa mort, elle se trouvait dans sa succession, à laquelle tous ses enfans étaient appelés. Mais il en est tout autrement ici, où la propriété du tiers-coutumier est passée dans les mains de la demanderesse, par l'effet de la mort civile de son père, qui a donné ouverture à la succession de celui-ci.

» Ainsi, dès qu'il est constant que le tiers-coutumier est un droit successif, dès qu'il est établi que la succession des émigrés s'ouvrait par leur mort civile, et que l'enfant qui n'est pas encore dans le sein de sa mère, est incapable de succéder, alors il est démontré que la demoiselle de la Morie cadette n'a rien à prétendre dans le tiers-coutumier délivré à sa sœur aînée ».

De son côté, la tutrice de la demoiselle de la Morie s'attache à établir que le tiers-coutumier (quoiqu'il formât un *droit successif*, en ce que c'était la mort du père qui le faisait passer aux enfans, quoique ce soit en le considérant comme tel que les lois des 22 ventôse et 9 fructidor an 2 l'ont déclaré compris dans l'abolition prononcée par l'art. 61 de la loi du 17 nivôse précédent) n'était cependant pas un *droit héréditaire*, et elle le prouve par l'art. 399 de la coutume de Normandie, aux termes duquel les enfans ne pouvaient réclamer ce droit qu'après avoir renoncé à la succession de leur père. On ne peut donc, ajoute-t-elle, appliquer au tiers-coutumier le principe que la mort civile ouvre l'hérédité, ni plus ni moins que la mort naturelle; et dans le fait, tous les auteurs normands attestent que la jurisprudence de ce pays ne le lui a jamais appliqué. Si donc, d'une part, les enfans du père, de quelque lit qu'ils fussent provenus, avaient un droit égal au tiers-coutumier; si, de l'autre, le tiers-coutumier ne s'ouvrait à leur profit qu'au moment du décès de leur père, et ne pouvait jamais leur être dévolu en propriété par l'effet de sa mort civile, il est indubitable qu'en admettant la demoiselle de la Morie au partage du tiers-coutumier délivré en 1796 à la dame de Bernières, sa sœur aînée, la cour royale de Caen a fait la plus juste application des principes consacrés par la coutume de Normandie, et professés par tous ses commentateurs.

Effectivement, par arrêt du 9 février 1819, au rapport de M. Poriquet, sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert, et après un délibéré en la chambre du conseil,

« Sur le premier moyen, attendu que l'administration n'a pas décidé que la dame de Bernières eût un droit exclusif aux biens dont on lui a fait l'abandon pour son tiers-coutumier, et que cette question, née de la prétention élevée par la fille du second lit, ne pouvait être résolue que par les tribunaux;

» Sur le second moyen, attendu que le tiers-coutumier accordé à la demoiselle de la Morie, est le même que celui dont la dame de Bernières a été envoyée en possession par l'administration qui n'en a pas méconnu l'existence, et que son droit se rapporte, de même que celui de la dame de Bernières, au premier mariage de leur père commun;

» Sur le troisième moyen, attendu que la dame de Bernières, n'a pu acquérir, par l'effet de la mort civile de son père, que les droits qui appartenaient au sieur de la Morie au jour de son émigration;

» Qu'aux termes des art. 399 et 400 de la ci-devant coutume de Normandie, le sieur de la Morie, à dater de son premier mariage, avait été réduit à la jouissance des biens réservés à ses enfans pour leur tiers-coutumier (1);

» Que la dame de Bernières n'a par conséquent acquis, par la mort civile de son père, de droits qu'à cette jouissance, dont l'arrêt dénoncé ne l'a pas privée, puisqu'elle ne l'a condamnée à la restitution des fruits que du jour du décès de son père;

» Attendu de plus que les mêmes art. 399 et 400

---

(1) Qu'il me soit permis de le dire, d'après les cinq arrêts de la cour de cassation, des 29 messidor, 4 thermidor et 2 fructidor an 12, 27 frimaire an 13 et 20 avril 1809, qui sont rapportés ci-dessus, §. 1, et dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Tiers-coutumier*, nos 3 et 4, il y a, dans cette assertion et dans quelques-unes des suivantes, une inexactitude d'expressions qui embrouille la question plutôt qu'elle ne l'éclaircit.

Suivant l'esprit de l'art. 399 de la coutume de Normandie et l'interprétation que la jurisprudence en avait constamment faite, les enfans n'étaient pas, du vivant de leur père, propriétaires des biens affectés au tiers-coutumier; ils n'avaient que l'espérance de

BIU Cujas

de la coutume disposent qu'à compter du premier mariage du père, ses enfans à naître, tant de ce premier mariage que de ses mariages subséquens, ont tous ensemble un droit acquis au tiers de ses biens;

» Qu'aucun article de la même coutume ne dit, par exception à ce principe général, que le droit indivis et collectif des enfans, de quelque mariage qu'ils soient nés, cessera d'avoir lieu au profit de ceux qui seraient nés d'un mariage légitime, mais postérieur à la mort civile que leur père aurait momentanément encourue avant leur naissance; qu'aucun article ne porte que ce droit, que la loi donnait à tous, n'appartiendra néanmoins qu'à ceux qui seraient vivans à l'instant où le père, venant à perdre l'usufruit des biens réservés pour le tiers-coutumier, cet usufruit sera réuni à la propriété, à l'instant où cette propriété, à laquelle la loi donne à tous les enfans un droit indivis, sera devenue pleine et entière, en un mot, où il y aura ouverture du tiers-coutumier;

» Attendu enfin que, loin de trouver une semblable exception au principe général dans la coutume, on voit que, dans les mêmes articles, suivant lesquels les enfans ont tous ensemble un droit acquis à la propriété, il leur est défendu, sans distinguer le cas où la puissance en est séparée, de celui où l'usufruit y est réuni, de vendre; hypothéquer, ou autrement disposer du tiers-coutumier avant la mort de leur père; ce qui ne peut s'entendre que de la mort naturelle, puisque ce n'est qu'à cette époque qu'on peut connaître tous les enfans auxquels, par les mêmes articles, le droit à la propriété est formellement accordé;

» Que de là il suit que l'arrêt dénoncé n'a violé ni les lois qui défendent de porter atteinte aux décisions administratives, ni les lois abolitives du tiers-coutumier, ni les lois des 28 mars 1793 et 6 floréal an 10, inapplicables aux droits personnels des enfans ou à ceux qu'ils ont respectivement les uns à l'égard des autres; et qu'il a fait, en ordonnant le partage du tiers des biens que le sieur de la Morie possédait au jour de son premier mariage, entre les enfans du premier et du second lit, une juste application du statut local;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi de la dame de Bernières... (1) ».

TIMBRE. *Page* 421, *col.* 1, *après la ligne* 20 (1), *ajoutez :*

§. VII. *De ce que, suivant l'art.* 22 *de la loi du* 13 *brumaire an* 7, *le papier timbré qui aura été employé à un acte quelconque, ne pourra plus, sous la peine de* 100 *francs d'amende prononcée par l'art.* 26 *de la même loi, servir pour un autre, quand même le premier n'aurait pas été achevé, s'ensuit-il que la feuille de papier timbré sur laquelle est couché un exploit rédigé par un huissier qui ne l'a ni revêtu de sa signature, ni signifié, parcequ'il s'y trouvait des erreurs, ne peut pas être employée pour le même exploit par un autre huissier, en y faisant et approuvant les corrections nécessaires ?*

Non sans doute; car, en employant cette feuille, le second huissier ne l'a pas fait servir à un autre exploit que celui auquel le premier l'avait destinée; et c'est ce que la cour de cassation a jugé dans l'espèce suivante.

En janvier 1813, l'huissier Michot, chargé de faire un commandement à la demoiselle Boulin, l'écrit sur une feuille de papier timbré, *pour être signifié le.... par Michot, huissier, demeurant à Moulins-en-Gilbert, à Jeanne Boulin, fille majeure, propriétaire, demeurant en la commune de Linanton.*

Bientôt on lui fait remarquer que Jeanne Boulin est domiciliée dans un arrondissement où il n'a pas droit d'exploiter, et qu'elle n'est pas fille majeure, mais mariée; en conséquence, il remet l'exploit, sans le signer à l'huissier, Coëffe, qui le signifie, après avoir, par des ratures approuvées, substitué son nom et son immatricule à ceux de l'huissier Michot, et ajouté au nom de Jeanne Boulin celui du sieur Perrodin, son mari.

Là-dessus, procès-verbal de contravention à

---

le devenir à sa mort, en renonçant à sa succession; et conséquemment, le père, au lieu d'être réduit, de son vivant, à un simple usufruit de ces biens, en conservait véritablement la propriété, sous la condition résolutoire qu'y attachait la coutume.

Il aurait donc été plus exact de dire que, par la mort civile du sieur de la Morie, l'Etat avait succédé, par droit de confiscation, à sa propriété résoluble des biens affectés au tiers-coutumier; que, dès-là, il était impossible que sa mort civile eût ouvert, quant à cette propriété, le tiers-coutumier de la dame de Bernières; et que par conséquent la dame de Bernières n'avait pas pu être investie, par les arrêtés administratifs des 9 brumaire et 4 thermidor an 4, de la propriété incommutable des biens dont ils lui avaient abandonné la jouissance.

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 21, page 48; Journal des audiences de la cour de cassation, année 1819, page 171; Jurisprudence de la cour de cassation, tome 19, page 254.

(2) *Page* 330, *col.* 1, *ligne* 27 (2e édition).

BIU Cujas

l'art. 22 de la loi du 13 brumaire an 7; et citation de l'huissier Coëffe devant le tribunal civil de Château-Chinon, pour se voir condamner à l'amende portée par l'art. 26 de la même loi.

Le 19 février 1813, jugement qui rejette la demande de la régie de l'enregistrement,

« Attendu qu'à la vérité, il n'est pas contesté que le commandement dont il s'agit, a été écrit par Michot, huissier à Moulins-en-Gilbert, et qu'il devait être par lui porté, à la requête de Lazare Lyon et sa femme, à Michel Perrodin et sa femme; mais qu'il est constant que ledit Michot n'a point signé ce commandement, et qu'il paraît qu'il l'a transmis audit Coëffe pour en faire l'usage auquel il était destiné, sans être revêtu de sa signature;

» Que la demi-feuille de papier dont est question, employée par Coëffe à ce commandement, établit suffisamment qu'elle était destinée *au même acte* que celui fait par lui et pour les mêmes parties; que les ratures et surcharges qui se trouvent audit commandement, ne sont relatives qu'aux qualités et à l'immatricule de l'huissier instrumentaire; qu'elles ont été approuvées par des renvois, tant à la marge qu'à la fin de l'acte, par Coëffe, et n'a point servi à d'autre usage qu'au commandement par lui fait audit Perrodin; d'où il suit que Coëffe n'est point contrevenu aux dispositions des art. 22 et 26 de la loi du 15 brumaire an 7 ».

La régie se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant les art. 22 et 26 de la loi du 13 brumaire an 7.

Mais par arrêt contradictoire du 11 juillet 1815, au rapport de M. Gandon, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Fréteau,

« Considérant qu'il est évident, comme l'a prononcé le jugement attaqué, que Michot n'a que rédigé le projet de commandement, qu'il ne l'a point signé, que les corrections nécessitées par l'inexactitude des qualités écrites dans le projet, ont été faites par Coëffe, chargé de signifier ce commandement; qu'elles ont toutes été approuvées; que la feuille de papier sur laquelle l'exploit est écrit, a toujours été destinée au même acte et entre les mêmes parties; en un mot, que cette feuille n'a servi qu'une fois, et pour l'acte auquel elle était destinée dès le principe;

» La cour rejette le pourvoi.... (1) ».

TRANSACTION, §. V. *Page* 421, *col.* 2, *après la ligne* 43 (2), *ajoutez* :

2°. *Pour qu'un acte passé, depuis la publication de ces lois, entre le créancier et le débiteur d'une rente foncière mélangée de féodalité, ait le caractère et l'effet, non d'une simple reconnaissance qui ne pourrait en purger les vices, mais d'une véritable transaction, est-il absolument nécessaire d'y exprimer que le procès auquel il met fin, roulait précisément sur la question de savoir si cette rente était ou non abolie?*

3°. *Pour qu'un pareil acte, considéré même comme transaction, puisse soustraire la rente à l'abolition prononcée par ces lois, est-il absolument nécessaire qu'il contienne, de la part du créancier, une renonciation expresse aux droits féodaux dont elle était originairement mélangée? Ne suffit-il pas que, tout en confirmant les titres constitutifs et récognitifs de la rente, sans en rappeler les clauses féodales, il fasse clairement entendre, et que de l'exécution dont il a été suivi, il résulte évidemment que cette renonciation a été dans l'intention commune des parties?*

Page 422, *col.* 1, *après la ligne* 3 (1), *ajoutez* :

§. VIII. 1°. *De ces termes de l'art.* 2044 *du Code civil*, la transaction doit être rédigée par écrit, *résulte-t-il que l'écriture est une condition essentielle de la validité d'une transaction, et qu'en conséquence une transaction non écrite est nulle, nonobstant l'aveu qu'en fait spontanément la partie à qui on l'oppose?*

2°. *En résulte-t-il que, si la partie à laquelle on oppose une transaction non écrite, en méconnaît l'existence, on ne peut pas prendre, pour l'obliger à l'avouer ou dénier formellement, soit la voie de l'interrogatoire sur faits et articles, soit celle de la délation du serment décisoire?*

3°. *En résulte-t-il que l'existence d'une transaction verbale ne peut pas être prouvée par témoins, lorsqu'il y en a un commencement de preuve par écrit?*

I. Les termes, *la transaction doit être rédigée par écrit*, forment, dans l'art. 2044 du Code civil, ce qu'on appelle en droit une *disposition préceptive*, et c'est une vérité généralement reconnue que l'inobservation des dispositions purement préceptives d'une loi qui règle les formes d'un acte, n'em-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 16, page 93.

(2) *Page* 330, *col.* 2, *ligne antépénultième* (2e édition).

(1) *Tome* 6, *page* 811, *col.* 2, *ligne* 28 (2e édition).

BIU Cujas

porte nullité que dans deux cas : dans celui où ces formes constituent essentiellement la substance de l'acte, et dans celui où la loi déclare expressément nul l'acte non revêtu de ces formes (1).

Or, d'une part, ce n'est évidemment pas comme constitutive de la substance de la transaction, que la loi en exige la rédaction par écrit; ce qui, suivant l'art. 2044 lui-même, constitue essentiellement la substance de la transaction, c'est le consentement des parties à terminer une contestation née, ou prévenir une contestation à naître. Une fois ce consentement donné par des parties capables de disposer des objets litigieux ou menacés de litige, la transaction est formée, et elle existe véritablement, parce qu'il ne lui manque aucun des élémens dont se compose son essence.

D'un autre côté, bien différent de l'art. 931 du Code civil, qui, en statuant que tout acte portant donation entre-vifs sera passé devant notaire avec minute, frappe de nullité l'inobservation de cette forme; bien différent des art. 1394, 1395, 1396 et 1397, qui, par leur ensemble, prouvent clairement que les conventions matrimoniales *non rédigées avant le mariage, par acte devant notaire*, restent sans effet, l'art. 2044 ne dit pas que, faute d'être rédigée par écrit, la transaction sera nulle. Ce n'est donc pas comme solennité essentielle à la validité de la transaction, mais seulement comme moyen de preuve, qu'il en exige la rédaction par écrit; et dès-là, il est tout simple que l'on puisse suppléer au défaut de rédaction par écrit par la plus forte et la plus décisive de toutes les preuves, c'est-à-dire, par l'aveu des parties intéressées : *Fiunt enim scripturæ* (dit la loi 4, D. *de fide instrumentorum*) *ut quod actum est faciliùs probari possit, et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem.*

Ainsi, de ce que, par l'art. 1341 du Code civil, il est dit *qu'il doit être passé acte devant notaire ou sous seing-privé de toutes choses excédant la somme ou valeur de* 150 *francs*, il résulte bien qu'une convention dont l'objet excède 150 francs, ne peut pas être prouvée par témoins; mais il serait absurde d'en conclure qu'elle est nulle faute d'avoir été rédigée par écrit, quoique d'ailleurs elle soit constatée par l'aveu simultané des parties contractantes.

Vainement dirait-on que, si l'art. 2044 n'avait pas voulu faire de l'écriture une solennité essentielle à la validité de la transaction, il eût été inutile de l'insérer dans le Code, au moins pour les transactions dont l'objet excède 150 francs, puisque déjà l'art. 1341 avait mis en principe *qu'il doit être passé acte devant notaire ou sous seing-privé de toutes choses excédant* cette somme.

Il était inutile aussi que l'art. 2051 déclarât que *la transaction faite par des intéressés ne lie point les autres interessés, et ne peut être opposée par eux, puisque déjà il était écrit dans l'art.* 1165 que *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes*, qu'*elles ne nuisent point au tiers*, et qu'elles *ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art.* 1121.

Il était inutile aussi que l'art. 2053 déclarât qu'une transaction peut être rescindée dans tous les cas où il y a dol ou violence, puisque déjà l'art. 1009 avait dit qu'*il n'y a point de consentement valable, si le consentement a été extorqué par violence, ou surpris par dol.*

Dira-t-on pour cela que les art. 2051 et 2053 ont été rédigés dans un autre esprit que les art. 1009 et 1165, et que l'on doit tirer des uns, par rapport aux transactions, des conséquences différentes de celles qui, par rapport aux conventions en général, dérivent des autres? Non assurément. L'inutilité de l'art. 2044 n'est donc pas une raison suffisante pour le faire considérer comme rédigé dans un autre esprit que l'art. 1341.

Ce n'est d'ailleurs pas seulement dans l'art. 2044 que l'art. 1341 est répété inutilement.

Il l'est également dans l'art. 1354, qui porte que *toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de* 150 *francs.*

Il l'est également dans l'art. 1923, où il est dit que *le dépôt doit être prouvé par écrit*, et que *la preuve testimoniale n'en est point reçue pour valeur excédant* 150 *francs.*

Enfin, il l'est également dans l'art. 1582, qui déclare que *la vente peut être faite par acte authentique ou sous seing-privé ;* car cet article se réfère visiblement à l'art. 1341, et c'est comme s'il disait que l'on peut remplir l'objet de celui-ci par un acte sous seing-privé comme par un acte authentique, mais qu'on ne peut le remplir que par l'un ou l'autre, ou, ce qui est la même chose, que la vente PEUT être faite par acte authentique ou par acte sous seing-privé, mais qu'elle DOIT l'être de l'une ou de l'autre manière.

Or, veut-on se convaincre que, de ce qu'il était inutile de répéter dans les art. 1834, 1923 et 1582, la disposition de l'art. 1341, il ne s'en suit nullement qu'en répétant cette disposition, les art. 1834, 1923 et 1582 y attachent un sens qu'elle n'a point par elle-même, et qu'ils font de l'écriture qu'ils pres-

(1) *V.* les conclusions du 28 floréal an 11, rapportées à l'article *Mariage*, §. 3, et l'article *Jugement*, §. 22, n° 2.

BIU Cujas

crivent pour les contrats de société, de dépôt et de vente, une solennité essentielle à la validité de ces contrats? Il n'y a qu'à se reporter aux discours prononcés par les orateurs du gouvernement et du tribunat, dans la discussion de ces articles devant le corps-législatif.

Dans l'*exposé des motifs* du titre du *contrat de société*, M. Treilhard, orateur du gouvernement, disait: « Je ne parle pas de la nécessité de rédiger un » écrit, pour toute espèce de société dont l'objet est » d'une valeur de plus de 150 francs. La formalité » de l'écriture n'est pas nécessaire pour la substance » d'un contrat; elle est prescrite seulement pour la » preuve; le contrat est parfait entre les parties con- » tractantes, par le consentement, et indépendam- » ment de tout écrit; mais les tribunaux n'en peu- » vent reconnaître l'existence, que lorsqu'elle est » prouvée, et la prudence ne permet pas d'admettre » d'autres preuves que celles qui résultent d'un acte » quand il a été possible d'en faire. *Cette disposi-* » *tion n'est pas particulière au contrat de société,* » *elle s'applique à toute espèce de convention* ».

M. Favard, en présentant au corps-législatif le vœu du tribunat pour l'adoption du titre du *dépôt*, disait également: « Le dépôt volontaire se forme » par le consentement réciproque de la personne » qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit. Comme » tous les contrats qui obligent, *le dépôt volontaire* » *doit être fait par écrit*; mais il peut être prouvé » par témoins, lorsque l'objet déposé n'est pas d'une » valeur au-dessus de 150 francs ». Ainsi, l'orateur du tribunat, et par conséquent le tribunat lui-même, présentait ces mots, *le dépôt volontaire doit être fait par écrit*, comme synonymes de ceux de l'art. 1923, *le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit*. Il était donc bien évidemment dans leur pensée, qu'exiger qu'un contrat soit *fait par écrit*, et exiger qu'il soit *prouvé par écrit*, c'est absolument la même chose, ou, en d'autres termes, qu'une loi qui exige la rédaction d'un contrat par écrit, n'est pas censée, à moins qu'elle ne le dise formellement, l'exiger comme condition essentielle de la validité du contrat même.

MM. Portalis, orateur du gouvernement, Faure et Grenier, orateurs du tribunat, ont tenu absolument le même langage dans la discussion du titre *du contrat de vente*: ils y ont expressément reconnu que la vente n'est point nulle, par cela seul qu'il n'en existe point d'acte écrit, et qu'il en résulte seulement que, lorsque l'objet en excède 150 francs, elle ne peut être prouvée par témoins qu'à l'aide d'un commencement de preuve par écrit (1).

Qu'importe, dès-lors, que l'art. 2044 ne soit, à l'égard de la transaction, qu'une répétition, ou, si l'on veut, une application inutile et surérogatoire du principe établi pour toutes les conventions par l'art. 1341? Il est évident que le pléonasme par lequel il applique ce principe à la transaction, le laisse tel qu'il est dans l'art. 1341, et qu'il n'en change ni le sens ni l'objet.

Plus vainement chercherait-on à se prévaloir de ce que dit M. Albisson de l'art. 2044, dans son rapport au tribunat sur le titre *des transactions*.

Il est vrai qu'après avoir tiré de ces termes, *la transaction est un contrat*, la conséquence *qu'elle doit réunir les conditions essentielles pour la validité des conventions, prescrites par la loi générale des contrats, savoir, la capacité de contracter, le consentement des parties contractantes, un objet certain qui fasse la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation*», il continue ainsi: « La seule condition que le projet ajoute, et qui de- » vait l'être PAR RAPPORT A LA NATURE PARTICULIÈRE » DE LA TRANSACTION, c'est qu'elle soit *rédigée par* » *écrit*; ce qui est infiniment sage; car la transac- » tion devant terminer un procès, c'eût été risquer » d'en faire naître un nouveau, que d'en laisser dé- » pendre l'effet de la solution d'un problème sur » l'admissibilité ou les résultats d'une preuve testi- » moniale »?

Mais qu'entend-il en s'exprimant ainsi? Pour qu'il pût être censé, avec tant soit peu de vraisemblance, vouloir dire que l'écriture est requise dans la transaction, non pas simplement comme moyen de preuve, mais comme solennité essentielle, il faudrait qu'il se servît de quelques expressions dont cette idée, directement contraire aux notions les plus communes et les plus constantes du droit, fût le corollaire plausible. Or, il dit bien que c'est *par rapport à sa nature particulière*, que la transaction doit être rédigée par écrit; mais en quoi fait-il consister l'influence que doit avoir, suivant lui, sur la nécessité de rédiger la transaction par écrit, *la nature particulière* de ce contrat? En ceci seulement, que l'effet de la transaction ne doit pas *dépendre de la solution d'un problème sur l'admissibilité ou les résultats d'une preuve testimoniale*. C'est donc comme s'il disait, et rien de plus, qu'à raison de sa *nature particulière*, la transaction ne peut être prouvée que par écrit, non seulement dans les cas réglés pour les autres conventions, par les art. 1341 et 1347, mais encore dans les cas où les autres conventions peuvent être prouvées par témoins, ou, en d'autres termes, lors même qu'il en existe un commencement de preuve par écrit, ou que l'objet n'en excède pas la valeur de 150 francs. Voilà, il n'en faut pas douter, le fond de sa pensée (que je me réserve d'examiner

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Vente*, §. 1, art. 3, n° 6.

BIU Cujas

ci-après, n° 3); et l'on chercherait vainement autre chose dans l'ensemble de sa phrase.

Tout s'élève donc contre l'idée que l'art. 2044, ait voulu faire de l'écriture, une condition essentielle à la validité de la transaction. Aussi est-il sans exemple qu'une partie ait osé, en avouant spontanément une transaction verbale qu'on lui opposait, soutenir en justice qu'elle devait, d'après l'art. 2044, être réputée non-avenue, comme devrait l'être, d'après l'art. 931, une donation entre-vifs dont il n'existerait pas un acte passé devant notaire, avec minute.

II. Mais de là ne résulte-t-il pas nécessairement que, lorsqu'une partie méconnaît l'existence d'une transaction verbale qu'on lui oppose, on peut prendre, pour la contraindre à l'avouer ou dénier formellement, soit la voie de l'interrogatoire sur faits et articles, soit celle de la délation du serment décisoire?

L'affirmative paraît être la conséquence inévitable, et de l'art. 324 du Code de procédure qui permet aux parties de se faire interroger respectivement, *en toutes matières*, sur faits et articles pertinens, et de l'art. 1358 du Code civil, suivant lequel *le serment décisoire peut être déféré sur quelque contestation que ce soit, etc.*

C'est effectivement ainsi que l'a jugé un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, dont voici l'espèce:

Le 17 novembre 1810, Constance Quertemont, appelante d'un jugement qui a prononcé contre elle des condamnations au profit du sieur Ciplet, obtient sur requête un arrêt qui lui permet de faire interroger son adversaire sur le fait articulé par elle pour la première fois, qu'une transaction consentie verbalement entre eux, a mis fin à tous leurs différends.

Le 29 du même mois, le sieur Ciplet se présente devant le juge-commissaire nommé pour l'interrogatoire, et soutient, en invoquant l'art. 2044 du Code civil, que le fait dont il s'agit, n'étant point pertinent, il est dispensé d'y répondre.

Constance Quertemont se retranche sur l'autorité de la chose jugée, et prétend que l'arrêt du 17 ne permet plus de contester la pertinence du fait.

Sur cet incident, ordonnance du juge-commissaire qui renvoie les parties à l'audience.

En conséquence, plaidoiries dans lesquelles sont agitées deux questions: la première, si la pertinence du fait est irrévocablement jugée; la seconde, si le fait est pertinent ou non.

Sur la première question, le sieur Ciplet fait valoir avec succès, pour la négative, les raisons que j'ai développées dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 5 *bis*.

Mais sur la seconde, il argumente en vain de l'art. 2044 du Code civil.

Par arrêt du 1er décembre 1810,

« Attendu que la cour n'a rien préjugé ni pu rien préjuger sur la pertinence des faits, par son arrêt du 17 de ce mois, puisqu'elle a admis la demande sans contradiction de la partie qui, aux termes de l'art. 79 du réglement concernant le tarif, n'a dû être entendue ni appelée, ne devant avoir connaissance des faits que par l'assignation qui lui est donnée pour répondre; d'où suit que la partie conserve la faculté de soutenir que les faits sont impertinens;

» Mais attendu que les faits articulés et contenus dans l'arrêt d'admission concernant la propriété des meubles et marchandises, qui fait essentiellement l'objet de la contestation, seraient décisifs si l'intimé en faisait l'aveu;

» Attendu que l'on peut alléguer et prouver, en cause d'appel, des faits non-articulés en première instance, sauf les frais que le retard pourrait occasionner;

» Attendu que, si, aux termes de l'art. 2044 du Code civil, les transactions doivent être rédigées par écrit, il s'ensuit bien que l'existence de cette espèce de contrat ne peut pas être abandonnée au sort d'une preuve testimoniale, souvent vague et incertaine, *quelle que soit d'ailleurs la valeur de l'objet* (1), mais non qu'elle ne puisse s'établir par l'aveu de la partie sur des faits clairs et précis;

» La cour, statuant sur l'incident élevé dans le procès-verbal du 29 de ce mois, et le renvoi fait à l'audience par son commissaire, rejette la fin de non-recevoir proposée par la partie de Tétut (Constance Quertemont), en ce qu'elle a soutenu que la pertinence des faits avait été jugée par l'arrêt du 17 de ce mois; au principal, sans s'arrêter à l'opposition de la partie de Cruts (Ciplet), déclare pertinens les faits contenus dans ledit arrêt du 17 présent mois; ordonne que la partie Cruts sera tenue d'y répondre, à telle peine que de droit; la condamne aux dépens de l'incident (2) ».

Il est vrai qu'à cet arrêt on peut en opposer un plus récent de la cour royale de Montpellier; mais on va voir que celui-ci n'a échappé à la cassation qu'à raison d'une circonstance particulière et décisive qui se trouvait dans l'affaire dans laquelle il a été rendu.

---

(1) Sur cette assertion, *V.* le n° 3 ci-après, et l'article *Police et Contrat d'assurance*, §. 2.

(2) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 22, page 134.

BIU Cujas

Le 23 septembre 1822, Marie Brail assigne son frère, Jean-Baptiste Brail, en partage de la succession de leur mère commune.

Le 6 août 1823, jugement du tribunal de Carcassonne, qui ordonne le partage, détermine les biens qui doivent y être compris, d'après l'état qu'en a fourni Marie Brail, sur le refus de son frère d'obtempérer à un jugement qui l'avait précédemment chargé de le fournir lui-même, et nomme des experts pour procéder à la formation des lots.

Appel de la part de Jean-Baptiste Brail.

Le 1er juin 1824, arrêt de la cour royale de Montpellier, qui confirme le jugement.

En conséquence, les experts nommés par le tribunal de première instance, remplissent leur mission.

Jean-Baptiste Brail s'oppose à l'homologation de leur rapport, sur le fondement qu'ils y ont compris des immeubles qui lui étaient propres, quoique portés dans l'état fourni par sa sœur.

Le 5 avril 1825, jugement qui rejette cette exception et homologue le rapport.

Jean-Baptiste Brail appelle de ce jugement, et ne se bornant plus à demander la distraction de quelques immeubles qui auraient été compris par erreur dans le rapport des experts, il soutient qu'il avait été fait, entre lui et sa sœur, avant le 23 septembre 1822, une transaction par laquelle celui-ci lui avait abandonné tous ses droits dans la succession de leur mère; et en conséquence, il demande qu'il soit dit n'y avoir lieu à partage; mais il ne rapporte pas la preuve de la prétendue transaction dont il excipe; il déclare seulement déférer le serment décisoire à sa sœur sur ce point.

Le 5 décembre de la même année, arrêt de la cour royale de Montpellier, qui met purement et simplement l'appellation au néant,

« Attendu que la fin de non-recevoir opposée à Marie Brail, et prise d'une prétendue transaction, ne saurait être admise, *soit parcequ'elle est alléguée comme verbale, et que, d'après l'art. 2044 du Code civil, un acte de cette nature doit être rédigé par écrit;* soit parce que, depuis cette époque, les droits des parties ont été irrévocablement jugés;

» Attendu, dès-lors, que le serment subsidiairement demandé, et ayant pour objet d'établir l'existence de cette transaction prétendue, serait inutile et frustratoire ».

Jean-Baptiste Brail se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant, par une fausse application de l'art. 2044 du Code civil, les art. 1358 et 1360 du même Code.

« Si l'art. 2044 (dit-il) prescrit la rédaction par écrit des transactions, c'est seulement afin d'empêcher qu'il ne s'élève des contestations à l'occasion de l'existence de ces sortes de contrats qui n'ont lieu eux-mêmes que pour prévenir des contestations. Mais il n'a pu entrer dans l'esprit du législateur de refuser effet à une transaction, par cela seul qu'elle serait restée verbale, si d'ailleurs son existence et ses dispositions étaient reconnues ou pouvaient l'être sans qu'il en résultât un procès.

» Or, dans l'espèce, le demandeur s'en remettant à son adversaire, soit quant à l'existence, soit quant aux dispositions de la transaction dont il argumentait, ce n'était pas là vouloir engager une nouvelle contestation; l'article cité ne pouvait donc lui être opposé.

» D'ailleurs, par les art. 1358 et 1360 du même Code, le serment décisoire peut être déféré *sur quelque espèce de contestation que ce soit*, et en tout état de cause; comment ne pourrait-il pas l'être à l'effet d'établir l'existence d'une transaction? Il faudrait, pour admettre un tel principe, que la loi s'en fût expliquée très-expressément, et elle ne l'a pas fait. *Toute espèce de contestation*, sans distinction, peut être l'objet du serment décisoire; donc l'existence d'une transaction peut être de même que l'existence d'une vente, d'un prêt, etc ».

Ce moyen de cassation eût été irréfragable, si la cour royale de Montpellier ne se fût fondée que sur l'art. 2044, pour repousser le serment décisoire déféré par le sieur Brail à sa sœur; mais elle s'était fondée de plus sur l'autorité de la chose jugée qui avait irrévocablement couvert la fin de non-recevoir que le sieur Brail eût pu tirer de la prétendue transaction dont il excipait, quand même elle eût été faite par écrit ou que sa sœur l'eût avouée.

Aussi est-il intervenu, le 16 juillet 1829, un arrêt par lequel,

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, que la demande en partage formée par la défendresse éventuelle, avait été irrévocablement jugée par un premier arrêt du 1er juin 1824; que, dès-lors, il n'y avait plus de serment décisoire à déférer sur une prétendue transaction verbale qui se trouvait sans objet dès que le partage avait été ordonné par un arrêt qui avait acquis l'autorité de la chose jugée....;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

On voit qu'en prononçant ainsi, la cour de cassation n'a adopté, des deux motifs sur lesquels reposait l'arrêt attaqué, que celui qui résultait de

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, page 331.

BIU Cujas

l'autorité de la chose jugée; et il est bien permis de croire qu'elle ne s'est tue sur celui qui était tiré de l'art. 2044 du Code civil, que parcequ'elle l'a improuvé.

III. Voyons maintenant s'il résulte de l'art. 2044 du Code civil, que l'existence d'une transaction verbale ne peut pas être prouvée par témoins, lorsqu'il y en a eu un commencement de preuve par écrit.

La négative ne serait pas douteuse, si l'on devait s'en tenir à la partie du rapport de M. Albisson au tribunat sur le titre des *Transactions*, dans laquelle il est dit, comme on l'a vu plus haut, n° 1, que l'art. 2044 a été fait pour empêcher, d'après *la nature particulière de la transaction*, « que l'on n'en fît » dépendre l'effet de la solution d'un problème sur » l'admissibilité ou les résultats d'une preuve testi- » moniale ».

Mais si le législateur avait réellement voulu, par l'art. 2044, prohiber la preuve par témoins, même de la transaction dont il existerait un commencement de preuve par écrit, lui aurait-il suffi, pour remplir cet objet, de dire simplement : *La transaction doit être rédigée par écrit*? On va en juger.

L'ordonnance de Moulins établissait pour tous les contrats la règle qui se retrouve, pour la transaction, dans l'art. 2044 du Code civil, et elle l'établissait en termes tout aussi généraux, tout aussi absolus, que le sont ceux de cet article : *De toutes choses excédant la somme de* 100 *livres*, portait-elle, art. 54, *seront passés contrats par-devant notaires et témoins, ou sous signature privée, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve desdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu auxdits contrats*. Cependant, avant même que l'ordonnance de 1667 s'en fût expliquée, il était d'une jurisprudence constante et tous les auteurs enseignaient que cette disposition cessait dans tous les cas où il y avait commencement de preuve par écrit (1).

L'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 disait également : *Toute société générale ou en commandite sera rédigée par écrit, ou par-devant notaire, ou sous signatures privées, et ne sera reçue aucune preuve par témoins contre et outre le contenu en l'acte de société, encore qu'il s'agît d'une somme ou valeur moindre de cent livres*. Cependant un arrêt de la cour de cassation, du 16 avril 1806, a jugé, sur mes conclusions, en cassant un arrêt de la cour d'appel de Paris, qui avait décidé le contraire, que cet article n'empêchait pas de prouver par témoins une société dont il y avait un commencement de preuve par écrit (1).

L'art. 1582 du Code civil, en disant que *la vente peut être faite par acte authentique ou sous seing-privé*, est censé dire, comme je l'ai établi ci-dessus, n° 1er, qu'elle *doit être rédigée par écrit*, et laisser seulement aux parties le choix de la faire rédiger par un officier public ou de la rédiger eux-mêmes sous leurs simples signatures. Cependant M. Portalis, en présentant au corps-législatif l'*exposé des motifs* du titre *de la vente*, du Code civil, et M. Grenier, en proposant, au nom du tribunat, l'adoption de ce titre, n'ont pas hésité à dire qu'une vente peut être prouvée par témoins, toutes les fois qu'un commencement de preuve par écrit la rend vraisemblable.

L'art. 311 du Code de commerce porte que *le contrat à la grosse est fait devant notaire ou sous signature privée;* et quelle conséquence M. Toullier tire-t-il de là, tome 9, n° 233? Point d'autre que celle-ci : « Il ne peut donc être constaté que par » écrit, et non par témoins, *à moins qu'il n'existe* » *un commencement de preuve écrite* ». M. Pardessus, dans son *Cours de droit commercial*, n° 898, en conclut également que le demandeur en exécution d'un contrat à la grosse consenti verbalement, et nié par le défendeur, *n'aurait s'il était dépourvu d'un commencement de preuve par écrit, d'autre ressource que de s'en rapporter au serment ou aux livres de son adversaire;* et comme l'on voit, il reconnaît formellement, avec M. Toullier, que, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit d'un prêt à la grosse consenti verbalement, la preuve par témoins peut en être admise.

L'art. 2044 du Code civil introduirait donc une grande innovation dans la jurisprudence, si, par cela seul qu'il veut que la transaction soit rédigée par écrit, il entendait en prohiber la preuve par témoins, nonobstant les commencemens de preuve littérale qui en seraient produits. Et comment imaginer qu'une innovation aussi importante, si elle était, comme l'a pensé M. Albisson, la conséquence nécessaire *de la nature particulière de la transaction*, n'eût frappé que lui seul, dans la discussion de cet article? Comment imaginer qu'elle n'eût pas été remarquée et signalée à grands traits, avant lui, par l'orateur du gouvernement, dans l'*exposé des motifs*, et après lui, par l'orateur du tribunat même, dans le discours par lequel il a proposé au corps-législatif l'adoption du titre *des transactions*? Comment imaginer que ni l'un ni l'autre n'eussent dit un

(1) *V.* les conclusions du 18 avril 1806, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Société*, sect. 3, §. 2, art. 1, n° 2.

(1) *Ibid.*

BIU Cujas

seul mot sur ces termes de l'art. 2044, *la transaction doit être rédigée par écrit?* Comment imaginer qu'ils n'eussent pas, l'un et l'autre, reconnu implicitement, par leur silence absolu sur ces termes, qu'il n'en résulte aucune différence, quant à la nécessité de la rédaction par écrit, entre la transaction et les autres contrats? Enfin, comment ne pas sentir que du seul fait que l'orateur du tribunat n'a pas reproduit devant le corps-législatif, l'idée de M. Albisson sur la prétendue influence que *la nature particulière de la transaction* aurait eue sur l'emploi de ces mêmes termes dans l'art. 2044, il résulte clairement que cette idée avait été rejetée, comme un paradoxe, par le tribunat?

TRANSCRIPTION AU BUREAU DES HYPOTHÈQUES. *Page* 434, *col.* 2, *après la ligne* 53 (1), *ajoutez :*

§. VI. *Questions sur les art.* 939, 940 *et* 941 *du Code civil, concernant la transcription des donations entre-vifs de biens immobiliers.*

I. A défaut de transcription avant la mort du donateur, ses héritiers sont-ils fondés à faire déclarer la donation caduque? En d'autres termes, la donation qui n'a pas été transcrite du vivant du donateur, est-elle sans effet à l'égard de ses héritiers?

J'ai établi la négative dans des conclusions prononcées à l'audience de la cour de cassation, section des requêtes, le 13 décembre 1810; et elle a été consacrée par un arrêt du même jour, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Donation*, sect. 6, §. 3.

La question s'est représentée l'année suivante, et a encore été jugée de même.

Le 11 nivôse an 10, acte notarié, par lequel le sieur Rougié donne entre-vifs la moitié de ses biens au sieur Laforge.

En nivôse an 12, le sieur Rougié meurt, sans que cet acte ait été insinué suivant la loi du temps où il a été passé, ni transcrit suivant l'art. 940 du Code civil promulgué en floréal an 11; et la transcription n'en est faite, à la diligence du donataire, qu'en l'an 13 (1805).

En 1806, les héritiers du sieur Rougié attaquent la donation, tant parce qu'elle n'a pas été insinuée avant la mort du donateur, que parce qu'elle n'a pas été transcrite avant la même époque.

Le 10 janvier 1810, arrêt de la cour d'appel de Limoges, qui, en confirmant un jugement du tribunal de première instance de la même ville, du 22 juillet 1807, rejette cette demande,

« Attendu que la donation du 19 nivôse an 10 n'était pas nulle à défaut d'insinuation, lorsque la formalité de la transcription a été établie par le Code civil, puisque le donateur vivait encore à cette époque; en sorte qu'il est uniquement question d'examiner si le nouveau mode de publicité que pouvait employer le donataire, a été prescrit avec les mêmes règles et sous les mêmes peines que le premier;

« Que l'ordonnance de 1731, art. 27, établissait bien la peine de nullité à défaut d'insinuation, mais que le Code civil ne prescrit pas la transcription sous la même peine, et que, dans le droit, les nullités ne se suppléent point; que la transcription a eu lieu dans l'espèce, à la vérité, après tous les délais que prescrivait l'ordonnance de 1731 pour l'insinuation, mais qu'aucun terme fatal n'est prescrit par le Code civil pour la transcription, et qu'il suffit que, dans l'intérêt du donataire, il ne se présente aucun donataire ou acquéreur postérieur ayant un contrat transcrit aux hypothèques antérieurement, pour que l'acte du 19 nivôse an 10 ne puisse être critiqué à défaut d'une transcription plus rapprochée de la donation ».

Les héritiers du sieur Rougié se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et soutiennent d'abord qu'il a violé les art. 20 et 26 de l'ordonnance du mois de février 1731, qui étaient en pleine vigueur au moment où a été passé l'acte du 11 nivôse an 10, et d'après lesquels toutes les donations entre-vifs, à l'exception de celles qui étaient faites en ligne directe par contrat de mariage, devaient, à peine de nullité, être insinuées du vivant du donateur; qu'à la vérité, ces articles étaient abrogés lors du décès du sieur Rougié, mais qu'ils n'en devaient pas moins être appliqués à l'espèce; et qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel de Limoges a méconnu le principe consacré par l'art. 2 du Code civil, que *la loi ne dispose que pour l'avenir.*

Ils soutiennent ensuite que, si la transcription commandée par l'art. 939 du Code civil, a pu tenir lieu d'insinuation, la donation aurait au moins dû être transcrite du vivant du sieur Rougié; que ne l'ayant été qu'après sa mort, elle ne peut pas leur être opposée; que tel est le vœu de l'art. 941, qui porte en toutes lettres que *le défaut de transcription pourra être opposé par toute personne ayant intérêt.*

Mais par arrêt du 7 avril 1811, au rapport de M. Rupérou, et conformément aux conclusions de M. l'avocat-général Daniels,

« Attendu qu'à l'époque de la promulgation du Code civil, qui a fait disparaître la formalité de l'in-

(1) *Page* 812, *col.* 2, *ligne* 14 (2e édition).

BIU Cujas

sinuation, la donation dont il s'agit, n'était pas nulle, puisque le donateur vivait encore;

» Qu'en le décidant ainsi, et en déclarant par suite que la transcription qui a été faite conformément à la nouvelle loi, était valable, quoique postérieure à la mort du donateur, parcequ'aucun terme fatal n'a été prescrit pour la transcription, et qu'il n'existait personne qui eût alors un droit légitimement acquis sur les biens donnés, la cour d'appel n'a ni fait rétroagir le Code civil, ni violé ses dispositions;

» La Cour (section des requêtes) rejette le pourvoi. .. »

Ces deux arrêts ont tellement fixé la jurisprudence, que M. Grenier qui, dans la première édition de son *Traité des donations*, tome 2, page 297, avait soutenu l'opinion contraire, l'a formellement rétractée dans la seconde, tom. 1er, n° 167.

II. Le défaut de transcription peut-il être opposé au donataire par un tiers auquel le donateur a, depuis la donation, hypothéqué ou transféré à titre onéreux les biens compris dans la donation?

Dans mes conclusions du 13 décembre 1810, rappelées au n^o^ précédent, j'ai présenté l'affirmative comme indubitable, et l'arrêt de la cour de cassation, du même jour, l'a également énoncée comme telle.

M. Toullier, tome 5, n°s 230 à 240, a prétendu depuis que c'était une grande erreur; mais l'a-t-il prouvé? On en jugera en conférant ses raisons, que je vais copier littéralement (afin qu'on ne me soupçonne pas d'en altérer ou d'en dissimuler la force) avec les observations que j'y intercallerai.

Voici comment il débute :

« Outre la solennité de l'acceptation expresse, » l'ancienne jurisprudence avait soumis les donations à une formalité qui leur était également particulière, et qu'on nommait *insinuation* : elle » consistait à transcrire ou copier littéralement » l'acte de donation sur un registre public tenu à » cet effet. Cette formalité, dont l'omission entraînait la nullité de l'acte, avait été empruntée du » Code de Justinien, et transférée dans le droit » français par l'ordonnance de 1539, confirmée par » l'ordonnance de Moulins et par celle de 1731, » art. 19 et 20.

» Les donations étaient en outre sujettes au contrôle, formalité bursale qui continue d'exister aujourd'hui sous le nom d'enregistrement, et qui » consiste à écrire une simple notice des actes sur » un registre public.

» L'insinuation avait pour objet, disait-on, de » rendre les donations publiques, et d'empêcher » ceux qui traitaient avec les donateurs ou qui acceptaient leurs successions, d'être induits en erreur. Mais, pour dire la vérité, on ne voit pas de » motifs suffisans pour assujettir les donations à l'insinuation plutôt que les autres actes translatifs de » propriété, et surtout les ventes à fonds perdus ou » avec rétention d'usufruit, qui sont beaucoup plus » fréquens, plus propres à voiler les fraudes; et » qui peuvent également induire en erreur les créanciers du vendeur ou ses héritiers. L'utilité de l'insinuation pour les parties était bien faible, pour » ne pas dire nulle, en comparaison des embarras » qu'elle causait dans la jurisprudence et des procès » qu'elle occasionnait. Cependant elle a continué » d'être en usage jusqu'à la promulgation du Code » civil; qui l'a abolie par son silence et par l'abrogation expresse des ordonnances rendues sur le » fait des donations ».

Ainsi, de l'aveu de M. Toullier, l'ancienne législation prenait, pour assurer la publicité des donations entre-vifs, des précautions plus sévères que pour assurer celle des contrats translatifs de propriété à titre onéreux; et tandis qu'elle tenait ceux-ci pour suffisamment prouvés contre les tiers, par cela seul qu'ils étaient revêtus de la formalité du contrôle, et qu'ils avaient acquis par-là une date certaine, elle regardait celles-là comme non-existantes à l'égard des tiers qui, au moment où ils traitaient avec le donateur, n'avaient pas été mis par la formalité de l'insinuation à portée de savoir qu'il n'était plus propriétaire des objets qu'il leur vendait ou hypothéquait. Je prends acte de cet aveu, et je prie qu'on ne le perde pas de vue.

« La loi du 11 brumaire an 7, sur le régime hy» pothécaire, établit, en principe général, que nul » acte translatif de propriété ne pouvait avoir d'ef» fet contre des tiers, s'il n'était pas transcrit sur les » registres du bureau de la conservation des hypo» thèques dans l'arrondissement duquel les biens » étaient situés : cette transcription étaient néces» saire pour transférer la propriété des immeubles ».

Ceci n'est pas tout-à-fait exact: la transcription était nécessaire sans doute, d'après l'art. 29 de la loi du 11 brumaire an 7, pour que la translation de la propriété par un contrat de vente, comme par un acte de donation entre-vifs, pût être opposée aux tiers; mais elle ne l'était pas pour opérer cette translation de l'une des parties contractantes à l'autre; et c'est ce que M. Toullier va reconnaître lui-même dans l'alinéa suivant.

« Les donations, déjà sujettes à l'insinuation et à » l'enregistrement, furent donc encore assujetties à » la formalité nouvelle de la transcription. Le défaut » d'insinuation les annulait à l'égard des héritiers » du donateur. Le défaut de transcription empê» chait seulement le donataire d'opposer la donation » non transcrite, quoique insinuée, aux tiers à qui » le donateur aurait hypothéqué, vendu ou même

BIU Cujas

» donné les mêmes biens, pourvu que leur contrat » fût transcrit; mais il n'annulait pas la donation » relativement aux héritiers.

» Dans le projet du Code imprimé en l'an 9, la » commission proposa de conserver l'insinuation, » avec cette modification que, jusqu'à l'insinuation, » les donations ne pourraient être opposées *aux » tiers qui auraient contracté avec le donateur.* » C'était déroger à l'art. 27 de l'ordonnance de » 1731, qui voulait que le défaut d'insinuation pût » être opposé, non-seulement par les tiers-acquéreurs » ou créanciers du donateur, mais encore par ses » héritiers, donataires postérieurs ou légataires, et » généralement par tous ceux qui y auraient intérêt, » autres néanmoins que le donateur.

» La commission proposait aussi de changer en- » tièrement le régime hypothécaire établi par la loi » du 11 brumaire an 7, et ce changement éprouva » la plus vive résistance; les opinions se partagèrent, » et telle était la situation des esprits, lorsqu'on dis- » cuta le titre *des Donations*, en sorte qu'on igno- » rait absolument quel système hypothécaire pré- » vaudrait.

» Cependant on adopta l'article qui est aujour- » d'hui le 939e du Code, et qui porte que, lorsqu'il » y aura donation de biens susceptibles d'hypothè- » ques, la transcription doit en être faite aux bu- » reaux des hypothèques dans l'arrondissement des- » quels les biens sont situés.

» On n'ajouta point que cette transcription était » requise sous peine de nullité; on ne voulut point » déterminer quel serait l'effet de la transcription » ou de son omission; on ne voulait rien préjuger » sur le système hypothécaire, qui n'était pas l'objet » de la discussion; on cherchait une rédaction qui » pût convenir, quelle que fût celle qui serait adop- » tée dans la suite ».

En s'expliquant ainsi, M. Toullier n'avait pas bien lu la discussion de l'art. 939 au conseil-d'état, telle qu'elle est consignée dans la partie du procès-verbal que j'en ai copiée dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Donation*, sect. 6, §. 3. S'il y avait fait plus d'attention, il se serait convaincu que l'article 939 n'avait été proposé par la majorité de la section de législation, et par conséquent adopté par le conseil-d'état, que dans le double dessein d'affranchir les donations entre-vifs de biens susceptibles d'hypothèques, de la formalité de l'insinuation, comme devenue inutile par l'établissement précédemment fait de la transcription, et de les assujettir à celle-ci, sous peine de n'avoir aucun effet contre les tiers qui contracteraient avec les donateurs, après qu'elles auraient reçu leur perfection intrinsèque; car c'est évidemment ce qui résulte de la manière dont M. Bigot de Préameneu, rapporteur de la section de législation, s'est exprimé en présentant cet article au conseil-d'état. « Cet article (a-t-il dit) déroge au droit très-anciennement établi, d'assurer aux donations leur publicité par l'insinuation; mais ce changement doit être la suite de celui qui est intervenu dans une autre partie de la législation. Il existe aujourd'hui des bureaux d'hypothèques où les actes translatifs de propriété doivent être inscrits pour opérer l'expropriation. La majorité de la section a donc pensé que, la loi établissant une formalité qui doit être nécessairement remplie POUR QUE LA DONATION AIT SES EFFETS, la publicité en était assurée par ce moyen ».

Il est vrai que M. Bigot de Préameneu a ajouté « On a, au surplus, entendu que rien n'était préjugé sur le système hypothécaire qui n'était point l'objet de la discussion. » Mais qu'a-t-il voulu dire par-là? Rien autre chose si ce n'est qu'en appliquant la disposition de l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an 7 aux donations entre-vifs des biens susceptibles d'hypothèques, et en la renouvelant implicitement, afin que ces donations n'eussent d'effet contre les tiers qu'autant qu'elles seraient transcrites, la majorité de la section de législation n'entendait pas s'engager à adopter et renouveler les autres dispositions de la même loi concernant le régime hypothécaire.

Qu'importe que cette théorie ait été combattue par M. Tronchet et même par M. Bigot de Préameneu, qui, par-là, a fait connaître qu'il n'était pas de l'avis de la majorité de la section de législation, au nom de laquelle il avait parlé au commencement de la discussion? Qu'importe qu'ils aient proposé l'un et l'autre d'ajourner toute discussion sur ce point, jusqu'à ce que l'on fût fixé sur le régime hypothécaire de la loi du 11 brumaire an 7? Il n'en est pas moins constant que le conseil-d'état, en rejetant leur proposition, a adopté celle de la majorité de la section de législation, et que par conséquent il a décidé que, quelque parti que l'on prît dans la suite sur le régime hypothécaire de la loi du 11 brumaire an 7, le principe créé par l'art. 26 de cette loi pour tous les actes de mutation d'immeubles, continuerait toujours d'être applicable aux donations entre-vifs.

« C'est de là qu'est venue la rédaction incomplète » de l'art. 941 : *Le défaut de transcription pourra » être opposé par toutes personnes ayant intérêt, » excepté toutefois celles qui sont chargées de faire » faire la transcription, ou leurs ayant-cause, et le » donateur.*

» Cet article ne détermine pas plus que les pré- » cédens, la force et l'effet de la transcription ou du » défaut de transcription : pour les connaître, il faut » recourir au titre des *hypothèques* ».

C'est comme si l'on disait : Il est vrai qu'à la suite

BIU Cujas

de l'art. 1069, qui assujettit à la transcription les actes entre-vifs ou testamentaires portant substitution dans les cas spécifiés par les art. 1048 et 1049, l'art. 1070 déclare que « le défaut de transcription » pourra être opposé par les créanciers et tiers-acquéreurs, même aux mineurs et interdits, sauf le » recours contre le grevé et le tuteur à l'exécution », à la diligence desquels la transcription aurait dû être faite; mais ni cet article ni le précédent ne déterminent l'effet du défaut de transcription, et il faut recourir au titre *des hypothèques* pour le connaître.

Assurément ce langage serait absurde, et nous verrons bientôt M. Toullier reconnaître lui-même que, dans l'art. 1070, les mots, *le défaut de transcription pourra être opposé par les créanciers et tiers-acquéreurs*, signifient qu'à défaut de transcription les tiers à qui les biens substitués auront été hypothéqués ou vendus, ne pourront être évincés ni de l'hypothèque ni de la propriété qu'ils auront acquise dans l'ignorance légale des actes entre-vifs ou testamentaires qui rendaient ces biens inaliénables.

Comment donc serait-il possible que, dans l'art. 941, les mots, *le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt*, n'eussent pas le même sens et n'amenassent pas le même résultat?

« L'art. 2181 du Code admet la transcription des » contrats translatifs de la propriété des immeubles » non plus comme nécessaire pour transférer la » propriété. La défense d'opposer les actes non » transcrits aux personnes qui, postérieurement à » ces actes, auraient contracté avec l'ancien pro- » priétaire, était devenue incompatible avec le prin- » cipe que la propriété est transférée par le seul » effet des conventions.

» La transcription ne fut donc établie que comme » une formalité conseillée par la prudence à ceux » qui voudront purger les priviléges et hypothèques » antérieurs à la translation de propriété.

» Mais le Code n'ayant point fixé le délai dans » lequel les créanciers de l'ancien propriétaire pour- » raient, depuis l'aliénation des biens hypothéqués, » faire inscrire les droits d'hypothèque acquis aupa- » ravant, il en était résulté des incertitudes que le » Code de procédure a fait cesser, en permettant » (art. 834) aux créanciers qui n'auraient pas fait » inscrire leurs titres antérieurement aux actes trans- » latifs de propriété, de prendre inscription dans la » quinzaine au plus tard de la transcription de ces » actes. Mais ce droit n'est accordé qu'aux créan- » ciers antérieurs, et par cela même il est refusé à » ceux qui n'auraient contracté que postérieurement » aux actes, parceque l'ancien propriétaire n'a pu » leur transférer aucun droit sur la propriété d'au- » trui.

» Tout l'effet de la transcription est donc aujour- » d'hui, 1° de purger les anciennes hypothèques et » priviléges, en empêchant ceux qui en avaient » acquis le droit, d'inscrire leurs titres après le délai » de quinzaine, à compter du jour de la transcrip- » tion; 2° de garantir, après un délai fixé, le nou- » veau propriétaire qui a fait notifier son contrat » aux créanciers inscrits, de la surenchère et des » suites qu'ils voudraient exercer contre lui, en » vertu de leurs hypothèques, pourvu qu'il paie les » créances inscrites jusqu'à concurrence du prix de » la vente ou de l'évaluation qu'il a donnée aux im- » meubles acquis par donation (art. 2183, 2184 et » 2185) ».

Ainsi, suivant M. Toullier, la transcription est inutile au donataire pour mettre le donateur dans l'impuissance d'aliéner ou d'hypothéquer l'immeuble qui est l'objet de la donation; et elle ne lui est commandée ou plutôt conseillée que comme un moyen de purger les hypothèques qui, à l'époque de la donation, grevaient déjà ce bien.

Mais, dans ce système, que deviendraient les art. 939, 940 et 941? Ils ne formeraient dans le Code civil qu'une vaine et ridicule redondance, et c'en est assez pour que, fussent-ils même aussi obscurs, aussi équivoques qu'ils sont clairs et positifs, le bon sens ne permît pas de les supposer entachés d'un pareil vice; car, dit la loi 19 du titre *de legibus*, au digeste, *in ambiguâ voce legis, ea potiùs accipienda est quæ vitio caret, præsertim cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.*

« Les textes des art. 2183, 2184 et 2185, portent » expressément qu'ils sont communs aux acquéreurs » et aux donataires. L'effet qu'ils attribuent à la » transcription est le même pour les donations et » pour les contrats de vente. Il n'y a pas deux es- » pèces de transcriptions, l'une particulière aux do- » nations, l'autre commune à tous les contrats trans- » latifs de propriété ».

Non, sans doute, quand il s'agit de purger les hypothèques existantes sur un immeuble au moment où il est aliéné, il n'y a pas deux espèces de transcriptions, l'une particulière à l'aliénation qui se fait par donation entre-vifs, l'autre commune à toutes les aliénations qui se font par contrats à titre onéreux; et voilà pourquoi les articles cités comprennent dans leurs dispositions les donataires d'immeubles qui, au moment de la donation, se trouvent grevés d'hypothèques du chef du donateur ou de ceux qu'il représente.

Mais s'agit-il d'empêcher qu'après la donation, le donateur ne grève le bien donné de nouvelles hypothèques, ou ne l'aliène à titre onéreux? Alors

BIU Cujas

ce n'est plus le cas des art. 2181, 2183, 2184 et 2185, mais bien des art. 939, 940 et 941; alors, par conséquent, le donataire a besoin d'une autre espèce de transcription pour se prémunir contre la déloyauté du donateur; et le Code civil, en lui en imposant la nécessité, n'a fait que se modeler sur l'ancien droit, qui, pour remplir le même objet, assujettissait le donataire à faire insinuer l'acte de donation.

« C'est d'après ce que nous venons de dire qu'il » faut interpréter les articles du Code relatifs à la » transcription des donations. Ce défaut de trans- » cription peut, dit l'art. 918, *être opposé par toutes* » *personnes ayant intérêt*; mais c'est pour exercer » le droit d'hypothèque ou de surenchère qui leur » était acquis avant la donation, et non pour la faire » annuler; car la transcription n'est pas requise sous » peine de nullité (les nullités ne se suppléent point), » ni pour exercer des droits acquis postérieurement; » car le donateur, irrévocablement dépouillé par » l'acte de donation, n'a pu leur concéder des droits » qu'il n'avait plus (art. 2182)... ».

On voit que M. Toullier raisonne toujours d'après la confusion qu'il fait de la transcription requise par les art. 2181 et suivans, pour purger les hypothèques acquises avant l'aliénation, soit gratuite, soit à titre onéreux, d'un immeuble, et la transcription requise par les art. 939, 940 et 941, pour mettre le donataire à l'abri des hypothèques et des aliénations à titre onéreux que le donateur pourrait consentir après la donation.

Du reste, il importe peu que la transcription requise par ces trois derniers articles, ne le soit pas à peine de nullité: il suffit qu'elle le soit avec la clause expresse que l'omission en pourra être opposée *par toutes personnes ayant intérêt*; car autre chose est qu'une donation soit valable ou nulle en soi, autre chose est que, même étant valable en soi, elle reste sans effet à l'égard de telle ou telle personne.

« M. Grenier convient que les légataires du do- » nateur ne pourraient aussi opposer le défaut de » transcription d'une donation entre-vifs, parce- » qu'ils ne peuvent avoir plus de droits que le do- » nateur; et après avoir exposé les raisons qu'on » pourrait alléguer pour accorder ce droit au do- » nataire, il finit par dire, page 341, que, dans » l'état actuel de la jurisprudence, si le donateur » donnait une seconde fois les choses déjà données, » la seconde donation, quoique transcrite, ne pour- » rait prévaloir sur la première qui ne l'aurait pas » été; ce qui est sans difficulté.

» Mais il regarde comme hors de doute que les » créanciers du donateur et les tiers-acquéreurs, » c'est-à-dire, ceux à qui celui-ci aurait vendu les » objets donnés, pourraient opposer au donataire » le défaut de transcription. Les *considérant* de » l'arrêt de la cour de cassation, du 12 décembre » 1810, favorisent cette opinion. On y lit qu'en » rapprochant toutes les dispositions du Code sur la » transcription des donations, et en les combinant » avec les art. 1069, 1070 et 1072, on reconnaît que » l'insinuation n'est pas remplacée par la transcrip- » tion dans l'intérêt des héritiers du donateur, mais » seulement dans l'intérêt des créanciers et des tiers- » acquéreurs du donateur; que, si l'art. 941 dit que » le défaut de transcription peut être opposé par » *toutes personnes ayant intérêt*, il est impossible » que le législateur ait voulu, par ces expressions, » désigner les héritiers du donateur, et qu'il n'a en- » tendu parler que de ceux qui auraient traité avec » le donateur, dans l'ignorance des donations qu'il » aurait pu faire, et qui ne seraient pas *responsa-* » *bles de ses faits*, c'est-à-dire, les créanciers en- » vers lesquels il serait obligé, les tiers à qui il au- » rait vendu ou transféré, à titre onéreux, le tout » ou partie des biens dont il se serait *précédem-* » *ment dépouillé* par une donation.

» Ces *considérant*, dit M. Grenier, préjugent » que les tiers-acquéreurs et les créanciers du dona- » teur ont le droit d'opposer au donataire le défaut » de transcription de leur titre, pour faire rejeter sa » donation: nous ne saurions nous rendre à cette » opinion.

» Nous observerons d'abord que les *considérant* » qui ne portent pas directement sur la question » décidée par un arrêt, n'étant point l'ouvrage de » tous les juges, mais du rédacteur, ne préjugent » rien autre chose que son opinion particulière; » opinion donnée par occasion seulement, et dans » laquelle souvent il ne persisterait pas, si la ques- » tion qu'il tranche par une simple énonciation, » avait été discutée et approfondie: il n'y a que le » dispositif qui juge ou qui préjuge ».

Le *considérant* de l'arrêt de la cour de cassation, du 13 décembre 1810, dans lequel il est dit que, par les mots *toutes personnes ayant intérêt*, l'art. 941 entend nécessairement *les tiers à qui le donateur aurait hypothéqué, vendu ou transféré à titre onéreux le tout ou partie des biens dont il se serait précédemment dépouillé par une donation*, tenait de trop près à la question de savoir si le défaut de transcription peut être opposé par les héritiers du donateur, et il en est trop évidemment inséparable pour que M. le rapporteur pût prendre sur lui de l'insérer dans les motifs de cet arrêt, sans qu'il eût été spécialement discuté et adopté par la cour; et je puis certifier personnellement que la cour l'avait en effet adopté après le plus mûr examen.

Du reste, elle n'avait fait en cela que se conformer à ce qu'avait dit M. Jaubert dans la partie de son rapport au tribunat sur le titre *des donations et testamens*, dont j'ai cité les propres termes dans les conclusions qui ont précédé cet arrêt.

BIU Cujas

« Le Code pouvait, sans doute, comme l'ordonnance de 1731 l'avait fait à l'égard de l'insinuation, » ordonner que le défaut de transcription pourrait » être opposé comme nullité par les créanciers et » les tiers-acquéreurs du donateur; mais l'a-t-il » ordonné? Voilà la question.

» La négative nous paraît résulter des dispositions » combinées du Code. Il est certain que la propriété » des choses données passe au donataire par l'effet » de la donation dûment acceptée, sans que, pour » cette transmission, il soit aujourd'hui besoin de » transcription, comme sous la loi du 11 brumaire » an 7. Le donateur est donc entièrement dépouillé » comme le dit fort bien la cour de cassation; il n'a » plus aucun droit sur la chose donnée. Comment » donc pourrait-il donner à ses créanciers ou à ses » acquéreurs des droits qu'il n'avait plus? C'est une » règle générale, fondée sur la raison, qu'on ne » peut conférer des droits qu'on n'a pas: *Nemo plus » juris in alium transferre potest quàm ipse habet.* » Loi 54, D. *de regulis juris.*

» Cette règle du droit naturel est rendue obligatoire par l'art. 2182, qui porte : *Le vendeur ne » transmet à l'acquéreur que la propriété et les » droits qu'il avait sur la chose vendue.*

» Or, où est l'article qui fait à cette règle une » exception en faveur de ceux qui auraient acquis du » donateur ou traité avec lui dans l'ignorance d'une » donation précédente non transcrite plutôt qu'en » faveur de ceux qui auraient traité dans l'ignorance » de tout autre contrat translatif de propriété, » d'une vente, par exemple, d'un échange, d'une » vente avec réserve d'usufruit »?

J'ai déjà remarqué, au commencement de cette discussion, que l'ancienne législation ne permettait pas d'argumenter, en cette matière, de la vente à la donation entre-vifs. Serait-il donc étonnant que le Code civil ne le permît pas davantage? Or, la preuve qu'il ne le permet pas effectivement, c'est que, tandis qu'à l'exemple de l'ancienne législation, il se contente, pour faire opérer le contrat de vente contre les tiers, de la certitude de l'antériorité de sa date à celle de leurs titres, il veut, à l'égard de la donation entre-vifs (comme l'a dit en termes exprès M. Bigot de Préameneu, en présentant au conseil-d'état le projet de l'art. 939, et comme l'a répété le deuxième *considérant* de l'arrêt de la cour de cassation du 13 décembre 1810), qu'on lui applique la disposition de l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an 7, d'après laquelle la transcription en est nécessaire pour qu'elle puisse opérer contre les créanciers et tiers-acquéreurs qui traitent avec le donateur postérieurement à l'acte par lequel il s'est exproprié.

« La seule bonne foi des créanciers ou tiers-» acquéreurs n'est pas suffisante pour produire » cette exception; autrement il faudrait dire que » les créanciers et les acquéreurs de bonne foi, » postérieurs au premier contrat de vente, peuvent » aussi opposer le défaut de transcription de ce » contrat. Or, il est certain qu'ils ne le peuvent pas; » il faut donc une exception formellement prononcée. Or, où trouve-t-on cette exception? On ne » la trouve pas dans l'art. 939, qui dit que, lorsqu'il » y aura donation *de biens susceptibles d'hypothèque*, la transcription des donations devra être » faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés; car cet » article ne prononce point la peine de *nullité*, qui » ne peut être suppléée, surtout lorsqu'il s'agit de » l'omission d'une formalité. Cet article d'ailleurs » n'exige la transcription que sous le rapport des » hypothèques: ainsi, elle n'est ni requise ni même » possible pour les donations de meubles.

» On ne trouve pas encore l'exception que nous » cherchons, dans l'art. 941, qui porte que le défaut de transcription pourra être opposé par toutes » personnes ayant intérêt, excepté celles qui sont » chargées de faire faire la transcription, ou leurs » ayant-cause et le donateur; car cet article, qui » se rapporte aux précédens, n'est, comme eux, » relatif qu'aux hypothèques sur les biens donnés.

« Mais quel est l'effet de cette transcription relativement à ces hypothèques? Ces articles ne le disent point et ne pouvaient pas le dire, car on l'ignorait alors: il dépendait du système hypothécaire » qui serait adopté, et sur lequel on ne voulait rien » préjuger.

» Il faut donc, comme nous l'avons déjà dit, » recourir au titre *des hypothèques* pour connaître » quel est l'effet du défaut de transcription; et ce » titre ne lui en donne pas d'autre, si ce n'est que » ceux qui avaient un droit d'hypothèque antérieur, » peuvent le faire inscrire jusqu'à la transcription » des choses données, nonobstant la transmission » postérieure de la propriété; ce qui est dans l'exacte » justice.

» Si le défaut de transcription d'une donation la » rendait nulle dans l'intérêt des créanciers ou acquéreurs postérieurs, le Code aurait, comme avait » fait l'ordonnance de 1731, relativement à l'insinuation, étendu cette nullité aux donations de » meubles, ainsi qu'aux donations de choses susceptibles d'hypothèque; et cependant il ne l'a pas » fait. Il résulterait de l'opinion de M Grenier que » les créanciers postérieurs à la donation non transcrite d'un immeuble valant 1,000 francs, ou les » tiers-acquéreurs de cet immeuble pourraient faire » annuler cette donation dans leur intérêt, tandis » qu'ils ne pourraient pas faire annuler la donation » d'un mobilier de 100,000 francs.

BIU Cujas

» On ne trouve donc point, dans les art. 939 et » 941, l'exception que nous cherchons à la règle » générale, que personne ne peut transférer des » droits qu'il n'a plus ».

Encore une fois, cette exception résulte à la fois et de l'art. 939 et de l'art. 941.

Elle résulte de l'art. 939, en ce qu'il ne fait qu'appliquer à la donation entre-vifs la disposition de l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an 7, qui était encore dans toute sa vigueur au moment où il a été adopté, et auquel le procès-verbal du conseil-d'état prouve authentiquement qu'il se réfère.

Elle résulte également de l'art. 941, en ce que, dans cet article, les termes, *le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt*, sont évidemment, comme dans l'art. 970, synonymes de ceux-ci : *à défaut de transcription, la donation sera sans effet contre les tiers intéressés à ce qu'elle n'ait pas lieu.*

Comment d'ailleurs M. Toullier peut-il dire que l'art. 939 *n'exige la transcription que sous le rapport des hypothèques?* Les donations de *biens susceptibles d'hypothèque*, c'est-à-dire, comme l'explique l'art. 2118, de biens et droits immobiliers, sont sans doute les seules qu'il soumet à la transcription; mais inférer de là qu'il ne les y soumet que *sous le rapport des hypothèques*, c'est méconnaître, c'est fouler aux pieds l'art. 941, qui permet à *toutes personnes ayant intérêt* d'exciper du défaut de transcription.

Qu'importe, au surplus, que le Code civil n'assujettisse pas à la transcription les donations de meubles, comme l'ordonnance de 1731 les assujettissait à l'insinuation? Il résulte bien de là que l'ordonnance de 1731 attachait plus d'importance à la conservation des droits des tiers sur les meubles compris dans une donation entre-vifs, que ne le fait le Code civil; mais il est impossible d'en conclure sérieusement que le Code civil n'exige pas, dans l'intérêt des tiers, la transcription des donations de biens immobiliers, sous la même peine que l'ordonnance de 1731 en exigeait l'insinuation.

« On croirait d'abord en trouver une (exception » à la règle générale, que personne ne peut transférer des droits qu'il n'a plus) dans les art. 1069 » et 1070; mais ces articles ne concernent que les » substitutions ou les biens grevés de restitutions, » lorsqu'un père donne à un de ses enfans, ou un » frère à l'un de ses frères ou sœurs, à la charge de » rendre aux enfans nés et à naître du donataire.

» Dans ce cas, comme nous le verrons chap. 6, » la propriété des biens donnés ou légués à charge » de rendre, réside sur la tête de l'appelé, et doit y » résider pendant toute sa vie : elle n'est résoluble » qu'à sa mort, et pour cette résolution, il faut, 1° qu'il » ait des enfans; 2° que ces enfans lui survivent. Il » peut empêcher le premier événement d'arriver, en » ne se mariant pas; le second événement est fort » incertain. Quel sera donc le sort des aliénations » qu'il aura faites, des droits qu'il aura concédés? » Faudra-t-il leur appliquer la maxime : *resoluto » dantis jure, resolvitur jus accipientis?* Voilà la » question.

» Le Code ne fait point dépendre la décision de » l'ignorance dans laquelle ont été les créanciers ou » les acquéreurs, de la disposition qui grève de res- » titution le débiteur ou le vendeur, mais de la » publicité donnée à cette disposition par la trans- » cription pour les immeubles, et pour les meubles » qui doivent être vendus et colloqués sur des im- » meubles, par l'inscription du privilége sur les biens » qui y sont affectés (art. 1069). Si cette formalité » a été observée, l'événement de la restitution ré- » sout les droits des créanciers et des acquéreurs; » si elle ne l'a pas été, ces droits sont irrévocables, » et ne peuvent être attaqués par les appelés, sauf » le recours contre le grevé, contre sa succession, » ou contre le tuteur à l'exécution; et cela quand » même les créanciers ou acquéreurs auraient connu » la disposition par d'autres voies que celles de la » transcription (art. 1071).

» Il est évident que ces dispositions, particulières » aux substitutions, ne sont pas applicables aux do- » nations ordinaires, pour la publicité desquelles le » Code n'établit d'autres formalités que celles d'un » acte notarié, et un état estimatif pour les donations » de meubles : il ne conseille la transcription que » pour les biens susceptibles d'hypothèque, et cela » comme un acte de prudence, et non sous peine » de nullité.

» Le cas des substitutions et celui des donations » diffèrent essentiellement, en ce que, dans les » dernières, le donateur étant irrévocablement dé- » pouillé de toute espèce de droit, n'en peut plus » conférer aucun, tandis que, dans les premières, » l'appelé est véritablement propriétaire des biens » grevés, et qu'il est incertain si la propriété sera » résolue. On ne peut pas étendre d'un cas à l'autre » les art. 1069 et 1070, car les mêmes raisons de » décider n'existent pas. Il nous paraît donc que, » faute d'une exception prononcée par la loi en » faveur de ceux qui ont acquis du donateur ou » traité avec lui depuis la donation non transcrite, » on doit leur appliquer la disposition de l'art. 2182, » suivant lequel le vendeur ne transmet à l'acquéreur » que *la propriété et les droits qu'il avait lui-même » sur la chose vendue.* L'opinion contraire favori- » serait la mauvaise foi, et pourrait même devenir » un moyen de ménager au testateur la faculté de » révoquer sa donation quand il le voudrait, en pre- » nant des mesures pour empêcher le donateur de » la faire transcrire ».

BIU Cujas

Quoi qu'en dise M. Toullier, il résulte toujours des art. 1069 et 1070, que le grevé qui aliène ou hypothèque les immeubles qu'il tient d'une donation entre-vifs non transcrite, les aliène ou hypothèque irrévocablement, quoiqu'il n'en ait qu'une propriété résoluble. Il en résulte donc toujours qu'à défaut de transcription, les aliénations ou hypothèques consenties par le grevé, confèrent à ses acquéreurs et à ses créanciers plus de droits qu'il n'en a lui-même. Il en résulte donc toujours que le seul défaut de transcription fait cesser, à l'égard des dispositions à titre gratuit qui sont l'objet des art. 1069 et 1070, les règles consignées dans les art. 2125 et 2182, savoir, que *ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions*, et que *le vendeur ne transmet que les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue.*

Mais, dès-lors, quelle raison aurait pu porter les auteurs du Code civil à ne pas attribuer au défaut de transcription d'une donation entre-vifs pure et simple, sur les aliénations et les hypothèques consenties par le donateur, le même effet qu'au défaut de transcription d'une donation entre-vifs, grevée de substitution, sur les aliénations et les hypothèques consenties par le grevé? On n'en aperçoit, et il est impossible d'en indiquer aucune. Le système de M. Toullier ne tend donc à rien moins qu'à introduire dans le Code civil une contradiction choquante entre l'art. 941 et 1070.

Mais ce n'est pas tout. M. Toullier suppose que l'art. 1070 ne porte que sur les aliénations et les hypothèques consenties par le grevé sans que la donation ait été préalablement transcrite; il est pourtant bien sensible que cet article porte également sur les aliénations et les hypothèques consenties par le donateur lui-même, avant que cette formalité ait été remplie; car, par cela seul qu'il ne distingue point, par rapport aux biens donnés entre-vifs à charge de restitution, entre le défaut de transcription du vivant du donateur, et le défaut de transcription après sa mort, il attribue nécessairement, dans l'intérêt des créanciers et des tiers-acquéreurs, le même effet à l'un qu'à l'autre; et par conséquent il veut que le défaut de transcription mette à couvert de toute éviction, de la part du donataire grevé de substitution et des susbtitués, le tiers à qui le donateur lui-même a hypothéqué ou vendu les biens dont il s'était précédemment exproprié, comme il veut que le même défaut mette à couvert de toute éviction, de la part des substitués, les tiers à qui le grevé a hypothéqué ou vendu, après la mort du donateur, les biens dont il n'avait qu'une propriété résoluble. Il renverse donc de fond en comble le système de M. Toullier.

Aussi ce système, déjà condamné, avant son apparition, par les *considérant* de l'arrêt de la cour de cassation, du 13 décembre 1810, l'a-t-il encore été depuis, et de la manière la plus positive, non-seulement par les *considérant*, mais encore par les dispositifs de deux autres arrêts de la même cour.

Voici l'espèce du premier :

Le 6 avril 1809, contrat de mariage entre Feidolin Zimmermann et Catherine Hueber.

Joseph Hueber, usufruitier des biens d'Anne Deiss, sa femme, prédécédée, intervient au contrat, et fait donation entre-vifs, à la future épouse, de tous les biens qu'il possède en ce moment, et de ceux qu'il pourra laisser à sa mort.

Le 22 septembre 1810, il vend aux héritiers de sa femme les biens compris dans la donation, qui n'est transcrite que le 7 novembre suivant.

Il meurt le 10 janvier 1811; et aussitôt Catherine Hueber, assistée de son mari, forme contre les héritiers d'Anne Deiss une demande en revendication des biens qui leur ont été donnés par leur contrat de mariage.

Ceux-ci représentent l'acte de naissance de Catherine Hueber, lequel constate qu'elle est enfant adultérin de Joseph Hueber, et soutiennent, en conséquence, que la donation dont elle se prévaut, est frappée de nullité par les art. 762 et 908 du Code civil.

Catherine Hueber convient du vice de sa naissance; mais elle prétend que les héritiers légitimes du donateur auraient seuls qualité pour le lui opposer (1).

Le 13 novembre 1811, jugement qui déclare la donation nulle, d'après l'incapacité de Catherine Hueber de recevoir de son père adultérin autre chose que des alimens.

Catherine Hueber appelle de ce jugement à la cour de Colmar, et l'attaque comme violant les dispositions du Code civil concernant la reconnaissance des enfans naturels.

D'un autre côté, les héritiers Deiss, sans insister sur le moyen qui les a fait triompher en première instance, se fondent plus particulièrement sur la circonstance que la donation du 6 avril 1809 n'était pas encore transcrite lors de la vente que leur a faite Joseph Hueber; et ils invoquent les art. 939 et 941.

Catherine Hueber leur oppose la doctrine de M. Toullier, et reproduit tous les argumens qu'il emploie pour la justifier.

---

(1) Une fin de non-recevoir analogue à celle-ci a été rejetée par un arrêt de la cour de cassation, du 15 novembre 1825, rapporté par M. Sirey, tome 27, page 11.

BIU Cujas

Par arrêt du 4 août 1812, la cour d'appel de Colmar réforme le jugement du tribunal de première instance, ordonne que la donation du 6 avril 1809 sera exécutée, et rejette la demande des héritiers Deiss,

« Attendu que, par le contrat de mariage des appelans, du 6 avril 1809, feu Joseph Hueber a, par la donation et institution contractuelle y insérée, assuré à ladite femme la propriété de tous les biens qu'il possédait et qu'il posséderait à son décès ;

» Attendu qu'après le décès du donateur, alors âgé de 79 ans, décès qui date du 7 janvier 1811, le procès actuel a commencé par la demande des appelans contre les intimés héritiers de feu Anne Deiss, vivante femme dudit Hueber, donateur, à l'effet que, sans s'arrêter aux engagemens faits par celui-ci en faveur des intimés, en ce qu'ils portent préjudice à la donation, il soit ordonné que la communauté d'entre ledit Hueber et sa femme sera partagée, dont deux tiers pour les appelans et l'autre tiers pour les intimés, à qui ces derniers opposèrent la nullité de la donation, fondée sur l'art. 908 du Code civil, et prétendirent que la femme de l'appelant était un enfant illégitime de feu Hueber, et même adultérin, puisqu'il était né du vivant de la femme; et les premiers juges fondèrent leur principal motif sur cette assertion ;

» Attendu qu'en cause d'appel, les intimés ont abandonné ce système, et avec raison, étant convenus que, n'étant pas les héritiers de Hueber, ils n'avaient pas qualité à opposer ce défaut de naissance qui ne devait pas les intéresser; ainsi, il n'y a plus à s'occuper de cet objet;

» Mais les intimés prétendent que la donation n'ayant été transcrite que le 7 novembre 1810, elle n'avait pu nuire aux engagemens pris par le donateur, dans l'intervalle des deux époques de la donation à la transcription ; que, d'ailleurs, feu Hueber n'avait pu comprendre dans la donation les biens de sa femme;

» Attendu que l'acte le plus important et le plus saint est sans contredit le contrat de mariage; que la donation renfermée dans le contrat de mariage des appelans, et sans laquelle le mariage eût pu n'avoir pas lieu, est irrévocable; que l'art. 938 dispose que la donation dûment acceptée est parfaite par le seul consentement; que la propriété des objets donnés est transférée au donataire sans autre tradition;

» Attendu qu'à la vérité, l'art. 939 exige la transcription des donations de biens susceptibles d'hypothèques, et que, par l'art. 941, on permet à toute personne ayant intérêt, d'opposer le défaut de transcription; mais il résulte de ces deux articles combinés, que le législateur n'a eu en vue, par le dernier de ces articles, que les créanciers, puisque l'art. 939 ne prescrit la transcription que sous le rapport des biens donnés qui seront susceptibles d'hypothèques ; les intimés qui ne se trouvent pas dans l'hypothèse, ne peuvent donc point se prévaloir de la prétendue tardiveté de la transcription de la donation dont il s'agit, d'autant que cette transcription a eu lieu encore du vivant de Hueber;

» Attendu d'ailleurs que les pratiques mises en œuvre par les intimés pour abuser de la crédulité de Joseph Hueber, vieillard simple, sont évidentes, et dont le but a été, d'une part, d'établir l'incapacité de la femme appelante de recevoir la donation, en l'inculpant témérairement d'être un enfant adultérine du donateur; subsidiairement, à la frustrer des fruits de la donation, par les engagemens qu'ils ont extorqués du donateur.... ».

Mais les héritiers Deiss se pourvoient en cassation; et par arrêt contradictoire du 10 avril 1815, au rapport de M. Chabot, sur les conclusions de M. l'avocat-général Lecontour, et après en avoir délibéré dans la chambre du conseil,

« Vu les art. 938, 939 et 941 du Code civil ;

» Attendu 1° en ce qui concerne les actes consentis par Joseph Hueber au profit des demandeurs,

» Que les défendeurs n'ont articulé contre ces actes, soit en première instance, soit en cause d'appel, aucun fait de dol, d'erreur ou de violence, et n'ont, à cet égard, formé aucune demande et pris aucune conclusion; que l'arrêt dénoncé parle vaguement de pratiques mises en œuvre par les demandeurs, pour abuser de la crédulité de Joseph Hueber ; mais qu'il n'articule et ne précise aucune de ces pratiques; qu'il ne dit pas comment, par quels moyens et par quels faits les demandeurs auraient extorqué les engagemens de Joseph Hueber; qu'il ne constate pas qu'ils eussent connaissance de la donation au profit des défendeurs, lorsque la vente du 22 septembre 1810 leur a été consentie ; et qu'enfin il n'a pas formellement annulé, pour cause de dol, d'erreur ou de violence, les actes dont il s'agit;

» 2°. En ce qui concerne la donation consentie aux défendeurs par Joseph Hueber,

» Qu'il résulte de la combinaison des art. 938, 939 et 941 du Code civil, que, *du donateur au donataire*, la donation dûment acceptée est parfaite par le consentement des parties, et qu'elle transfère immédiatement la propriété au donataire; *mais qu'à l'égard des tiers qui peuvent avoir intérêt à contester la donation*, elle n'est parfaite et translative de propriété que lorsqu'elle a été transcrite au bureau des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés; et qu'en effet, s'il eût été dans l'intention du législateur de disposer généralement par l'art. 938, qu'à l'égard des tiers ayant intérêt,

BIU Cujas

comme envers le donateur et le donataire, la donation dûment acceptée serait parfaite et translative de propriété par le seul consentement des parties, *sans qu'il soit besoin de transcription*, il eût été contradictoire d'ajouter, dans l'art. 941, que le défaut de transcription de la donation pourrait être opposé par toutes personnes ayant intérêt;

» Que c'est dans la section particulière sous la rubrique *de la forme des donations entre-vifs*, que la transcription de la donation a été prescrite à l'égard de toutes personnes ayant intérêt; qu'elle est donc, à leur égard, une formalité obligée de la donation, et qu'elle est une formalité essentielle, puisque son défaut peut être opposé, et qu'évidemment il ne peut l'être que pour empêcher les effets de la donation;

» Que vainement on suppose, pour restreindre la disposition de l'art. 941, que la transcription n'a été prescrite que sous le rapport des hypothèques, et que son défaut ne peut être opposé que par les créanciers du donateur, mais non par les tiers-acquéreurs des biens déjà compris dans la donation;

» Que, d'une part, l'art. 941 accorde à toutes personnes ayant intérêt, le droit d'opposer le défaut de la transcription, et que les tiers-acquéreurs ont certainement intérêt à contester une donation qui a été tenue secrète, et dans laquelle avaient été compris, à leur insu, des biens qui leur ont été ensuite vendus par le donateur;

» Que, d'autre part, l'art. 941, après avoir accordé à toutes personnes ayant intérêt, le droit d'opposer le défaut de la transcription, n'en excepte que les personnes qui sont chargées de faire la transcription, ou leurs ayant-cause et le donateur; d'où il suit qu'il a voulu accorder à toutes les autres personnes ayant intérêt, *et non comprises dans l'exception*, le droit d'opposer le défaut de la transcription;

» Que, d'autre part encore, si le législateur avait entendu n'accorder, par l'art. 941, qu'aux seuls créanciers du donateur, et sous le rapport seulement des hypothèques, le droit d'opposer le défaut de la transcription, il eût été absolument inutile qu'il insérât dans le même article une disposition particulière pour ordonner, *par exception*, que ce droit d'opposer le défaut de la transcription n'appartiendrait ni à ceux qui étaient chargés de la faire, ni à leurs ayant-cause, ou au donateur;

» Qu'ainsi, d'après les termes de l'art 941, il est évident que la transcription a été prescrite par le Code civil, de même que l'insinuation l'avait été par les lois anciennes, pour assurer la publicité de la donation, non seulement à l'égard des créanciers, mais encore à l'égard de toutes les personnes qui peuvent avoir intérêt à la connaître, pour que personne ne soit exposé à traiter avec le donateur dans l'ignorance de sa fortune réelle, pour que personne ne coure le risque d'acquérir d'un propriétaire apparent, des biens que ce propriétaire avait précédemment donnés par des actes secrets et inconnus;

» Qu'elle est, comme l'était autrefois l'insinuation, une formalité particulière aux donations entre-vifs, qui est également indépendante de la législation sur les hypothèques, et qui, en conséquence, n'a pu être abrogée par l'introduction du nouveau système hypothécaire;

» Qu'enfin, il eût fallu, pour anéantir les dispositions précises des art. 939 et 941, une dérogation écrite et formelle; qu'elle ne se trouve dans aucun des articles du Code, et qu'il ne pourrait être permis aux tribunaux de la suppléer par de simples inductions, lors même que ces inductions, purement arbitraires, ne seraient pas fondées sur la fausse supposition que les formalités particulières aux donations entre-vifs doivent être confondues avec les formalités relatives, soit aux aliénations, soit à titre onéreux, soit aux hypothèques;

» De tout quoi il résulte définitivement que l'arrêt dénoncé a fait, dans l'espèce, une fausse application de l'art. 938 du Code civil, et formellement violé les dispositions des art. 939 et 941, en décidant que les demandeurs ne pouvaient opposer le défaut de transcription de la donation consentie aux défendeurs;

» La cour casse et annule l'arrêt de la cour de Colmar du 4 août 1812..... (1) ».

Le second arrêt a été rendu dans l'espèce suivante.

En 1813, le sieur Lignières fait donation entre-vifs à son fils d'un domaine connu sous le nom de *Saint-Estève*.

Cette donation n'est pas transcrite.

Le 20 juin 1820, le donataire vend le domaine de Saint-Estève au sieur Daude, sous la garantie de son père, qui intervient à cet effet dans l'acte.

Le sieur Daude fait transcrire son contrat d'acquisition; et quinze jours s'écoulent sans qu'il survienne aucune inscription du chef du vendeur, ni de son auteur.

Le 14 août suivant, le sieur Rouet obtient un jugement qui prononce à son profit des condamnations contre le sieur Lignières père, et il prend en conséquence une inscription sur le domaine de Saint-Estève.

---

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 17, page 84; Journal des audiences de la cour de cassation, année 1815, page 258; jurisprudence de la cour de cassation, tome 15, page 161.

BIU Cujas

Peu de temps après, se fondant sur le défaut de transcription de la donation de 1813, et concluant de là qu'elle est, à son égard, censée n'avoir jamais existé, il actionne hypothécairement le sieur Daude, détenteur de ce domaine, et il en poursuit l'expropriation forcée.

Le sieur Daude, regardant ces poursuites comme la conséquence inévitable de l'art. 1041 du Code civil, et n'ayant rien à y opposer, laisse procéder à l'adjudication définitive, sans mettre en cause, ni le sieur Lignières fils, ni le sieur Lignières père; mais il se pourvoit contre eux en dommages-intérêts pour l'inexécution de la vente consentie par l'un et cautionnée par l'autre.

Ils répondent, en invoquant l'art. 1640 du Code civil, que, si les poursuites du sieur Rouet leur avaient été dénoncées à temps, ils les auraient arrêtées, et auraient, par-là, prévenu l'expropriation forcée, en établissant que le domaine de Saint-Estève était, entre les mains du sieur Daude, à l'abri de toute éviction: 1° parcequ'aux termes de l'art. 938, la donation de 1813 avait, par elle-même, transféré au donataire la propriété du donateur; 2° parceque le titre hypothécaire du sieur Rouet était postérieur a la donation; 3° parceque le défaut de transcription de la donation était, au besoin, couvert par la transcription de l'acte de vente du 20 juin 1810; qu'ainsi, c'est par sa faute que le sieur Daude a été évincé, et que, dès-lors, ils ne peuvent pas être responsables de l'éviction qu'il a soufferte.

Le 19 juillet 1824, jugement du tribunal civil de Narbonne, qui, sans avoir égard à ces moyens de défense, condamne les sieurs Lignières père et fils aux dommages-intérêts du sieur Daude.

Appel de la part des sieurs Lignières père et fils à la cour royale de Montpellier.

Le 18 juillet 1826, arrêt qui confirme ce jugement,

« Attendu que le sieur Rouet, créancier de Lignières père, avait fait inscrire l'hypothèque résultant pour lui du jugement dont il était porteur; que cette hypothèque, générale de sa nature, frappait notamment sur les biens de Lignières père;

» Qu'aux termes de l'art. 941 du Code civil, Rouet, comme tiers, pouvait exciper du défaut de transcription de la donation, et la faire, par rapport à lui, considérer comme non-avenue; d'où il suit que, par rapport à lui, les biens donnés étaient réputés n'avoir pas cessé d'appartenir à Lignières père;

» Attendu que la transcription de la vente consentie par Lignières fils, à Gérauld Daude, ne pouvait tenir lieu de la transcription de la donation même, parceque la transcription d'une donation n'est pas, comme la transcription d'une vente, une simple formalité hypothécaire, mais bien une condition essentielle qui seule donne effet à la donation vis-à-vis des tiers;

» Attendu, d'ailleurs, que Lignières père et fils, n'ayant pu ignorer les poursuites de Rouet contre Gérauld Daude, auraient à s'imputer de ne les avoir pas arrêtées, s'ils eussent cru en avoir les moyens ».

Les sieurs Lignières père et fils se pourvoient en cassation, et font, en ces termes, valoir deux moyens:

« 1°. Violation de l'art. 1583 du Code civil. S'il était vrai que la donation faite par Lignières père à Lignières fils, ne dût pas être considérée comme translative de propriété, à l'égard des tiers, à cause du défaut de transcription, du moins doit-il être vrai aussi que le concours du père à la vente de l'objet donné, consentie par le fils, imprima à cette vente un caractère translatif de propriété en faveur de l'acquéreur: on pouvait donc, dans l'espèce, se dispenser d'examiner le mérite de la donation, parceque, même en la supposant sans aucun effet, en admettant que l'objet donné eût continué à résider sur la tête du donateur, Daude n'en serait pas moins devenu acquéreur de cet objet.

» Vainement dirait-on, d'ailleurs, que la vente ne fut pas consentie par Lignières père, mais bien par Lignières fils. Lignières père garantit, en effet, l'exécution de la vente, et cette garantie dut produire tout l'effet qu'aurait produit une déclaration même de vente; car la vente est parfaite par le seul consentement des parties (Code civil, art. 1583); et celui qui garantit l'exécution d'une vente, consent, par cela même, à se dépouiller de tous ses droits sur l'objet vendu.

» Or, si la vente consentie à Daude transporta sur sa tête le domaine de Saint-Estève, qui en formait l'objet, les créanciers de Lignières père, qui n'avaient pas déjà d'hypothèque sur ce domaine, ne purent en acquérir par la suite; donc, etc.

» 2° Fausse application de l'art. 941 et violation de l'art. 2183 du Code civil.

» Les demandeurs ne méconnaissent pas la règle que la donation non transcrite ne peut pas être opposée aux tiers: mais ils soutiennent que cette règle n'est applicable qu'au cas où les biens donnés continuent à résider sur la tête du donataire; que, s'ils passent sur la tête d'un tiers-acquéreur de bonne foi, ce tiers-acquéreur devient propriétaire incommutable de l'objet donné, par le seul effet de la vente, sauf toutefois l'exercice d'hypothèques *déjà existantes* au profit des créanciers, soit du donateur, soit du donataire; enfin que l'acquéreur de-

BIU Cujas

venant propriétaire, peut purger et se mettre ainsi à l'abri de toute action hypothécaire; que, dès-lors, dans l'espèce, Daude ayant purgé sans qu'il eût été pris aucune inscription sur les biens acquis, il ne pouvait plus être inquiété, ni par les créanciers de Lignières père, ni par les créanciers de Lignières fils.

» Au surplus, en admettant que le défaut de transcription de la donation pût être opposé au tiers-acquéreur, même par des créanciers postérieurs à la donation, il ne devait pas en être ainsi dans l'espèce, parceque Daude avait fait transcrire un contrat d'acquisition avant même que Rouet, créancier, qui avait exercé l'action hypothécaire, eût acquis hypothèque sur les biens de Lignières père. Cette transcription de la vente dut au moins suppléer au défaut de transcription de la donation, puisqu'ainsi que l'aurait fait la transcription de la donation, elle avertit les *tiers* que Lignières père avait cessé d'être propriétaire ».

Mais par arrêt du 21 février 1828, au rapport de M. de Mousnier-Buisson, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu (sur le premier moyen) que la question de savoir si Joseph Lignières père était co-vendeur du domaine de Saint-Estève, par lui donné à Jean Lignières, son fils, dès l'année 1813, n'a pas été nettement proposée ni devant la cour d'appel de Montpellier, ni devant le tribunal de Carcassonne, saisi de la cause en première instance; que cette question, qui aurait été préjudicielle, ne peut être soulevée devant la cour, ni être proposée, par conséquent, comme moyen de cassation; que, pour la résoudre, il faudrait entrer dans l'interprétation d'un acte, ce qui est hors des attributions de la cour; que d'ailleurs il résulte de l'arrêt attaqué que la validité du délaissement consenti par Gérauld Daude, a été motivée sur défaut de transcription de la donation de 1813, faite par le père à son fils; ce qui suppose que ladite cour de Montpellier n'a vu et reconnu dans la personne de Joseph Lignières père que la qualité de donateur, et exclusivement dans celle de Jean Lignières fils, celle de vendeur par contrat du 20 juin 1820, par suite de la donation à lui faite en 1813 du même domaine, qui ferait l'objet de la vente: d'où il résulterait une interprétation irrégulière, mais suffisante, de ce même acte de vente; que la qualité de vendeur ou de co-vendeur étant ainsi écartée de la personne de Joseph Lignières père, l'art. 1583 du Code civil n'était pas applicable; et la cour d'appel de Montpellier ne l'a ni violé ni pu violer;

» Attendu (sur le second moyen) qu'aux termes de l'art. 941 du Code civil, la donation faite par Joseph Lignières à son fils, ne pouvait nuire aux tiers intéressés, ni leur être opposée utilement, tant qu'elle n'avait pas été transcrite; qu'à leur égard et jusqu'à la transcription, le donateur restait propriétaire de la chose donnée, et que cette même chose pouvait être valablement affectée aux créances et autres reprises qu'ils avaient contre ce donateur; que cette formalité qui seule imprime à la donation le caractère d'aliénation, à l'égard des tiers, ne peut être ni remplacée ni suppléée par aucun équivalent; que c'est l'acte même de donation qui doit fournir la preuve qu'elle a été remplie; que c'est à cet acte qu'elle doit s'attacher, en s'identifiant en quelque sorte à lui; qu'ainsi, il est indifférent de s'enquérir et même de savoir que cette donation non transcrite était mentionnée dans un contrat transcrit, contenant vente de l'objet donné, comme dans l'espèce, la vente ayant été faite par le donataire;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi....(1) ».

III. Lorsqu'un immeuble a été successivement donné entre-vifs à deux personnes différentes, le second donataire qui a fait transcrire son titre, peut-il opposer au premier le défaut de transcription du sien, et doit-il, en conséquence, lui être préféré, comme il le serait incontestablement, s'il était acquéreur à titre onéreux?

L'affirmative semblerait être la conséquence du principe établi au n° précédent, que les art. 939 et 941 du Code civil ne font qu'appliquer et restreindre aux donations entre-vifs, la disposition de l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an 7, qui voulait qu'aucun acte d'aliénation ne pût, à défaut de transcription, être opposé aux tiers; car on ne peut douter que, par cette disposition, la loi du 11 brumaire an 7 n'entendit préférer un second donataire dont le titre serait transcrit, à un premier donataire qui n'aurait pas fait revêtir le sien de la formalité de la transcription; et telle a été évidemment la pensée de la cour d'appel de Limoges, lorsque, par son arrêt (déjà cité au n° 1) du 10 janvier 1810, elle a dit « qu'aucun terme fatal n'étant prescrit par le Code civil pour la transcription, il suffisait, dans l'intérêt du donataire, qu'il ne se présentât aucun DONATAIRE ou acquéreur postérieur ayant un contrat transcrit antérieurement, pour que l'acte de donation du 19 nivôse an 10 ne pût être critiqué à défaut d'une transcription plus rapprochée ».

Mais peut-on croire que le Code civil ait voulu, en cette matière, traiter aussi favorablement un second donataire, qu'un acquéreur à titre onéreux, et que, par ces termes de l'art. 941, *toutes personnes ayant intérêt*, il ait entendu les personnes

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 28, page 139.

BIU Cujas

dont l'intérêt est de ne pas manquer à gagner, *quæ certant de lucro captando*, ni plus ni moins que les personnes dont l'intérêt est de ne pas perdre, *quæ certant de damno vitando*?

Je sais bien qu'en général on ne peut pas distinguer quand la loi ne distingue pas; mais je sais aussi que, pour bien connaître l'esprit d'une loi, sur une matière quelconque, il faut, au lieu de s'arrêter isolément à telle ou telle de ses dispositions qui la concernent, les rassembler toutes et les comparer entre elles: *Incivile est* (dit la loi 24, D. *de legibus*), *nisi totâ lege perspectâ, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere.* Or, ce n'est pas seulement dans l'art. 941 que le Code civil s'occupe des personnes qui, à raison de l'intérêt qu'elles y ont, peuvent opposer à un donataire le défaut de transcription de son titre; il s'en occupe encore dans les art. 1070 et 1072; et là, décomposant l'expression générale, *toutes personnes ayant intérêt*, il déclare bien y comprendre *les créanciers et les tiers-acquéreurs*; mais en même temps il en exclut formellement les DONATAIRES, les légataires, et même les héritiers légitimes de celui qui a fait la disposition ».

Il est vrai que ces deux articles n'ont pour objet, quant aux donations entre-vifs, que le défaut de transcription de celles qui sont grevées de substitution, dans les cas permis par les art. 1048 et 1049; mais qu'importe? Ils n'en sont pas moins applicables, comme je crois l'avoir démontré dans les conclusions du 13 décembre 1810, rappelées ci-dessus, n° 1, au défaut de transcription des donations pures et simples.

Aussi M. Jaubert, dans son rapport au tribunat sur le titre *des donations et testamens*, n'a-t-il pas hésité à dire qu'à la vérité l'art. 941 appelle à exciper du défaut de transcription les tiers-acquéreurs et les créanciers du donateur, mais qu'il n'y admet pas *les donataires postérieurs.*

Aussi est-il dit dans l'arrêt de la cour de cassation, du 13 décembre 1810, qu'en rapprochant toutes les dispositions du Code sur la transcription, et en les combinant avec celles des art. 1069, 1070 et 1072, on sera forcé de reconnaître que l'insinuation n'est remplacée par la transcription que dans l'intérêt des créanciers et des tiers-acquéreurs des donateurs.

IV. Celui à qui un testateur a légué un immeuble qu'il avait précédemment donné entre-vifs, peut-il opposer le défaut de transcription au donataire?

La négative est évidente d'après ce qui est dit au n° précédent; elle en résulte même *à fortiori*; car il serait absurde qu'un légataire eût plus de droits qu'un second donataire entre vifs.

Cependant on a vu un tribunal de première instance juger le contraire en faveur des sieurs Saraude, à qui le sieur Abot avait légué par son testament la terre de Cerney, qu'il avait précédemment donnée entre-vifs à la demoiselle Havard. Mais sur l'appel de ce jugement à la cour de Caen, il y est intervenu, le 27 janvier 1813, un arrêt ainsi conçu:

« Considérant qu'il existe une différence essentielle entre la formalité de l'insinuation voulue par l'ordonnanee de 1731, et celle de la transcription exigée par l'art. 939 du Code civil; que, dès-là, les principes et les effets de la première ne peuvent être appliqués à la seconde, et qu'en interprétant les dispositions du Code par celles de l'ordonnance, le premier juge a commis une erreur évidente;

» Considérant que la transcription n'est point une formalité substantielle de la donation qui est parfaite par le consentement des parties;

» Considérant que, si le donateur ne peut opposer au donataire le défaut de transcription, ceux qui n'ont d'autres droits que les siens, *et qui sont responsables de ses faits*, ne le peuvent pas d'avantage; qu'ainsi, les héritiers et légataires qui représentent le défunt, qui ne sont avec lui qu'une seule et même personne, sont sans qualité pour se prévaloir du défaut de transcription.

» Considérant, dans le fait, que le 23 août 1810, Pierre-Gilles Abot a fait donation à Louise-Marguerite Havard, femme Chevalier, de la terre de Cerney; que, depuis, il a légué cette même terre aux frères Saraude-la-Charpenterie; et qu'ainsi, à raison de ce legs, les sieurs la Charpenterie sont les représentans du défunt, et ne peuvent exercer que le droit qu'il pourrait exercer lui-même;

» Considérant que les héritiers et légataires voudraient en vain se prévaloir des termes de l'art. 941 du Code civil; qu'il est évident que cet article n'est applicable qu'aux tiers qui ne sont point responsables des faits du défunt, et que ces mots *toutes personnes ayant intérêt*, ne peuvent s'entendre que de tout individu créancier ou acquéreur à titre onéreux des biens précédemment donnés, et qui aurait contracté de bonne foi dans l'ignorance de la donation;

» Considérant que cette interprétation de l'art. 941 résulte évidemment de discussions au conseil-d'état sur l'art. 939, et de l'esprit du législateur qui, en empruntant à la loi du 11 brumaire cette formalité de rigueur, n'en a changé ni la nature ni les effets. Or, sous l'empire de cette loi, la transcription ne fut requise que dans l'intérêt des créanciers et des tiers-acquéreurs, et c'est faute d'avoir saisi cette analogie entre la loi de brumaire et le Code qui eût indiqué le véritable esprit des art. 939 et 941, que le premier juge est tombé dans une interprétation erronée des mêmes articles;

BIU Cujas

» Par ces motifs, la cour, vidant le délibéré, infirme le jugement dont est appel; ordonne que la donation sortira son plein et entier effet, au préjudice du legs.... (1) ».

V. De ce que l'art. 941 du Code civil excepte du nombre des personnes ayant intérêt, qui peuvent opposer le défaut de transcription d'une donation entre-vifs, *celles qui sont chargées de la faire transcrire* OU LEURS AYANT-CAUSE, et les donateurs, s'ensuit-il que, si, sans avoir fait transcrire la donation qu'il a faite à sa femme par contrat de mariage, un mari vend l'immeuble qui en a été l'objet, l'acquéreur ne peut pas opposer le défaut de transcription à la donataire qui revendique sur lui ce bien ?

L'affirmative ne peut être susceptible d'aucun doute, dans la supposition que l'acquéreur soit, dans le sens de l'art. 941, *l'ayant-cause* du mari considéré comme *chargé*, par l'art. 940, de *faire faire la transcription*, en même temps qu'il l'est du mari considéré comme donateur; et c'est effectivement dans cette supposition que l'a jugé ainsi, par les raisons qu'il a parfaitement expliquées, un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce :

Le 9 octobre 1812, contrat de mariage par lequel le sieur Conrard-Mahé fait à sa future épouse donation entre-vifs et irrévocable, de la propriété de deux métairies.

Cet acte n'est transcrit, après la célébration du mariage, ni à la diligence du sieur Conrard-Mahé, ni à celle de son épouse.

Le 20 mai 1818, acte sous seing-privé, enregistré et transcrit peu de temps après, par lequel le sieur Conrard-Mahé vend aux sieur et dame d'Amour l'usufruit des deux métairies dont il a précédemment donné la nue-propriété à sa femme.

Le 4 juin suivant, nouvel acte sous seing-privé, par lequel le sieur Conrard-Mahé s'oblige de transporter aux sieur et dame d'Amour la nue-propriété de ces mêmes métairies, et d'en passer contrat devant notaire, au prix de 11,600 francs, et sous peine de 6,000 francs de dommages-intérêts.

Le 16 du même mois, les sieur et dame d'Amour font transcrire cet acte au bureau des hypothèques.

Le 4 juillet de la même année, acte notarié par lequel le sieur Conrard-Mahé et son épouse, autorisée de lui, vendent au sieur Cantereau la nue-propriété des deux métairies, moyennant la somme de 20,000 francs, qu'ils reconnaissent avoir reçue.

Quelque temps après, le sieur Conrard-Mahé forme, contre les sieur et dame d'Amour, une demande en nullité des deux actes des 20 mai et 4 juin 1818.

Le sieur Cantereau intervient; et adhérant à cette demande, il conclud à ce que la vente faite à son profit par l'acte notarié du 4 juillet suivant, soit seule exécutée, attendu qu'elle est la seule consentie par la dame Conrard-Mahé, devenue propriétaire exclusive des deux métairies par l'effet du contrat de mariage de 1812.

Le 24 août 1819, jugement qui, entre autres dispositions, rejette la demande en nullité de la vente faite aux sieur et dame d'Amour, le 20 mai 1818, de l'usufruit des deux métairies, mais annule celle qui leur a été faite le 4 juin suivant, de la nue-propriété de ces immeubles, et en conséquence maintient le sieur Cantereau dans cette nue-propriété, attendu, d'une part, qu'elle lui a été valablement vendue par la dame Conrard-Mahé, et que, de l'autre, les sieur et dame d'Amour, n'étant que les ayant-cause du sieur Conrard-Mahé, ne peuvent pas, plus que celui-ci, d'après l'art. 941 du Code civil, se prévaloir contre le donataire, ni par conséquent contre le sieur Cantereau, acquéreur de ses droits, du défaut de transcription de la donation.

Les sieur et dame d'Amour appellent de ce jugement à la cour royale de Poitiers, et soutiennent que, s'ils sont ayant-cause du sieur Conrard-Mahé, considéré comme donateur, ils ne le sont pas du sieur Conrard-Mahé, considéré comme mari de la donataire, et chargé, en cette qualité, de faire transcrire la donation; qu'ainsi, le défaut de transcription ne peut pas leur être opposé par le donataire, ni par conséquent par le sieur Cantereau.

Le 20 mars 1821, arrêt qui confirme le jugement, *attendu qu'aux termes de l'art. 941 du Code civil, le défaut de transcription des donations ne peut être opposé par ceux qui sont chargés de la faire faire, ni par leur ayant-cause; et que les sieur et dame d'Amour sont ayant-cause de Conrard-Mahé qui était chargé de faire transcrire la donation par lui faite à son épouse en son contrat de mariage.*

Les sieur et dame d'Amour se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'attaquent comme violant l'art. 941 du Code civil.

L'affaire portée à la section civile, d'après un arrêt d'admission de la section des requêtes, M. Gandon, rapporteur, expose ainsi le moyen de cassation sur lequel il s'agit de statuer :

« Le sieur d'Amour, demandeur en cassation, ne nie pas que l'ayant-cause de celui qui est chargé de faire transcrire, aux termes de l'art. 940 du Code

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 13, partie 2, page 102.

BIU Cujas

civil, ne soit exclu par l'art. 941, de la faculté d'opposer au donataire le défaut de transcription.

» Mais, selon lui, il faut distinguer deux personnes dans le sieur Conrard-Mahé, savoir, le mari qui était obligé de faire transcrire, et le donateur qui n'était pas tenu de cette obligation. Il convient que le mari et ses ayant-cause sont privés, par l'art. 941, du droit de se prévaloir du défaut de transcription; mais, s'il en est de même, suivant la disposition finale de cet article, du donateur personnellement, il en est autrement de ses ayant-cause; c'est même pour eux qu'a été introduite, contre l'effet de la donation, l'exception résultant du défaut de transcription.

» Cela posé, le sieur d'Amour maintient qu'il n'est ayant-cause que du sieur Conrard-Mahé, donateur, et nullement du sieur Conrard-Mahé, mari; d'où il conclud qu'il est fondé à opposer le défaut de transcription.

» Vous voyez à quoi se réduit le moyen: la réponse n'est pas plus longue; la voici:

» Les qualités d'un même individu, qui étaient réunies en sa personne, quand il a contracté, influent sur sa capacité et sur ses droits, ainsi que sur les exceptions que la loi attache au traité qu'il a consenti. Le sieur Conrard-Mahé était sans doute donateur; mais il était, à un autre titre, comme mari, chargé de faire opérer la transcription. Le sieur d'Amour, qui a acquis de lui, est son ayant-cause à deux titres: le sieur Conrard n'a pu vendre les immeubles par lui donnés, sans que son acquéreur fût exclu du droit d'opposer le défaut de transcription, comme il en était exclu lui-même.

» Le demandeur fait valoir l'intérêt de la société, qui ne permet pas que les tiers soient exposés à être trompés par le défaut de transcription. Mais ne faudrait-il pas rayer du Code l'art. 941, si l'acheteur des choses données pouvait diviser les qualités, soit du mari, soit du tuteur, donateur, et dire qu'il n'a acheté et n'est ayant-cause que du donateur, et nullement du mari ou du tuteur: qu'ainsi, il est en droit d'opposer le défaut de transcription »?

Par arrêt du 4 juin 1823, conforme aux conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Attendu que, d'après l'art. 941 du Code civil, le défaut de transcription d'une donation ne peut pas être opposé par les ayant-cause de celui qui était chargé, par l'art. 940, de la faire opérer; que Conrard-Mahé était chargé, par ledit art. 940, de faire transcrire la donation par lui faite à son épouse, et que les d'Amour sont les ayant-cause dudit Conrard-Mahé, avec lequel ils ont traité des métairies par lui données; de tout quoi il résulte que l'arrêt dénoncé..... a fait une juste application des art. 940 et 941 du Code civil;

» La cour rejette le pourvoi... ».

On voit que, dans cette espèce, il était convenu par les deux parties que, dans l'art. 941 du Code civil, le mot *ayant-cause* désigne non-seulement les successeurs à titre universel, mais encore les successeurs à titre particulier des personnes chargées de faire transcrire la donation; qu'ainsi, la cour de cassation a bien tenu pour constant que tel est, dans cet article, l'acception du mot *ayant-cause*, mais qu'elle ne l'a point jugé, parceque cela n'était pas mis en question.

Que serait-il donc arrivé, si les parties n'avaient pas été d'accord sur ce point?

M. Dalloz, en rapportant l'arrêt dont il s'agit, dans le *Journal des audiences de la cour de cassation*, année 1823, page 297, prétend que, dans cette hypothèse, il n'aurait pas été aussi facile de rejeter le recours en cassation des sieur et dame d'Amour, et que le sens attribué par la cour suprême dans l'art. 941 du Code civil, au mot *ayant-cause*, n'aurait pas été *à l'abri de toute controverse*.

Quel est donc le motif qui le porte à tenir un pareil langage? C'est que le mot *ayant-cause* doit naturellement avoir, dans l'art. 941, le même sens que dans l'art. 1322, aux termes duquel *l'acte sous seing-privé reconnu par celui auquel on l'oppose, ou legalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et* ayant-cause, *la même foi que l'acte authentique*; et que, dans celui-ci, le mot *ayant-cause* ne peut, d'après les deux dissertations de M. le professeur Ducaurroy, dont j'ai parlé à l'article *Tiers*, §. 2, s'entendre que des successeurs à titre universel.

Mais quel est, dans ces dissertations, l'objet de M. Ducaurroy? C'est uniquement de réfuter l'étrange système de M. Toullier, suivant lequel, dans le concours de deux ventes faites successivement du même immeuble, et par le même propriétaire, à Pierre et à Paul, qui les prouvent respectivement, l'un, par un contrat public ou par un acte sous seing-privé dûment enregistré, l'autre, par un acte sous seing-privé non enregistré, mais portant une date antérieure, c'est à celui-ci qu'est due la préférence, parcequ'ils sont tous deux *ayant-cause* du même vendeur, et que par conséquent l'acte sous seing-privé qu'il a souscrit au profit de Paul, doit, quoique non enregistré, faire pleine foi de sa date contre Pierre.

Pour détruire ce paradoxe, M. Ducaurroy n'avait besoin que des raisons pleines de force et de logique qui forment la majeure partie de ses deux dissertations, et l'on en aurait conclu tout naturellement avec le jurisconsulte anonyme dont j'ai transcrit, à l'endroit cité, une observation décisive, que Paul ne peut pas être considéré, à l'égard de

BIU Cujas

Pierre, comme son co-ayant-cause, mais seulement comme un tiers pleinement passible de l'exception écrite dans l'art. 1328.

Pourquoi M. Ducaurroy a-t-il été plus loin? Pourquoi, en accordant à M. Toullier que Pierre et Paul devaient être considérés entre eux, et respectivement l'un à l'autre, comme les ayant-cause de leur vendeur commun, s'est-il permis d'aller jusqu'à soutenir que l'art. 1322 n'entend, par le mot *ayant-cause*, que les successeurs à titre universel, et qu'il n'y comprend ni les acheteurs, ni les échangistes, ni les autres successeurs à titre particulier? C'est qu'il n'a pas trouvé d'autre moyen de concilier l'art. 1328 avec l'art. 1322.

Mais, du reste, il ne s'est pas dissimulé que, par cette interprétation, il se mettait, sur le sens du mot *ayant-cause*, en opposition diamétrale avec la définition qu'en donnent tous les auteurs anciens et modernes, avec l'acception dans laquelle ce mot a été constamment et est encore généralement pris dans toutes les lois comme dans tous les actes; et il a expressément déclaré (tome 5 de *la Thémis*, page 17) qu'il ne prétendait *pas expliquer de la même manière et dans le même sens tous les autres articles du Code*.

Donc, de son aveu, dans tous les autres articles du Code où il n'y a pas de raison particulière qui force impérieusement de restreindre le sens du mot *ayant-cause*, aux successeurs à titre universel, ce mot doit être pris dans son acception générale et constante.

Donc il doit y être entendu comme désignant à la fois et les successeurs à titre universel, et les successeurs à titre particulier.

Donc c'est en ce double sens qu'il doit être entendu dans l'art. 941.

Donc c'eût été bien vainement que, dans l'espèce jugée par l'arrêt de la cour de cassation, du 4 juin 1823, les sieur et dame d'Amour eussent prétendu ne pas devoir être traités comme les ayant-cause du sieur Conrard Mahé.

TRANSPORT (Cession et). *Page* 450, *col.* 1, *après la ligne* 25 (1), *ajoutez :*

§. VIII. 1°. *Les art.* 150, 151 *et* 152 *du Code de commerce, relatifs aux cas de perte d'une lettre de change ou de tout autre effet négociable par voie d'endossement, sont-ils applicables au cas de perte de la grosse d'une obligation qualifiée de billet à ordre, mais passée devant notaire?*

2°. *Le cessionnaire d'une obligation passée devant notaire en forme de billet à ordre, a-t-il qualité, par cela seul qu'il prouve la sincérité du transport qui lui en a été fait, pour en réclamer le paiement dans l'ordre du prix des biens du débiteur? Peut-il être écarté par un autre créancier en concours avec lui, sous prétexte que le cédant aurait précédemment négocié la même obligation à des tiers? La preuve de la sincérité du dernier transport ne doit-elle pas faire présumer le retour de l'obligation dans les mains du cédant?*

V. l'espèce des arrêts rapportés à l'article *Payement*, §. 7, n° 1.

TRIAGE, §. I. *Page* 455, *col.* 1, *ligne* 35 (1), *après le mot* coadjuvare, *ajoutez en note :*

Voici un arrêt de la cour de cassation, du 27 janvier 1825, qui fait l'application de ce principe à une espèce d'une grande analogie avec celle dont il est ici question.

En 1792 la commune de Vassencourt fait assigner les sieurs et dame de Rennel devant le tribunal de district de Bar-le-Duc, pour se voir condamner à lui délaisser un terrain appelé *la place de Soulaine*, qu'elle prétend avoir été obligée de céder à l'un de leurs auteurs, pour s'affranchir de divers droits féodaux; et elle produit, à l'appui de sa demande, une copie collationnée en 1674 par deux notaires, d'une transaction qui y est dite avoir été passée le 14 août 1633, *devant deux majeurs*.

Le 14 décembre de la même année, jugement qui prononce conformément aux conclusions de la commune.

En exécution de ce jugement, et sans le faire signifier aux sieur et dame de Rennel, la commune se met en possession du terrain dont il s'agit, et elle en jouit paisiblement jusqu'en 1821.

Mais, le 24 décembre de cette année, la dame de Rennel appelle de ce jugement à la cour royale de Nancy.

Le 21 juillet 1823, arrêt qui réforme le jugement, attendu que la commune ne présente, à l'appui de sa réclamation, qu'une copie de l'acte de 1633, et que cette copie ne mérite aucune foi, parceque la simple collation qui en a été faite par deux notaires, sur un prétendu original exhibé par des particuliers qui l'ont retiré après la collation même, n'a pu lui imprimer le caractère d'acte authentique.

La commune se pourvoit en cassation, et soutient que cet arrêt viole les anciens principes consacrés par les art. 1317, 1319 et 1335 du Code civil.

Mais par l'arrêt cité, au rapport de M. Lasagni, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

(1) *Tome* 6, *page* 819, *col.* 2, *ligne* 53 (2e édition).

(1) *Page* 355, *col.* 2, *ligne* 15 (2e édition).

BIU Cujas

» Attendu, en droit, que, lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte, ne l'ont pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne peuvent servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit (art. 1335 du Code civil) ;

» Et attendu qu'il a été reconnu, en fait, que la copie de l'acte du 14 août 1633 avait été simplement collationnée, le 16 juin 1674, par deux notaires tout-à-fait étrangers au même acte ; qu'elle avait été collationnée sans l'autorisation du juge et hors la présence des parties ; qu'enfin, l'acte lui-même, loin d'avoir été extrait d'un dépôt public, avait été produit par des particuliers qui, après la collation, l'avaient retiré de nouveau des mains des notaires, sans avoir voulu depuis le représenter ;

» Que, dans ces circonstances, en décidant qu'une pareille copie ne pouvait aucunement être considérée comme un titre suffisant pour établir et faire accueillir en justice l'action intentée par la commune demanderesse en cassation, l'arrêt a fait une juste application de la loi ;

» La cour rejette le pourvoi de la commune demanderesse, et la condamne à l'amende..... » (*Bulletin civil de la cour de cassation, tome* 27, *page* 33.)

§. III. *Page* 471, *supprimez les sept dernières lignes de la col.* 2 (1), *ainsi que les dix-neuf premières de la page* 472, *col.* 1, *et substituez-y ce qui suit :*

2°. *Peut-elle être opposée à la commune qui s'est mise en possession en vertu d'un jugement nul?*

3°. *Peut-elle l'être à la commune qui s'est mise en possession en vertu d'un jugement régulier, mais rendu contre une autre partie que celle qui avait intérêt à la chose?*

De ces trois questions qui, à proprement parler, n'en font qu'une (puisqu'il n'y a et ne peut y avoir aucune différence entre une possession prise par voie de fait, et une possession prise, soit en vertu d'un jugement nul, soit en vertu d'un jugement rendu avec des tiers), la première, déjà jugée pour la négative par un arrêt de la cour de cassation du 9 mars 1809, rendu sur mes conclusions, et rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Triage*, n° 6, l'a encore été depuis dans le même sens par un autre arrêt de la même cour, dont voici l'espèce :

Le 16 mars 1769, transaction entre le sieur Tircuy, seigneur de Corcelles, et la commune de ce lieu, par laquelle celle-ci abandonne au premier, *à titre de triage*, 123 coupées de terre qui font partie de ses biens communaux.

Le sieur Tircuy jouit paisiblement de ces terres jusqu'en 1793; mais à cette époque, la commune les considérant comme rentrées de plein droit dans son domaine, en vertu de l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, qui révoque et déclare comme non-avenus tous les actes de triage exercés depuis 1669, les comprend dans le partage qu'elle fait, par procès-verbal du 25 ventôse an 2, de l'universalité de ses communaux entre ses habitans.

Ceux des habitans dans les lots desquels sont tombées ces terres, les défrichent et les mettent en valeur.

En 1811, des réclamations s'élèvent contre la régularité de ce partage, et le corps municipal demande que tous les biens qui y ont été compris, soient replacés dans le domaine de la commune.

En conséquence, le 13 avril de cette année, arrêté du conseil de préfecture du département du Rhône, qui charge un commissaire de se transporter sur les lieux, à l'effet de constater l'état des communaux partagés, et la manière dont ceux qui les ont défrichés, en ont joui.

Le 26 novembre suivant, sur le rapport du procès-verbal de ce commissaire, second arrêté qui déclare le partage nul, comme dénué des principales formalités prescrites par la loi du 10 juin 1793; et néanmoins, pour ne pas jeter le désordre dans la commune, maintient les portionnaires, conformément à l'art. 3 de la loi du 9 ventôse an 12, dans la possession des terres comprises dans leurs lots, à la charge d'une redevance au profit de la commune.

Le 12 octobre 1812, décret par lequel, considérant que, pour que le partage du 25 ventôse an 2 fût irrévocable, il faudrait que la commune justifiât de l'autorisation qui avait dû le précéder, et qu'à défaut de preuve de l'accomplissement de cette formalité, les détenteurs actuels ne peuvent réclamer que l'effet des dispositions de l'art. 3 de la loi du 29 ventôse an 12, le gouvernement approuve l'arrêté du conseil de préfecture, du 26 novembre 1811.

Les choses en cet état, les héritiers du sieur Tircuy réclament la restitution des 123 coupées de terres délaissées à celui-ci, par droit de triage, en 1769.

Les détenteurs excipent de la révocation dont l'art. 1er de la loi du 28 août 1792 a frappé les triages exercés depuis 1669, de l'arrêté du conseil de préfecture, du 26 novembre 1811, et du décret du 12 octobre 1812.

Le 28 juin 1818, jugement du tribunal de pre-

(1) *Tome* 6, *page* 820, *col.* 1, *ligne* 6 (2e édition).

BIU Cujas

mière instance de Villefranche, qui accueille la demande des héritiers Tircuy,

« Attendu que la transaction de 1769 a fait passer au sieur Tircuy la propriété des 123 coupées de terres; que la loi du 28 août 1792 a pu d'abord faire naître la question si elles devaient être rendues à la commune; mais que cette question n'en est plus une, puisque la loi n'accordait que cinq ans aux communes pour l'exercice de ce droit, et que les cinq ans se sont écoulés sans aucune demande;

» Que le partage n'a été qu'un acte de violence relativement au sieur Tircuy; que ce dernier devait d'abord être attaqué judiciairement;

» Que ce partage d'ailleurs a été annulé par le décret du 12 octobre 1812, et qu'ainsi la transaction de 1769 est demeurée dans toute sa force ».

Sur l'appel de ce jugement à la cour royale de Lyon, arrêt du 22 juin 1819, par lequel,

« Attendu que l'arrêté du conseil de préfecture, et le décret qui en a ordonné l'exécution, n'ont rapport qu'aux communaux de Corcelles, et sont dès-lors étrangers à la question;

» Attendu que jamais la commune de Corcelles n'a formé aucune demande en envoi en possession des biens dont il s'agit;

» Adoptant au surplus les motifs des premiers juges,

» La cour met l'appellation au néant.... ».

Recours en cassation contre cet arrêt de la part des détenteurs, qui le dénoncent comme violant l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, l'art. 3 de la loi du 9 ventôse an 12, le décret du 12 octobre 1812, approbatif de l'arrêté du 20 novembre 1811, et les lois qui défendent aux tribunaux de porter atteinte aux actes administratifs.

Par arrêt du 20 août 1822, au rapport de M. Legonidec, sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert, et après une délibération en la chambre du conseil,

« Vu l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, les art. 3 et 4 de la loi de ventôse an 12, le décret du 12 octobre 1812, approuvant l'arrêté du conseil de préfecture, du 26 novembre 1811, et l'art. 2229 du Code civil;

» Considérant qu'il est reconnu par les jugemens et par l'arrêt attaqués, que les 123 coupées de terres litigieuses dépendaient des communaux de Corcelles, et avaient été cédées, à titre de triage, en 1769, au sieur Tircuy, alors seigneur de Corcelles;

» Que l'art. 1er de la loi du 28 août 1792 a formellement révoqué et déclaré comme non-avenus tous les actes de triage faits depuis 1669, et par conséquent celui de 1769;

» Qu'il est vrai que, par la seconde partie du même article, il a été ordonné aux communes de se pourvoir devant les tribunaux, dans le délai de cinq ans, pour obtenir leur rentrée en possession;

» Que cette partie de la loi suppose bien évidemment, d'un côté, que les communes ne sont pas en possession, puisqu'elle leur trace la marche à suivre pour y rentrer; de l'autre, que les seigneurs y resteront, puisqu'elle établit en leur faveur, contre l'action des communes, une exception, une fin de non-recevoir, si elles ont négligé, pendant les cinq années, de réclamer leur rentrée en possession;

» Que, dans l'espèce, il est reconnu par l'arrêt attaqué, que la famille Tircuy a joui de ces biens jusqu'en 1793 seulement, époque très-rapprochée de la publication de la loi du 28 août 1792;

» Que la commune, au contraire, paraît alors en être rentrée en possession, puisque l'arrêt convient encore qu'ils ont été compris, comme bien communal, dans le partage des communaux de Corcelles, effectué par procès-verbal du 25 ventôse an 2 (4 mars 1794);

» Que, si ce partage, après dix-sept années d'existence, a été annulé par le décret du 12 octobre 1812, par le motif que la commune ne justifiait pas qu'il eût été précédé d'une autorisation, cette annullation n'a pas été pure et simple, mais accompagnée de la clause que les possesseurs actuels des parties de ces mêmes communaux sont conservés en la propriété et jouissance de celles qu'ils ont défrichées, plantées, ou sur lesquelles ils ont établi des constructions, conformément aux art. 3 et 4 de la loi du 9 ventôse an 12;

» Que telles étaient, en effet, les modifications sous lesquelles l'arrêté du conseil de préfecture, du 26 novembre 1811, avait cru pouvoir proposer une annulation que l'art. 1er de la même loi de ventôse semblait rendre douteuse; que l'arrêté fut approuvé par le gouvernement, avec cette modification, pour être exécuté suivant sa forme et teneur, et avec jonction dudit arrêté au décret; que, dès-lors, les possesseurs de ces mêmes communaux, déjà individuellement substitués, chacun pour leurs lots et portions, aux droits et à la possession de la commune, et qui ont continué de les posséder sans interruption publiquement, paisiblement et à titre de propriétaires, depuis 1794, trouveraient au besoin personnellement, dans l'arrêté du 26 novembre 1811 et dans le décret du 12 octobre 1812 qui le confirme, de nouveaux titres qui leur assurent et droit et qualité pour défendre, sans l'intervention de la commune, leur propriété attaquée;

» Qu'il n'a pas suffi de dire que le sieur Tircuy devait être d'abord judiciairement attaqué, pour en conclure que l'acte de partage fait sous l'autorité de

BIU Cujas

la commune, mais avant tout recours à la justice, fût, à son égard, un acte de violence; que la violence a des caractères particuliers; qu'elle se constitue de voies de fait graves, positives, et qu'ici il n'y a pas même la plus légère trace d'aucune opposition de la part de la famille Tircuy à la rentrée en possession de la commune, ni au partage de 1794, qui fut un acte public et notoire;

» Qu'une possession de cette nature aurait donc suffi pour introduire, en faveur des détenteurs, prescription, si elle eût continué pendant le laps de temps exigé par la loi; qu'il impliquerait, dès-lors, contradiction qu'elle n'eût pas produit auparavant l'effet d'interrompre la prescription quinquennale établie par la loi du 28 août 1792;

» Que la première base de la prescription est une possession non équivoque et à titre de propriétaire, et qu'il est de principe qu'elle ne peut courir contre celui qui possède, au profit de celui qui ne possède pas;

» Qu'il résulte de tout ce que dessus, que, soit que l'on considère l'arrêt de la cour royale de Lyon comme ordonnant l'exécution d'un acte de triage formellement révoqué par la loi et déclaré comme non-avenu, soit qu'on le regarde comme dépouillant des possesseurs de portions de biens communaux que la loi du 9 ventôse an 12, et plus explicitement l'arrêté du 26 novembre 1811 et le décret du 12 octobre 1812, maintenait en la propriété et jouissance de ces mêmes portions de biens communaux, soit même que l'on n'y voie que l'admission de la prescription quinquennale au profit des héritiers Tircuy, qui ne possédaient plus depuis 1793, au préjudice des détenteurs qui avaient une possession non interrompue; il y a, dans cet arrêt, violation de l'art. 1er de la loi du 28 août 1792 dans sa première partie, fausse application de la seconde, et violation des principes en matière de prescription; qu'il y a de plus violation du décret du 12 octobre 1812, et, par suite, de la loi du 9 ventôse an 12, à laquelle il se réfère, ainsi que des lois qui interdisent aux tribunaux la connaissance des actes administratifs;

» Par ces motifs, la cour casse et annule l'arrêt de la cour royale de Lyon, du 22 juin 1819 (1)».

La seconde question s'est élevée en 1818, devant la cour royale de Besançon, qui, par arrêt du 16 février de cette année, l'a résolue dans le même sens, en infirmant, comme rendu sur des poursuites irrégulières et nulles, un jugement du tribunal de première instance de Vesoul, par lequel la commune de Traves avait été réintégrée dans des biens que son ci-devant seigneur s'était fait céder, à titre de triage, par une transaction de 1715, a évoqué le principal, et rejeté la prescription quinquennale dont se prévalait le ci-devant seigneur, *attendu* (a t-elle dit) *que les poursuites même irrégulières qui ont été exercées par les communes, lorsqu'elles ont été suivies d'une prise de possession sans trouble ni contradiction, ont conservé les droits des communes, de telle sorte que la prescription ne peut leur être opposée.*

Un recours en cassation a été exercé contre cet arrêt, mais inutilement.

Par arrêt contradictoire, du 4 mai 1819, au rapport de M. Carnot, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Attendu qu'aux termes de l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, les communes ont été déclarées propriétaires de leurs triages, à charge de se pourvoir, dans le délai de cinq ans, devant les tribunaux, pour s'en faire mettre en possession;

» Que, dans l'espèce, la commune de Traves a rempli dans ledit délai la formalité prescrite par la loi, puisqu'elle a obtenu, le 17 décembre 1792, un jugement du tribunal de Vesoul, qui a prononcé sa réintégration;

» Que, si ce jugement renfermait des irrégularités qui, depuis, en ont fait déclarer la nullité, tout ce que l'on peut en conclure, c'est que le demandeur pouvait porter de nouveau en justice l'objet sur lequel ce jugement avait prononcé; mais qu'il n'en est pas moins constant en fait que la commune a eu, à la suite de ce jugement, une possession paisible et de bonne foi, dont l'effet nécessaire a été de conserver ses droits, et par conséquent d'écarter la prescription quinquennale qu'on lui oppose, et par conséquent aussi de lui rendre applicable la disposition de l'article ci-dessus cité de la loi du 28 août 1792; que l'on ne peut prescrire, en effet, contre celui qui possède, lorsque surtout on n'a en sa faveur ni titre, ni conséquemment de possession même civile, et que le demandeur est dans ce cas, la transaction de 1715, son titre unique, ayant été révoquée par l'art. 1er de ladite loi;

» La cour rejette le pourvoi.... (1)».

La troisième question s'est présentée le même jour devant la section civile, mais sur le recours en cassation contre un arrêt qui l'avait jugée dans un sens diamétralement opposé à la solution donnée aux deux premières.

Dans le fait, les demoiselles de Razières, dont une

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 24, page 234.

(1) *Ibid.*, tome 21, page 137.

BIU Cujas

avait épousé le sieur Reytier, étaient, à l'époque de la publication de la loi du 28 août 1792, en possession de biens qui leur étaient advenus par des triages exercés sur la commune d'Auby.

En vertu de cette loi, la commune d'Auby revendiqua ces biens, non sur la dame Reytier et ses sœurs, mais sur le sieur Reytier seulement; et le 17 décembre 1793, il intervint un jugement arbitral en dernier ressort, qui accueillit la revendication.

Ce jugement reçut son exécution : la commune d'Auby se mit en possession des biens qui en étaient l'objet, et elle en jouit paisiblement jusqu'en 1814.

Mais à cette époque, la dame Reytier et sa sœur formèrent tierce-opposition au jugement arbitral, et soutinrent, 1° que ce jugement ayant été rendu contre une partie qui ne les représentait pas, était, à leur égard, comme non-avenu; 2° que la commune n'ayant pas intenté contre des parties compétentes et dans le délai de la loi, l'action qu'elle avait eue pour rentrer dans les biens dont il s'agissait, elle en était déchue.

La commune répondait que sa possession paisible, publique et continue pendant plus de vingt ans, suffisait seule, indépendamment de la loi du 28 août 1792, pour lui assurer la propriété des biens litigieux; que cela résultait de l'art. 72 de la coutume d'Artois, qui régissait les biens litigieux en 1793, et donnait à la prescription de vingt ans le même effet que le droit romain attribuait, alors comme aujourd'hui, à la prescription trentenaire; qu'au surplus, cette possession avait du moins empêché la prescription de cinq ans de courir, et avait par conséquent conservé à la commune le droit d'opposer son action par forme d'exception.

Le 5 août 1817, arrêt de la cour royale de Douai, qui reçoit la tierce-opposition et évince la commune,

« Attendu que la prescription de vingt ans aurait rendu la commune d'Auby propriétaire desdits biens; mais qu'il fallait déduire le temps pendant lequel la dame Reytier et les demoiselles de Razières avaient été en état d'arrestation; et que, d'après cette déduction, il n'y avait pas lieu à accueillir cette exception;

» Attendu, quant à la prescription de cinq ans invoquée par la dame Reytier et les demoiselles de Razières, que le jugement arbitral et la procédure qui l'avaient précédé, ne pouvaient être opposés à la dame Reytier et aux demoiselles de Razières, qui y avaient été totalement étrangères;

» Qu'ainsi, la possession prise par la commune, l'avait été arbitrairement et d'autorité privée; que, dès-lors, cette possession n'avait pas interrompu la prescription de cinq ans, quoique la dame Reytier et les demoiselles de Razières eussent cessé de posséder ».

Mais sur le recours en cassation de la commune d'Auby, arrêt du 4 mai 1819, qui casse, après délibéré en la chambre du conseil,

« Vu l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, les art. 2229, 2242 et 2243 du Code civil;

» Attendu que, par le jugement arbitral du 17 décembre 1793, la commune d'Auby fut réintégrée, en vertu de l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, dans la possession des biens qui avaient été acquis par les auteurs de la dame et des demoiselles de Razières, à titre de *triage*, et en vertu des transactions dont il s'agit au procès; que la dame et les demoiselles de Razières ne furent pas, à la vérité, parties dans ce jugement; que les procédures qui le précédèrent, ne furent pas même dirigées contre elles, mais bien contre le sieur Reytier, mari de la dame de Razières; que la tierce-opposition formée, en 1814, par la dame et les demoiselles de Razières à ce jugement, aurait pu être fondée, si elle eût eu pour objet d'établir que leurs droits ne dérivaient pas de triage, mais bien de titres non révoqués par les lois; que, dans ce cas, la dame et les demoiselles de Razières auraient été recevables à se plaindre des irrégularités dont la sentence arbitrale et les procédures auraient pu se trouver infectées; que ce n'est pas pour atteindre ce but que la tierce-opposition a été formée, puisque la dame et les demoiselles de Razières ont reconnu qu'il s'agissait, dans la cause, de triage et d'actes révoqués par la loi; que la dame et les demoiselles de Razières se sont réduites à soutenir que l'action de la commune avait été prescrite dans le délai de cinq ans, à défaut de poursuites régulières, malgré la possession de la commune;

» Attendu que l'art. 1er de ladite loi a révoqué et déclaré comme non-avenus les triages; que, par cet article, il a été ordonné aux communes de se pourvoir devant les tribunaux dans le délai de cinq ans pour opérer leur rentrée en possession; que cette loi présuppose évidemment qu'à l'époque du 28 août 1792, les communes n'étaient pas en possession, puisqu'elle leur trace la voie à suivre pour y rentrer; que la dame et les demoiselles de Razières étaient en possession à cette époque; que la commune d'Auby a commencé de posséder les biens dont il s'agit, immédiatement après le jugement arbitral du 17 décembre 1793; qu'elle a continué de les posséder sans interruption, paisiblement, publiquement et à titre de propriétaire, jusqu'à l'époque où la tierce-opposition a été formée; que la dame et les demoiselles de Razières, qui n'ont pu ignorer cette longue possession de la commune, sont censées l'avoir approuvée, puisque, bien loin de s'y opposer, elles ont, au contraire, abandonné leur ancienne possession; que la cour royale de Douai a reconnu

BIU Cujas

elle-même; que la prescription de vingt ans aurait rendu la commune propriétaire, si le cours de cette prescription n'avait pas été suspendu pendant l'incarcération de la dame et des demoiselles de Razières; qu'il impliquerait cependant qu'une possession qui aurait été de nature à produire, après vingt ans, cette prescription, n'eût pas produit auparavant l'effet d'interrompre la prescription de cinq ans établie par l'art. 1er de ladite loi; qu'il est, en effet, de principe que la prescription ne court, ni contre celui qui possède, ni au profit de celui qui ne possède pas; qu'aussi est-elle subordonnée à une possession paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire; qu'aussi l'interruption naturelle est-elle opérée, lorsque le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de sa chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers; que, par conséquent, en décidant que la prescription de cinq ans avait couru contre la commune, malgré l'abandon fait par la dame et les demoiselles de Razières de leur possession, et malgré la possession paisible et publique de la commune, depuis le jugement arbitral jusqu'à l'époque de la tierce-opposition, la cour royale de Douai a faussement appliqué l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, et violé en conséquence les art. 2229, 2242 et 2243 du Code civil;

» La cour casse et annule... (1) ».

Ces quatre arrêts, fondés, en termes exprès, sur le principe qu'une action ne se prescrit pas tant que la partie à qui elle appartient, en possède la matière, le sont implicitement sur la célèbre maxime dont ce principe ne fait que déterminer le véritable sens et la juste application, c'est-à-dire, sur la maxime, *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum;* et il est clair qu'ils auraient mal jugé si cette maxime devait, comme le prétendent quelques auteurs, être restreinte au cas où le défendeur n'a pas dû ou n'a pas pu intenter l'action répulsive de celle qu'on exerce contre lui; mais j'ai démontré, dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Prescription*, sect. 2, §. 25, qu'elle s'applique à tous les cas où celui qui n'a pas intenté son action dans le délai à la durée duquel l'exercice en était limité, peut justifier qu'il était, avant l'expiration de ce délai, en possession de la chose que cette action avait pour objet; et le sens de cette maxime ainsi rétabli, le bien jugé des quatre arrêts devient évident.

Cependant à peine s'était-il écoulé un an depuis la cassation de l'arrêt de la cour royale de Douai du 5 août 1817, que la même cour en a encore rendu un semblable, le 14 juin 1820, après une discussion très-approfondie, et par de nouveaux motifs qu'il importe d'examiner, non seulement pour la question qu'il juge, et qui bientôt ne se représentera plus, mais encore afin d'éclairer sur d'autres matières l'application de la maxime, *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* Voici les faits :

En 1733, la demoiselle de Boulogne, propriétaire de la seigneurie de Lauwin-Planque, obtient au conseil d'Artois un jugement qui, en vertu de l'art. 4 du tit. 25 de l'ordonnance des eaux et forêts de 1669, lui accorde le tiers des marais appartenant à cette commune; et elle en jouit paisiblement jusqu'en 1790, époque où elle meurt, épouse du sieur le Sergeant-d'Hendecourt, et laissant de lui plusieurs enfans;

En 1793, le sieur Sergeant-d'Hendecourt périt sur l'échafaud, victime d'un jugement révolutionnaire qui prononce la confiscation de ses biens.

Peu de temps après, la commune de Lauwin-Planque, supposant que, par l'effet de cette confiscation, le tiers de ses marais était passé dans les mains de la nation, le revendique sur l'administration du département du Pas-de-Calais; et il lui est adjugé par une sentence arbitrale du 21 prairial an 2, en vertu de laquelle elle en reprend la possession.

Par exploit du 30 novembre 1814, les enfans de la dame de Boulogne forment tierce-opposition à cette sentence, sur le fondement qu'elle a été rendue contre une partie incompétente pour défendre à la demande qui en était l'objet, et concluent en conséquence à ce qu'attendu que la commune de Lauwin-Planque ne s'était pas pourvue régulièrement dans les cinq années de la publication de la loi du 28 août 1792, en restitution des biens adjugés à leur mère, en 1733, par droit de triage, elle soit déclarée déchue du bénéfice de cette loi.

La commune reconnaît qu'en effet la sentence arbitrale était nulle; mais elle se retranche sur sa possession, et en invoquant la maxime *quæ temporalia sunt*, etc., elle demande de nouveau, par exception, ce qu'elle avait déjà demandé irrégulièrement, par action, en 1794.

Le 19 mai 1815, jugement du tribunal de Douai, qui accueille la défense de la commune et déboute les sieurs le Sergeant de leur demande.

Sur l'appel, et après les plaidoiries des avocats des deux parties, le ministère public s'est fondé, pour conclure à la réformation du jugement attaqué, sur ces termes de l'art. 1er de la loi du 28 août 1792 : *Et pour rentrer en possession, les communes seront tenues de se pourvoir devant les tribunaux dans l'espace de cinq ans.*

« Sans doute (a-t-il dit), par la seule volonté de

(1) *Ibid.*, page 140.

BIU Cujas

la loi, les triages, les transactions, les jugemens qui avaient attribué aux seigneurs quelque portion des biens que la loi considère comme ayant précédemment appartenu aux communes, comme leur ayant été enlevés par abus de la puissance féodale, et comme devant leur être restitués, sont abolis de plein droit. Mais pour produire un entier effet, la loi veut que cette abolition soit suivie de l'accomplissement d'une condition, d'une formalité, si l'on veut, il n'importe; cette condition est *le pourvoi en justice;* les communes *sont tenues de le former.*

» L'utilité de ce recours est évidente. Nul n'est juge dans sa propre cause. Or, dans le cas proposé, n'est-il donc rien à examiner? Non, dit-on, le fait est aussi certain que le droit. — Supposons-le, nous répondrons toujours avec fruit, *la loi le veut;* mais c'est trop accorder. Le droit du seigneur, son titre de propriété, le fait de sa possession peuvent donner lieu à une contestation; la loi l'a prévu; il faut mettre le détenteur en état de consentir ou de s'opposer; *la loi le veut.*

» Seule et unique exception à cette disposition, l'acquiescement volontaire et formel du précédent possesseur. La loi ne le dit pas; mais comme c'est évidemment autant en sa faveur que par un motif d'intérêt public et pour le maintien de l'ordre, que la loi veut qu'il ne puisse être dépossédé que de l'autorité des tribunaux, le possesseur peut dispenser celui qui l'actionne, de cette formalité préalable, de cette intervention de la puissance publique dans un fait que lui-même peut et veut exécuter.

» Mais, au surplus, cette condition de se pourvoir dans les cinq ans devant les tribunaux se trouve-t-elle donc isolément imposée dans l'art. 1er de la loi du 28 août 1792? Non, elle se trouve répétée partout où cette loi, versant ses faveurs sur les communes, et chargeant de ses rigueurs ceux qu'elle considère comme les ayant injustement dépouillées, désigne les propriétés que ces communes pourront réclamer et obtenir. Ainsi, dans son art. 8, les communes *peuvent se faire réintégrer* (expression qui, tout à la fois, ne confère qu'une faculté et exclut toute idée de voie de fait), les communes *peuvent se faire réintégrer* dans les biens dont elles auraient été dépouillées par les ci-devant seigneurs, à moins que ceux-ci ne représentent un acte authentique qui constate qu'ils ont légitimement acheté ces mêmes biens. Ainsi, par son art. 9, la loi veut que les terres vaines et vagues dont les communes ne pourraient pas justifier avoir été anciennement en possession, soient censées leur appartenir *et leur soient adjugées par les tribunaux, si elles forment leur action dans le délai de cinq ans.* Dans tous les cas qu'il prévoit, le législateur exige donc le recours préalable à l'autorité judiciaire; il en impose le devoir aux communes; il en fait particulièrement, dans son art. 9, la *condition* expresse de la concession du droit qu'il accorde; sa volonté est donc manifeste. Et n'était-ce point assez, en effet, que par une rétroactivité vengeresse d'abus simplement présumés, l'on éteignit le droit des uns et l'on créât le droit des autres? Fallait-il encore que cette législation nouvelle, dont les effets allaient atteindre toute la France, méconnût, intervertît tous les principes conservateurs de l'ordre, au point d'autoriser les communes à expulser arbitrairement ceux qu'elles acquéraient le droit de déposséder, ceux que jusque-là elles avaient craints ou respectés, ceux qui auraient pu repousser la violence par la force? Ne fallait-il pas plutôt conserver les apparences d'une juste modération, et ainsi laisser aux ministres, aux organes de la loi, le soin d'en appliquer les dispositions?

» Dans ces temps de trouble et de discorde où la loi fut portée, de funestes préventions ne permettaient pas toujours de consulter les principes; néanmoins des législateurs ne pouvaient ignorer que l'appréhension de qui est dans la main d'autrui, est une voie de fait répréhensible, si elle n'est ordonnée, effectuée par la justice; que la loi, par ses dispositions générales, confère le droit, mais qu'aux tribunaux seuls appartient, par leurs décisions particulières, de déclarer que le droit est acquis et de transmettre la chose. Ils savaient encore que toute mutation de propriété, pour être légitime, doit être suivie de la tradition, et que la loi qu'ils portaient pouvait d'autant moins opérer cette tradition, que ses concessions étaient toutes conditionnelles, que toutes étaient subordonnées aux justifications que les ci-devant seigneurs pouvaient faire, aux preuves d'acquisition qu'ils pouvaient produire. Or, en matière de possession, et c'était *la possession* qu'il s'agissait de transmettre aux communes, c'est son premier terme qu'il faut considérer pour juger si elle est légitime : *non ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est.* Sans tradition réelle ou feinte, consentie ou ordonnée, il n'est point de véritable possession qui puisse faire acquérir le domaine. Ceux qui appréhendent de leur autorité privée, ne l'ont point : *Sunt in possessione,* comme disent les jurisconsultes, *sed non possident;* et au contraire, *justè possident qui auctore prætore possident.* — La loi de 1792 ne conférait pas la possession, cela est évident; il fallait donc que les tribunaux l'accordassent.

» De ces principes élémentaires résulte l'impossibilité d'admettre la légitimité, la validité de ces possessions *emprises* (1), nous pouvons le dire, au

(1) Expression barbare qui, dans le langage très-ancien du barreau de Douai, répond à celle d'*usurpées*.

BIU Cujas

mépris de toutes les lois et particulièrement de celle du 28 août 1792, qui a fait du recours aux tribunaux une nécessité absolue, exprimée dans les termes les plus clairs et les plus décisifs.

» Du reste, que ce que la loi exige *en conférant un droit*, soit *une condition* qu'elle impose *à sa libéralité*, c'est ce qui nous paraît hors de doute; et ici le doute ne peut même naître, car les divers articles de la loi s'interprètent réciproquement entre eux. Et en effet, que la loi dise, comme dans son art. 1er, que, *pour rentrer en possession, les communes seront tenues de se pourvoir*, ou qu'elle se serve, comme dans son art. 9, de ces mots, tels biens *leur seront adjugés, si elles forment leur action*, il n'y a aucune différence; la nécessité du pourvoi, celle de l'intervention de l'autorité judiciaire, sont toujours évidentes.

» Insister sur ce point serait affaiblir le moyen, en se livrant à des abstractions. Qui que ce soit ici n'a contesté que l'art. 1er de la loi de 1792 ne fût impératif, qu'il ne prescrivit une mesure préalable. Or, lorsque, pour parvenir à *l'effet* qu'elle veut produire, la loi indique *un moyen*, lorsque non seulement elle indique ce moyen, mais ajoute que *l'on sera tenu* de l'employer, *ce moyen* ne peut être *qu'une condition*.

» La première question ainsi résolue, voyons si de l'inexécution de cette condition résulte déchéance.

» A cet égard, veuillez bien remarquer, Messieurs, que, si nous nous servons ici préférablement du mot *déchéance* pour exprimer *la perte d'un droit ou d'une faculté*, c'est parcequ'il est réellement le mot propre, qu'il n'a point de véritable synonyme, et que le mot *prescription* ne rendrait qu'imparfaitement la seule idée de perte, *decessio*, qui convienne au cas actuel, la prescription étant à la fois un moyen d'acquérir et de se libérer, de perdre ou de conserver. — Nous convenons, du reste, que, pris dans le même sens, dans celui *de la perte d'un droit qu'on eût pu acquérir moyennant l'accomplissement d'une condition que l'on n'a point remplie*, les mots *déchéance* et *prescription* peuvent être et sont indifféremment employés.

» Cela posé, rien de plus simple que de décider la question proposée.

» La loi, avons-nous dit, attachait une *condition* à la faculté, au droit, si l'on veut, qu'elle accordait aux communes; cette condition n'a point été remplie; quelle en peut être la conséquence, si ce n'est la *perte du droit*? Car enfin, toute loi doit être ou ne pas être exécutée; on ne peut la changer, la modifier ni la réduire; il faut la prendre telle qu'elle est, sans charges, si elle n'en établit aucune; avec ses charges, si elle en impose; et un principe certain en législation, c'est qu'il n'est point de loi qui n'attache quelque peine à sa violation ou à son infraction; que celle dont la transgression ne serait pas punissable, perdrait par cela seul son caractère essentiel et sa force, puisque ces dispositions pourraient être impunément enfreintes et éludées.

» *Lorsqu'il s'agit d'un terme fixé par la loi pour remplir certains devoirs*, nous dit Dunod, page 110, *comme des dix ans déterminés après la majorité pour lever des lettres de restitution, la partie intéressée peut se prévaloir de cette prescription.....* A l'appui de cette décision, l'auteur cite Charondas, en ses *Questions*, et Ferrière, sur la coutume de Paris:

» Là, il s'agit de la *prescription* qui opère *la libération* de l'action au moyen de laquelle le titre eût pu être attaqué; c'est ce que nous appelons *déchéance*. La loi ne la prononce pas toujours expressément; mais par cela même qu'elle fixe le délai dans lequel l'action doit être intentée, elle détermine aussi l'époque à laquelle l'action cesse de pouvoir être exercée. C'est la peine légale de la négligence: l'exception repousse l'action. Le juge ne peut se dispenser d'admettre l'une et de repousser l'autre.

» Lorsqu'au contraire, il s'agit *d'acquérir* par prescription au moyen de la possession, il faut, nous dit Pothier, que le titre d'où la possession procède, ne soit suspendu par aucune *condition*. L'application de ce principe se fait si naturellement à la question que nous traitons, qu'il nous suffit de faire remarquer que le titre d'où la possession procède, et dont Pothier va parler, est, ici, la loi du 28 août 1792; que *la condition suspensive* qu'il suppose, est, ici, celle de se pourvoir devant les tribunaux dans l'espace de cinq ans; enfin, que la *prescription* qu'il soutient ne pouvoir s'acquérir, est celle que la commune de Lauwin-Planque prétend avoir acquise au moyen de sa possession.

Pour que le temps de la prescription d'une chose puisse commencer à courir, dit l'immortel auteur dont nous empruntons les termes, *il faut que le titre d'où la possession procède, ne soit suspendu par aucune condition; car, tant que la condition n'est point encore accomplie, étant incertain si ce titre aura effet et s'il aura acquis au possesseur la chose qu'il possède, le possesseur ne peut pas la posséder comme une chose qui lui appartienne, mais comme une chose* QUI POURRA LUI APPARTENIR SI LA CONDITION EXISTE. *Il ne peut pas avoir encore, à l'égard de cette chose*, opinionem quæsiti dominii, *laquelle est nécessaire pour faire courir le temps de la prescription. C'est conformément à ces principe que Paul dit :* Si sub conditione emptio facta sit, pendente conditione emptor usu non capiet (*loi* 2, §. 2, *D.* pro emptore).

BIU Cujas

Paul ajoute que la prescription ne peut courir avant l'accomplissement de la condition, quand même le possesseur croirait, par erreur, que la condition est accomplie : Idem est etsi putet conditionem extitisse, quæ nondùm extitit; similis est enim ei qui putat se emisse.

La raison en est que l'opinion quæsiti dominii, *qui est nécessaire pour faire courir le temps de la prescription, doit être une opinion qui résulte du titre d'où la possession procède. Or, tant que le titre d'où la possession procède, est suspendu par une condition, il n'est point encore de nature à pouvoir faire croire au possesseur que la chose lui est acquise; la fausse opinion qu'a le possesseur que la condition est accomplie, et qu'en conséquence la chose lui est acquise, étant une opinion qui ne résulte pas du titre d'où procède la possession, et n'ayant pas un fondement suffisant, elle ne peut faire courir la prescription. L'opinion qu'aurait un possesseur, qu'il a acheté la chose qu'il possède, et qu'il a en conséquence acquis la propriété, si, dans la vérité, il ne l'a point achetée, ne suffit pas pour faire courir la prescription, parcequ'elle n'avait pas un fondement suffisant; par la même raison, la fausse opinion qu'a le possesseur que la condition de son contrat d'acquisition est accomplie, ne doit pas la faire courir.*

» Demandons-nous maintenant ce que devient, dans le cas particulier qui nous occupe, ce principe posé avec tant d'assurance, que la prescription ne court pas contre celui qui possède, et au profit de celui qui ne possède pas?

» Non, répondrons-nous, la prescription ne court pas contre le possesseur; mais lui-même ne peut acquérir la prescription par la possession, si son titre est conditionnel, et si la condition prévue n'est pas accomplie.

» Non, dirons-nous encore : la prescription ne court pas au profit de celui qui ne possède pas; mais la possession de celui qui possède, ne prive celui qui ne possède pas, d'aucun de ses droits, si le titre du possesseur contient une condition qui ne s'accomplit pas; et de là que résulte-t-il? *Qu'à défaut de l'acomplissement de la condition, le titre, la possession ne sont rien; que toutes choses rentrent dans leur état naturel et primitif.*

» C'est cet effet qu'il faut bien qualifier; c'est cet anéantissement total du titre conditionnel et de ses précédens résultats, que l'on appelle *prescription;* et on le désigne ainsi, parcequ'il en résulte, *contre* celui qui avait le titre et qui aurait pu en profiter, que sa négligence et le temps lui ont fait perdre le droit qu'il avait; et *en faveur* de celui qui aurait souffert de l'exercice de ce même droit, qu'il *en est libéré;* caractères, effets généraux de la prescription.

» On le désigne mieux néanmoins sous le titre de *déchéance*, puisque, comme nous l'avons dit, *déchoir* c'est *perdre*, et que la déchéance fait perdre, en effet, à l'un l'exercice d'un droit, sans faire acquérir autre chose à l'autre, que de ne point souffrir le préjudice qui serait résulté de l'exercice de ce même droit. Nos Codes contiennent un très-grand nombre de dispositions auxquelles les principes de la déchéance sont applicables, et sont tous les jours appliqués.

» Le corollaire, la conséquence de tout ce qui précède, est que la possession qui résulte d'un titre conditionnel, n'est qu'imparfaite; que d'une telle possession ne peut naître la prescription, qu'autant que la condition s'accomplisse; et qu'au contraire, la condition ne s'accomplissant pas dans le terme fixé, la possession, d'imparfaite qu'elle était, devient injuste; que la prescription qui n'a point commencé, ne peut courir; que, dès-lors, il y a contre le possesseur *déchéance de tout droit*, de telle manière que les effets produits entre la naissance du titre et son anéantissement, ne sont nullement à considérer, qu'ils doivent être censés non avenus : *Actus conditionalis defectâ conditione nihil est.* Loi 8, D. *de periculo et commodo rei venditæ.*

» Ainsi tombe cet argument que l'on a tiré d'une concession trop facilement faite dans la cause de la commune d'Auby. — Alors l'on est convenu que la prescription de vingt ans eût pu rendre cette commune propriétaire des portions de marais dont il s'agissait, si le cours de la prescription n'avait pas été interrompu par la minorité des dames de Razières. — On n'a pas manqué d'en conclure *qu'il* impliquerait *qu'une possession qui aurait été de nature à produire, après vingt ans, cette prescription, n'eût pas produit auparavant l'effet d'interrompre la prescription de cinq ans.*

» Le vice de ce raisonnement est palpable, dès qu'on admet, comme on doit le faire, que le défaut d'accomplissement de la condition rend la possession absolument inopérante. C'est ce qu'il eût fallu établir.

» Cependant une autre objection s'élève.

» Revivraient-ils ces droits que nous avons prouvé être éteints par l'inexécution de la condition imposée aux communes, revivraient-ils par l'effet de cette maxime, *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum?*

» On l'a prétendu : *Ou bien le ci-devant seigneur devait revendiquer sa possession dans les cinq ans*, a-t-on dit, *ou bien la commune doit toujours être recevable à se faire envoyer en possession par la justice.*

BIU Cujas

» Rien de plus faux que ce système; rien de plus facile que de l'écarter.

» 1° Pour qu'il pût y avoir cette espèce de réciprocité de droits qui autorisât à opposer l'exception à l'action, il faudrait que la loi du 28 août 1792 eût aussi imposé aux seigneurs l'obligation de se pourvoir. Or, il n'en est rien. Et qu'eussent-ils pu, en effet, demander? La possession? Elle leur appartenait. Leur dépossession? La loi qui les y eût obligés, eût été cruelle et absurde. L'examen contradictoire de leurs titres? La loi ne l'a pas voulu. Elle a voulu, au contraire, qu'ils fussent *appelés* à les produire.

2° Quel est le cas où le défendeur peut opposer avec effet la maxime *quæ temporalia?* C'est celui où le défendeur n'a dû ou n'a pu intenter l'action *contraire* à celle qu'on exerce envers lui. C'est précisément le cas opposé à celui prévu par la loi de 1792, puisque cette loi *obligeait* impérieusement les communes à demander en justice ce que celles-ci voudraient maintenant conserver sans avoir rempli cette condition.

» Que ce soit là le but et l'effet des lois romaines dont la maxime est tirée (c'est-à-dire, de la loi 5, §. 6, D. *de doli mali et metûs exceptione*, et de la loi 5, C. *de exceptionibus*), c'est ce qui est incontestable. Il s'agit de mauvaise foi et de dol dans la première; que dit-elle? Que celui qui a l'*action* de dol, doit agir dans un temps déterminé; mais qu'il n'en est pas de même de celui à qui appartient l'*exception* de dol, car celui-ci n'étant pas le maître de faire naître l'*action* à laquelle il peut opposer l'*exception*, il est juste qu'il puisse faire valoir celle-ci en tout temps. La seconde est non moins décisive; en voici les propres termes: *Licet undè vi interdictum intrà annum locum habeat, tamen exceptione perpetuâ, succurri ei qui per vim expulsus, post retinuit possessionem, auctoritate juris manifestatur.* Les auteurs ont ainsi restreint la maxime *quæ temporalia* dans ses véritables limites. *Nos recueils d'arrêts sont pleins de décisions conformes à leur opinion* (1); et pour en sentir toute l'équité, il suffit de remarquer que, s'il en était autrement, le terme fixé par la loi pour l'exercice des actions, ne devrait jamais être censé expiré; que jamais la prescription de ces actions ne pourrait s'acquérir ni être opposée ».

C'est sur ces raisons qu'a été rendu l'arrêt du 14 juin 1822.

« Attendu (porte-t-il) que la sentence arbitrale du 21 prairial an 2, qui prononce, en faveur de la commune de Lauwin-Planque, l'envoi en possession par elle sollicité, n'a pas été rendue contre ceux qui devaient être appelés pour défendre à la demande, et que par conséquent elle doit être considérée comme non-avenue, aussi bien que tout ce qui l'a précédé et suivi;

» Au fond, vu l'article 1er de la loi du 28 août 1792,

» Attendu que des termes de cet article il résulte que les jugemens ou transactions qui avaient attribué aux ci-devant seigneurs quelques portions des biens que la loi considère comme ayant anciennement appartenu aux communes, sont abolis; mais que ces mots, *et pour rentrer en possession, les communes sont tenues de se pourvoir devant les tribunaux dans le délai de cinq ans*, déterminent, incontinent après, le mode obligé des poursuites; que cet article dit expressément que l'autorité judiciaire seule pourra les investir du droit que la loi leur accorde; qu'il indique le terme fatal dans lequel elles pourront exercer leur pourvoi, et soumet ainsi à l'accomplissement d'une condition ou d'une formule indispensable, la rentrée en possession des biens dont il s'agit;

» Attendu que cette obligation n'a pas été seulement imposée aux communes pour éviter les voies de fait, mais encore, et par la raison que la loi n'ordonne pas en vain, parcequ'elle a voulu mettre les anciens propriétaires dans la position, ou de contester la dépossession desdits biens, ou d'y consentir;

» Qu'il est faux que l'action des communes ait pu être portée en justice hors et sans la présence d'un contradicteur légalement appelé; que la loi n'a pas eu besoin de dire que les communes devaient se pourvoir devant les tribunaux contradictoirement avec les ci-devant seigneurs ou leurs héritiers, puisque cette contradiction est de droit et conforme à la législation de tous les peuples civilisés;

» Qu'il n'est pas vrai non plus que les communes aient pu reprendre de fait la possession des biens dont il s'agit, et qu'agir ainsi, ce soit faire plus qu'en former la demande dans les cinq ans; que, si pareil principe pouvait être admis, il s'ensuivrait que ce que la loi prescrit, n'est pas un commandement, et que l'on peut impunément faire ce qu'elle défend; d'où il suit que la loi du 28 août 1792 n'a donné aux communes, par son art. 1er, comme par son art. 8, que la faculté de rentrer en possession, ou, si l'on veut qu'elles aient été envoyées en possession par la loi elle-même, que ce n'a été que sous les conditions expresses et indispensables de se pourvoir légalement devant les tribunaux, dans le délai de cinq ans, et d'obtenir ainsi, ou volontairement, par

(1) Sur cette assertion, je crois devoir observer ici, pour n'y plus revenir, qu'elle est excessivement hasardée, pour ne rien dire de plus.

BIU Cujas

l'acquiescement des parties intéressées, ou forcément, par l'intervention du juge, la rentrée en possession des biens dont il s'agit;

» Attendu que, de ces principes incontestables, il résulte la conséquence que, si les communes n'ont point rempli les conditions que la loi leur a imposées, ce droit est perdu pour elles, et qu'elles en sont déchues;

» Que c'est en vain que les communes invoquent l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, quand elles n'ont pas rempli les conditions qu'il leur impose pour obtenir la concession qu'il voulait bien leur faire : *actus conditionalis, defectâ conditione, nihil est;* que c'est encore en vain que la commune de Lauwin-Planque invoque sa rentrée en possession en vertu d'un jugement nul et rendu hors la présence des parties intéressées; que ce jugement devant être regardé comme non-avenu, n'a pu donner aucun droit à cette commune; que, dès-lors, sa rentrée en possession a été illégale et injuste; d'où il suit qu'elle détient les biens dont il s'agit, plutôt qu'elle ne les possède; *est in possessione, sed non possidet;*

» Attendu que de ces principes il résulte que la commune de Lauwin-Planque était inhabile à acquérir la prescription, même celle de vingt ans; et par une conséquence ultérieure, que sa possession injuste et inopérante n'a pu interrompre la déchéance ou la prescription, si on pouvait appeler ainsi la perte d'un droit que la loi n'accorde que conditionnellement, et qui, après la révolution du délai de cinq ans, a été acquis aux appelans; qu'enfin, la dernière conséquence de ces principes rend cet axiome, *la prescription ne court, ni contre celui qui possède, ni au profit de celui qui ne possède pas,* absolument inapplicable;

» Attendu que c'est encore à tort que l'on a prétendu que, les appelans n'ayant pas intenté dans les cinq ans leur action pour rester en possession, la commune de Lauwin-Planque est encore dans le délai utile pour demander à y rentrer, d'après la maxime *quæ temporalia.....;*

» Que, pour que cela fût ainsi, il aurait fallu que la loi du 28 août 1792 eût imposé aux ci-devant seigneurs l'obligation réciproque de se pourvoir, devant les *tribunaux*, dans les cinq ans, pour rester en possession; mais que la loi n'ayant imposé cette obligation qu'aux communes, il faut tenir au contraire que les ci-devant seigneurs et leurs héritiers sont restés dans le droit légitime de possession tant et si longtemps que les communes n'ont pas agi légalement pour y rentrer, et que la commune de Lauwin-Planque ayant laissé expirer le délai fatal sans exercer son droit, son action est irrévocablement éteinte ou prescrite, ou, ce qui est la même chose, que cette commune est déchue du droit de l'exercer....;

» Par ces motifs, la cour met l'appellation et le jugement dont est appel au néant; émendant, décharge les appelans des condamnations contre eux prononcées; faisant droit au principal, déclare bien fondée la tierce-opposition par eux formée à la sentence du 21 prairial an 2, laquelle est déclarée nulle et non-avenue; dit que les appelans n'ont pas cessé d'être propriétaires des parties de marais dont s'agit.... (1) ».

Les motifs de cet arrêt, en tant qu'ils portent sur notre question, et les raisonnemens du ministère public qu'il adopte, sont assurément très-spécieux; mais analysés avec soin et médités avec attention, à quoi se réduisent-ils? A ces deux paradoxes :

1° Il est vrai que, dans l'intervalle de la mise à exécution de la sentence arbitrale du 21 prairial an 2, à la tierce-opposition formée par l'exploit du 30 novembre 1814, la commune de Lauwin-Planque a *détenu* la partie de ses marais dans la propriété de laquelle l'art. 1er de la loi du 28 août 1792 l'appelait à rentrer; mais elle ne l'a pas possédée légitimement, elle n'en a eu qu'une *possession injuste et illégale;* elle n'a donc point, par-là, interrompu la prescription à laquelle cet article soumettait l'action qu'il lui accordait; et par conséquent, elle ne peut pas se prévaloir du principe que la prescription ne court pas contre celui qui possède.

2° Quand même elle eût eu, pendant tout cet intervalle, une possession proprement dite, elle ne pourrait pas encore échapper à la prescription par le secours de la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

Je dis que ce sont là des paradoxes, et je n'aurai pas besoin de grands efforts pour le démontrer.

D'abord, je conviens que la commune de Lauwin-Planque n'avait pas pu se mettre, par une voie de fait, au-dessus de la loi qui lui enjoignait de se pourvoir dans les cinq ans devant les tribunaux, pour rentrer dans les biens dont elle avait été dépouillée, et qu'elle n'avait acquis, par cette voie de fait, qu'une *possession injuste et illégale.*

Mais de là s'ensuit-il que sa possession n'était, à proprement parler, qu'une *détention*, qu'elle ne pouvait pas être considérée comme une véritable possession, comme une possession civile, en un mot comme une possession suffisante pour interrompre la prescription quinquennale qui avait commencé à courir dès le jour de la publication de la loi du 28 août 1792 ?

---

(1) Annales de la cour royale de Douai, tome 3, page 333.

BIU Cujas

Il n'y a et il ne peut y avoir aucune différence entre la possession prise de fait par une commune, et la possession prise de fait par un particulier.

Or, si un particulier qui a une action pour se faire délivrer ou restituer un immeuble, en prend possession de son autorité privée, quel est le résultat de sa voie de fait ?

Sans doute, celui qu'il a dépossédé illégalement, peut, dans l'année, se pourvoir en complainte et se faire réintégrer dans sa possession.

Mais si le dépossédé laisse écouler l'année sans agir, la possession acquise publiquement par une voie de fait, devient, tout illégale qu'elle est dans son principe, une possession véritable et proprement dite; elle le devient même avec effet rétroactif, hors le cas où la voie de fait a été accompagnée de violence; il y a plus; elle le devient aussi dans ce cas, mais sans effet rétroactif, dès le moment où la violence a cessé (1); et elle en a tellement le caractère, que non seulement elle dépouille l'ancien possesseur de sa possession civile, ni plus ni moins que de sa possession naturelle (2); que non seulement elle donne le droit d'intenter la complainte contre lui, en cas de trouble de sa part, sans qu'il soit recevable à exciper de sa propriété (3); mais que, si elle se prolonge pendant 30 ans, elle emporte, sans titre ni bonne foi, la prescription de la propriété même (1). Or, il est bien impossible qu'une possession qui suffirait pour repousser l'action en complainte du propriétaire lui-même après un an, et sa demande en revendication après 30 ans révolus, ne suffisent pas pour conserver, tant qu'elle dure, à celui qui est déjà propriétaire, l'action qu'il a pour rentrer dans tous les droits de sa propriété.

Et, dès-là, point de raison ni de prétexte pour qu'une commune qui, réintégrée par la loi du 28 août 1792 dans la propriété des biens dont elle avait été dépouillée à titre de triage, en a pris possession de fait, après la publication de cette loi, et a continué d'en jouir pendant plus de cinq ans, ne soit pas admise, lorsque son ci-devant seigneur se présente pour l'évincer, faute par elle de s'être pourvue judiciairement dans ce terme, à exercer contre lui, par voie exceptionnelle, l'action qu'elle eût dû intenter directement dans ce terme, si elle n'eût pas possédé.

Mais, dit-on, l'art. 1er de la loi du 28 août 1792 imposait au droit qu'il conférait à la commune, la condition de se pourvoir dans les cinq ans devant les tribunaux; il rendait donc conditionnel le titre de propriété dont il investissait la commune, par la révocation du triage exercé à son préjudice en 1733. Or, il est de principe que la prescription d'une chose ne peut pas commencer à courir, tant que le titre du possesseur est suspendu par une condition. *Si sub conditione facta sit* (dit la loi 2, §. 2, D. *pro emptore*), *pendente conditione, emptor usu non capiet.* Donc la commune de Lauwin-Planque n'a pu, pendant tout le temps qu'elle a joui sans avoir rempli la condition que lui imposait la loi du 28 août 1792, avoir qu'une ombre de possession. Donc elle n'a pas possédé civilement dans l'intervalle de la sentence arbitrale du 21 prairial an 2, à la tierce-opposition du 28 novembre 1814. Donc elle ne peut se prévaloir d'une possession qui ait empêché la prescription quinquennale de courir contre elle.

Oui, l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, en obligeant les communes, après avoir révoqué purement et simplement les triages exercés à leur préjudice depuis 1669, de se pourvoir dans les cinq ans devant les tribunaux, pour rentrer en possession des biens dont elles ont été dépouillées par droit de triage, impose une *condition* à ce qu'il fait pour elles; mais cette condition est-elle *suspensive*, ou n'est-elle, comme le dit l'arrêt de cassation, du 4 mai 1819, qu'une *charge* équipollente à une *condition résolutoire*? C'est ce qu'il importe peu d'examiner, parceque l'objection n'est pas mieux fondée dans une hypothèse que dans l'autre.

---

(1) Code civil, art. 2233.

(2) « Nous perdons malgré nous la possession d'un » héritage, lorsque nous la laissons usurper par quel- » qu'un qui s'en est mis en possession et a joui pen- » dant un an et jour, sans que nous ayons, de notre » part, fait pendant ce temps aucun acte de posses- » sion, et sans que nous ayons apporté de notre part » aucun trouble à sa jouissance ; car, par sa jouis- » sance d'un an et jour, *il a acquis la possession*, et » nous a par conséquent fait perdre la nôtre ». Pothier, *Traité de la possession*, n° 76.

« Il y a interruption naturelle (de la possession à » l'effet de prescrire), lorsque le possesseur est pri- » vé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la » chose, soit par l'ancien propriétaire, soit par un » tiers ». Code civil, art. 2243.

(3) « Il n'importe qu'il (le demandeur en com- » plainte) possède l'héritage *justement ou injuste- » ment;* car dans l'action en complainte, il n'est pas » question du droit de la possession, il n'est question » que du seul fait de la possession ». Pothier, *Traité de la possession*, n° 95.

« Le possesseur peut intenter la complainte même » contre le propriétaire de l'héritage qui le trouble » dans la possession qu'il en a ; et le propriétaire » n'est reçu, ni à justifier, ni à alléguer son droit de » propriété, jusqu'à ce que l'action en complainte » que le possesseur a formée contre lui, ait été ins- » truite et entièrement terminée par une sentence qui » maintienne le possesseur en sa possession ». *Ibid.*, n° 101.

Les art. 23 et 25 du Code de procédure civile sont exactement calqués sur cette doctrine.

---

(1) Code civil, art. 2262.

BIU Cujas

En effet, si c'est une condition résolutoire, elle n'a pas pu empêcher les communes de *posséder*, dans le véritable sens de ce mot, les biens dans lesquels elles sont rentrées par voie de fait en se fondant sur la loi dont il s'agit; car le principe établi dans la loi 2, §. 2, D. *pro emptore*, que le possesseur dont le titre est suspendu par une condition, ne peut pas prescrire tant que la condition n'est pas accomplie, n'est nullement commun au possesseur dont le titre est seulement résoluble dans un cas éventuel. Les §. 3, 4 et 5 de la même loi décident, au contraire, que même la résolution subséquente du titre en vertu duquel la possession a été prise, n'empêche pas que le possesseur n'ait prescrit, et par conséquent possédé auparavant. C'est la remarque de Pothier, dans son *Traité de la prescription*, n° 93 (1).

Si c'est une condition suspensive, nous arriverons encore au même résultat; car le §. 2 de la loi citée dit bien que le possesseur dont le titre est suspendu par une condition, ne peut pas, avant que cette condition soit accomplie, *usucapere* la chose qu'il détient, c'est-à-dire, en acquérir la propriété par la possession de deux ans, suivant la législation des Pandectes, ou de dix ans entre présens et de vingt ans entre absens, suivant la loi de Justinien, renouvelée par l'art. 2265 du Code civil; et cela est tout simple, puisqu'il ne peut pas y avoir d'*usucapion* là où il n'y a point de titre, ni par conséquent là où il n'y a qu'un titre conditionnel, que l'espérance d'un titre; mais il ne dit pas que, tant que la condition reste en suspens, celui qui a pris possession, soit en vertu, soit à l'occasion de ce titre, ne possède pas véritablement, et n'a pas une possession civile. Et pourquoi ne le dit-il pas? Parceque c'est précisément tout le contraire de ce qu'il faut dire.

En effet, point de différence entre le possesseur qui n'a point de titre, ou dont le titre est nul, sans être précaire, et le possesseur dont le titre est suspendu par une condition.

Or, celui qui, sans titre, ou en vertu d'un titre nul, mais non précaire, jouit publiquement et *animo domini*, a certainement une possession civile, ni plus ni moins que s'il jouissait en vertu d'un titre valable; cela est si vrai qu'il peut, non seulement agir en complainte, même contre le propriétaire qui le trouble par voie de fait, mais encore prescrire par trente ans: ce qu'il ne pourrait évidemment pas faire, s'il n'était considéré que comme simple détenteur, s'il n'avait pas une possession civile, puisque l'art. 2229 du Code civil, qui n'est, à cet égard, que l'écho des lois romaines, dit expressément que *pour pouvoir prescrire* par quelque temps que ce soit, *il faut une possession à titre de propriétaire*.

Il en est donc nécessairement de même du possesseur dont le titre est suspendu par une condition.

Mais dès que l'on est forcé de convenir que les

---

(1) « Observez (dit ce jurisconsulte) qu'il n'y a que les conditions suspensives qui empêchent la prescription de courir jusqu'à leur accomplissement. Il n'en est pas de même de celles qui ne sont que résolutoires. La raison de différence est que les conditions suspensives suspendent et arrêtent tout l'effet du contrat auquel elles sont apposées jusqu'à leur accomplissement. Par exemple, lorsqu'une condition suspensive est apposée à un contrat de vente, il est incertain, jusqu'à son accomplissement, si la tradition de la chose vendue, qui a été faite à l'acheteur, en exécution du contrat, lui en a transféré la propriété; il ne peut donc, avant l'accomplissement de la condition, avoir à l'égard de cette chose *opinionem domini*, qui est nécessaire pour faire courir la prescription. Au contraire, les conditions qui ne sont que résolutoires, n'empêchent point et n'arrêtent point l'effet du contrat; elles le détruisent seulement pour l'avenir, lorsque les conditions viennent à s'accomplir. Par exemple, lorsqu'on a apposé à un contrat de vente une condition qui n'est que résolutoire, cette condition n'arrête point l'effet du contrat; elle n'empêche point que la tradition de la chose vendue, qui est faite à l'acheteur en exécution de ce contrat, ne lui en transfère la propriété aussitôt et dès le moment de cette tradition; l'acheteur a donc, dès ce moment, à l'égard de cette chose, une juste opinion que la propriété lui en a été acquise, et par conséquent, lorsqu'elle ne l'a pas été parceque le vendeur n'était pas propriétaire, le temps de la prescription doit, dès ce moment, commencer à courir au profit de l'acheteur, et même se parachever, tant que la condition résolutoire n'a pas encore existé.

» C'est pourquoi, dans le cas de vente qu'on appelle *addicto in diem*, qui est celle qui est faite à quelqu'un à condition qu'elle n'aura lieu qu'au cas qu'un autre, d'ici à un certain temps, n'offre une condition meilleure, pour savoir si le temps de la prescription doit courir au profit de l'acheteur du jour de la tradition de la chose vendue, qui a été faite à l'acheteur en exécution de ce contrat, ou si elle ne peut courir que du jour de l'accomplissement de la condition. Paul fait dépendre la question de celle de savoir si on doit regarder la condition comme suspensive ou seulement résolutoire, et il décide, suivant l'opinion de Julien, que la condition ne doit être regardée que comme résolutoire, et qu'en conséquence elle ne doit pas arrêter le cours de la prescription: *Si in diem addicto facta sit (id est nisi quis meliorem conditionem attulerit) perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat: alii et hanc sub conditione esse contractum; ille non contrahi, sed resolvi dicebat: quæ sententia vera est.* Loi 2, §. 4. D. *pro emptore*.

» Paul fait le même examen, à l'égard d'autres conditions, aux §. 3 et 5. »

BIU Cujas

communes qui, d'après la loi du 28 août 1792, et sans remplir la condition qu'elle leur imposait, se sont mises de fait en possession des biens dans la propriété desquels on les réintégrait, n'en ont pas moins acquis, par-là, une possession suffisante pour les autoriser à se pourvoir en complainte, même contre leurs ci-devant seigneurs qui, après une année de silence, seraient venus les troubler, il faut bien que l'on convienne aussi que cette possession avait, à leur égard, tout le caractère d'une possession *animo domini*.

Et dès-lors, que devient l'objection que je discute ici? Comment pourrait-elle écarter l'argument qui résulte, pour les communes, du grand principe que la prescription ne court, ni contre celui qui possède, ni au profit de celui qui ne possède pas?

En avouant que la prescription ne court pas contre le possesseur, on dit *qu'il ne peut pas lui-même acquérir la prescription par la possession, si son titre est conditionnel, et si la condition prévue n'est pas accomplie.*

Non, il ne peut pas *usucapere*, ou, en d'autres termes, acquérir par la prescription de dix ans entre présens, et de vingt ans entre absens, la propriété qu'il n'a pas, parceque cette prescription ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un titre, et qu'il n'y a point de titre, lorsqu'il n'y en a qu'un suspendu par une condition. Mais que conclure de là? S'agit-il de savoir si les communes ont pu, au moyen de la possession qu'elles ont prise irrégulièrement en vertu de la loi du 28 août 1792, acquérir, par *usucapion*, la propriété des biens qui sont l'objet de l'art. 1er de cette loi? Non, la seule question est de savoir si, pendant qu'elles possédaient des biens dont cette loi elle-même les avait reconstituées propriétaires, en révoquant les actes qui les avaient expropriées, on a pu prescrire contre elles l'action qu'elles avaient pour s'en faire remettre la possession; et cette question ne peut évidemment être résolue qu'en leur faveur, puisque la condition qui leur était imposée par la loi, n'a pas empêché qu'elles ne possédassent civilement.

Si la prescription ne court pas, dit-on encore, au profit de celui qui ne possède pas, du moins la possession de celui qui possède, ne prive celui qui ne possède pas, d'aucun de ses droits, si le titre de possesseur contient une condition qui ne s'accomplit pas.

Mais, encore une fois, la condition que contenait le titre des communes, c'est-à-dire, l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, n'a pas pu empêcher que les communes, en rentrant, par voie de fait, dans les biens qui leur avaient été enlevés par le droit de triage, n'acquissent, au bout d'un an, une possession véritablement civile de ces biens; et cela dit tout. Comment d'ailleurs peut-on affirmer que, malgré la possession annale des communes, les droits des ci-devant seigneurs qui ne possèdent plus, restent tels qu'ils étaient avant que cette possession eût commencé? Avant qu'elle eût commencé, et même pendant l'année qui en a suivi le commencement, le ci-devant seigneur qui ne possède plus, aurait pu se pourvoir en complainte; et aujourd'hui, non seulement cette voie lui est fermée, mais elle est ouverte, même contre lui, à la commune qui possède actuellement. Les droits respectifs des deux parties ne sont donc plus les mêmes. Il est donc faux que la possession de la commune les ait laissés dans leur état primitif.

Qu'on vienne dire après cela *qu'à défaut d'accomplissement de la condition attachée au titre, la possession n'est rien*: je répondrai toujours que la possession acquise, même par voie de fait, mais publiquement et *animo domini*, avant l'accomplissement de la condition même suspensive qui est attachée au titre, n'est pas moins une possession proprement dite, une possession civile, qu'elle ne le serait si le titre était pur et simple; et je demanderai toujours si, tandis qu'une pareille possession acquise même par voie de fait, en vertu ou à l'occasion d'un titre conditionnel, donne, au bout d'un an, le droit d'intenter complainte, et au bout de trente ans, le droit de se dire propriétaire, il est concevable que, pendant que possède celui qui se l'est ainsi procurée, l'action qu'il avait pour se faire délivrer par la justice son propre bien, puisse périr; s'il est concevable qu'il ne conserve pas, pendant qu'il possède le droit de proposer, par exception, ce qu'il aurait pu, dans le principe, demander par action?

Voyons maintenant comment on s'y est pris, dans l'affaire de la commune de Lauwin-Planque, pour écarter l'argument que tirait cette commune de la maxime, *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

Des deux moyens que le ministère public opposait à l'application de cette maxime, la cour royale de Douai a justement laissé de côté le second, qui consistait à dire, d'après les lois romaines mal entendues, qu'elle ne porte que sur le cas où le défendeur a dû ou n'a pas pu intenter une action contraire à celle qu'on exerce contre lui; mais elle a adopté le premier, et partant, avec le ministère public, du prétendu principe que cette maxime ne peut avoir lieu qu'en cas de concours des deux actions exercées pour le même objet, l'une directement par le demandeur, l'autre exceptionnellement par le défendeur, elle en a tiré avec lui la conséquence que, pour que la commune de Lauwin-Planque fût encore, d'après cette maxime, dans le délai utile pour demander, par exception, à rentrer dans les biens li-

BIU Cujas

tigieux, *il aurait fallu que la loi du 28 août 1792 eût imposé aux ci-devant seigneurs l'obligation réciproque de se pourvoir devant les tribunaux, dans les cinq ans, pour rester en possession; mais que la loi n'ayant imposé cette obligation qu'aux communes, il fallait tenir, au contraire, que les ci-devant seigneurs et leurs héritiers étaient restés dans leurs droits légitimes de possession, tant et si long-temps que les communes n'avaient pas agi légalement pour y rentrer.*

Je n'ai pas besoin de dire en quoi ce raisonnement est vicieux; on sent à l'avance qu'il tombe de lui-même.

En effet, il est bien vrai que, comme il ne peut pas y avoir d'exception à opposer là où il n'y a point d'action à combattre, la maxime dont il s'agit, suppose nécessairement le concours d'une action intentée directement par le demandeur, avec une action exercée exceptionnellement par le défendeur.

Il est encore très-vrai qu'après la publication de la loi du 28 août 1792, et tant que les choses étaient restées dans le même état où elles s'étaient trouvées au moment de cette publication, les ci-devant seigneurs de Lauwin-Planque n'avaient pas eu besoin d'agir *pour rester en possession*.

Il est vrai enfin que, si cet état de choses eût continué pendant cinq ans, la commune eût été irrévocablement déchue du bénéfice de la loi.

Mais il n'en avait pas été ainsi : par la mise à exécution de la sentence, illégale et nulle, du 21 prairial an 2, la commune avait repris la possession des biens qui lui avaient été enlevés en 1733 à titre de triage; et dès-lors, ce n'avait plus été de *rester en possession*, qu'il s'était agi pour les ci-devant seigneurs; il s'était agi pour eux de recouvrer la possession qu'ils avaient perdue.

Si, pour y parvenir, ils s'étaient pourvus au possessoire dans l'année de la mise à exécution de la sentence arbitrale, et que la commune dépossédée n'eût pas agi au pétitoire dans le peu de temps qui restait pour compléter la cinquième des années écoulées depuis la publication de la loi du 28 août 1792, tout eût été dit, et les droits de la commune eussent été irrévocablement éteints par la prescription.

Mais ils n'avaient pas pris cette voie dans le délai fatal; et par-là, ils avaient fait, de la possession illégale de la commune, une possession véritable, une possession civile.

Donc lorsqu'ils étaient venus, ensuite et vingt ans après, intenter leur action pétitoire, la commune se trouvait dans les véritables termes de la maxime, *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

Donc elle pouvait leur opposer, comme en effet elle leur a opposé exceptionnellement, l'action qui lui appartenait à elle-même en vertu de la loi du 28 août 1792.

Donc en jugeant le contraire, la cour royale de Douai a violé les divers articles du Code civil qui servent aujourd'hui de fondement à cette maxime, ainsi qu'au principe que la prescription ne court pas contre celui qui possède.

Donc son arrêt du 14 juin 1820 aurait eu le même sort que celui du 5 août 1817, si la commune de Lauwin-Planque s'était pourvue en cassation.

V. le §. suivant.

§. IV. 1°. *La prescription quinquennale dont il est parlé dans le paragraphe précédent peut-elle être opposée à une commune qui, dans les cinq ans de la publication de la loi du 28 août 1792, s'est mise, en vertu d'un jugement nul, mais précédé d'un acte interruptif de cette prescription qui n'était point périmé, en possession des biens dont elle avait été dépouillée par droit de triage depuis 1669?*

2°. *Peut-elle l'être, lorsque ces biens consistent en bois, sous le prétexte que les actes possessoires qu'elle y a faits, n'étaient pas autorisés par l'administration forestière?*

Ces deux questions m'ont été proposées en octobre 1821, avec prière, en cas qu'elles me parussent devoir être résolues pour l'affirmative, d'appuyer, par une consultation, un jugement de première instance qui les avait décidées en ce sens. J'ai répondu que ce jugement me paraissait devoir être réformé sur l'appel que l'on m'annonçait en avoir été interjeté; mais que, s'il ne l'était pas, l'arrêt qui l'aurait confirmé, ne résisterait sûrement pas à un recours en cassation; et l'événement a justifié ma prédiction. Voici l'espèce.

En 1732, jugement qui, en vertu de l'ordonnance des eaux et forêts de 1669, condamne les communes de Véronnes-les-Grandes et Véronnes-les-Petites à délaisser le tiers de leurs biens communaux au duc de Saulx-Tavannes. Ce jugement est exécuté.

Après la publication de la loi du 28 août 1792, les deux communes adressent à l'administration du département de la Côte-d'Or, par l'intermédiaire du directoire du district, conformément à l'art. 15 du tit. 3 de la loi du 5 novembre 1790, un mémoire par lequel elles demandent l'autorisation de poursuivre, contre le procureur-général-syndic, représentant le duc de Saulx-Tavannes, émigré, leur réintégration dans le tiers de leurs bois communaux.

BIU Cujas

Le 28 février 1793, arrêté qui leur accorde cette autorisation.

En exécution de cet arrêté, les communes font assigner le procureur-général-syndic, non à personne ou à domicile, mais dans la personne et au domicile du procureur-syndic du district.

Celui-ci défend à l'action des communes, et concourt avec elles à la formation du tribunal arbitral, sans y avoir été autorisé spécialement par le procureur-général-syndic.

Le 26 frimaire an 2, sentence par laquelle les arbitres réintègrent les deux communes dans la possession des bois qu'elles réclament.

Cette sentence est exécutée, et les deux communes prennent possession des bois qui leur sont restitués.

Le 7 brumaire an 3, loi qui suspend, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné, *toute exploitation de bois dans lesquels les communes seraient entrées en vertu de sentences arbitrales.*

L'année suivante, les deux communes de Véronnes demandent à l'administration du département l'autorisation de faire une coupe dans le triage qui leur a été adjugé par la sentence arbitrale.

Le 4 pluviôse an 4, arrêté par lequel l'administration, reconnaissant leur droit de propriété et leur possession, déclare que, d'après la loi du 7 brumaire an 3, il n'y a pas lieu de leur accorder cette autorisation.

Le 22 juin 1818, le duc de Saulx-Tavannes, rayé de la liste des émigrés par un arrêté du gouvernement, du 24 vendémiaire an 10, avec réintégration dans ses propriétés non-vendues, obtient, contre les deux communes, un arrêt de la cour de cassation qui annule la sentence arbitrale du 26 frimaire an 2, comme rendue contre le procureur-général-syndic sans assignation préalable à sa personne ou à son domicile, et, sur le fond, renvoie les parties devant le tribunal de première instance de Dijon.

Le duc de Saulx-Tavannes fait, en conséquence, citer les deux communes devant ce tribunal, et conclud à ce que, attendu qu'elles ne se sont pas pourvues régulièrement en justice dans le délai fixé par l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, elles soient condamnées à lui délaisser les bois dont elles se sont mises illégalement en possession, avec restitution des coupes qu'elles ont pu y faire, et de la valeur des dégradations qu'elles peuvent y avoir commises.

Les deux communes répondent qu'encore que la sentence arbitrale qu'elles ont obtenue le 26 frimaire an 2, soit jugée nulle, il n'en reste pas moins qu'elles sont encore dans le délai pour demander, en vertu de la loi du 28 août 1792, comme elles demandent effectivement, leur réintégration dans les bois dont il s'agit; qu'en effet, elles ont interrompu de deux manières la prescription qu'on leur oppose; qu'elles l'ont interrompue civilement, aux termes de l'art. 15 du tit. 3 de la loi du 5 novembre 1790, par le dépôt de leur mémoire à fin d'autorisation d'assigner le procureur-général-syndic; et qu'elles l'ont interrompue naturellement, à la suite de la sentence arbitrale, par la possession qu'elles ont prise des bois qu'elle leur adjugeait, et par les actes possessoires qui en sont résultés.

Le 28 août 1821, jugement qui, sans avoir égard aux poursuites dont se prévalent les communes, non plus qu'à leurs actes possessoires, qui ne sont que des voies de fait, adjuge au duc de Saulx-Tavannes les conclusions qu'il a prises.

Appel, de la part des communes, à la cour royale de Dijon.

Le 19 avril 1823, arrêt confirmatif.

Mais les communes se pourvoient en cassation; et, par arrêt du 29 novembre 1825, au rapport de M. Vergès, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier,

« Vu l'art. 15 du tit. 3 de la loi du 5 novembre 1790, l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, la loi du 7 brumaire an 3, et les art. 2229, 2242 et 2243 du Code civil;

» Attendu que l'art. 1er de la loi du 28 août 1792 a révoqué et déclaré comme non-avenu l'art. 4 du tit. 25 de l'ordonnance de 1669, ainsi que les édits, déclarations, arrêts du conseil et jugemens qui, depuis cette époque, avaient autorisé les triages;

» Que, d'après la seconde disposition du même article, les communes ont été tenues de se pourvoir dans le délai de cinq ans devant les tribunaux, pour rentrer en possession de ces triages;

» Attendu néanmoins que, d'après l'art. 2242 du Code civil, la prescription peut être interrompue ou civilement ou naturellement;

» Que ces deux espèces d'interruption de la prescription de cinq ans sont établies par les actes de la cause;

» Qu'en effet, déjà avant la sentence arbitrale du 26 frimaire an 2, les communes de Véronnes avaient présenté à l'administration départementale de la Côte-d'Or, et fait enregistrer un mémoire par lequel elles demandaient l'autorisation nécessaire pour agir contre l'État, en réintégration de la possession des bois dont la loi les déclarait propriétaires;

» Que, par arrêté du 28 février 1793, l'administration départementale autorisa lesdites communes à diriger leurs poursuites contre l'État;

BIU Cujas

» Que, d'après l'art. 15 de la loi du 5 novembre 1790, la prescription de cinq ans fut interrompue par cette demande, suivie dudit arrêté;

» Attendu que l'interruption civile de cette prescription fut encore de nouveau bien formellement opérée par la demande formée par lesdites communes le 4 pluviôse an 4, et par conséquent dans le délai de cinq ans;

» Qu'en effet, lesdites communes demandèrent alors qu'en exécution de ladite sentence arbitrale, il leur fût permis de faire une coupe de bois;

» Que l'administration départementale, en faisant droit sur cette réclamation par son arrêté du 27 germinal an 5, ne contesta aux communes ni leur propriété ni leur possession;

» Que, si elle défendit de faire les coupes, elle ne fonda la prohibition que sur la loi du 7 brumaire an 3, qui suspendait à cet égard l'exécution des sentences arbitrales jusqu'à ce qu'il en eût été autrement ordonné;

» Attendu, sous le rapport de l'interruption naturelle, qu'elle a été opérée par la possession légitime et exclusive qu'ont eue les communes, en vertu de la sentence arbitrale, tant qu'elle n'a pas été attaquée;

» Que cette interruption se lie à l'interruption civile opérée par lesdits arrêtés administratifs;

» Qu'il résulte des faits reconnus dans l'arrêt de cassation rendu, le 22 juin 1818, sur le pourvoi de M. le duc de Saulx-Tavannes, qu'en exécution de la sentence arbitrale, lesdites communes s'étaient mises en possession desdits bois;

» Que le tribunal de première instance, dont le jugement a été confirmé par l'arrêt attaqué, a reconnu lui-même la possession des communes, puisque, conformément à la demande, il les a condamnées à la restitution des fruits et au paiement des dégradations sous prétexte de la prétendue illégalité de cette possession;

» Que la cour royale de Dijon n'a pas méconnu non plus les actes possessoires exercés par les communes, soit en faisant dépaître leurs bestiaux dans lesdits bois, soit en y coupant des liens, soit en ramassant les bois morts;

» Que cette cour a, en effet, déclaré qu'en supposant ces actes constans, bien loin de constituer une possession réelle et légitime, ils constitueraient des délits, et que les communes ne pourraient s'en prévaloir qu'autant qu'ils auraient été autorisés par l'administration forestière;

» Que cette possession était cependant bien légitime, puisqu'elle avait été exercée exclusivement et sans contradiction en vertu du droit de propriété dérivant de la loi du 28 août 1792 et de la sentence arbitrale;

» Qu'en supposant même que l'autorisation de l'administration forestière eût été nécessaire sous le rapport de la police des forêts, les faits dont il s'agit, n'en seraient pas moins des actes possessoires, puisqu'ils auraient eu lieu en vertu d'un titre de propriété;

» Attendu enfin qu'il est de principe que la prescription ne court ni contre celui qui possède, ni au profit de celui qui ne possède pas;

» Qu'aussi est-elle subordonnée par l'art. 2229 à une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire;

» Qu'il est cependant reconnu que, depuis la sentence arbitrale, ni l'État, ni successivement M. de Saulx-Tavannes, n'ont possédé lesdits bois, et que les actes possessoires ont été exclusivement exercés par lesdites communes;

» Que, par conséquent, la cour royale de Dijon, en accueillant la fin de non-recevoir tirée de la prescription de cinq ans, malgré l'interruption civile et l'interruption naturelle opérées par lesdites communes, a contrevenu aux lois ci-dessus énoncées;

» La cour casse et annule... (1)».

§. V. *Les communes qui, dans les cinq ans de la publication de la loi du 28 août 1792, n'ont rien fait de ce qu'elles devaient faire pour interrompre la prescription de l'action qu'elles avaient pour rentrer dans les biens dont elles avaient été dépouillées par droit de triage, ont-elles pu, dans les* vingt-cinq années suivantes, *c'est-à-dire, dans les trente ans qui ont suivi le jour où cette loi a été publiée, réclamer ces biens en vertu de l'art.* 8 *de la même loi, portant que* « les communes » qui justifieront avoir anciennement possédé » des biens ou droits d'usage quelconques, » dont elles auront été dépouillées, en totalité » ou en partie, par des ci-devant seigneurs, » pourront se faire réintégrer dans la pro- » priété et possession desdits biens ou droits » d'usage, nonobstant tous édits, déclarations, » arrêts du conseil, lettres-patentes, jugemens, » transactions et possessions contraires, à » moins que les ci-devant seigneurs ne repré- » sentent un acte authentique qui constate » qu'ils ont légitimement acheté lesdits biens »?

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 27, page 341.

BIU Cujas

La négative est évidente, et je l'ai démontré dans les conclusions du 14 brumaire an 13, rapportées ci-dessus, §. 1. Cependant voici une espèce dans laquelle un tribunal de première instance et une cour royale ont successivement jugé le contraire.

Le 26 avril 1745, acte notarié par lequel il est procédé, suivant le mode prescrit par l'art. 4 du tit. 25 de l'ordonnance des eaux et forêts, au triage des bois appartenant à la commune de Pouy; et par l'effet de cette opération, la forêt de Libe est assignée en toute propriété aux prêtres de la congrégation de Saint-Lazare de la mission de Buglosse, seigneurs hauts-justiciers du lieu.

Après la suppression des corporations religieuses, l'État se met en possession de la forêt de Libe.

Survient la loi du 28 août 1792, dont les art. 1er et 8 rétablissent les communes, l'un, dans les propriétés dont elles ont été dépouillées, depuis 1669, par droit de triage; l'autre, dans les propriétés dont elles ont été dépouillées à quelque époque que ce soit, par abus de la puissance féodale.

La commune de Pouy fait, en conséquence, diverses démarches auprès de l'administration pour rentrer dans la propriété de la forêt de Libe; mais huit ans se passent sans qu'elle ait actionné à cet effet le domaine de l'État, ni même demandé dans la forme déterminée par l'art. 15 du titre 3 de la loi du 5 novembre 1790, l'autorisation de l'actionner; et ce n'est que le 2 floréal an 9 qu'elle fait assigner le préfet du département des Landes devant le tribunal de première instance de Dax, en délaissement de cette forêt.

Le préfet oppose à la commune l'inaction dans laquelle elle est restée pendant les cinq années qui ont suivi la publication de la loi du 28 août 1792, et il en conclud qu'elle est déchue du bénéfice de l'art. 1er de cette loi.

La commune répond qu'elle n'a pas besoin de cet article pour justifier sa réclamation; qu'elle était propriétaire exclusive de la forêt de Libe avant l'acte de triage du 26 avril 1745, et qu'elle le prouve par un acte du 8 août 1738; qu'ainsi, elle se trouve précisément dans le cas prévu par l'art. 8 de la loi citée.

Le 15 mai 1807, jugement par lequel (sans faire attention que l'art. 1er et l'art. 8 de la loi du 28 août 1792, ont également pour objet des biens que les ci-devant seigneurs ont distraits de la propriété des communes, pour les faire passer dans la leur, et que par conséquent il est impossible que l'on excepte des dispositions de l'art. 1er le cas où les communes étaient, avant le triage, propriétaires des biens qui en ont fait la matière), le tribunal de Dax accueille la demande de la commune.

Appel de ce jugement de la part du préfet.

Le 25 janvier 1827, arrêt de la cour royale de Pau, qui met l'appellation au néant.

Mais, sur le recours en cassation du préfet, au rapport de M. Quéquet, sur les conclusions de M. l'avocat-général Cahier, et après un délibéré en la chambre du conseil,

« Vu l'art. 1er de la loi du 28 août 1792....;

» Attendu que l'arrêt attaqué reconnaît formellement que l'acte du 26 avril 1745 est un acte de triage fait en conformité et en exécution de l'art. 4 du titre 25 de l'ordonnance des eaux et forêts de 1669;

» Attendu, en droit, que le triage ayant été, pour les anciens seigneurs, une voie légale d'acquérir autorisée par la loi, et ayant constitué, en leur faveur, une interversion de titre de propriété, l'état, représentant le ci-devant seigneur de Pouy, n'a pu être légalement évincé des biens à l'égard desquels il avait, en 1792, titre et possession, qu'à l'aide de l'action révocatoire des triages, ouverte en faveur de la commune, par l'art. 1er de la loi du 28 août 1792, action qui, suivant cet article, n'a pu valablement être exercée que dans le délai de cinq ans;

» Qu'un acte de triage présupposant toujours, par cela seul qu'il existe, qu'au moment où il est intervenu, la commune était propriétaire des biens qui en ont fait l'objet, toute production tendant à établir, d'ailleurs, la propriété ou la possession antérieure de la commune, devient frustratoire et surabondante;

» Qu'ainsi, la production faite, en cause d'appel, par la commune de Pouy, d'un acte du 8 août 1738, établissant, suivant elle, la preuve de sa possession antérieure, acte sur lequel l'arrêt attaqué s'est fondé pour la reintégrer dans la propriété du bois de Libe, ne devait exercer aucune influence sur le jugement du procès, qui n'était, en dernière analyse, qu'une action révocatoire de triage, action irrésistible, pourvu seulement qu'elle fût formée dans le délai de la loi;

» Attendu que l'art. 8 de la loi du 28 août 1792 (qui donne action aux communes à l'effet de se faire réintéger dans les biens qu'elles justifient avoir anciennement possédés, sans fixer aucun délai à l'exercice de cette action) a statué sur un cas tout différent de celui qui a été prévu par l'art. 1er de la même loi, seul applicable à la cause, tandis que l'art. 8 ne s'applique qu'aux divers cas où, n'existant pas de triage, les communes entendent se faire réintégrer, malgré les titres ou la possession des seigneurs, dans des biens dont elles auraient perdu la possession par quelque autre voie que ce pût être;

BIU Cujas

» Que l'art. 8 fait d'autant moins obstacle à l'exécution de l'art. 1er, que ce même art. 8 excepte de sa disposition le cas où le ci-devant seigneur oppose à la commune un titre légitime d'acquisition, et que ce titre légitime se trouve dans l'existence d'un acte de triage, lorsque ce triage n'a pas été attaqué dans le délai imparti par l'art. 1er;

» Attendu, enfin, qu'il est reconnu et constaté en fait, par l'arrêt attaqué, que la commune n'a exercé son action révocatoire qu'à l'expiration du délai de cinq ans, et qu'en refusant, dans ces circonstances, d'appliquer la prescription opposée par l'état à la commune de Pouy, la cour royale de Pau a faussement appliqué l'art. 8, et, par suite, formellement violé l'art. 1er de la loi du 28 août 1792;

» La cour casse et annule.... (1)».

TRIBUNAL CIVIL. *V.* les articles *Tribunal correctionnel* et *Tribunal de première instance.*

TRIBUNAL CORRECTIONNEL, §. I. *Page* 472, *supprimez les trente dernières lignes de la col.* 1 (2) *et la col.* 2, *les pages* 473 *à* 476, *les vingt premières lignes de la page* 477, *col.* 1, *et substituez-y ce qui suit :*

V. les conclusions et l'arrêt du 29 thermidor an 12, rapportés à l'article *Contrefaçon*, §. 5.

TRIBUNAL D'APPEL, §. II. *Page* 478, *col.* 1, *après la ligne* 39 (3), *ajoutez :*

I. Sur la première question, il y a plusieurs arrêts de la cour de cassation qui la jugent pour la négative.

En voici notamment un dans lequel en est rappelé un autre qui l'avait précédé.

Page 479, *col.* 2, *ligne* 12 (4), *apres les mots* 3 brumaire an 2, *ajoutez en note :*

La cour de cassation fait ici allusion à l'art. 7 de la loi du 3 brumaire an 2, dont la disposition est renouvelée por l'art. 464 du code de procédure civile.

Page 480, *col.* 1, *supprimez tout ce qui suit la ligne* 14 (5), *ainsi que les douze premières lignes de la col.* 2, *et substituez-y ce qui suit :*

A plus forte raison, ne peut-on pas, après le jugement d'une cause d'appel, former une demande en garantie devant le tribunal de qui ce jugement est émané; et de là l'arrêt rendu par la cour de cassation dans l'espèce suivante :

En 1806, le sieur Nicolaï, ayant été forcé de recevoir à Madrid, en papier monnaie, la valeur de deux lettres de change qui étaient payables en argent à l'époque où elles lui avaient été endossées par le sieur Quartara, fait assigner celui-ci devant le tribunal de commerce de Gênes, pour le faire condamner à l'indemniser de la perte qu'il a éprouvée par ce mode de paiement.

Le sieur Quartara comparaît, et met en cause le sieur Steuzel, son endosseur immédiat, qui se présente également et conclut au fond, sans appeler en garantie le sieur Favre-Cayla, son propre endosseur.

Le 23 décembre de la même année, jugement qui condamne le sieur Quartara au paiement de l'indemnité réclamée par le sieur Nicolaï, et le sieur Steuzel à en rembourser le montant au sieur Quartara.

Appel de la part du sieur Steuzel.

Le 25 août 1809, arrêt de la cour d'appel de Gênes qui confirme le jugement.

Les choses en cet état, le sieur Steuzel fait assigner le sieur Favre-Cayla en garantie devant la même cour.

Le sieur Favre-Cayla, de son côté, y fait aussi assigner en arrière-garantie les sieurs Johannot, Martin, Masbon et compagnie, ses propres endosseurs.

Le 30 décembre 1807, arrêt qui condamne le sieur Favre-Cayla à garantir et indemniser le sieur Steuzel, et les sieurs Johannot, Martin, Masbon et compagnie, à garantir et indemniser le sieur Favre-Cayla.

Recours en cassation de la part des sieurs Johannot, Martin, Masbon et compagnie; et par arrêt du 26 mars 1811,

« Ouï le rapport de M. Vallée, conseiller en la cour, et les conclusions de M. Pons, avocat-général;

» Vu l'art. 170 du Code de procédure civile;

» Attendu qu'une cour d'appel est incompétente pour prononcer sur toute affaire qui ne lui est pas dévolue par la voie de l'appel;

» Que, par son arrêt du 25 août 1807, la cour d'appel de Gênes avait terminé le procès entre Quartara et Nicolaï, d'une part; et, d'une autre part, Steuzel, appelé en garantie par Quartara; que dès-lors son ministère était rempli;

---

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 31, page 99.

(2) *Page* 371, *col.* 2, *ligne* 45 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 820, *col.* 1, *ligne* 48 (2e édition).

(4) *Page* 378, *col.* 2, *ligne* 44 (2e édition).

(5) *Tome* 6, *page* 826, *col.* 1, *ligne* 50 (2e édit.)

BIU Cujas

» Que, postérieurement, Steuzel ayant porté, par action directe, devant la cour d'appel de Gênes, sa demande en garantie contre Favre-Cayla, qui, si elle eût pu être formée sur l'appel dans la première affaire, ne l'a pas moins été, et Favre Cayla ayant appelé lui-même les demandeurs en garantie, cette cour a jugé l'affaire sans en être saisie par la voie de l'appel;

» Qu'ainsi, en prononçant sur cette action, l'arrêt attaqué commet un excès de pouvoir et viole l'article ci-dessus cité;

» La cour donne défaut contre Favre-Cayla, et pour le profit, casse et annule l'arrêt de la cour d'appel de Gênes du 30 décembre 1807;

» La cour casse et annule.... ».

II. La seconde question est également jugée pour la négative par l'arrêt de la cour de cassation du 26 mai 1811, qui est rapporté au n° précédent; car, dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, ni le sieur Favre-Cayla, ni les sieurs Johannot, Martin, Masbon et compagnie, n'avaient décliné la juridiction de la cour d'appel de Gênes, devant laquelle ils avaient été traduits, le premier par le sieur Steuzel, et les seconds par le sieur Favre-Cayla. Ainsi il y avait bien consentement de toutes les parties à ce que cette cour prononçât sur les demandes en garantie et arrière-garantie qu'elles lui avaient soumises respectivement. Cependant l'arrêt de cette cour, du 30 décembre 1807, a été cassé, comme violant l'art. 170 du Code de procédure civile, aux termes duquel, lorsqu'il y a incompétence *à raison de la matière*, le renvoi doit être ordonné même d'office.

Je sais bien que le contraire a été jugé depuis par un arrêt de la section des requêtes, du 13 juin 1824, rapporté au mot *Appel*, §. 14, art. 1, n° 22; mais voyez ce que je dis au même endroit sur cet arrêt et sur un autre de la même section du 1er juillet 1818.

III. Sur la troisième question, *V.* le même article, au même paragraphe, n° 23.

§. VI. *Page* 524, *col.* 1, *ligne* 51 (1), *après les mots* de Rome, *ajoutez en note :*

Et encore remarquons bien que, dans chacun de ces trois cas, elle n'aurait pu *s'emparer* de cette action que pour la renvoyer au juge de paix. *V.* l'article *Dénonciation de nouvel œuvre*, §. 4.

Page 525, *col.* 2, *après la ligne* 38 (2), *ajoutez ce qui suit :*

(1) *Page* 424, *col.* 1, *ligne* 24 (2e édition).
(2) *Page* 423, *col.* 2, *ligne* 2 (2e édition).

§. VIII. *Autres questions sur les pouvoirs des tribunaux d'appel, ainsi que sur la manière d'instruire et de juger les affaires portées devant eux.*

V. l'article *Appel*, et l'article *Tribunal de première instance*, §. 5.

TRIBUNAL DE COMMERCE, §. V. *Page* 531, *col.* 1, *supprimez les lignes* 8 *à* 51 (1), *jusqu'aux mots* positivement que *de la ligne* 52, *après quoi continuez ainsi :*

» En un mot, le simple louage de service, etc.

Même page, col. 2, *supprimez les lignes* 41 *et* 42 (2), *et substituez-y ce qui suit :*

Tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage; *toute entreprise de* transport par terre ou par eau.

§. X. *Page* 539, *col.* 2, *ligne* 52 (3), *après les mots*, tit. 25, *ajoutez :*

Et c'est ce que je crois avoir démontré dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Opposition (Tierce-)*, §. 1, n° 5.

Vainement, au surplus, etc.

Page 540, *col.* 1, *après la ligne* 52 (4), *ajoutez ce qui suit :*

Aussi y a-t-il un arrêt de la cour royale d'Amiens, du 28 juin 1826, qui, en confirmant un jugement du tribunal de commerce de la même ville, du 17 mars précédent, décide nettement que la péremption d'instance a lieu dans les juridictions commerciales comme dans les juridictions ordinaires,

« Attendu, en droit, qu'il est de principe que les règles générales sont applicables aux matières régies par des règles spéciales, toutes les fois qu'il n'y a point de dérogation, soit expresse, soit tacite;

» Attendu qu'aux termes de l'art. 397 du Code de procédure, la péremption doit frapper sur toute instance, par le seul fait de discontinuation de poursuites pendant trois ans;

(1) *Page* 428, *col.* 2, *ligne* 20 (2e édition).
(2) *Page* 429, *col.* 1, *ligne* 46 (2e édition).
(3) *Tome* 6, *page* 822, *col.* 1, *ligne* 36 (2e édition).
(4) *Tome* 6, *page* 822, *col.* 2, *ligne* 32 (2e édition.

BIU Cujas

» Qu'il n'existe, ni dans le titre 25 du Code de procédure, ni dans le Code de commerce, aucune dérogation à cette règle générale;

» Que toutes les dispositions spéciales relatives aux tribunaux de commerce, concourant à l'accélération de la procédure, l'esprit de la loi est loin de s'opposer à ce qu'on applique à ces matières la péremption, dont le but est d'empêcher les procédures de se perpétuer indéfiniment;

» Que le silence de la loi et son esprit sont, au surplus, suffisamment expliqués par la combinaison des art. 648 du Code de commerce et 469 du Code de procédure, qui appliquent la péremption en effet, aux matières commerciales, sans que la raison indique aucun motif de différence à cet égard, entre la procédure de première instance et celle d'appel;

» Sans s'arrêter aux fins, moyens et conclusions de l'appelant, dont il est débouté, confirme.... (1)».

§. XI. *Un tribunal de commerce français est-il compétent pour connaître, entre deux étrangers, soit d'un acte de commerce qu'ils ont fait dans son arrondissement, et qui y a reçu son exécution par la livraison de la marchandise, soit d'un acte de commerce qu'ils ont fait, n'importe où, mais avec obligation de payer dans ce même arrondissement?*

Cette question revient à celle de savoir si la règle de compétence qui, relativement aux tribunaux de commerce, est écrite dans l'art. 420 du Code de procédure civile, copiée mot pour mot sur l'art. 17 du titre 12 de l'ordonnance de 1673, est applicable aux étrangers qui contractent entre eux, comme il l'est aux Français qui contractent, soit les uns avec les autres, soit avec des étrangers.

La cour de cassation s'était prononcée pour la négative, par un arrêt contradictoire du 6 février 1822, que je me suis permis de critiquer dans le *Répertoire de Jurisprudence*, au mot *Etranger*, §. 2; mais elle est revenue depuis à l'opinion contraire, par un arrêt du 26 novembre 1828, dont le Bulletin civil (tome 28, p. 259) nous retrace ainsi l'espèce et le texte:

« Le sieur de Wolmar, Anglais d'origine, s'était fixé en France. Il y avait fait diverses opérations de commerce.

» En 1817, il conclut avec le gouvernement français plusieurs marchés pour fourniture de grains aux troupes.

» Les sieurs Harris, négocians anglais, lui vendirent, à Paris, des grains qu'il s'était obligé de livrer à Rouen.

» Une partie du prix fut payée; mais pour le surplus, les sieurs Harris exercèrent des saisies-arrêts entre les mains de quelques débiteurs du sieur de Wolmar. Elles lui furent dénoncées avec assignation devant le tribunal civil de la Seine, pour les voir déclarer valables.

» Le sieur de Wolmar déclina la juridiction des tribunaux français, attendu son extranéité et celle des sieurs Harris.

» Le 6 janvier 1825, jugement par lequel le tribunal se déclare incompétent, » Attendu que la cause portée devant lui ne s'agite qu'entre des étrangers; qu'il est tout-à-fait indifférent, pour la validité de l'opposition, qu'elle ait été formée entre les mains de Français, puisque ces Français ne sont pas en cause, et qu'il n'y a point de contestation avec eux; attendu, d'ailleurs, que, si la convention, quelle qu'elle soit, a été passée en France, si la livraison des grains y a été faite, et si le paiement devait y avoir lieu, ces faits, propres à des étrangers, ne peuvent former la compétence du juge français. »

» Appel de ce jugement. Arrêt (du 15 avril 1825) par lequel la cour royale de Paris, adoptant les motifs des premiers juges, confirme leur décision.

» Pourvoi de la part des sieurs Harris, pour violation de l'article 420 du Code de procédure civile.

» Le défendeur a fait défaut; et la cour a cassé l'arrêt attaqué, par les motifs suivans:

« Ouï le rapport fait par M. le conseiller Henri Larivière, les observations de Delagrange, avocat des demandeurs, ensemble les conclusions de M. Joubert, premier avocat-général, *et après qu'il en a été délibéré en la chambre du conseil;*

» Vu l'art. 420 du Code de procédure civile;

» Considérant, en droit, que l'art. 420 du Code précité qui, en matière de commerce, permet d'assigner le débiteur dans le lieu où la promesse a été faite, n'établit pas de distinction entre les étrangers et les Français, et qu'il n'était pas dans l'esprit du législateur d'en établir aucune, puisque, d'après l'ancienne jurisprudence et les principes reconnus lors de la discussion du Code civil, il est certain que les tribunaux français sont tenus de prononcer sur les actes de commerce faits en France par des étrangers;

» Considérant, d'ailleurs, que l'art. 17 du Code civil ne renferme pas de disposition contraire;

» D'où il suit que la cour royale de Paris a violé

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1827, part. 2, page 280.

BIU Cujas

l'art, 420 du Code de procédure civile, en jugeant, par le seul motif de l'extranéité des parties, que le tribunal civil de Paris était incompétent pour connaître de l'action intentée par les demandeurs contre le défendeur, en paiement du reste du prix des grains qu'ils lui avaient vendus et livrés;

» Par ces motifs, la cour casse et annule l'arrêt rendu par la cour royale de Paris, le 15 avril 1825..... ».

§. XII. *Autres questions sur la juridiction et la procédure commerciale.*

V. les articles *Commerce* (*Acte de*) et *Domicile élu*, §. 4, n° 4.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE, §. III. *Page* 525, *col.* 2, *ligne pénultième* (1), *après le mot* arbitrales, *ajoutez :*

Dans quels cas le peuvent-ils aujourd'hui?

TRIBUNAL DE POPICE, §. III. *Page* 540, *col.* 2, *après la ligne* 11 (2), *ajoutez :*

2° *Quels changemens le Code d'instruction criminelle a-t-il faits, en cette partie, au Code du 3 brumaire an 4?*

3° *Le tribunal, etc.*

Page 541, *col.* 2, *supprimez les lignes* 33, 34 *et* 35(3), *et substituez-y ce qui suit :*

II. Le Code d'instruction criminelle ne limite pas plus que ne le faisait celui du 3 brumaire an 4, le taux des dommages-intérêts à adjuger par les tribunaux de police: l'art. 161 de l'un porte indéfiniment, comme l'art. 154 de l'autre, que ces tribunaux *statueront, par le même jugement*, sur la peine encourue par le prévenu déclaré coupable, et sur les demandes en restitution et en dommages-intérêts; mais l'art. 172 du premier sommet leurs jugemens à l'appel, *lorsque les amendes, restitutions et autres réparations civiles excèdent la somme de* 100 *francs.*

III. Sur la troisième question, *V.* l'article *Réparation civile*, §. 2.

§. IV. *Page* 542, *col.* 1, *après la ligne* 4 (4), *ajoutez :*

6° *Les contraventions aux réglemens de police municipale des anciennes autorités qui prononcent des peines au-dessus de la compétence actuelle des tribunaux de police, peuvent-elles être portées devant ces tribunaux?*

I. J'ai traité la première question dans deux réquisitoires que je crois devoir placer ici, avec les arrêts de la cour de cassation qui s'en sont ensuivis.

1° « Le procureur général expose, etc.

Page 543, *col.* 1, *supprimez la ligne* 5 (1), *les mots* y attacher *de la ligne* 6, *le mot* indéfiniment *de la ligne* 7, *et substituez-y ce qui suit :* soumettre les infracteurs à la peine écrite dans ces ordonnances, avec les modifications résultant de l'art. 4 du titre 11 de la loi du 24 août 1790, combiné avec les art. 600 et 606 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4. Qui peut le plus, etc.

Page 546, *col.* 2, *ligne* 3 (2), *après le* N° II *ajoutez :*

Sur la seconde question, voici un réquisitoire dans lequel j'ai établi la négative, et un arrêt de la cour de cassation qui l'a consacrée :

« Le procureur-général, etc.

Page 549, *col.* 1, *après la ligne* 53 (3), *ajoutez ce qui suit :*

V. La sixième question revient, en d'autres termes, à celle de savoir si les peines prononcées par les réglemens de police municipale des anciennes autorités, sont encore applicables aux contraventions à ces réglemens; car il est évident que, si elles le sont encore, ce n'est que devant les tribunaux correctionnels que peut être poursuivie l'application de celles qui excèdent la compétence actuelle des tribunaux de police. Cela résulte des art. 138 et 139 du Code d'instruction criminelle, comme cela résultait, sous le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, des art. 600 et 601 de ce Code.

Or, veut-on se convaincre qu'à la vérité, les dispositions tant préceptives que prohibitives de ces anciens réglemens, qui n'ont été ni rapportées, ni modifiées par des réglemens postérieurs et ne sont pas tombées complétement en désuétude, sont encore obligatoires, mais qu'il n'en est pas de même de leurs dispositions pénales? Il suffit de se bien

(1) *Page* 423, *col.* 2, *ligne* 15 (2e édition).
(2) *Page* 436, *col.* 1, *ligne* 5 (2e édition).
(3) *Page* 437, *col.* 1, *ligne* 15 (2e édition).
(4) *Même page et même col., ligne* 38 (2e édition).

(1) *Page* 438, *col.* 1, *ligne* 14 (2e édition).
(2) *Page* 546, *col.* 2, *ligne* 3 (2e édition).
(3) *Page* 442, *col.* 2, *ligne* 31 (2e édition).

BIU Cujas

fixer sur le titre *des juges en matière de police*, qui forme le 11e de la loi du 24 août 1790, concernant l'organisation judiciaire.

L'art. 1er porte que *les corps municipaux* (remplacés aujourd'hui par les maires) *veilleront et tiendront la main, dans l'étendue de chaque municipalité*, à l'exécution des lois et réglemens de police, *et connaîtront du contentieux auquel cette exécution pourra donner lieu.*

L'art. 2 ajoute que *le procureur de la commune* (remplacé aujourd'hui par le maire ou le commissaire de police) *poursuivra d'office les contraventions aux lois et réglemens de police; et cependant chaque citoyen qui en ressentira un tort ou un danger personnel, pourra intenter l'action en son nom.*

Les art. 3 et 4 spécifient *les objets de police* qui seront désormais confiés *à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux*; mais ils ne disent pas que les corps municipaux pourront les réglementer. Ils ne font que se référer aux deux articles précédens qui restreignent les attributions de ces corps à faire exécuter les lois et réglemens de police existans; et l'on sent bien pourquoi ils ne vont pas plus loin: c'est qu'au moment où ils ont été rédigés, n'existait pas encore l'art. 46 du titre 1er de la loi du 22 juillet 1791, qui autorise les corps municipaux *à faire des arrêtés, sauf à la réformation s'il y a lieu, par l'administration du département, lorsqu'il s'agira d'ordonner les précautions locales sur les objets confiés à leur vigilance et à leur autorité, par les art. 3 et 4 du titre 15 du décret sur l'organisation judiciaire.*

Vient ensuite l'art. 5, qui est ainsi conçu: Les contraventions à la police *ne pourront être punies que de l'une de ces deux peines, ou de la condamnation à une amende pécuniaire, ou de l'emprisonnement par forme de correction, pour un temps qui ne pourra excéder trois jours dans les campagnes, et huit jours dans les villes, dans les cas les plus graves.*

Dans cet article (qui est aujourd'hui modifié, quant aux peines dont il règle l'application, tant par les art. 600 et 606 du Code du 3 brumaire an 4, que par diverses dispositions du livre 4 du Code pénal de 1810), que signifient ces termes *les contraventions à la police?* Bien évidemment ils ne désignent pas les contraventions aux réglemens de police municipale qui seront faits par les corps municipaux, puisqu'encore une fois, les corps municipaux ne sont pas encore autorisés à faire de pareils réglemens. Ils se rapportent donc, ils ne peuvent donc se rapporter qu'aux réglemens de police municipale qui ont été faits précédemment ou qui le seront à l'avenir par les autorités auxquelles le législateur en attribuera le pouvoir. Et dès-là, il est clair, clair comme le jour, que, pour déterminer les peines à appliquer aux infractions des anciens réglemens de police municipale, ce n'est plus à ces réglemens que l'on doit s'attacher, mais uniquement à l'article dont il s'agit, en y ajoutant les modifications que cet article a subies depuis.

Il est vrai que l'art. 46 du tit. 1er de la loi du 22 juillet 1791 permet aux corps municipaux de *publier de nouveau les lois et réglemens de police et de rappeler les citoyens à leur exécution.*

Il résulte bien de là qu'aujourd'hui les maires et, à leur défaut, les préfets peuvent, au lieu de faire eux-mêmes des arrêtés sur les objets compris dans les art. 3 et 4 du tit. 11 de la loi du 24 août 1790, ordonner une nouvelle publication des anciens réglemens de police municipale, en tant qu'ils prescrivent ou prohibent certaines choses, et par-là, rendre applicables aux infracteurs de ces réglemens les peines de simple police déterminées par l'art. 5 du même titre de la même loi, sous les modifications qui y ont été faites depuis.

Mais il n'en résulte nullement qu'ils puissent, en faisant publier de nouveau ces anciens réglemens, rendre à leurs dispositions pénales une autorité dont la loi du 24 août 1790 les a nécessairement dépouillées, en les remplaçant par une disposition pénale qui est commune à tout le royaume.

Il est vrai encore que, par deux arrêts des 11 février 1808 et 20 juin 1809, rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Tribunal de police*, sect. 1, §. 2, n° 6, la cour de cassation a jugé que ce n'était pas aux tribunaux de police, mais aux tribunaux correctionnels qu'appartenait la connaissance de contraventions de police municipale qui, d'après d'anciens réglemens, pouvaient être punies d'amende de 50, de 100 et même de 600 francs.

Mais elle ne l'a jugé qu'en supposant, sans examen, que les dispositions pénales de ces réglemens subsistaient encore; et elle a reconnu depuis, en y regardant de plus près, que c'était une supposition erronée.

Le 29 janvier 1816 et le 7 novembre 1818, le préfet du département des Basses-Alpes prend et fait publier deux arrêtés par lesquels, en rappelant d'anciens réglemens de police qui défendaient aux cabaretiers, sous peine de 100 francs d'amende, de garder chez eux des buveurs après dix heures du soir, il ordonne que ces réglemens seront exécutés, et que les contrevenans seront poursuivis.

Aux mois de janvier et de février 1819, le commissaire de police de Manorque fait citer, devant le tribunal de police de cette ville, plusieurs cabaretiers pris en contravention à ces réglemens, et con-

BIU Cujas

clut à ce qu'ils soient condamnés *aux peines de droit.*

Par jugemens des 9 janvier et 20 février, le tribunal de police, considérant que les réglemens invoqués par le ministère public, punissent d'une amende de 100 francs les contraventions imputées aux prévenus, se déclare incompétent.

Le commissaire de police laisse écouler le délai fatal sans attaquer ces jugemens dans l'intérêt de la vindicte publique; mais M. le procureur général près la cour de cassation les attaque dans l'intérêt de la loi; et par arrêt du 10 avril 1819,

« Ouï le rapport de M. Aumont, conseiller, et M. Fréteau, avocat-général, en ses conclusions;

» Vu l'article 442 du Code d'instruction criminelle;

» Vu aussi les art. 408 et 413 du même Code, aux termes desquels les arrêts et jugemens en dernier ressort, en matière criminelle, correctionnelle et de police, sont annulés quand ils contiennent violation des règles de compétence, et la loi du 24 août 1790, art. 1, 2 et 5 du tit. 11, concernant la compétence des juges de police;

» Attendu que la loi du 24 août 1790, tit. 11, art. 3, range parmi les objets qu'elle confie à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux, *le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblemens d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises, et autres lieux publics;*

» Que la loi du 22 juillet 1791, art. 46, n° 1er, autorise les corps municipaux à faire des arrêtés, *lorsqu'il s'agira d'ordonner des précautions locales sur les objets confiés à leur vigilance et à leur autorité par les art.* 3 *et* 4 *du décret du* 16 *août* 1790,

» Que la fixation des heures d'ouverture et de clôture des lieux publics, tels que cafés, cabarets, etc., tient essentiellement au maintien du bon ordre dans ces lieux; qu'elle est conséquemment l'un des objets confiés, en 1790, aux corps municipaux, et aujourd'hui aux préfets et aux maires, chargés des fonctions de la police administrative;

» Que les art. 1 et 2 du tit. 11 de ladite loi du 24 août 1790 ont attribué à la juridiction de la police municipale, dont les tribunaux de police ont été depuis investis, la connaissance des contraventions aux arrêtés de police ainsi rendus sur des objets spécifiés dans les art. 3 et 4 de ce titre;

» Que l'art. 5 a fixés les peines qui étaient encourues par ces contraventions, et que ces peines doivent être appliquées par les tribunaux de police, avec les modifications qui résultent des art. 606 et 607 du Code du 3 brumaire an 4;

» Que les peines ne peuvent, en aucun cas, être prononcées que d'après la loi;

» Que, lors donc qu'un tribunal de police est saisi d'une contravention à un arrêté de police rendu sur un des objets spécifiés dans les art. 3 et 4, tit. 11, de la loi du 24 août 1790, sa compétence pour en connaître est fondée sur les art. 1 et 2 du même titre; qu'elle est déterminée par l'objet sur lequel a porté l'arrêté, et que la peine est fixée par l'art. 5; que c'est la peine de cet article, combiné avec les art. 606 et 607 du Code du 3 brumaire an 4, que le tribunal doit prononcer, si la contravention est prouvée, sans qu'il puisse avoir égard à celle qui peut avoir été ordonnée par l'arrêté, dont la disposition s'anéantit de plein droit devant celle de la loi, lorsqu'elle ne lui est pas conforme;

» Que les arrêtés des préfets des Basses-Alpes, de 1816 et 1818, portant sur un objet de police qui rentrait dans le n° 3 de l'art. 3, tit. 11, de ladite loi du 24 août 1790, le tribunal de police de Manorque devait connaître des contraventions à ces arrêtés;

» Que la peine pour des contraventions de cette nature, ayant été fixée par l'art. 5 du même titre, combiné avec les art. 606 et 607 du Code du 3 brumaire an 4, il en est résulté l'abrogation de toutes les dispositions des lois ou réglemens antérieurs sur ces contraventions; que les arrêtés des préfets, en rappelant les dispositions pénales abrogées, n'avaient pas pu les faire revivre; que la compétence des tribunaux ne peut, en effet, être réglée que par des lois, et que ce n'est que d'après leurs dispositions qu'ils peuvent avoir le droit de prononcer des peines; que néanmoins le tribunal de police de Manorque, sans égard pour la loi qui le chargeait de connaître de la contravention que lui dénonçait le ministère public, et qui avait fixé la peine par laquelle il devait punir cette contravention, si elle était prouvée, s'est déclaré incompétent, sous prétexte que la peine portée dans les arrêtés, dépassait la mesure des peines qu'il était autorisé à prononcer;

» En quoi ce tribunal a violé les art. 1, 2 et 5 du tit. 11 de la loi du 24 août 1790, et méconnu la compétence que lui attribuaient ces articles;

» D'après ces motifs, la cour, faisant droit au réquisitoire du procureur général du roi, casse et annule, dans l'intérêt de la loi, les jugemens rendus, les 9 janvier et 20 février derniers, par le tribunal de police de Manorque, sur les actions portées devant lui par le ministère public, contre Jo-

BIU Cujas

seph Gebelin, Jean-Baptiste Artaud....., prévenus de contravention aux arrêtés des préfets des Basses-Alpes, des 29 janvier 1816 et 7 novembre 1818 (1) ».

A plus forte raison, les tribunaux de police seraient-ils seuls compétens pour connaître des contraventions dont il s'agit, dans les lieux où, depuis la publication des anciens réglemens de police municipale qui les punissaient de peines excédant celles de simple police, et postérieurement à la loi du 22 juillet 1791, il est intervenu, de la part des maires, des arrêtés qui ont purement et simplement renouvelé ou modifié les injonctions ou prohibitions contenues dans ces réglemens; et de là, l'arrêt rendu par la cour de cassation dans l'espèce suivante :

Le 5 janvier 1818, procès-verbal qui constate que le café de la femme Cottin, limonadière à Clamecy, était encore ouvert, et qu'il s'y trouvait plusieurs personnes après dix heures du soir.

Cette femme est en conséquence citée, à la requête du ministère public, devant le tribunal de police, pour se voir condamner *aux peines de droit*, comme coupable de contravention à un arrêt de réglement du parlement de Paris, du 10 février 1724, et à un arrêté du maire de Clamecy, du 22 février 1809.

Le 4 février suivant, jugement par lequel, attendu que la contravention dénoncée est, aux termes du réglement de 1724, punissable d'une amende de 50 francs, le tribunal de police se déclare incompétent pour en connaître.

A défaut de recours en cassation contre ce jugement, soit de la part du ministère public, soit de la part de la limonadière, le procureur du roi fait citer celle-ci devant le tribunal correctionnel, pour se voir condamner à l'amende de 50 francs.

Ce tribunal reconnaît sa compétence; mais ne trouvant pas la contravention suffisamment constatée, il acquitte la prévenue.

Le procureur du roi n'appelle pas de ce jugement, et le laisse ainsi passer en force de chose jugée.

Mais le jugement du tribunal de police, étant rendu en dernier ressort (2), M. le procureur général près la cour de cassation l'attaque dans l'intérêt de la loi; et le 11 juin 1818, arrêt par lequel,

« Ouï le rapport de M. Aumont, conseiller, et M. Henri Larivière, avocat général, en ses conclusions;

» Vu l'art. 442 du Code d'instruction criminelle;

» Vu aussi les art. 408 et 413 du même Code, aux termes desquels la cour de cassation doit annuler les arrêts et les jugemens en dernier ressort, en matière criminelle, correctionnelle et de police, qui violent les règles de compétence établies par la loi;

» Attendu que, dans la législation actuelle, le droit de faire des réglemens en matière de police, appartient aux maires, en qui réside aujourd'hui l'autorité municipale;

» Que, parmi les objets spécialement confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux, la loi du 24 août 1790, tit. 11, art. 3, a placé *le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblemens, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics*;

» Qu'un réglement sur divers objets de police a été fait par le maire de Clamecy, le 22 février 1809, et approuvé le 18 avril suivant par le préfet du département de la Nièvre;

» Qu'on lit dans ce réglement, art. 96, une disposition ainsi conçue : *Les aubergistes, cabaretiers, traiteurs, restaurateurs, cafetiers et limonadiers, ne peuvent ni garder ni recevoir dans leurs maisons des habitans de la ville et des faubourgs, savoir, passé dix heures du soir depuis le 1er avril jusqu'au 1er novembre, et passé neuf heures du soir du 1er novembre au dernier jour de mars*;

» Que cette disposition de l'arrêté du maire de Clamecy contient la règle qui doit être suivie dans cette ville, relativement aux heures pendant lesquelles les maisons y désignées peuvent être ouvertes au public;

» Qu'en exécution de l'art. 11 du Code d'instruction criminelle, le commissaire de police de Clamecy, faisant sa visite dans les divers quartiers de la ville, après dix heures du soir, le 5 janvier dernier, avait trouvé ouvert le café de la femme Cottin; et, dans ce café, plusieurs particuliers réunis autour d'une table, et buvant de la liqueur; qu'il avait dressé procès-verbal de cette contravention; et que, conformément à l'art. 2, tit. 11, de la loi du 24 août 1790, il avait cité la contrevenante au tribunal de simple police; mais que, par jugement du 4 février, ce tribunal s'est déclaré incompétent, et a fondé son incompétence sur un arrêt de réglement du parlement de Paris, du 10 février 1724, qui *fait défenses à toutes personnes de fréquenter les lieux où se vendent vin, eau-de-vie, café et autres liqueurs, et à tous hôtes, cabaretiers, taverniers, limonadiers et autres, de les y rece-*

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 1er, page 48.

(2) *V.* l'article *Appel*, §. 1, n° 15.

BIU Cujas

voir, à peine d'une amende qui ne pourra être moindre, la première fois, de 50 livres dans les villes, et de 20 livres dans les bourgs et villages; et contre les uns et les autres, de prison, pour la seconde fois, et d'une amende au moins du double de celle ci-dessus;

» Que le procureur du roi près le tribunal de première instance de Clamecy, instruit de ce jugement du tribunal de police, a cité la femme Cottin au tribunal correctionnel, et a conclu à ce qu'il lui fût fait application de l'art. 471, n° 5, du Code pénal et de l'arrêt de réglement de 1724, que le tribunal correctionnel a reconnu sa compétence; mais que, ne trouvant pas la contravention suffisamment constatée, il a renvoyé la prévenue de l'action qui lui était intentée par le ministère public;

» Que les tribunaux de simple police et de police correctionnelle de Clamecy se sont trompés, quand ils ont cru que l'arrêt de 1724 était maintenu par l'art. 484 du Code pénal, et devait continuer à recevoir son exécution; que cet article ne prescrit aux cours et tribunaux d'observer et de faire exécuter que les dispositions des lois et des réglemens actuellement en vigueur; que, lors de la promulgation du Code pénal de 1810, il existait, pour la ville de Clamecy, au moins depuis le mois d'avril 1819, un réglement de police émané de l'autorité administrative compétente; qu'un des articles de ce réglement a expressément le même objet que l'arrêt de 1724; que cet arrêt avait donc cessé d'être en vigueur, relativement à cet objet, depuis la publication dudit réglement qui, seul, devait être exécuté (1); que c'est donc par une violation évidente des règles de compétence établies par la loi, que le tribunal de police a cru ne pouvoir connaître de l'action intentée contre la femme Cottin par le commissaire de police, et que le tribunal correctionnel a retenu la connaissance de l'action intentée contre ladite Cottin, par le procureur du roi, en considérant cette action comme ayant un *délit* pour objet, et étant ainsi dans les attributions de la juridiction correctionnelle; que l'infraction commise par cette femme au réglement de police du 12 février 1809, ne pouvant, en effet, être punie que d'une peine de police déterminée par les art. 600 et 606 du Code du 3 brumaire an 4, qui ont modifié les dispositions de l'art. 5 du tit. 11 de la loi du 24 août 1790, elle ne constituait, aux termes de l'art. 1er du §. 1er du Code pénal, qu'une contravention dont la connaissance et le jugement appartenaient au juge de paix, prononçant en tribunal de police.

» Attendu que, si le jugement du tribunal correctionnel de Clamecy ne peut être ni dénoncé ni annulé d'après l'art. 442 du Code d'instruction criminelle, quelque vicieux qu'il soit, dès qu'il n'est rendu qu'en première instance, il n'en est pas ainsi du jugement de simple police de la même ville;

» Que l'art. 172 de ce Code ne déclare sujet à l'appel les jugemens rendus en matière de police, que lorsqu'ils prononcent un emprisonnement, ou lorsque les amendes, restitutions et autres réparations civiles, excèdent la somme de 5 francs outre les dépens;

» Que cette exception au principe consacré par le Code de brumaire an 4, qui ne permettait d'attaquer les jugemens de police que par la voie de la cassation, ne saurait être étendue au-delà des termes de l'article qui l'énonce; que c'est donc par jugement non sujet à l'appel, que les tribunaux de simple police prononcent sur leur compétence;

» Que le jugement par lequel le tribunal de police de Clamecy a, dans l'espèce, déclaré son incompétence, est donc un jugement en dernier ressort; que le procureur-général en la cour a donc été autorisé, par l'art. 442 du Code d'instruction criminelle, à dénoncer d'office ce jugement contre lequel aucune des parties n'avait élevé de réclamation; et que l'annulation en doit être prononcée dans l'intérêt de la loi, dès qu'il contient la violation manifeste des règles de compétence que la loi a établies;

» D'après ces motifs, la cour faisant droit au réquisitoire du procureur-général, casse et annule dans l'intérêt de la loi....(1) ».

§. XI. *Page* 552, *col.* 1, *supprimez les mots* ces réglemens, *de la ligne* 12 (2), *ainsi que les lignes* 13 *à* 16, *et substituez-y ce qui suit : à la fois et les dispositions de ces réglemens auxquels il a été contrevenu, et le texte de la loi qui en punit l'infraction?*

Nul doute sur l'affirmative.

(1) D'après la manière dont est redigée cette partie des motifs de l'arrêt, il semblerait que la cour de cassation a voulu dire que, si le réglement du 10 février 1724 n'eût pas été remplacé à Clamecy par l'arrêté du maire de cette ville, du 22 février 1809, la peine de 50 francs d'amende eût encore été applicable à la contravention dont il s'agissait. Mais c'est sûrement un vice de rédaction; car, ainsi entendue, cette partie des motifs de l'arrêt serait en opposition manifeste avec la lettre et l'esprit de l'art. 5 du tit. 11 de la loi du 24 août 1790.

(1) *Ibid.*, tome 23, page 232.

(2) *Tome* 6, *page* 825, *col* 2, *ligne* 45 (2e édition.)

BIU Cujas

Ainsi, il y a nullité dans un jugement du tribunal de police qui punit l'infracteur d'un réglement de police municipale, sans citer et transcrire le texte de ce réglement; et c'est ce que décide nettement un arrêt de la cour de cassation qui est ainsi conçu :

« Le procureur-général expose, etc.

Page 552, col. 2, après la dernière ligne (1), *ajoutez :*

Ainsi, et par la même raison, il y a nullité dans un jugement de tribunal de police qui se borne à citer et transcrire le réglement de police municipale auquel il a été contrevenu, sans citer et transcrire en même temps la loi qui détermine la peine à appliquer aux contraventions que ce réglement peut éprouver.

De là un arrêt de la cour de cassation, du 17 janvier 1829, qui, sur la réclamation du sieur Fleuriel, casse, en ces termes, un jugement du tribunal correctionnel de Falaise, confirmatif d'un jugement du tribunal de police;

« Ouï le rapport de M. Gary, conseiller, les observations de Me Rochelle, avocat pour Fleuriel, demandeur en cassation, et les conclusions de M. Frétau de Pény, avocat-général;

» Vu l'art. 163 du Code d'instruction criminelle, ainsi conçu : *Tout jugement définitif de condamnation sera motivé, et les termes de la loi appliquée y seront insérés, à peine de nullité;*

» Vu l'art. 471, n° 5, du Code pénal, portant : *Seront punis d'amende, depuis un franc jusqu'à cinq francs inclusivement...., ceux qui auront négligé ou refusé d'exécuter les réglemens ou arrêtés concernant la petite voirie;* »

» Attendu que la loi exige, à peine de nullité, que les termes de la loi pénale appliquée soient insérés dans le jugement, et qu'aucun texte de la loi n'est inséré ni dans le jugement sur l'appel, ni dans le jugement de première instance; que, dans celui-ci seulement, on a cité le texte du réglement de police dont l'infraction a donné lieu à la poursuite; d'où résulte une infraction formelle de l'art. 163 du Code d'instruction criminelle....;

» Par ces motifs, la cour casse et annule.... (2) ».

§. XII. 1°. *Le tribunal de police qui est saisi d'une affaire de sa compétence, ou même sur laquelle sa compétence est contestée, peut-il se constituer en juge civil pour y statuer?*

2°. *Le peut-il lorsque les parties privées y consentent; et quel est dans ce cas, le mérite de son jugement, tant à l'égard des parties privées elles-mêmes, qu'à l'égard du ministère public?*

I. Sur la première question, la négative n'est pas douteuse, et elle a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation, du 17 août 1809, qui est rapporté au mot *Injure*, §. 8.

II. Sur la seconde question, il ne paraît pas douteux que le jugement rendu par le tribunal de police constitué en tribunal de paix, du consentement des parties privées, ne soit valable à l'égard de celles-ci. En effet, il est bien libre au plaignant de se désister de sa plainte, et au prévenu d'accepter son désistement. Or, ces deux choses faites, quel obstacle y a-t-il à ce que, sans nouvelle citation donnée par l'un à l'autre, ils prennent tous deux leurs conclusions respectives devant le juge de paix considéré comme tel, et à ce que ce magistrat y statue de la même manière qu'il l'eût fait, s'il n'y avait pas eu de plainte portée devant lui, considéré comme tribunal de police? On n'en aperçoit aucun.

Mais à l'égard du ministère public, le jugement est certainement nul, parcequ'il équipolle à un refus de prononcer sur l'action publique, et que par conséquent il viole l'art. 408 du Code d'instruction criminelle.

De là, l'arrêt que la cour de cassation a rendu dans l'espèce suivante.

Le 21 mai 1829, comparaissent devant le tribunal de police du canton de Bressuire, d'une part, les époux Pougnet, demandeurs en réparation d'injures et en restitution du linge qu'ils prétendent leur avoir été pris sur la haie de leur cour; de l'autre, les époux Guyot, défendeurs aux deux chefs de la plainte dirigée contre eux.

Les débats terminés, l'adjoint du maire de Bressuire résume l'affaire; et sans s'expliquer sur le prétendu vol de linge, il conclut à ce que, sur les injures dont se plaignent les époux Pougnet, le tribunal se déclare incompétent, parcequ'elles forment, par leur gravité et leur publicité, un délit dont la connaissance ne peut appartenir qu'au tribunal correctionnel.

Le juge de paix lui fait observer que les injures dont il s'agit n'ont pas le double caractère qu'il leur suppose.

L'adjoint du maire persiste dans ses conclusions, et se retire.

---

(1) *Tome 6, page 826, col. 2, ligne 37* (2e édition).

(2) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 34, page 26.

BIU Cujas

Dans cet état de choses, les parties témoignent au juge de paix leur commun désir d'être jugées sur-le-champ, sans avoir égard aux conclusions du ministère public.

En conséquence, le juge de paix se constitue en tribunal civil, et prononce en ces termes :

« Attendu que les époux Guyot ont avoué les faits; qu'ils ont déclaré que ce n'est que par un mouvement de vivacité qu'ils ont injurié les époux Pougnet; qu'il est vrai, il y a déjà long-temps, ils avaient prêté quatre draps de lits et une nappe aux époux Pougnet; qu'ils ont cru reconnaître les draps et la nappe étendus sur la haie de Pougnet pour être ceux qu'ils avaient prêtés; c'est pourquoi ils s'en étaient emparés, mais qu'ils ne pouvaient prouver autrement que par la reconnaissance des objets, qu'ils leur appartenaient; qu'au reste ils ne sont point ennemis pour cela, et qu'ils s'en rapportent à notre jugement.

» Les époux Pougnet ont persisté dans leurs conclusions, déclarant cependant qu'ils ne prétendent pas que les époux Guyot ont enlevé frauduleusement le linge qu'ils réclament; que ce n'est que par méprise et l'oubli des restitutions qu'ils ont faites des quatre draps qu'ils avaient empruntés d'eux;

» Attendu que les injures proférées par les époux Guyot, n'ont pas le double caractère de publicité et de gravité; que cependant elles portent atteinte indirectement à la probité;

» Attendu que les époux Guyot ne peuvent pas justifier que les draps qu'ils se sont permis de prendre sur la haie de Pougnet, leur appartienent, mais qu'ils croient les reconnaître pour être à eux, cette raison n'étant pas suffisante;

» Nous, juge de paix, condamnons les époux Guyot solidairement à payer aux époux Pougnet la somme de 5 francs pour dommages-intérêts, à la restitution des draps et de la nappe, et aux frais et dépens ».

Les deux parties acquiescent à ce jugement; mais l'adjoint du maire de Bressuire se pourvoit en cassation, et par arrêt du 10 juillet 1829,

« Ouï le rapport de M. Ricard, conseiller, et les conclusions de M. Fréteau de Pény, avocat-général, et après en avoir délibéré en la chambre du conseil;

» Attendu que le jugement du tribunal de police dont il s'agit, n'était pas susceptible d'appel de la part du ministère public;

» Par ces motifs, la cour déclare le pourvoi du ministère public recevable (1);

» Et attendu que le tribunal de police de Bressuire, saisi d'une affaire de police, n'a pu se constituer juge civil, sans intervertir l'ordre de ses attributions, et qu'en prononçant comme juge civil sur une matière de police, il a violé les règles de la compétence;

» Par ces motifs, la cour casse et annule le jugement rendu par le tribunal de police de Bressuire, le 21 mai dernier;

» Et pour être fait droit, renvoie la cause et les parties devant le tribunal de police de Châtillon-sur-Sèvre.... (2) ».

§. XIII. *Autres questions sur les tribunaux de police.*

V. les articles *Appel*, §. 1, nos 14, 15, 16, 17, 18 et 19; §. 8, art. 2, no 6; §. 10, art. 3, no 16; §. 14, art. 2, no 4; *Délits ruraux*, §. 5; *Dénonciation de nouvel-œuvre*, *Incompétence*, §. 1, no 4; *Injure*, §. 3, 4, 5 et 6; *Tribunal maritime*, §. 2; *Voie de fait* §. 1.

TRIBUNAL MARITIME, §. I. *La disposition du décret du 12 novembre 1806, par laquelle les tribunaux maritimes sont investis de la connaissance* de tous les délits commis dans les ports et arsenaux, qui seront relatifs, soit à leur police ou sûreté, soit au service maritime, *est-elle applicable aux délits commis dans les établissemens qui font partie des ports et arsenaux maritimes, mais sont situés hors de leur enceinte?*

Le tribunal maritime de Rochefort, par un jugement du 6 juillet 1821, s'était prononcé pour la négative, en se déclarant incompétent pour connaître de l'accusation portée contre deux gardes-chiourmes, prévenus d'avoir volé des effets appartenant à la marine, dans un établissement situé hors de l'enceinte du port et de l'arsenal, mais qui, par sa destination, était censé en faire partie.

Ce jugement a été annulé, le 9 du même mois, par le conseil de révision, *attendu que la dénomination de* ports et arsenaux *comprend tous les établissemens et bâtimens appartenant à la marine, affectés à son service, et dans la régie et administration desquels il est défendu, par un décret du 20 mars 1791 (2), à tous corps civils ou administratifs de l'intérieur, de s'immiscer.*

(1) *V.* l'article *Appel*, §. 1, nos 15 et 16.

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 34, page 393.

(2) Ce décret n'est pas du 20, mais du 12 mars 1791; le 20 mars 1791 est la date de la sanction dont il a été revêtu par le roi.

BIU Cujas

Mais le nouveau tribunal maritime ayant rendu, le 13 du même mois, un jugement conforme à celui du 6, et motivé de même, la question a été, en exécution de l'art. 58 du décret du 12 novembre 1806, soumise au gouvernement; et de là s'est ensuivi, le 16 janvier 1822, une ordonnance du roi ainsi conçue :

« Considérant que les vols dont il s'agit, ont été commis dans un établissement dépendant de l'arsenal, soumis à la même police et aux mêmes réglemens, qui, par conséquent, en fait nécessairement partie;

» Notre conseil-d'état entendu, avons ordonné et ordonnons ce qui suit :

» La disposition de l'art. 10 du décret du 12 novembre 1806, relative à la compétence des tribunaux maritimes, doit s'appliquer aux délits portés devant le tribunal maritime de Rochefort, et sur lesquels sont intervenus les jugemens sus-énoncés (1) ».

§. II. *Est-ce aux tribunaux maritimes, est-ce aux tribunaux ordinaires de police, qu'appartient la connaissance des plaintes en injures verbales proférées, dans les ports et arsenaux, par des subordonnés contre leurs supérieurs, à l'occasion des peines de discipline infligées par ceux-ci à ceux-là?*

C'est évidemment aux tribunaux maritimes; et cependant voici une espèce dans laquelle un tribunal de police avait pris sur lui d'en juger autrement.

Joseph-César Pourquier, calfat, employé dans l'arsenal du port de Toulon, ayant manqué à son travail, et n'ayant point paru à l'atelier, Charles-André Leure, contre-maître calfat au même arsenal, et chargé de l'inspection de cet établissement, lui avait fait retrancher une demi-journée de salaire.

De là, des injures proférées par Pourquier, dans l'intérieur du port et devant les autres ouvriers, contre le contre-maître.

Celui-ci s'est pourvu en réparation devant le tribuoal de police de Toulon.

Pourquier a décliné ce tribunal, et a demandé son renvoi devant le tribunal maritime.

Par jugement du 17 août 1819, vu l'art. 13 du décret du 12 novembre 1806, qui laisse aux tribunaux ordinaires la connaissance de tous les délits étrangers au service maritime et à la police des ports et arsenaux, quoique commis dans ces établissemens; et considérant qu'il ne s'agissait que d'injures personnelles envers Leure, le tribunal de police a rejeté le déclinatoire, et statuant au fond, a condamné Pourquier à une amende de cinq francs, ainsi qu'aux frais.

Ce jugement n'a été attaqué, dans le délai fatal, ni par le condamné, ni par le ministère public; mais M. le procureur-général près la cour suprême en a demandé la cassation dans l'intérêt de la loi; et par arrêt du 12 novembre 1819,

« Ouï le rapport de M. Chasle, conseiller, et les conclusions de M. Hua, avocat-général;

» Vu le réquisitoire du procureur-général, tendant à la cassation du jugement dont il s'agit, pour cause d'incompétence, et dans l'intérêt de la loi seulement;

» Vu aussi l'art. 442 du Code d'instruction criminelle, d'après lequel la cour est autorisée à casser et annuler, sur la demande du procureur-général, les jugemens en dernier ressort et les arrêts susceptibles de cassation, contre lesquels aucune des parties n'aura réclamé dans le délai déterminé, sans que lesdites parties puissent se prévaloir de la cassation pour s'opposer à l'exécution desdits jugemens et arrêts;

» Vu encore l'art. 2 du tit. 2 de la loi du 12 octobre 1791, sur l'organisation des cours martiales maritimes, qui porte : *Seront réputés délits de police tous ceux commis contre l'ordre public et le service des arsenaux, ou en contravention des réglemens particuliers ses ports*, etc;

» L'art. 10 du tit. 2 du décret du 12 novembre 1806, portant : *Les tribunaux maritimes connaîtront de tous les délits commis dans les ports et arsenaux, qui seront relatifs, soit à leur police ou sûreté, soit au service maritime;*

» Et l'art. 50 du même décret, sur la nature et l'espèce des peines à appliquer;

» Vu enfin le jugement du tribunal de police simple de Toulon, dont les motifs et le dispositif sont ci-dessus rappelés;

» Attendu que les faits de la cause constituaient évidemment un délit commis dans l'arsenal de Toulon, par un calfat, envers le contre-maître calfat, ayant alors l'inspection dudit arsenal, au moins dans la partie confiée à sa surveillance; que lesdits faits ont constitué un trouble à la police, à l'ordre, au service maritime, et une insubordination manifeste de la part d'un ouvrier inférieur envers son supérieur; que, dès-lors, la connaissance de ce délit appartenait exclusivement au tribunal maritime de Toulon, conformément aux lois ci-dessus rappelées; d'où il suit qu'en rejetant le déclinatoire qui lui avait été proposé par le défendeur, et en statuant

(1) Bulletin des lois, n° 502, 7e série.

BIU Cujas

sur le fond, le tribunal de simple police de Toulon a violé les règles de compétence établies par la loi, et commis un excès de pouvoir;

» Par ces motifs, la cour, faisant droit sur le réquisitoire du procureur-général du roi, et conformément à icelui, casse et annule, dans l'intérêt de la loi seulement, le jugement, etc..... (1) ».

TUTEUR. *Page* 556, *col.* 2, *après la ligne* 34 (1), *ajoutez :*

§. IV. *Les pères et mères naturels ont-ils, de plein droit, la tutelle des enfans qu'ils ont reconnus?*

Avant d'exposer mon avis sur cette question, je crois devoir retracer deux arrêts de cours d'appel qui l'ont jugée en sens inverse l'un de l'autre.

Dans l'espèce du premier, qui est rapportée à l'article *Paternité*, §. 2, Eugénie Carton, procédant comme mère et tutrice légale de l'enfant naturel dont Augustin-Léonard Nuytten s'était reconnu père, à l'âge de dix-neuf ans, par un acte authentique du 17 août 1809, avait fait assigner Angélique Six, mère et héritière de celui-ci, conjointement avec Armand Parmentier, son second mari, pour voir dire qu'aux termes de l'art. 757 du Code civil, la moitié de la succession du défunt appartenait à son enfant, et que, pour en déterminer la consistance, il en serait fait inventaire.

Angélique Six et son mari ont répondu que cette demande n'était ni recevable ni fondée. Vous n'avez, ont-ils dit à Eugénie Carton, aucune qualité pour exercer les prétendus droits de votre enfant; la loi ne vous en déclare pas tutrice, et aucun acte de l'autorité publique ne vous en a conféré la tutelle. D'ailleurs, la reconnaissance de paternité dont vous vous prévalez en faveur de cet enfant, est nulle, parcequ'elle est l'ouvrage d'un mineur qui était incapable de s'obliger.

Par jugement du 21 juillet 1810, le tribunal de première instance de Courtrai a rejeté la fin de non-recevoir, déclaré valable la reconnaissance du 17 août 1809, et ordonné la confection de l'inventaire.

Angélique Six et son mari ont appelé de ce jugement; et Eugénie Carton a défendu à leur appel, non pas en qualité de tutrice légale de son enfant qui venait de mourir, mais comme son héritière.

Cependant il restait toujours à savoir si, originairement, Eugénie Carton avait eu qualité pour intenter son action; et les appelans ont continué de soutenir la négative, sans doute dans l'espérance qu'en tout cas, le jugement du tribunal de Courtrai serait déclaré nul, sauf à l'intimée à se pourvoir, dans son intérêt parsonnel, par une nouvelle action.

Par arrêt du 4 février 1811, en audience solennelle, la cour d'appel de Bruxelles a confirmé dans tous ses chefs le jugement du tribunal de Courtrai,

«Attendu (en ce qui concernait la qualité de tutrice en laquelle Eugénie Carton avait procédé devant les premiers juges) qu'il est de droit naturel que les enfans en bas-âge soient sous la tutelle d'autrui;

» Que, dans le silence du Code civil, ce devoir se trouve imposé aux père et mère des enfans qu'ils ont reconnus hors mariage, non-seulement par le droit de la nature, mais aussi par la considération des avantages que leur assure l'art. 765 du Code civil, dans la succession de ces enfans dont ils sont héritiers (1) ».

Angélique Six et son mari se sont pourvus en cassation contre cet arrêt, et l'ont spécialement attaqué comme faisant une fausse application de l'art. 389 du Code civil, en tant qu'il décidait qu'Eugénie Carton avait régulièrement procédé en première instance, comme tutrice légitime de son enfant.

« S'il est une vérité incontestable (ont-ils dit), c'est que nul ne peut avoir de droit sur les biens ou la personne d'autrui, que celui que la loi lui donne: or, où est la loi qui confère à la mère naturelle le droit d'exercer les actions de son fils? Nulle part. Aussi la cour d'appel de Bruxelles, dans l'impuissance d'en citer aucune, s'est-elle fondée sur *le droit naturel*; comme si ce prétendu droit avait une disposition qui autorisât les parens à exercer en justice les droits de leurs enfans naturels?

» On dira peut-être que, s'il n'est dans le Code aucune disposition qui accorde aux père et mère la tutelle de leurs enfans naturels, il n'en est du moins aucune qui la leur refuse; et qu'ainsi, la cour d'appel de Bruxelles ne saurait avoir contrevenu à aucune loi, en reconnaissant qu'Eugénie Carton avait la tutelle de son fils. Mais ce ne serait là qu'un pur sophisme. La loi refuse la tutelle à une personne, par cela seul qu'elle ne la lui confère pas; et c'est commettre un véritable excès de pouvoir, que de décider qu'une personne a la tutelle d'une autre, quoiqu'elle ne lui ait été conférée ni par la loi, ni par testament, ni par un conseil de famille ».

---

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 24, page 364.

(2) *Tome* 6, *page* 828, *col.* 2, *ligne* 26 (2e édition).

(1) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 22, page 50.

BIU Cujas

Eugénie Carton répondait :

« Si une mère n'est pas tutrice légitime de son fils naturel, il s'ensuit que les enfans naturels ne peuvent jamais être soumis à aucune espèce de tutelle; et qu'ainsi, quelle que soit la faiblesse de leur âge, nul n'aura ni le droit ni le pouvoir de les défendre. Or, peut-on supposer que le législateur ait eu l'intention de consacrer un principe si absurde? A quelle tutelle voudrait-on les commettre en effet? Ce ne saurait être à la tutelle de leur père, puisque, suivant les demandeurs, les art. 389 et 390 du Code, qui établissent la tutelle légitime du père et de la mère, ne sont applicables qu'aux enfans légitimes; ce ne saurait être non plus à la tutelle testamentaire ni à la tutelle des ascendans, puisqu'il résulterait des art. 397, 398, 399 et 402 que les enfans légitimes seraient les seuls qui s'y trouveraient soumis; enfin, ce ne saurait être à la tutelle dative, puisqu'il résulterait de l'art. 405 que cette tutelle ne serait admise que pour les enfans légitimes.

» Quelles seraient donc les personnes qui se trouveraient chargées de la défense des enfans naturels? Les demandeurs ne sauraient répondre à cette question, et cela suffirait pour démontrer combien leur système est dénué de tout fondement. S'ils soutiennent, en effet, que les enfans naturels ne sont soumis à aucune des tutelles établies pour les enfans légitimes, il faut qu'ils conviennent du moins que les tribunaux ont le pouvoir de désigner la personne qui doit les défendre: or, si les tribunaux ont ce pouvoir, pourquoi seraient-ils tenus de donner l'exclusion à la mère?

» Il résulte de l'art. 158 et de l'art. 383 du Code, que les père et mère ont sur leurs enfans naturels le même pouvoir que sur les enfans légitimes, toutes les fois qu'il s'agit de leur infliger quelque correction ou de consentir à leur mariage; et comment concevoir que le législateur ait conféré aux père et mère des enfans naturels le pouvoir de s'opposer à leur mariage et de leur infliger des corrections, et qu'il ne leur ait pas imposé l'obligation de les défendre? Les lois romaines conféraient la tutelle d'un enfant aux parens qui étaient appelés à lui succéder, et qui étaient présumés lui être le plus attachés. Les rédacteurs du Code ont suivi les mêmes règles relativement aux enfans légitimes, et certes ils n'avaient aucune raison pour ne pas les adopter à l'égard des enfans naturels ».

Mais quel a été le résultat de cette discussion? Par arrêt du 22 juin 1813, la cour de cassation a maintenu celui de la cour d'appel de Bruxelles, en tant qu'il avait déclaré valable l'acte de reconnaissance de paternité du 17 août 1809, et a laissé de côté la question de tutelle, *attendu* (a-t-elle dit), *sur le moyen pris de la fausse application de l'article* 389 *du Code civil, que l'enfant naturel légalement reconnu, étant décédé presqu'à l'origine du porcès, Eugénie Carton, sa mère naturelle et sa tutrice légale, n'a plus dû figurer dans ce procès, depuis ce décès, que comme mère naturelle, et de plus comme héritière de son enfant; et qu'en l'état des choses, la cour d'appel de Bruxelles, qui a rendu l'arrêt attaqué, n'avait plus à examiner si la mère naturelle est, comme la mère légitime, tutrice de droit de son enfant, et peut, en cette qualité, procéder pour lui en justice.* En effet, qu'aurait gagné Angélique Six à l'annulation que la cour d'appel de Bruxelles eût prononcée du jugement de première instance à raison du défaut de qualité d'Eugénie Carton pour exercer les droits de son fils? Rien, puisque, d'après l'art. 473 du Code de procédure civile, la cour d'appel de Bruxelles n'eût pas manqué, en déclarant ce jugement nul, d'évoquer ou plutôt de retenir le fond, et d'y statuer de la même manière qu'elle l'avait fait par l'arrêt attaqué.

La question que la cour de cassation a laissée indécise dans cette espèce, s'était présentée devant la cour d'appel de Paris peu de temps après la décision qu'elle avait reçue de la part de la cour d'appel de Bruxelles, et y avait été résolue dans le sens opposé.

Dans le fait, le sieur Sarrazin était décédé après avoir eu de la demoiselle Ferry trois enfans naturels, qu'ils avaient tous deux reconnus légalement.

A la levée des scellés apposés sur sa succession, la demoiselle Ferry s'est présentée comme tutrice légitime de ses enfans.

Les héritiers du sieur Sarrazin ont soutenu qu'elle était sans qualité, parcequ'à l'égard des enfans nés hors mariage, il peut bien y avoir lieu à une tutelle dative, mais jamais à une tutelle légale. Cela résulte clairement (ont ils dit) de la disposition de l'art. 390 du Code civil, qui est ainsi conçue : « *Après la dissolution du mariage*, arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfans mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère ». Ces expressions, *après la dissolution du mariage de l'un des époux*, ne présentent point d'équivoque, et font clairement entendre que la tutelle légale ne s'applique qu'aux enfans légitimes.

La demoiselle Ferry répliquait, en citant l'art. 405 du même Code, suivant lequel, « lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera *sans père ni mère*, ni *tuteur élu* par ses *père* ou *mère*, ni ascendans mâles; comme aussi..... il sera pourvu par un conseil de famille à la nomination d'un tuteur ». Cet article, disait-elle, parlait des père et mère en général, sans établir aucune distinction

BIU Cujas

entre ceux qui sont légitimes et ceux qui ne sont que naturels. Donc il s'applique aux uns et aux autres; donc il fait exception à l'art. 390; donc lorsqu'il reste à l'enfant naturel ou son père ou sa mère, celui des deux qui survit est de plein droit son tuteur.

Le 28 juin 1811, jugement du tribunal de première instance du département de la Seine en état de référé, qui déboute la demoiselle Ferry de ses conclusions, et ordonne qu'un conseil de famille sera convoqué pour donner son avis sur la nomination d'un tuteur et d'un subrogé-tuteur aux trois enfans dont il s'agit,

« Attendu qu'aux termes de l'art. 390 du Code civil, la tutelle légale n'a lieu qu'en cas de dissolution du mariage, et n'appartient qu'au survivant des époux;

» Que la disposition de l'art. 405 du même Code, loin d'être une exception à l'art. 390, en est une conséquence, puisqu'elle suppose le défaut des ascendans mâles, et ne peut s'appliquer aux enfans naturels qui n'ont point de famille;

» Que, dans le silence de la loi sur la tutelle des enfans naturels, la justice doit se décider sur le droit général, et écouter l'intérêt des mœurs, qui exigent que la tutelle des enfans naturels soit dative ».

La demoiselle Ferry a appelé de ce jugement; et aux argumens qu'elle avait tirés, en première instance, de l'art. 405 du Code civil, elle en a ajouté d'autres qu'elle a fait résulter des art. 158, 159, 383 et 765 du même Code.

« Relativement au mariage (a-t-elle dit), l'enfant naturel se trouve à peu de chose près, suivant l'art. 158, placé dans la même ligne que l'enfant légitime. Comme celui-ci, il ne peut, lorsqu'il est mineur de vingt et un ou vingt-cinq ans, se marier sans le consentement de ses père et mère. Devenu majeur pour un pareil acte, s'il veut passer outre la volonté de ces derniers, il est tenu de leur faire, de même que l'enfant légitime, les mêmes actes respectueux.

» A-t-il perdu les auteurs de ses jours, ou ceux-ci sont-ils hors d'état de pouvoir manifester leur volonté? Il ne peut se marier, d'après l'art. 159, avant l'âge de vingt et un ans révolus, qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc*. Ici, à la vérité, se trouve une différence entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, en ce que le premier, placé dans le même cas, doit recourir à ses aïeux (art. 150 du même Code), et à défaut de ceux-ci, ou lorsqu'ils ne peuvent manifester leur volonté, au conseil de famille (art. 160). Mais le motif de cette différence est facile à saisir : l'enfant naturel, n'ayant point de famille, ne pouvait, dans aucun cas, être tenu de s'adresser ni à ses aïeux naturels, puisque la loi ne les reconnaît point pour ses parens, prohibant à cet égard toute espèce de successibilité réciproque, ni à un conseil de famille qui, l'enfant naturel lui-même étant sans parens, n'aurait pu être composé que d'étrangers indifférens pour les intérêts du mineur. De là même un doute si l'institution du conseil de famille est applicable aux enfans naturels, puisque d'ailleurs ce conseil ne peut être formé qu'arbitrairement, la loi ne s'expliquant pas sur ce point.

» L'enfant naturel a-t-il donné des sujets de mécontentement très-graves sur sa conduite à ses père et mère? L'art. 383 accorde à ceux-ci les mêmes moyens de correction qu'aux père et mère légitimes.

» L'enfant naturel enfin décède-t-il sans postérité? sa succession est dévolue, d'après l'art. 765, au père ou à la mère qui l'a reconnu, ou par moitié à tous les deux, s'il a été reconnu par l'un et par l'autre.

» Or, se pourrait-il que la loi eût donné aux pères et mères le droit de consentir ou de s'opposer au mariage de leurs enfans naturels, d'agir contre eux par voie de correction, en un mot, de leur succéder, et qu'elle ne les eût pas investis de la tutelle?

» La loi est bien plus conséquente : bien qu'elle ne s'exprime pas aussi positivement qu'on pourrait le désirer, néanmoins les dispositions combinées des articles cités établissent suffisamment la raison de décider que la tutelle légale s'applique aux enfans naturels comme aux enfans légitimes. Cette raison devient plus particulièrement sensible par l'art. 159; cet article porte : *L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir été,* a perdu ses père et mère, *ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur* ad hoc *qui lui sera nommé.*

» Et si lorsque les père et mère, ou l'un des père et mère d'un enfant naturel reconnu existent et peuvent manifester leur volonté, il n'est pas nécessaire de lui nommer un tuteur pour consentir au mariage : n'est-il pas naturel que, dans la même hypothèse, il n'y ait pas non plus à lui nommer un tuteur pour la gestion et administration de ses biens et de sa personne?

» D'ailleurs, la tutelle n'étant qu'une charge, qui mieux que les père et mère d'un enfant naturel, pourrait la remplir à son avantage? Qui lui porte ou peut lui porter plus d'affection, plus d'attachement, plus d'intérêt? Or, si l'intérêt du mineur est ce que la loi considère le plus dans toute sa tutelle, n'est-il pas raisonnable de dire, n'est-il pas dans le vœu de

BIU Cujas

la loi qu'à l'égard de l'enfant naturel, comme à l'égard de l'enfant légitime, la tutelle soit légale et appartienne de plein droit à leurs père et mère?

Ces moyens étaient spécieux; cependant, par arrêt du 9 août 1811, la cour d'appel de Paris, *adoptant les motifs des premiers juges, a mis l'appellation au néant* (1).

Quel est de ces deux arrêts celui qui doit servir de règle?

Suivant M. Delvincourt, dans son *Cours de Code civil*, tome 1er, page 425, c'est celui de la cour d'appel de Bruxelles. En effet, dit-il, « l'art. 383 du » Code civil donne (aux pères et mères naturels qui » ont reconnu leur enfant) tous ceux des droits de » la puissance paternelle qui sont établis en sa fa» veur. Or, la tutelle est tout en faveur du pupille. » D'ailleurs les droits que la tutelle donne au tuteur, » sont bien moins étendus que ceux qui résultent de » la puissance paternelle. De là je conclus que la » tutelle légitime a lieu à l'égard des père et mère » naturels; que, pendant leur vie à tous deux, elle » doit être exercée par le père; après sa mort, » par la mère, si elle est fille ou veuve; sinon, que » l'on doit se conformer, à son égard, aux art. 395 » et 396 ».

Telle est aussi l'opinion de Loyseau, dans son *Traité des enfans naturels*, page 589, et c'est également sur l'art. 383 du Code civil qu'il la fonde.

Je n'hésiterais pas à penser comme ces deux auteurs, si je pouvais, comme eux, tirer de l'art. 383 du Code civil la conséquence que les enfans naturels légalement reconnus sont assujettis à la puissance paternelle ni plus ni moins que les enfans légitimes; car la tutelle légale n'étant qu'un *diminutif* de la puissance paternelle, ou, suivant l'expression d'un savant professeur de la faculté de droit de Coblentz (2), qu'un *supplément* de cette puissance, il est clair que là où il y a plénitude du droit de puissance paternelle, il y a nécessairement droit de tutelle légale.

Mais, je le déclare franchement, je ne saurais m'apprivoiser avec la conséquence, véritablement sauvage à mes yeux, que Loyseau et M. Delvincourt font résulter de l'art. 383 du Code civil.

Que l'on infère de cet article que les enfans naturels légalement reconnus sont soumis, de la part de leurs pères et mères, à l'un des effets de la puissance paternelle, au droit de correction, rien de mieux; mais en conclure que leurs pères et mères ont sur eux tous les droits de la puissance paternelle, ce n'est pas seulement manquer aux premières règles de la logique qui s'opposent à ce qu'on argumente du particulier au général; c'est encore violer l'art. 383 lui-même, qui de toutes les dispositions du titre *de la puissance paternelle* dont il fait partie, ne déclare *communes aux pères et mères des enfans naturels légalement reconnus* que celles des art. 376, 377, 378 et 379, uniquement relatives au droit de correction.

Inutile d'objecter, avec Loyseau, qu'appliquer ici la règle, *inclusio unius est exclusio alterius*, « ce » serait consacrer la plus révoltante de toutes les » absurdités, puisque ce serait vouloir prouver que » l'enfant naturel ne doit pas, comme l'enfant légi» time, à tout âge, honneur et respect à ses père » et mère, quoique l'art. 371 le prescrive impé» rieusement ».

La réponse est qu'il n'est pas besoin de recourir à l'art. 371 pour obliger les enfans naturels légalement reconnus à honorer et respecter, à tout âge, les auteurs de leurs jours, et que cette obligation trouve, à leur égard, une sanction suffisante dans l'art. 158, sur lequel je reviendrai dans un instant.

Ce qui d'ailleurs achève de décréditer le système que je combats, c'est que, pour l'admettre, il faudrait, de toute nécessité, aller jusqu'à dire que les pères et mères naturels ont, comme les pères et mères légitimes, l'usufruit légal des biens qui adviennent aux enfans qu'ils ont reconnus; paradoxe que soutient en effet Loyseau, mais qui est condamné par M. Toullier, tome 2, n° 1073, et par un usage aussi constant qu'uniforme.

Ce système trouvera-t-il un appui plus solide dans la disposition de l'art. 158 du Code civil, qui déclare *applicables aux enfans naturels légalement reconnus* celles des art. 148, 149, 151, 152, 153, 154 et 155, concernant la nécessité du consentement des pères et mères au mariage de leurs enfans mineurs, et les actes respectueux que leurs enfans majeurs sont tenus de leur notifier avant de se marier malgré eux?

Non, car, d'un côté, si l'on veut conclure de cette disposition que les enfans naturels légalement reconnus sont soumis à la puissance paternelle comme s'ils étaient légitimes, je répondrai que ce n'est point à raison de la puissance paternelle que les enfans, même légitimes, ont besoin du consentement de leurs pères et mères pour se marier, puisqu'ils sont tenus de requérir ce consentement non seulement pendant leur minorité, mais encore lorsqu'ils sont majeurs, c'est-à-dire, à une époque où, comme le décide expressément l'art. 372 du Code civil, ils sont affranchis de la puissance paternelle.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 11, page 473.

(2) M. Lassaulx, *Introduction à l'étude du Code civil*, page 106.

BIU Cujas

D'un autre côté, si l'on prétend inférer de cette disposition que les enfans naturels légalement reconnus sont sous la tutelle légitime de leurs pères et mères, je ferai encore la même réponse, et je dirai également que ce n'est point à raison de la tutelle de leurs pères et mères que les enfans, même issus d'un mariage, ont besoin du consentement de ceux-ci pour se marier, puisqu'ils sont tenus de le requérir, non seulement pendant qu'ils sont dans les liens de cette tutelle, mais encore après que l'émancipation ou la majorité les en a affranchis.

En un mot, il ne résulte de l'art. 158 du Code civil, ni que les enfans naturels légalement reconnus soient soumis à la puissance paternelle, ni qu'ils soient sous la tutelle légitime de leurs pères et mères; il en résulte seulement que, surtout lorsqu'il s'agit d'un acte aussi intéressant pour eux que le mariage, ils doivent honneur et respect aux auteurs de leurs jours, comme s'ils étaient nés d'une union légitime.

Enfin, qu'importe que, comme l'a dit la cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 4 février 1811, il soit *de droit naturel que les enfans en bas âge soient sous la tutelle d'autrui?* Qu'importe encore que les pères et mères des enfans naturels légalement reconnus soient appelés, par l'art. 765 du Code civil, à leur succéder en cas de décès sans postérité?

Ces considérations amènent bien la conséquence que les enfans naturels ne doivent pas rester sans tuteur, et que, toutes choses égales, c'est aux pères et mères qui les ont reconnus légalement, que leur tutelle doit être déférée par l'autorité compétente; mais non pas que les pères et mères qui les ont reconnus légalement, en aient de plein droit la tutelle. Comme le disait très-bien le défenseur d'Angélique Six, lors de l'arrêt de la cour de cassation, du 22 juin 1813, « s'il est une vérité incontestable, » c'est que nul ne peut avoir de droit sur les biens » ou la personne d'autrui, que celui que la loi lui » donne. Or, où est la loi qui confère au père et à » la mère naturels le droit d'exercer les actions de » l'enfant qu'ils ont reconnu légalement? Nulle » part ».

UNION DE CRÉANCIERS, §. II. *Page* 570, *col.* 1, *à la fin de la ligne* 49 (1), *ajoutez en note*:

V. l'article *Désaveu*, §. 1.

USAGE (Droit d'), §. V. *Page* 590, *col.* 1, *ligne* 46 (2), *après les mots* ci-devant conseil, *ajoutez en note*:

J'aurais dû ajouter qu'elles ne pouvaient même pas être portées ailleurs, et que, toutes les fois qu'avaient été dénoncés au conseil du roi des arrêts de cours souveraines qui avaient accueilli des demandes en cantonnement, ils avaient été cassés comme rendus incompétemment.

Voici ce que j'ai trouvé, depuis mes conclusions du 17 nivôse an 13, dans une requête en cassation d'un arrêt du parlement de Paris, du 19 décembre 1788, signée de M. Henrion de Saint-Amand, ancien avocat au conseil, rédigée par lui, sous les yeux de son illustre frère, M. Henrion de Pansey, admise par un arrêt de la section des requêtes, du 25 juillet 1792, mais qui, d'après les lois survenues peu de temps après, n'a pas eu d'autre suite:

« Le parlement était incompétent pour prononcer sur une demande en cantonnement. En effet, un cantonnement entre les seigneurs et des habitans, n'est autre chose qu'un acte d'administration des biens des communautés, mais un acte de la plus grande importance, puisque le résultat est, d'une part, d'altérer et de diminuer les droits d'usage des habitans, et de l'autre, de leur conférer une propriété qu'elles n'avaient point. Or, les lois, et notamment les édits de 1683 et 1749 ne permettent aux communautés, ni de diminuer leurs propriétés, ni d'en acquérir d'autres sans le comsentement du roi. Aussi toutes les fois que les cours ont voulu connaître des demandes en cantonnement, leurs arrêts ont-ils toujours été cassés. Nous nous contenterons d'en citer deux exemples.

» En 1750, le sieur Mollerat se pourvut devant la maîtrise de Chaumont et les officiers de la table de marbre à Paris, afin d'obtenir le cantonnement des bois usagers de la communauté, dont il était propriétaire. Ces bois étaient évidemment beaucoup plus considérables que ne l'exigeaient les besoins des habitans, et il y avait réellement lieu au cantonnement: il fut ordonné par arrêt de la table de marbre du 7 juin 1752. Les habitans se sont pourvus au conseil en cassation contre cet arrêt; et par arrêt du 5 février 1760, il a été cassé, notamment en ce qu'il avait reçu la demande en cantonnement formée par le sieur Mollerat.

» Le sieur d'Orignac est propriétaire des bois du territoire. Les habitans ont sur ces bois des droits d'usage. Demande en cantonnement. Les habitans sont traduits au parlement de Toulouse. Cette cour, par arrêt du 11 septembre 1780, ordonne qu'il sera procédé au cantonnement. Le procureur du roi de la maîtrise de Tarbes demande au conseil la cassation de cet arrêt, en ce qu'il a prononcé sur une demande en cantonnement: et par arrêt du 13 novembre 1781, le conseil a cassé celui du parlement.

» Nous croyons suffisant de rapporter ces deux exemples; mais nous pouvons assurer qu'il s'en trouve un très-grand nombre dans les greffes du conseil, et que chaque fois que la question s'y est présentée, elle a toujours été jugée de même ».

(1) *Page* 459, *col.* 1, *ligne* 32 (2e édition).
(2) *Page* 478, *col.* 2, *ligne* 31 (2e édition).

BIU Cujas

Même page, col. 2, *ligne* 8 (1), *après les mots* en sont dignes, *ajoutez en note* :

V. l'article *Cantonnement*, § 9.

§. VII. *Page* 595, *col.* 1, *supprimez les lignes* 40 *à* 43 (2), *et substituez-y ce qui suit* :

Je ne proposerais pas ici la première de ces questions, sur la négative de laquelle je n'ai jamais eu aucun doute, s'il n'avait pas été rendu par la cour de cassation, le 24 avril 1810, un arrêt qui a jugé, en en maintenant, etc.

Page 596, *supprimez la col.* 1, *à l'exception des* 17 *premières lignes* (3), *ainsi que les* 13 *premières de la colonne* 2, *et substituez-y ce qui suit* : et qu'entend-on par là ?

Si l'on veut dire qu'il en est des servitudes réelles comme du droit d'usufruit, et qu'elles ne peuvent pas plus que celui-ci porter atteinte à la substance des choses qui en sont grevées (4), j'en conviendrai; mais où ce principe nous conduira-t-il ? L'usufruit altère-t-il la substance des choses sur lesquelles il s'exerce, parcequ'il en emporte la jouissance entière ? non, certes. Comment donc le droit d'usage, dont un fonds est grevé pour l'utilité d'un autre fonds, altérerait-il la substance du premier, alors que bien constamment il n'emporte, pour le second, que la jouissance d'une parcelle des droits inhérens au premier, ou de ses produits ? Et le moyen, d'après cela, d'inférer sérieusement du principe dont il s'agit, que le droit d'usage dont un fonds est grevé pour l'utilité d'un autre fonds, ne constitue pas une servitude réelle ?

Si l'on veut dire qu'il est de l'essence d'une servitude réelle de ne jamais diminuer au profit du fonds à qui elle appartient, les droits ou les produits du fonds qui en est grevé, on se met en opposition manifeste avec les notions les plus triviales; car il est, au contraire, de l'essence d'une servitude réelle, de conférer une partie des droits ou des produits du fonds qui en est grevé, au fonds à qui elle est due : *Cùm quis* (dit la loi 5, §. 9, D. *de operis novi nunciatione*) *jus suum diminuit, alterius auxit, hoc est, servitutem ædibus suis imposuit;* ce qui fait dire à Godefroy, dans sa note sur ce texte : *Servitutis est hæc natura ut jus prædii servientis minuat.* Ainsi, de même qu'en accordant à mon voisin, pour l'utilité du fonds qu'il possède, le droit de passer sur le mien, je grève le mien d'une servitude réelle, quoique par-là j'altère le droit exclusif que j'ai d'y aller et venir; de même aussi le propriétaire d'une forêt qui accorde à celui d'un fonds voisin le droit d'y prendre du bois pour son usage, ou d'y faire pacager ses bestiaux, grève nécessairement sa forêt d'une servitude réelle, quoique, par-là, il altère le droit exclusif qu'il a au bois et à l'herbe qui y croissent.

En second lieu, où l'arrêt de Bourges a-t-il pris qu'un *droit d'usage* consistant à prendre du bois dans la forêt d'autrui et à y mettre des bestiaux en pâturage, *participe du droit de propriété* ? etc.

Page 595, *supprimez les* 16 *dernières lignes de la colonne* 2 (1), *les pages* 597, 598, *ainsi que les* 30 *premières lignes de la page* 599, *col.* 1, *et passez, mais sans les supprimer, parcequ'elles sont refondues dans le n° suivant, aux endroits indiqués, les* 30 *dernières lignes de cette col., la col.* 2, *la col.* 1 *et les* 15 *premières lignes de la col.* 2, *page* 600; *après quoi, continuez ainsi* :

D'un autre côté, quand il eût été question, etc.

Page 601, *col.* 2, *lignes* 49 *et* 56 (2), *supprimez la note qui se trouve après les mots* des Servitudes, *et substituez-y ce qui suit* : discontinues; et qu'elle était partie de là pour casser un arrêt de la cour d'appel de Montpellier qui, sans avoir égard à la jurisprudence constante du parlement de Toulouse, suivant laquelle les servitudes discontinues pouvaient s'acquérir par une possession immémoriale, avait rejeté la preuve de cette possession dans l'espèce dont il s'agissait (3).

Que depuis, et par un arrêt du 9 novembre 1826, ayant à statuer sur le recours en cassation exercé par la dame de Sancy, contre un arrêt de la cour royale de Pau, qui avait jugé, au profit de la commune de Larreule, qu'un droit de glandée, consistant à la fois et dans la dépaissance des glands par les porcs, et dans le droit de recueillir et d'emporter les glands échappés à cette dépaissance, était une servitude discontinue légalement acquise par une possession immémoriale antérieure au Code civil, elle a rejeté ce recours, *attendu, sur la prétendue fausse application de l'art.* 691 *du Code civil, que*

(1) *Même page et même col.*, *ligne* 50, (2e édition).

(2) *Tome* 6, *page* 828, *col.* 2, *ligne* 38 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 829, *col.* 2, *ligne* 16 (2e. édition).

(4) *Usufructus*, dit Justinien, dans ses Institutes, liv. 2, tit. 4, *est jus alienis rebus utendi frueni, salvâ rerum substantiâ.*

(1) *Tome* 6, *page* 830, *col.* 1, *ligne* 45 (2e édition).

(2) *Tome* 6, *page* 835, *col.* 2, *ligne* 1 (2e édition).

(3) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 4, page 251.

BIU Cujas

cet article conserve, par sa disposition finale, tous les effets de la possession immémoriale, à l'égard des servitudes discontinues acquises, à l'époque de la publication du Code civil dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière; qu'il n'est pas contesté que la commune de Larreule est située dans un pays où les servitudes discontinues pouvaient s'acquérir par la possession immémoriale (1);

Et que, plus récemment encore, par un arrêt du 20 juin 1827, elle s'est fondée (pour en casser un rendu par la cour royale de Paris, au sujet d'un droit de pâturage concédé à une métairie dans la forêt de Nouvion) sur le principe que *le droit de pacage constitue une servitude réelle* (2).

Et vainement la cour d'appel, etc.

Page 603, *supprimez les treize premières lignes de la col.* 2 (3), *et substituez-ce qui suit:*

II. La seconde question est résolue à l'avance par tout ce que je viens de dire sur la première.

En effet, elle se réduit, comme celle-ci, au seul point de savoir si les droits d'usage dans les forêts d'autrui, forment des servitudes proprement dites; car, si tel est leur caractère, et si, en conséquence, on doit les ranger dans la classe des servitudes discontinues, il est impossible qu'on ne leur applique pas la disposition de l'art. 691 du Code civil, aux termes de laquelle *les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres*, et *la possession, même immémoriale, ne suffit pas pour les établir.*

Or, que les droits d'usage dans une forêt constituent encore aujourd'hui, comme dans l'ancienne jurisprudence, de véritables servitudes, c'est la conséquence nécessaire de l'art. 637 du Code civil. *La servitude*, y est-il dit, *est une charge imposée sur un héritage, pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.* Il y a donc servitude sur une forêt, comme il y a servitude sur une maison, sur un champ, sur un pré, par cela seul que la forêt, la maison, le champ, le pré, sont grevés d'une charge, non au profit d'une personne, en quelque lieu qu'elle demeure, mais au profit d'un héritage qui en est à portée ou voisin. Or, tel est précisément le caractère des droits d'usage qui s'exercent dans les forêts; car ce n'est, ainsi que je l'explique ci-après, §. 10, et dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Usage (droit d')* sect. 2, n° 1, que pour l'utilité des héritages situés à portée des forêts, que ces droits sont établis. Ces droits forment donc de véritables servitudes.

Ils sont sans doute réputés droits de propriété, en ce sens qu'ils améliorent la propriété à laquelle ils sont dus, comme ils diminuent la valeur de la propriété qui les doit; et c'est par cette raison que l'art. 626 du Code civil les range dans la classe des droits immobiliers; mais ils ont cela de commun avec les charges imposées sur les champs, les prés, les maisons, au profit d'autres héritages; et puisque celles-ci n'en sont pas moins des servitudes proprement dites, il faut bien que ceux-là conservent, sous le Code civil, le caractère qu'ils en avaient dans l'ancienne jurisprudence.

C'est effectivement ce que juge un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce:

En 1805, les héritiers du sieur Laboucaye, etc.

Page 599, *refondue ici, col.* 2, *à la fin de la ligne antépénultième* (1), *ajoutez en note:*

Non, mais de là même il résulte invinciblement que le droit d'usage *réel* forme une véritable servitude; car la disposition de l'art. 635 du Code civil est bien certainement restreinte aux possesseurs des droits d'usage *personnels*; et ce qui le prouve d'une manière sans réplique, c'est que le conseil-d'état juge constamment que l'on ne peut pas en argumenter contre les usagers des forêts de l'État; c'est qu'il juge constamment que ces usagers ne sont pas tenus de concourir avec l'État au payement des contributions. *V.* l'ordonnance du roi du 13 juillet 1825, rapportée par M. Baudrillat, dans son *Recueil des réglemens forestiers*, et les notes du même auteur, sur l'art. 64 du Code forestier du 21 mai 1827.

Page 600, *refondue ici, col.* 1, *supprimez-en la note* (2), *et substituez-y celle-ci:*

Cette étrange assertion est déjà réfutée par ce que je viens de dire sur l'art. 637 du Code civil; j'y reviendrai encore dans un instant.

Même page et même col., ligne 35 (3), *après les mots* nouveau contrat, *ajoutez en note:*

Ajoutons que c'était une innovation contraire

(1) *Ibid.*, tome 27, page 29.
(2) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 29, page 199; Journal des audiences de la cour de cassation, année 1827, page 227.
(3) *Tome* 6, *page* 837, *col.* 1, *ligne* 15 (2e édition).

(1) *Tome* 6, *page* 811, *col.* 2, *ligne* 28 (2e édition).
(1) *Même page et même col., ligne* 17 (2e édition).
(3) *Même page et même col., ligne* 42 (2e édition).

BIU Cujas

à tous les principes, et qu'elle est abrogée par l'art. 63 du Code forestier du 21 mai 1827.

Même page, col. 2, après la ligne 15 (1), ajoutez ce qui suit:

Le principe si nettement reconnu par cet arrêt, que, sous le Code civil, comme sous l'ancienne jurisprudence, les droits d'usage dans les bois et forêts forment de véritables servitudes, la cour de cassation l'a encore proclamé depuis, par deux arrêts contradictoires des 26 janvier 1818 et 17 mai 1820.

Par le premier, elle a cassé, comme on le verra ci-après, §. 9, n° 1er, un arrêt de la cour royale de Bordeaux qui avait jugé qu'un droit d'usage dans une forêt, n'avait pas été éteint par une possession trentenaire de franchise, et elle l'a cassé comme violant notamment l'art. 706, lequel, a-t-elle dit, en décidant que *la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans, n'est pas introductif d'un droit nouveau, mais seulement déclaratif d'un droit commun préexistant.*

Par le second, en cassant un jugement en dernier ressort qui avait statué sur une action possessoire en maintenue dans un droit de pacage et de *ligne-rage* (2) prétendu par les frères Jourdan, etc.

Page 603, col. 2, après la ligne 13 (3), ajoutez:

Il est vrai que, depuis, la la cour de cassation a énoncé dans les motifs d'un arrêt du 19 août 1829, rapporté dans le recueil de M. Sirey, tome 29, page 382, que d'après l'art. 636 du Code civil, aux termes duquel l'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières, *il ne faut pas appliquer aux droits d'usage et de pacage dans les bois, les règles prescrites pour les servitudes discontinues, puisque ces droits ne sont pas des servitudes; qu'aussi les lois spéciales de la matière, et notamment celle du 28 ventôse an 11, ont-elles attribué à la possession de ces droits les mêmes effets qu'aux conventions écrites.*

Mais, qu'il me soit permis de le dire, en se mettant ainsi en opposition avec elle-même, en rétractant ainsi les principes consignés dans ses arrêts des 6 mars 1817, 26 janvier 1818 et 17 mai 1820, la cour de cassation a fait la plus fausse application de l'article 636 du Code civil et de la loi du 28 ventôse an 11.

D'abord, quel est l'objet de l'art. 636 du Code civil, quand il dit que *l'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières?* Ce n'est sûrement pas de faire dépendre des lois particulières aux bois et forêts, la constitution des droits d'usage auxquels ils peuvent être assujettis; car elle n'est réglée ni par l'ordonnance de 1669, qui était en vigueur au moment où cet article a été rédigé, ni par le Code forestier du 21 mai 1827. C'est donc uniquement du mode d'exercice de ces droits qu'il s'agit dans cet article. Et ce qui le prouve invinciblement, c'est que, si l'on faisait dire à cet article que les dispositions du Code civil concernant la manière d'acquérir les servitudes, sont inapplicables aux droits d'usage dans les forêts, on arriverait forcément à cette conséquence absurde, que le législateur a laissé cette matière sans règles, et qu'il l'a livrée au plus effrayant arbitraire.

Ensuite, la loi du 28 ventôse an 11 oblige bien *les communes et les particuliers qui se prétendront fondés par titres ou possession, en droits de pâturage, pacage et autres usages de bois dans les forêts nationales, de produire dans six mois...., aux secrétariats de préfectures et sous-préfectures...., les titres ou actes possessoires dont ils infèrent l'existence;* mais elle ne décide pas si, à défaut de *titres*, les usagers pourront établir ces droits par de simples *actes possessoires;* et pourquoi ne le décide-t-elle pas? Parce que cela est étranger à son objet; parce que son objet n'est que de procurer à l'administration les renseignemens nécessaires pour discerner, d'après les diverses lois et coutumes qui ont précédemment régi les différentes parties de la France sur cette matière, quels sont, parmi les usagers actuels, ceux dont les prétentions sont fondées ou ne le sont pas.

Du reste, voyez ce qu'a écrit sur cette question et sur la précédente, M. Curasson, dans son *Commentaire sur le Code forestier*, tome 2, pages 268 et suivantes.

§. VIII. *Page 604, col. 1, après la ligne 18 (1), ajoutez ce qui suit:*

Je ne dois pourtant pas dissimuler que le contraire a été jugé depuis, par la cour royale de Rouen, dans l'espèce que je rapporte dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Usage (droit d')*, sect. 2, §. 5, art. 1, n° 1.

Parmi les moyens que le sieur Havas et ses con-

(1) *Tome 6, page 834, col. 1, ligne 22 (2e édition).*

(2) On appelle ainsi, dans quelques-uns de nos départemens méridionaux, le droit de couper du bois dans la foret d'autrui.

(3) *Tome 6, page 837, col. 1, ligne 28, (2e édition).*

(1) *Tome 6, page 837, col. 2, ligne 34 (2e édition).*

BIU Cujas

sorts, propriétaires de la forêt de Touques, opposaient aux sieur et dame de Cairon, réclamant un droit de chauffage sur cette forêt, il y en avait un qui consistait à dire (je copie littéralement leur mémoire imprimé sur l'appel) *que l'on présentait comme titre un acte qui ne pouvait avoir aucune espèce de force dans le moment actuel, puisque c'est un titre féodal, ou tout au moins mélangé de féodalité; que c'était à cause* d'un fief *que l'on réclamait le droit de chauffage, qu'on prétendait y avoir droit comme on prétendait l'avoir de prendre des pailles dans la grange dixmeresse, d'avoir le champart, le droit de garenne, reliefs, treizième, service de prévôté; qu'ainsi, c'était un droit féodal ou tout au moins mélangé de féodalité que l'on réclamait, lequel droit était anéanti par toutes les lois promulguées depuis* 1789, *et ne pouvait revivre.*

Les sieur et dame de Cairon opposaient à ce moyen une réponse simple et péremptoire : *Les droits féodaux* (disaient-ils) *ont été abolis comme résultant des abus de la puissance féodale, et l'on ne peut concevoir que le vassal ait abusé de sa puissance envers son seigneur. D'une autre part, il ne pouvait y avoir de droits féodaux à exercer que du seigneur sur le vassal; et ici c'est le vassal qui avait un droit à exercer sur son seigneur : donc ce droit n'était pas féodal.*

Que répliquaient à cela les sieurs Havas et consorts? Voici leurs propres termes :

« D'abord il n'était pas besoin que le droit qu'on réclamait, fût le résultat d'un abus de puissance, pour qu'il fût aboli; car lorsqu'un immeuble avait été vendu par un propriétaire de fief, moyennant une rente, et que cette rente était stipulée seigneuriale, quoiqu'elle fût le résultat de conventions libres, et qu'il semble injuste que l'on jouisse d'une chose sans en payer le prix, cette rente a été déclarée éteinte par les lois et les arrêts, par cela seul qu'on l'avait nommée seigneuriale.

» Si même un simple particulier, qui n'était ni seigneur ni propriétaire de fief, s'était avisé, en vendant par une rente un fonds du terre, de faire énoncer dans le contrat, soit par vanité, soit par tout autre motif, que la rente stipulée pour prix de la vente, était foncière et seigneuriale, cette rente s'est trouvée éteinte par l'effet des lois ci-dessus citées et de la jurisprudence; et l'on n'a plus eu droit d'en réclamer le montant.

» D'une autre part, il n'est pas question d'un seigneur qui exerce ses droits envers un vassal roturier; ici c'étaient deux propriétaires de fiefs qui avaient, à raison de leurs fiefs, des droits à exercer l'un sur l'autre, s'étant vendu ou échangé des droits féodaux résultant de leurs fiefs, à exercer l'un sur l'autre, quel que fût le fief dominant.

» Cela se démontre par la réunion dans le même acte de tous les droits que l'on a ci-dessus fait connaître, par cette énonciation que le seigneur du fief de Bonneville a droit de garenne le long de la forêt de Touques, dépendant de la propriété du seigneur auquel il rend aveu; c'étaient donc des droits féodaux, des droits résultant de fiefs qu'ils avaient à exercer l'un sur l'autre, et qui, dès-lors, n'ont pu survivre à l'abolition de tous les droits ou féodaux ou mélangés de féodalité ».

Ces raisons ont fait, sur la cour royale de Rouen, plus d'impression que l'on ne devait s'y attendre. Par arrêt du 15 janvier 1822, le jugement qui avait débouté les sieur et dame de Cairon, a été confirmé, non-seulement par le motif parfaitement légal, qui avait déterminé les premiers juges, mais encore (je ne le croirais pas, si je n'avais eu sous les yeux une copie authentique de l'arrêt), *attendu que le titre en vertu duquel les appelans réclament la prestation annuelle de 750 bûches à prendre dans la forêt de Touques, est l'aveu de* 1748, *titre mélangé de féodalité, et comme tel compris dans la proscription prononcée par les lois qui ont aboli le régime féodal.*

§. IX, N° IV. *Page* 607, *col.* 2, *supprimez les lignes* 48 *à* 53 (1), *et substituez-y ce qui suit :*

Ce qui, à la première vue, semblerait devoir faire décider que cette preuve ne peut pas être faite par témoins, c'est que les droits d'usage, etc.

Page 609, *col.* 2, *après la ligne* 41 (2), *ajoutez :*

Mais si, de ce premier aperçu, on remonte à un principe que je crois avoir démontré au mot *Triage*, §. 3, savoir, que la possession acquise par voie de fait, mais publiquement et à titre non précaire, n'en est pas moins une possession *civile* et suffisante pour interrompre la prescription, on arrivera nécessairement à une décision toute différente; car, s'il résulte de ce principe qu'un usager qui, en vertu d'un titre tout récent et non encore exécuté, aurait exercé pendant un an ses droits d'usage sans acte préalable de délivrance de la part du propriétaire, aurait, par cela seul, acquis le droit d'intenter complainte contre le propriétaire lui-même qui viendrait l'y troubler, à plus forte raison, doit-on en conclure que si, après avoir exercé légalement

(1) *Tome* 6, *page* 841, *col.* 2, *ligne* 17 (2e édition).

(2) *Tome* 6, *page* 843, *col.* 2, *ligne* 7, (2e édition).

BIU Cujas

ses droits d'usage pendant une longue suite d'années, il en a continué illégalement l'exercice, cette continuation suffit pour le maintenir dans sa possession, et par conséquent pour mettre ses droits à l'abri de la prescription trentenaire.

§. X, N° II. *Page* 610, *col.* 2, *après la ligne* 2 (1), *ajoutez :*

V. le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Usage* (*droits d'*), sect. 2, art. 1, n°s 2 et 3.

§. XI. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles *Cantonnement*, *Communaux*, §. 2, *Prescription*, §, 10, n° 4, et *Servitude*, §. 8.

USUFRUIT. *Page* 611, *col.* 2, *après la ligne* 43 (2), *ajoutez :*

§. VII. *Le bail à vie, pur et simple, confère-t-il un véritable usufruit ?*

Aux raisons et aux autorités que j'ai employées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Usufruit*, §. 1, n° 3, pour établir l'affirmative, je dois ajouter l'argument qui résulte, en faveur de la même thèse, des art. 14 et 15 de la loi du 18-27 avril 1791, concernant les baux emphytéotiques et à vie, faits avant le 2 novembre 1789, par les corps ecclésiastiques et les bénéficiers.

L'art. 14 porte que *les rentes emphytéotiques, ou* A VIE, *appartenant à la nation en vertu des actes maintenus par les dipositions précédentes, ensemble* la NUE-PROPRIÉTÉ *des biens qui en sont l'objet, pourront être aliénées aux conditions et suivant les règles qui vont être expliquées.*

Et l'art. 15 ajoute que *les experts estimeront quel doit être le revenu des biens compris au bail emphytéotique ou* A VIE.

Il est clair, d'après la combinaison de ces deux articles, que c'est par des baux *à vie* qu'ont été constituées les *rentes à vie* dont il est parlé dans le premier. Or, le premier reconnaît expressément que, tant que dureront ces rentes, et par conséquent les baux dont elles forment le prix, la nation n'aura que la *nue-propriété des biens qui en sont l'objet.* Il reconnaît donc, par-là même, que les baux à vie ont investi de l'usufruit de ces biens les particuliers au profit desquels ils ont été faits. Il reconnaît donc que bailler un immeuble à vie et en céder l'usufruit, c'est, en thèse générale, une seule et même chose.

Le contraire a cependant été jugé, pour le droit d'enregistrement, par un arrêt de la cour de cassation, du 18 janvier 1825; mais il s'en faut beaucoup que la manière dont est motivé cet arrêt, en justifie le prononcé. Voici l'espèce, telle qu'elle est rapportée dans le *Bulletin civil*, tome 27, page 33.

Le 2 août 1814, bail à vie par les sieur et dame Guyot, au profit des sieur et dame Vasseur, d'un moulin et de ses dépendances, moyennant une redevance annuelle de 610 francs 10 centimes.

Le 16 octobre 1820, les sieur et dame Guyot vendent au sieur Egret la propriété de ce moulin, à la charge d'entretenir le bail à vie.

Le 13 novembre suivant, acte par lequel les sieur et dame Vasseur se désistent de ce bail au profit du sieur Egret.

Cet acte présenté à l'enregistrement, le receveur le considère comme une rétrocession ordinaire de bail, et perçoit en conséquence, sur le capital au denier dix de ce qu'il appelle le *fermage*, un droit de cinq et demi pour cent.

Les sieur et dame Vasseur se pourvoient en restitution, et soutiennent que cet acte n'a opéré que la réunion de leur usufruit à la nue-propriété du sieur Egret; qu'ainsi, il n'était passible, aux termes de l'art. 68, §. 1, n° 42, de la loi du 22 frimaire an 7, que du droit fixe d'un franc.

Le 21 décembre 1822, jugement du tribunal civil de Vervins, qui ordonne la restitution de la somme perçue pour droit proportionnel, sous la déduction du simple droit fixe, *attendu que, dans l'espèce, la résiliation du bail ayant eu lieu au profit, non d'un tiers, mais du propriétaire lui-même, il ne s'est opéré qu'une cessation de jouissance, une extinction du droit des locataires à vie, lequel peut être assimilé à un usufruit, et que l'extinction de l'usufruit étant affranchie du droit proportionnel, la résiliation dont il s'agit, ne peut être passible que du droit fixe d'un franc.*

La direction générale de l'enregistrement se pourvoit en cassation contre ce jugement, et l'attaque, tant comme faisant une fausse application de l'art. 8, §. 1, n° 42, que comme violant l'art. 69, §. 7, n° 2, de la loi du 22 frimaire an 7.

Les sieur et dame Vasseur, assignés devant la section civile pour répondre à ces moyens de cassation, ne comparaissent pas et font défaut.

En conséquence, par l'arrêt cité,

« Vu l'art. 15 n°s 3 et 7, l'art. 68, §. 1er, n° 42, et l'art. 69, §. 7, n° 2, de la loi du 22 frimaire an 7;

(1) *Tome* 6, *page* 844, *col.* 1, *ligne* 46 (2e édition).

(2) *Page* 484, *col.* 2, *ligne* 16 (2e édition).

BIU Cujas

» Attendu qu'en droit, la jouissance par bail à vie et l'usufruit diffèrent essentiellement dans leur nature et dans leurs effets, notamment en ce que, dans le bail à vie, le bailleur conserve la jouissance des fruits civils de l'objet donné à bail, dont le premier ne perçoit que les fruits naturels, tandis que l'usufruitier jouit des fruits naturels et civils de l'objet grevé d'usufruit, dont le propriétaire ne conserve que la nue-propriété;

» Qu'aussi la loi du 22 frimaire an 7 a soigneusement distingué ces deux modes de jouissance, soit en prescrivant un mode d'évaluation différent pour l'application des droits imposés sur les actes constitutifs de cette jouissance (art. 15, nos 3 et 6), soit en n'appliquant à la réunion de l'usufruit à la propriété qu'un simple droit fixe (art. 68, §. 1er nº 42), tandis qu'elle soumet à un droit proportionnel (art. 69, §. 7, nº 2) toute cession ou rétrocession d'un bail à vie;

» Attendu que néanmoins le jugement attaqué, confondant sur un même point de vue la rétrocession d'un bail à vie au profit du bailleur, avec la réunion d'un usufruit à la propriété, n'a appliqué, dans l'espèce, à l'acte du 13 novembre 1820, portant rétrocession par les sieur et dame Vasseur au sieur Egret, du bail à vie que leur avaient consentie les sieur et dame Guyot, que le droit fixe d'un franc porté en l'art. 68, §. 1er, nº 42, de la loi du 22 frimaire an 7; en quoi ce jugement présente une fausse application de cet article, et une violation formelle de l'art. 69, §. 7, nº 2 de la même loi;

» La cour donne défaut contre les sieur et dame Vasseur, non comparans, et, pour le profit dudit défaut, casse et annule le jugement rendu entre les parties, par le tribunal civil de Vervins, le 21 décembre 1822.... ».

On voit que le premier motif de cet arrêt, en affirmant *que la jouissance par bail à vie et d'usufruit diffèrent essentiellement dans leur nature et leurs effets*, met en principe précisément ce qui est en question: car ce n'est certainement pas le prouver que de dire que, *dans le bail à vie, le bailleur conserve la jouissance des fruits civils de l'objet donné à bail, dont le preneur ne perçoit que les fruits naturels, tandis que l'usufruitier jouit des fruits naturels et civils de l'objet grevé d'usufruit dont le propriétaire ne conserve que la nue-propriété.* D'une part, en effet, il est constant que le simple fermier ou locataire à temps jouit des fruits civils ni plus ni moins que des fruits naturels, puisque c'est à lui qu'appartiennent les loyers et fermages des biens compris dans son bail, non seulement lorsqu'il sous-loue lui-même ces biens, mais encore lorsqu'au moment où il les prend à bail, ils se trouvent déjà loués ou affermés par son bailleur, qui lui en admodie les loyers ou fermages à forfait. D'un autre côté, quand il y aurait à cet égard une différence quelconque entre le fermier ou locataire à temps et l'usufruitier, ce ne serait pas à dire pour cela que la même différence existât entre l'usufruitier et le fermier ou locataire pur et simple à vie; et il resterait toujours à savoir si le fermier ou locataire pur et simple à vie n'est pas, à ce seul titre, un véritable usufruitier, comme le fermier ou locataire perpétuel est, sous cette dénomination, un véritable propriétaire.

Le second motif de l'arrêt n'est pas mieux fondé dans sa première branche, c'est-à-dire, en tant qu'il fait résulter de la conférence du nº 26 de l'art. 15 de la loi du 22 frimaire an 7, avec le nº 3 du même article, la preuve que les baux à vie *diffèrent essentiellement dans leur nature et dans leurs effets*, des actes expressément constitutifs d'usufruit; car, je l'ai déjà dit dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'endroit cité, les deux modes d'évaluation que prescrivent ces textes, reviennent absolument au même, comme c'est absolument au même que reviennent les modes d'évaluation respectivement prescrits pour les ventes en propriété par le nº 6, et pour les baux à rentes perpétuelles, par le nº 2 du même article; et si, comme on n'en peut douter, ce serait raisonner excessivement mal, que de dire: *la valeur de la propriété transmise par un contrat de vente, est, suivant le nº 6 de l'art. 15 de la loi du 22 frimaire an 7, déterminée, quant au droit proportionnel d'enregistrement, par le prix exprimé dans l'acte, tandis que, suivant le nº 2 du même article, la valeur de la propriété transmise par un bail à rente perpétuelle, est déterminée par un capital formé de vingt fois la rente ou le prix annuel; donc le contrat de vente et le bail à rente perpétuelle diffèrent essentiellement l'un de l'autre dans leur nature et leurs effets; donc le bailleur à rente perpétuelle ne peut pas réclamer le privilège du vendeur*(1); il est impossible que ce soit bien raisonner, que de dire: *la valeur de l'usufruit constitué moyennant une somme une fois payée, est, suivant le nº 6 de l'art. 15 de la loi du 22 frimaire an 7, déterminée par cette somme même, tandis que, suivant le nº 3 du même article, la valeur des baux à vie est déterminée par un capital formé de dix fois le prix et les charges annuelles; donc rien de commun entre l'acte constitutif d'usufruit et le bail à vie, même pur et simple; donc le fermier ou locataire à vie n'est pas usufruitier, lors même que son bail ne le décharge pas expressément, soit des réparations viagères, soit des contributions, soit des unes et des autres à la fois.*

Y a-t-il plus de justesse dans la seconde branche

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Rente foncière*, §. 2, art. 5, nº 2.

BIU Cujas

du deuxième motif du même arrêt ; et est-il bien vrai *que la loi du 22 frimaire an 7 a soigneusement distingué les deux modes de jouissance* dont il s'agit, *en n'appliquant à la réunion de l'usufruit à la propriété qu'un simple droit fixe* (art. 68, §. 1er, n° 42), *tandis qu'elle soumet à un droit proportionnel* (art. 69, §. 7, n° 2) *toute cession ou rétrocession d'un bail à vie ?*

Remarquons d'abord que le n° 3 du §. 7 de l'art. 69 ne soumet pas expressément, comme le dit l'arrêt, à un droit proportionnel, *toute cession ou rétrocession d'un bail à vie*, et qu'il ne fait autre chose que ranger *les baux à vie* dans la classe des actes soumis au droit proportionnel de quatre francs par cent francs.

Je sais bien qu'il est dans l'esprit de ce texte de se référer au n° 1er du même article, en tant qu'il assimile *les cessions ou rétrocessions de propriété ou d'usufruit* aux actes par lesquels les auteurs de ces cessions ou rétrocessions ont primitivement acquis, à titre onéreux, la propriété ou l'usufruit des immeubles qui en sont l'objet.

Mais de là même il suit nécessairement qu'il est aussi dans l'esprit de ce même texte, de se référer, pour le cas où le bail à vie équipolle, d'après les principes généraux du droit, à un acte expressément constitutif d'usufruit, au n° 42 de l'art. 68, qui ne soumet qu'au droit fixe d'un franc l'acte par lequel on ne fait, en rétrocédant l'usufruit au propriétaire, que le réunir à la propriété.

§. VII *L'usufruitier peut-il agir au possessoire contre ceux qui le troublent dans la jouissance de son droit ?*

L'affirmative n'était pas douteuse dans le droit romain. *V.* les conclusions du 15 mai 1809, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Inscription hypothécaire*, §. 5, n° 8-4°.

En est-il de même sous le Code civil ? Oui, et je crois en avoir donné des raisons sans réplique, au mot *Fermier*, §. 1.

Vainement objecterait-on qu'aux termes de l'art. 614 du Code civil, l'usufruitier est tenu de dénoncer au propriétaire les usurpations qui peuvent être commises sur sa propriété ; vainement prétendrait-on conclure de là que le propriétaire a seul le droit de faire cesser ces usurpations.

Cet article ne fait, comme le dit très-bien un arrêt de la cour de cassation, du 7 octobre 1813, rapporté dans le recueil de M. Sirey, tome 15, page 144, que renouveler la loi 1re, §. 7, et la loi 2 du tit. 9 du liv. 7 des Pandectes, qui déclaraient l'usufruitier responsable envers le nu-propriétaire, des prescriptions qu'il avait laissé encourir, parce que, disaient-elles, *custodiam præstare debet.* Or, ces lois étaient bien loin de s'opposer à ce que l'usufruitier agît au possessoire contre ceux qui le troublaient dans sa jouissance ; l'art. 614 du Code civil ne s'y oppose donc pas davantage. Et en effet, imposer à l'usufruitier l'obligation de dénoncer au nu-propriétaire les usurpations commises sur son terrain, ce n'est pas lui ôter le droit d'agir lui-même pour les faire cesser ; c'est seulement lui dire qu'il est bien le maître de conniver à ces usurpations pour son propre compte ; mais que, s'il y connive par négligence ou par un concert frauduleux avec l'usurpateur, il en répondra personnellement envers celui au nom duquel il possède le fonds.

§. VIII. *Le nu-propriétaire peut-il, après l'extinction de l'usufruit dont son bien était grevé, et avant qu'il ait possédé personnellement ce bien pendant une année entière, se prévaloir à l'effet d'agir en complainte contre ceux qui le troublent, de la possession antérieure de l'usufruitier ?*

L'affirmative ne paraît susceptible d'aucun doute et cependant voici une espèce dans laquelle la cour de cassation a fait de l'opinion contraire la base d'un de ses arrêts.

Au mois d'avril 1829, décès du sieur Sénéchal, usufruitier de plusieurs pièces de terre emblavées de sainfoin, dont la nue-propriété appartenait aux sieurs Minguet, comme héritiers de la dame Watou, qui venait de mourir, laissant un testament par lequel elle en avait légué l'usufruit au sieur Watou, son mari.

Quelques mois après, et à l'approche de la récolte des sainfoins, question de savoir à qui cette récolte doit appartenir, ou des sieurs Minguet, nu-propriétaires, ou du sieur Watou, usufruitier.

Le sieur Watou se disposant à couper les sainfoins qu'il prétend lui appartenir, en sa qualité d'usufruitier, les sieurs Minguet prennent sa prétention pour un trouble causé à leur possession, et le font assigner en complainte devant le juge de paix du canton de Liancourt, département de l'Oise.

Le sieur Watou répond qu'indépendamment du droit qu'il a aux fruits, en vertu du legs que lui a fait son épouse, les sieurs Minguet ne peuvent pas prendre contre lui la voie de complainte ; qu'en effet, cette voie n'est ouverte par l'art. 23 du Code de procédure civile, qu'à ceux qui, depuis une année au moins, sont en possession paisible, *par eux ou les leurs ;* qu'ils ne sont certainement pas *par eux-mêmes* en possession depuis un an, et qu'ils ne peuvent joindre à leur possession personnelle celle du précédent usufruitier, puisque celui-ci n'était

BIU Cujas

point leur représentant, et que ce n'était pas en leur nom, mais au sien et pour son propre compte, qu'il possédait.

Les 3 juin et 8 juillet de la même année, jugemens par lesquels, sans avoir égard à ses moyens de défenses, le juge de paix accueille l'action possessoire et mantient les sieurs Minguet.

Le sieur Watou en appelle au tribunal civil de Clermont, mais sans succès. Par jugement du 7 décembre suivant,

« Attendu que les sieurs Minguet ayant réuni sur leurs têtes, après le décès de Sénéchal, les deux qualités d'usufruitiers et de propriétaires des biens dont il s'agit, ont pu invoquer la possession de celui-ci, pour légitimer leur demande;

» Que l'exception proposée par le sieur Watou, n'étant fondée que sur une donation faite à son profit par son épouse, le juge de paix ne pouvait pas connaître du mérite de cet acte, sans excéder les bornes de sa compétence;

» Le tribunal dit qu'il a été bien jugé ».

Mais le sieur Watou se pourvoit en cassation, et par arrêt du 6 mars 1822,

« Ouï le rapport fait par M. le conseiller Poriquet, les observations de Dufour d'Astafort, avocat du demandeur, et celles de Loiseau, avocat des défendeurs, ainsi que les conclusions de M. l'avocat-général Joubert, et après qu'il en a été délibéré en la chambre du conseil;

» Vu l'art. 2228 du Code civil et l'art. 23 du Code de procédure civile;

» Attendu, en droit, que le juge de paix doit se déclarer incompétent, et renvoyer les parties à se pourvoir devant les tribunaux ordinaires, lorsque la loi déclare l'action en complainte non-recevable;

» Qu'aux termes des lois citées (art. 23 du Code de procédure et 2228 du Code civil), cette action n'est pas recevable, si celui qui l'intente n'est pas, depuis une année au moins, en possession paisible de la chose contentieuse, *par lui ou les siens, ou autres qui la tiennent en son nom*;

» Que, par ces mots, *les siens ou autres qui la tiennent en son nom*, la loi ne désigne pas l'usufruitier qui ne possède pas pour et au nom du propriétaire, mais qui possède pour lui-même et en son nom personnel, qui ne jouit pas à titre de tolérance de la part du propriétaire, mais en vertu de la disposition expresse de la loi qui considère l'usufruit comme une partie de la propriété (loi 7, D. *de usufructu*); dont enfin le droit s'éteint par son décès, et dans lequel par conséquent personne ne lui succède;

» Attendu, en fait, que Sénéchal ne tenait pas la possession des terres en litige, à titre de précaire des sieurs Minguet, propriétaires du fonds; qu'il en jouissait à titre d'usufruit, en vertu du legs que lui en avait fait la dame Goulet, son épouse, par testament du 30 vendémiaire an 9; que son usufruit ne s'est éteint qu'au mois d'avril 1819, époque de son décès; qu'ainsi, les sieurs Minguet ne pouvaient pas se dire en possession depuis un an et jour, par eux ou les leurs, lorsqu'au mois de mai suivant, ils ont formé leur demande en complainte devant le suppléant du juge de paix;

» Qu'il suit de là qu'en déclarant cette demande recevable, et le juge de paix compétent pour y statuer, ainsi qu'en maintenant les défendeurs dans leur prétendue possession d'an et jour, le tribunal civil de Clermont leur a adjugé le possessoire contre les dispositions de la loi, a méconnu les règles de la compétence des juges de paix, et expressément violé les art. 2228 du Code civil et 23 du Code de procédure civile;

» Par ces motifs, la cour casse et annule le jugement du tribunal civil de Clermont, du 7 décembre 1819..... (1) ».

Mais qu'il me soit permis de le dire, cet arrêt est en opposition diamétrale avec les premiers principes.

Sans doute, ce n'est pas au nom du propriétaire, c'est en son nom, c'est pour son compte personnel, que l'usufruitier possède son usufruit; mais il ne possède le fonds grevé de ce droit, qu'au nom du propriétaire, ou plutôt, comme le dit Justinien, dans ses Institutes, liv. 2, tit. 9, §. 4, il ne le possède pas, *fructuarius non possidet*; il n'en est que le détenteur naturel; et, comme le dit encore la loi 6, §. 2, D. *de precario*, *fructuarius et colonus et inquilinus sunt in prædio, et tamen non possident*. Aussi l'art. 2236 du Code civil range-t-il expressément *l'usufruitier* dans la catégorie de ceux *qui possèdent pour autrui*, et part-il de là pour dire que l'usufruitier ne peut pas plus que le *fermier, le dépositaire, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire*, en prescrire la propriété.

Or, comment l'usufruitier pourrait-il posséder le fonds *pour le propriétaire*, sans que le propriétaire fût, par cela seul, censé le posséder lui-même, sans que les actes de possession qu'il y fait, profitent au propriétaire à l'effet de conserver sa possession?

Vainement dit-on que c'est *pour lui-même et en son nom personnel* qu'il fait ces actes de pos-

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 24, page 68.

BIU Cujas

session, puisque c'est à lui qu'appartiennent tous les fruits provenant du fonds, et qu'il *ne jouit pas à titre de tolérance de la part du propriétaire.*

C'est aussi pour son propre compte que le fermier fait, sur les terres qui lui sont affermées, tous les actes de possession qui constituent sa jouissance; c'est aussi au fermier qu'appartiennent tous les fruits de ces terres; et ce n'est pas non plus *à titre de tolérance de la part du propriétaire*, mais en vertu d'un titre obligatoire pour le propriétaire comme pour lui-même, que le fermier jouit. Et si, nonobstant tout cela, le fermier ne possède le fonds qu'au nom du propriétaire, il est bien impossible que l'usufruitier le possède en son nom personnel.

Et vainement dit-on encore que la loi considère *l'usufruit comme une partie de la propriété*, et que telle est la décision expresse de la loi 7, D. *de usufructu.*

D'une part, cette loi ne contient pas un seul mot de ce que l'arrêt lui prête; et s'il est vrai que d'autres textes du droit romain qualifient l'usufruit de portion de la propriété (*pars dominii*), il est du moins certain qu'ils ne s'expriment ainsi que par rapport à l'usufruit réuni à la propriété même; il est du moins certain qu'en s'exprimant ainsi, ils n'ont pas en vue l'usufruit considéré comme un droit auquel la propriété est asservie envers un autre que le propriétaire (1).

D'un autre côté, qu'importe que l'usufruit, lors même qu'il est séparé de la propriété, soit ou ne soit pas réputé en faire partie? Le Code civil laisse de côté cette question oiseuse; il dit tout simplement, art. 2236, que l'usufruitier possède *pour autrui*, et par ces seuls mots, il tranche toute difficulté.

Les lois romaines se bornaient à dire que l'usufruitier ne possède pas (*non possidet*) le fonds dont il jouit; mais, de ces seules expressions, tous les auteurs concluaient qu'à l'exemple du locataire, du fermier, du commodataire, l'usufruitier conservait, par sa jouissance, la possession du propriétaire : *retinetur possessio* (disait notamment Voët, titre *de acquirendâ possessione*, n° 12), *animo proprio per corpus alterius, puta, coloni, conductoris, procuratoris*, FRUCTUARII, *commodatarii*, etc. Il faut donc bien et à plus forte raison qu'il en soit de même sous le Code civil.

Eh! comment élever là-dessus le moindre doute, alors qu'on est sous le Code civil, comme on était sous l'ancienne jurisprudence, généralement d'accord *que la jouissance de l'usufruitier doit nécessairement, comme celle du fermier, assurer au domaine qu'ils possèdent, la servitude continue et apparente qu'ils auraient exercée pendant trente ans* (1)?

§. IX. *Lorsque la nue-propriété d'une maison grevée d'usufruit, appartient à plusieurs*

(1) C'est ce que démontre parfaitement Voët, sur le Digeste, titre *de Usufructu*, n° 3.

L'usufruit, dit-il, n'a le caractère de *partie de la propriété* dans les lois qui le lui attribuent, que relativement au propriétaire, et lorsqu'il est réuni à la propriété elle-même : *Toties ususfructus est dominii pars, vel saltem portionis instar obtinet, ut Papinianus loquitur in lege* 76, §. 2, D. de legatis 2°, *quoties cùm proprietate conjunctus est; qui enim eumdem habet cum proprietate conjunctum, plenum dicitur habere dominium, sicut, ex quo ad proprietatem reversus est, nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem* (§. ult, Inst. h. t., l. 78, D. de jure dotium), *plenum autem illud dominium duabus quasi partibus integrantibus, proprietate scilicet et usufructu, constare evincitur apertè ex lege* 58, D. de verborum obligationibus, *dùm qui usumfructum fundi stipulatur, deindè fundum, similis dicitur ei qui partem fundi stipulatur, deindè totum; quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur.* Du reste, continue Voët, lorsque l'usufruit est séparé de la propriété, il n'en forme plus une partie, il n'est plus qu'une simple servitude : *Contrà, si ususfructus à proprietate separationem receperit,* NON PARS DOMINII, *sed* SERVITUS *est, id est, seorsim consideratur ut* JUS SERVITUTIS QUOD... JURI DOMINII OPPOSITUM *est;* et c'est sur ce fondement, ajoute-t-il, que la loi 25, D. *de verborum significatione*, dit que la propriété d'un héritage nous appartient en totalité, lors même que cet héritage est grevé d'un droit d'usufruit : *Rectè dicimus* (ce sont les termes de cette loi) *eum fundum totum nostrum esse, etiam cùm ususfructus alienus est : quia ususfructus non dominii pars, sed servitus sit, ut via et iter; nec falsò dici totum meum esse cujus non potest ulla pars dici alterius esse.*

Cette doctrine n'est point particulière à Voët; elle est celle de tous les auteurs. Pour ne pas multiplier inutilement les citations, nous nous bornerons à ce que dit Brunnemann, sur la loi 4, D. *de usufructu*, et sur la loi 21, D. *de exceptione rei judicatæ.*

Il établit, sur la première, que la plupart des docteurs s'accordent à distinguer deux sortes d'usufruits : l'un qu'ils appellent *causalis*, et qui se trouve réuni dans la main du propriétaire à la nue-propriété : l'autre qu'ils qualifient de *formalis*, et qui, séparé de la nue-propriété, existe dans la main d'un autre que le propriétaire; et voici, d'après cela, comment il s'explique sur la seconde : *Causalis ususfructus est cùm dominio junctus; sed..... ususfructus formalis non est pars dominii.*

(1) *V.* le *Traité des prescriptions* de Dunod, 1re partie, chap. 4 et 7, et le *Traité des Servitudes*, de M. Pardessus, 3e partie, chap. 1er, §. 1, sect. 4.

BIU Cujas

individus, l'obligation qui leur est commune à tous, d'en faire faire les grosses réparations, est-elle solidaire entre eux; et si, à leur défaut, l'usufruitier les a fait faire lui-même, doivent-ils être condamnés solidairement à lui en rembourser le coût?

Il en est de l'obligation de réparer un édifice, comme de celle de le construire.

Or, l'obligation de construire un édifice est certainement indivisible. « Il est vrai (dit Pothier, » *Traité des obligations*, n° 292) que cette cons» truction ne peut se faire que par parties et suc» cessivement: mais ce n'est pas le fait passager de » la construction qui fait l'objet de l'obligation, » c'est l'ouvrage même consommé, c'est *domus* » *construenda*. Ne pouvant donc y avoir de maison » qu'elle n'ait été entièrement construite, la forme » et qualité de maison ne pouvant résulter que de » la consommation de l'ouvrage, et ne pouvant pas » y avoir de partie de ce qui n'existe pas encore, il » s'ensuit que l'obligation de construire une mai» son ne peut s'accomplir que par la construction » entière de la maison, et conséquemment que cette » obligation n'est pas susceptible de parties, et ne » peut s'accomplir par parties: c'est ce que veut » dire le jurisconsulte, en la loi 80, §. 1, D. *ad* » *legem falcidiam*, en laquelle, pour prouver que » l'obligation de construire un ouvrage, comme un » théâtre, des bains, est individuel, il apporte cette » raison: *Neque enim nullum balneum, aut thea*» *trum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei* » *propriam formam quæ ex consummatione con*» *tingit non dederit* ».

C'est donc aussi comme indivisible que l'on doit considérer l'obligation de faire à l'édifice les réparations qui y sont ou deviendront nécessaires.

Mais si, de ce que l'obligation de construire ou de réparer un édifice est indivisible, il résulte qu'elle est solidaire entre tous ceux qui y sont soumis, en résulte-t-il également que, faute par eux de remplir cette obligation, ils doivent être condamnés solidairement aux dommages-intérêts que l'inexécution en a causés?

La négative avait prévalu dans le droit romain, et c'est ce que la loi 72, D. *de verborum obligationibus*, met dans la plus grande évidence: *Stipulationes*, y est-il dit, *non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt.... Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta.... fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel aliquid simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen refert Tuberonem existimasse ubi quid fieri stipulamur, sive non fueri factum, pecuniam dari oportere, ideòque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundùm quem Celsus ait posse dici justâ æstimatione facti dandam esse petitionem.*

Et c'est ce qui avait conduit les interprètes à cette fameuse distinction entre les obligations indivisibles *contractu*, et les obligations indivisibles *solutione*, sur laquelle on a tant écrit (1).

Mais le Code civil en dispose autrement: il déclare généralement, art. 1222, que *chacun de ceux qui ont contracté une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement*; et par-là, il exclut toute distinction entre l'obligation de construire ou de réparer effectivement un édifice, et l'obligation d'indemniser le créancier de ce qu'il lui en a coûté pour faire faire lui-même la construction ou la réparation à laquelle on s'était engagé.

Ainsi, nul doute qu'aujourd'hui l'usufruitier qui a été forcé par la négligence des nus-propriétaires, de faire faire lui-même les grosses réparations dont la charge pesait individuellement sur chacun d'eux, n'ait, contre chacun d'eux, une action solidaire pour le remboursement de la somme qu'elles lui ont coûté; et c'est ce qui a été jugé par un arrêt de la cour de cassation du 11 janvier 1825,

« Attendu que toute obligation qui ne peut être susceptible d'une exécution partielle, est indivisible de sa nature (art. 1218 du Code civil);

» Attendu qu'une obligation indivisible de sa nature est toujours solidaire, lors même que la solidarité n'aurait pas été stipulée dans l'acte par lequel elle fut contractée;

» Attendu qu'il n'était pas possible de laisser aux héritiers Oursel (demandeurs en cassation) la faculté de faire chacun en droit soi, et *partiellement*, les réparations de la maison dont ils étaient propriétaires en commun, lesquelles ils s'étaient, envers l'usufruitier, obligés ensemble de faire.... (2) ».

USUFRUIT PATERNEL, §. I. *Page* 614, *col.* 1, *à la fin de la ligne* 34 (3), *ajoutez en note*:

J'aurais dû ajouter ici que telle était la décision expresse d'un arrêt du parlement de Toulouse, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Paraphernal*, sect. 1, §. 5, n° 5.

Page 615, *col.* 2, *à la fin de la ligne* 24 (4), *ajoutez en note*:

---

(1) *V.* le Traité de Dumoulin, *de dividuo et individuo*, celui des *Obligations* de Pothier, et M. Toullier, tome 6.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 23, page 285.

(3) *Page* 487, *col.* 1, *ligne* 7 (2e édition).

(4) *Page* 448, *col.* 1, *ligne* 57, (2e édition).

BIU Cujas

J'aurais dû ajouter ici qu'à la vérité, le contraire avait été jugé, pour la coutume de Poitou, par un arrêt du parlement de Paris, du 30 mai 1636, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, à la fin de l'article *Légitime administration*; mais que l'on n'eût pas pu alors juger de même, en pays de droit écrit, sans violer les lois romaines citées plus haut.

§. III. *Page* 616, *col.* 2, *ligne* 4 (1), *supprimez les mots* j'ai établi la négative, en 1784, *et substituez-y ce qui suit :*

J'ai établi l'affirmative, en 1784, etc.

Page 617, *col.* 1, *à la fin de l'article* (2), *ajoutez ce qui suit :*

§. IV. *Les pères et mères naturels ont-ils, sous le Code civil, l'usufruit légal des enfans qu'ils ont reconnus ?*

V. l'article *Tuteur*, §. 4.

USURE. 1° *Le ministère public peut-il poursuivre, devant le juge d'instruction, un délit d'habitude d'usure, sans articuler en même temps les faits singuliers dont ce délit se compose?*

2° *Lorsque, sur le vu de l'information ouverte d'après de pareilles poursuites, il intervient une ordonnance de la chambre du conseil qui renvoie le prévenu devant le tribunal correctionnel, la citation donnée en conséquence au prévenu par le ministère public, est-elle valable, quoiqu'elle n'énumère pas les faits constitutifs du délit qui lui est imputé?*

Sur ces deux questions, la négative a été soutenue deux fois devant la cour de cassation, et deux fois la cour de cassation l'a rejetée.

Voici la première espèce.

Le 26 août 1816, à l'occasion d'une requête présentée par le sieur Leprovost au juge d'instruction de Caen, et qui porte sur un prétendu faux commis par le sieur Chancerel, pour une somme de 95 francs, dans le compte de retour d'une lettre de change protestée, le procureur du roi donne un réquisitoire par lequel, en concluant à ce qu'il soit instruit sur l'imputation de faux, il demande que l'instruction s'étende jusqu'au délit d'habitude d'usure dont le sieur Chancerel est prévenu tant par la plainte du sieur Leprovost que *par divers renseignemens parvenus au ministère public;* qu'avant tout, le juge d'instruction se transporte au domicile du sieur Chancerel, pour y faire la perquisition de ses livres, de ses titres, de toutes les pièces relatives à ses opérations, et qu'il décerne contre lui un mandat d'amener.

Ordonnance conforme, qui est mise à exécution le lendemain.

Une information s'ouvre ensuite, tant sur la prévention de faux que sur celle d'habitude d'usure.

L'instruction terminée, ordonnance de la chambre du conseil, du 25 novembre, qui, adoptant les conclusions du ministère public, déclare le sieur Chancerel prévenu du crime de faux, le renvoie devant la chambre d'accusation de la cour royale de Caen, et surseoit, jusqu'au jugement de cette prévention, à statuer sur l'imputation du délit d'habitude d'usure.

Le sieur Chancerel, mis en accusation, est traduit devant la cour d'assises du département du Calvados, où il intervient, le 12 mai 1817, d'après une déclaration du jury, un arrêt qui le condamne aux travaux forcés.

Le 30 août suivant, cet arrêt est cassé, avec renvoi du fond devant la cour d'assises du département de la Seine-Inférieure.

Le 25 novembre de la même année, déclaration du jury, portant que le sieur Chancerel n'est pas coupable; ordonnance du président qui l'acquitte, et arrêt qui condamne son dénonciateur à 3,000 francs de dommages-intérêts.

Le 19 février 1818, réquisitoire du procureur du roi de Caen, par lequel, reprenant, contre le sieur Chancerel, *la poursuite du délit d'habitude d'usure*, il demande que l'information commencée sur ce délit, soit continuée.

L'information est continuée en effet, et quinze mois après, le sieur Chancerel est appelé devant le juge d'instruction.

Il se présente; mais, déterminé à requérir son renvoi devant un autre tribunal, pour cause de suspicion légitime, il refuse de répondre; et le 29 mai 1819, la chambre du conseil, en le déclarant prévenu du délit d'habitude d'usure, le traduit devant le tribunal correctionnel.

Il forme alors sa demande en renvoi, et elle est accueillie par un arrêt de la cour de cassation, du 1er octobre de la même année; en conséquence, le tribunal correctionnel d'Alençon est saisi de la connaissance de cette affaire, pour y statuer dans l'état où elle se trouve.

Là, avant d'entamer le fond, le sieur Chancerel soutient que l'inculpation d'habitude d'usure, qui forme la base de la prévention sous laquelle il se

(1) *Tome* 6, *page* 845, *col.* 1, *ligne* 14 (2e édition).

(2) *Tome* 6, *page* 846, *col.* 1, *ligne* 10 (2e édition).

BIU Cujas

trouve placé, ne reposant, soit dans le réquisitoire du ministère public, soit dans l'ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de Caen, du 29 mai 1819, sur aucun fait précis, matériel et constitutif du délit qui lui est imputé, il ne peut y être pris aucun égard; et il conclut à ce que les poursuites soient déclarées nulles.

Le 5 mai 1820, jugement qui rejette cette exception, *attendu que, par la citation donnée à Chancerel, à la requête du procureur du roi, la nature du délit dont ledit Chancerel est prévenu, est suffisamment déterminée, ainsi que le laps de temps pendant lequel ledit Chancerel s'est abandonné à l'habitude d'usure, et qu'il eût été, à cet égard, superflu de faire la nomenclature des diverses opérations usuraires qui ont caractérisé le délit;* ce qui eût occasionné un trop grand détail.

Appel de ce jugement de la part du sieur Chancerel à la cour royale de Caen, et le 31 juillet suivant, arrêt qui met l'appellation au néant,

« Attendu que Chancerel se fonde sur les art. 183 et 184 du Code d'instruction criminelle, aux dispositions desquels il prétend que le ministère public doit se conformer, pour conclure à la nullité tant de l'ordonnance qui en prononce le renvoi devant le tribunal correctionnel, que de la citation que lui a fait commettre le procureur du roi d'Alençon;

» Attendu, relativement à l'ordonnance, que, quand il serait vrai que, d'après les deux articles ci-dessus, la citation commise à Chancerel serait nulle, ce ne serait pas un motif pour annuler aussi cette même ordonnance, qui d'ailleurs est rédigée conformément à la loi;

» Que, d'un autre côté, dans l'espèce, il serait d'autant plus inutile de savoir si cette nullité doit être prononcée, que, le 1er septembre 1819, la cour de cassation a renvoyé elle-même Chancerel devant le tribunal de police correctionnelle d'Alençon, avec les pièces de la procédure, *pour*, porte cet arrêt, *l'instruction être continuée et le jugement définitif rendu conformément à la loi;*

» Qu'en outre, d'après l'art. 182 du Code d'instruction criminelle, le procureur du roi pouvait traduire directement le prévenu devant le tribunal correctionnel, sans qu'il fût besoin d'une ordonnance pour l'y autoriser;

» Attendu, quant à la citation, que celle commise à Chancerel est régulière, puisque, conformément aux articles ci-dessus, elle énonce les faits qui lui sont imputés; qu'il y est sommé de comparaître à l'audience du tribunal correctionnel d'Alençon, à l'effet de s'entendre condamner aux peines déterminées pour délit d'habitude d'usure, ou, en d'autres termes, pour s'être permis, porte cette citation, pendant qu'il demeurait dans la ville de Caen, et ce depuis la loi du 3 septembre 1807 jusqu'au mois d'août 1816, époque à laquelle ont commencé les poursuites dirigées contre lui, de faire à divers particuliers un grand nombre de prêts à un taux excédant celui déterminé par la loi précitée;

» Que l'article invoqué par Chancerel, n'ayant point précisé de quelle manière les faits seraient énoncés, et n'ayant point d'ailleurs attaché la peine de nullité aux irrégularités qui pourraient se rencontrer dans la citation, il est évident que celle commise à Chancerel ne peut être annulée;

» Qu'il a enfin d'autant plus de tort de prétendre qu'elle ne lui fait pas connaître suffisamment les faits qui constituent le délit dont il est inculpé, qu'une partie en est consignée dans l'information dont il lui fut délivré copie, lorsqu'il fut traduit aux assises du Calvados, et que les dépositions des nouveaux témoins qui ont été entendus depuis que les poursuites ont été recommencées, étaient déposées au greffe du tribunal civil d'Alençon, où il pouvait en prendre communication pour préparer ses moyens de défense ».

Le sieur Chancerel se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Il n'est sans doute pas besoin (dit-il) de faire remarquer que c'est bien mal à propos que l'on y invoque l'arrêt de la cour de cassation, du 1er octobre 1819, comme ayant couvert les irrégularités dont pourrait se trouver entachée l'ordonnance de mise en prévention du 29 mai précédent. Pour quiconque a la plus légère notion de l'esprit dans lequel sont conçues les formules des arrêts de cette cour qui, soit pour cause de suspicion légitime, soit pour raison de sûreté publique, renvoient des affaires criminelles ou correctionnelles d'un tribunal à un autre, il est évident que celui dont il s'agit, n'a eu d'autre objet que de substituer le tribunal correctionnel d'Alençon au tribunal correctionnel de Caen, et que le sieur Chancerel est arrivé devant l'un avec le même droit qu'il eût eu devant l'autre, s'il y fût resté, de critiquer en la forme, et de combattre au fond, tous les actes, toutes les ordonnances d'instruction qui pouvaient lui préjudicier.

» Il ne serait pas moins inutile de nous attacher à relever les méprises que fait l'arrêt dénoncé, soit relativement à l'art. 184 du Code d'instruction criminelle, qu'il suppose avoir été invoqué par le sieur Chancerel, et qui n'a pas le moindre rapport avec la question à juger, soit relativement à l'objet des conclusions du sieur Chancerel, qui, en cause d'ap-

BIU Cujas

pel, comme en première instance, n'attaquaient pas seulement l'ordonnance de mise en prévention du 29 mai 1819, et la citation à lui donnée, en conséquence, par le procureur du roi d'Alençon, mais encore et principalement toutes les poursuites qui avaient été dirigées contre lui, à partir du réquisitoire du 26 août 1816.

» Hâtons-nous, en écartant des observations d'un aussi mince intérêt, d'aborder la grande question, qui, dans cette affaire, et bien moins pour l'intérêt du sieur Chancerel que pour celui de tous les membres de la grande famille des Français, réclame toute l'attention des magistrats régulateurs.

» Que le ministère public puisse poursuivre le délit consistant dans l'habitude d'usure, comme il peut poursuivre tout autre délit et toute espèce de crime, c'est ce que nul ne pourrait révoquer en doute, sans méconnaître la disposition textuelle de l'art. 4 de la loi du 3 septembre 1807.

» Mais ce n'est pas assez qu'en théorie, il ait ce pouvoir, pour que les poursuites qu'il dirige contre un délit ainsi qualifié, soient valables : il faut encore que ces poursuites n'aient pas pour objet de simples abstractions, et qu'elles portent sur des faits précis, matériels, et nominativement signalés de manière à constituer véritablement le délit d'habitude d'usure.

» Les délits et les crimes sont en général de deux sortes.

» Les uns résultent d'un fait physique qui est prohibé et puni par la loi : tels sont le vol et l'assassinat.

» Les autres consistent dans un fait général qui se compose de faits singuliers, lesquels, considérés chacun isolément, sont bien répréhensibles, mais hors de l'atteinte de la loi pénale, et ne donnent prise à l'action criminelle que par leur concours et leur ensemble : telle est l'habitude d'usure. *Le fait général d'habitude d'usure* (est-il dit dans deux arrêtés de la cour de cassation des 3 février et 5 novembre 1813) *est moral et complexe ; il ne peut résulter que de l'ensemble de plusieurs faits particuliers ; il ne peut par conséquent être attaché à aucun de ces faits séparément* (1).

» Mais, soit qu'un délit consiste dans un fait physique, soit qu'il résulte d'une collection de faits singuliers, il faut nécessairement, pour qu'il puisse être atteint par des poursuites criminelles, que ces poursuites portent directement, dans le premier cas, sur le fait simple et matériel qui le constitue; dans le second, sur les faits singuliers qui, par leur concours, forment le fait général qui le caractérise.

» Ainsi, vainement un officier du ministère public poursuivrait-il un particulier comme *voleur* ou *assassin*, sans spécifier aucun fait déterminé de vol ou d'assassinat qu'il serait soupçonné d'avoir commis; ces poursuites seraient non-recevables, parce-qu'elles signaleraient bien le particulier comme faisant profession de voler ou d'assassiner; mais que, ne lui imputant rien de positif, rien de matériel qui tende à justifier cette imputation, elles ne pourraient passer, aux yeux de la justice, que pour une de ces injures qui, aux termes de l'art. 375 du Code pénal, *ne renferment l'imputation d'aucun fait précis, mais celle d'un vice déterminé*, et prennent en conséquence le caractère de *calomnie*, lorsqu'elles sont *insérées dans des écrits ;* de manière que l'officier du ministère public qui aurait l'imprudence d'intenter de pareilles poursuites, pourrait être pris à partie et actionné à son tour comme calomniateur.

» Pour rendre ceci plus sensible, rapprochons l'art. 375 du Code pénal, que nous venons de citer, de quelques-uns de ceux qui le précèdent.

» L'art. 367 déclare *coupable de délit de calomnie, celui qui, soit dans des lieux ou réunions publiques, soit dans un acte authentique et public, soit dans un écrit imprimé ou non qui aura été affiché, vendu ou distribué, aura imputé à un individu quelconque des faits qui, s'ils existaient, exposeraient celui contre lequel ils sont articulés, à des poursuites criminelles ou correctionnelles, ou même l'exposeraient seulement au mépris ou à la honte des citoyens.*

» L'art. 368 répute *fausse, toute imputation à l'appui de laquelle la preuve légale n'est point rapportée.*

» L'art. 370 ajoute que, *lorsque le fait imputé sera légalement prouvé vrai, l'auteur de l'imputation sera à l'abri de toute peine ;* mais il n'admet *comme preuve légale, que celle qui résulterait d'un jugement ou de tout autre acte authentique.*

» Et par suite de cette disposition, l'art. 372 déclare que, *lorsque les faits imputés seront* PUNISSABLES SUIVANT LA LOI, *et que l'auteur de l'imputation les aura dénoncés, il sera, durant l'instruction sur les faits, sursis à la poursuite et au jugement du délit de calomnie ;* et en effet, on sent que, si, par le résultat du procès criminel, l'imputation *des faits punissables*, qui a été suivie d'une dénonciation en justice, se trouve fondée, elle rentre de plein droit dans le cas prévu par l'art. 370, et qu'étant prouvée vraie d'une manière légale, elle doit être à l'abri de toute peine.

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Usure*, n° 2.

BIU Cujas

» Mais, remarquons-le bien, cet article ne porte que sur l'imputation *de faits punissables suivant la loi;* et de là est venue la question de savoir si celui qui a publiquement traité quelqu'un de *voleur*, peut, en le dénonçant comme tel, s'aider de cette disposition pour faire surseoir à l'action en calomnie qu'intente, à sa charge, la personne qu'il a ainsi injuriée.

» Cette question, comme l'on voit, revenait, en d'autres termes à celle-ci : traiter quelqu'un de *voleur*, est-ce lui imputer des *faits punissables suivant la loi*, ou n'est-ce que lui faire une de ces injures dont il s'agit dans l'art. 375? Car le sursis ordonné par l'art. 372, en cas de dénonciation en justice des *faits punissables suivant la loi*, dont il y est parlé, ne peut pas avoir lieu, lorsque l'imputation ne porte que sur des *vices déterminés*.

» Or, il est jugé nettement, par un arrêt de la cour de cassation, du 27 juin 1811, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Injure*, §. 3, n° 4, que traiter quelqu'un de *voleur*, sans attacher immédiatement à cette imputation injurieuse par elle-même l'articulation formelle et précise de faits de vols matériels, ce n'est pas lui imputer des faits *punissables suivant la loi*, mais bien lui reprocher *un vice déterminé*, qui ne peut être l'objet de preuves légales ni d'un jugement.

» Et l'on voit tout de suite sortir de cette décision une conséquence aussi importante que palpable : c'est que le réquisitoire par lequel un officier du ministère public dénoncerait quelqu'un, en termes vagues, comme *voleur*, ne pourrait pas servir de base à une instruction ayant pour objet de rechercher des faits précis et matériels de vol, à l'effet de justifier cette dénonciation.

» Mais s'il en est ainsi de l'imputation de la qualité de voleur, comment pourrait-il en être autrement de l'imputation de la qualité d'usurier, ou, ce qui revient au même, de l'habitude d'usure?

» Imputer à quelqu'un la qualité de voleur, c'est bien certainement lui imputer une habitude de vol : c'est donc faire, par rapport au vol, ce qu'on fait par rapport à l'usure, lorsqu'on en impute à quelqu'un l'habitude.

» Donc, de même qu'imputer à quelqu'un l'habitude de vol, sans articuler des faits de vol matériel, ce n'est pas lui imputer un fait *punissable suivant la loi*, mais seulement un vice déterminé, qui n'est susceptible ni de preuves légales ni d'un jugement; de même aussi imputer à quelqu'un l'habitude d'usure, sans articuler de faits précis caractérisant cette habitude, c'est tout simplement lui imputer un vice déterminé, qui, énoncé vaguement, ne peut donner lieu à aucune poursuite régulière.

» Donc l'officier du ministère public qui requiert, pour l'habitude d'usure, des poursuites non étayées de faits précis et matériels, articule bien contre la personne qu'il dénonce ainsi, un vice déterminé, mais ne dénonce pas légalement *des faits punissables suivant la loi*, et se permet seulement une injure répréhensible.

» Vainement, pour justifier l'arrêt attaqué, viendrait-on dire, avec la cour royale de Caen, que la loi n'a point spécifié la manière dont le fait général d'habitude d'usure doit être énoncé dans les poursuites qui tendent à le réprimer; que d'ailleurs la loi n'a point attaché de peine de nullité aux irrégularités qui pourraient se trouver dans les citations en matière correctionnelle; et que, dès-lors, les poursuites dirigées contre le sieur Chancerel, ne peuvent pas être annulées, sous le prétexte que ce fait n'y est énoncé que d'une manière vague.

» Il y a certainement nullité toutes les fois qu'il y a *incompétence; l'incompétence* est même expressément rangée, par l'art. 408 du Code d'instruction criminelle, parmi les vices qui donnent ouverture à la cassation.

» Or, que fait un procureur du roi qui poursuit une prétendue habitude d'usure, sans connaître encore, ou du moins sans spécifier avec précision les faits dont il entend la faire résulter?

» Il fait ce que ferait un procureur du roi qui poursuivrait une prétendue habitude de vol, sans articuler aucun fait portant le caractère de vol matériel.

» C'est-à-dire qu'il poursuit, comme *punissable suivant la loi*, un fait que la loi n'atteint point;

» C'est-à-dire, par conséquent, qu'il exerce son ministère de provocateur à la vindicte publique, sur un fait qui, par sa nature, en est à l'abri;

» C'est-à-dire, par une conséquence ultérieure, qu'il transgresse la ligne qui forme la démarcation de son ministère, qu'il s'immisce dans un fait qui est hors de son attribution, qu'il excède les pouvoirs dont la loi l'a investi, et qu'il agit incompétemment.....

» Plus vainement ajouterait-on, avec la cour royale de Caen, que, si les réquisitoires du ministère public n'ont pas donné au sieur Chancerel une connaissance suffisante des faits constitutifs du délit dont il est inculpé, du moins il a pu les connaître par l'information, soit parceque les dépositions des témoins entendus dans l'instruction antérieure à sa mise en accusation pour crime de faux, lui ont été délivrées en copie, soit parceque les dépositions des témoins entendus dans l'instruction postérieure à l'arrêt de la cour d'assises du département de la Seine-Inférieure, qui l'a acquitté de cette accusation, sont restées en dépôt au greffe, où il a pu en

BIU Cujas

prendre communication pour préparer ses moyens de défense.

1°. On vient de voir que les poursuites dirigées par le ministère public contre le sieur Chancerel, sont nulles, par cela seul qu'elles ne portent que sur un prétendu *vice déterminé*, ou, en d'autres termes, par cela seul qu'elles ne spécifient pas les faits singuliers qui pourraient seuls donner à ce vice le caractère d'un délit.

» Or, dès que le sieur Chancerel est fondé à regarder ces poursuites comme nulles, il ne doit pas s'inquiéter de ce qui s'en est ensuivi: assuré, comme il l'est, que la loi elle-même veille pour lui, il doit se reposer sur la nullité dont elle frappe ces poursuites; il doit compter avec une pleine certitude que cette nullité s'étendra sur tout ce qui sera fait en conséquence; et tant que cette nullité ne sera pas réparée par des poursuites refaites entièrement à neuf, tant qu'il ne l'aura pas couverte lui-même par son propre fait, peu lui importe ce que contiennent des informations qui, sorties d'une source illégale, ne peuvent jamais acquérir un caractère de légalité.

» Cela est si vrai, que, quand même ses papiers domestiques renfermeraient des preuves directes de faits singuliers propres à former, par leur ensemble, un corps de délit d'habitude d'usure, il suffirait qu'ils eussent été saisis illégalement sur lui, il suffirait qu'au moment où ils lui ont été enlevés, il n'existât encore contre lui que des poursuites illégales, pour que l'on ne pût en faire usage contre lui dans l'instruction dont ces poursuites ont été suivies; car, règle générale, toute preuve acquise par de mauvaises voies, doit être rejetée par la justice: c'est ainsi que, par un arrêt célèbre du mois de mars 1666, rapporté dans le recueil de Catellan, liv. 9, chap. 4, le parlement de Toulouse a rejeté, d'un procès en simonie sur lequel il avait à statuer, une lettre missive de l'accusé, qui contenait la preuve du fait, mais que l'on ne s'était procurée que par une perquisition illégale dans le cabinet de son procureur.

» 2°. Les faits que le sieur Chancerel ne peut trouver que dans les réquisitoires de la partie publique qui le poursuit, et qu'il y cherche vainement, il les chercherait non moins vainement dans les informations auxquelles le renvoie l'arrêt attaqué. Comment, en effet, se reconnaîtrait-il au milieu de ce fatras de déclarations dont elles se composent? Dans la foule presque innombrable de ces déclarations, à laquelle s'attacherait-il? Serait-ce à celles qui en forment la partie la plus considérable, mais qui portent sur des faits antérieurs à la loi du 3 septembre 1807, et, par conséquent, se réfèrent à une époque où l'intérêt conventionnel n'était pas encore réglé? Il est bien évident qu'elles sont étrangères aux procès. Serait-ce à celles qui ne l'inculpent pas du tout? Elles sont certainement insignifiantes. Serait-ce à celles qui paraissent l'inculper? Mais que sait-il si le ministère public les regarde toutes du même œil? Que sait-il si, frappé de l'incohérence de celles-ci et de la partialité dont celles-là portent manifestement l'empreinte, le ministère public ne tiendrait pas à honneur de ne pas employer contre lui les faits qu'elles énoncent? Et dès-là, comment distinguer les faits que le ministère public fera valoir d'avec ceux qu'il laissera de côté? Comment, dès-là, préparer ses moyens de défense? Et peut-on sérieusement se flatter de couvrir par d'aussi pitoyables paillatifs, l'infraction à ce grand principe, d'après lequel il faut que le prévenu d'un délit sache, avant tout, quels faits on lui impute, qu'il en soit instruit par l'acte même qui constitue la prévention, et qu'il ne soit pas réduit à chercher ces faits dans des informations où il doit n'en chercher que les preuves.

» 3°. Y a-t-il un seul magistrat en France qui eût le courage d'opiner pour la validité d'un acte d'accusation par lequel un procureur général s'exprimerait ainsi: *Il résulte de la procédure instruite contre un tel, qu'il s'est rendu coupable d'assassinat. Le fait, le jour, l'heure, les circonstances, le nom de la personne homicidée, tout est exposé dans les informations auxquelles on croit devoir se référer. En conséquence, un tel est accusé d'avoir commis l'assassinat mentionné dans ces informations, avec les circonstances qui y sont énoncées?* Y a-t-il un seul magistrat en France qui, pour juger valable un pareil acte d'accusation, eût le courage de dire: *Il est vrai qu'aux termes de l'art. 241 du Code d'instruction criminelle, l'acte d'accusation doit exposer, outre la nature du délit qui forme l'objet de l'accusation, le fait et toutes les circonstances qui peuvent diminuer ou aggraver la peine; mais cet article ne contient pas la peine de nullité?* Non, cela est impossible, parceque cela serait absurde, parceque nul ne peut ne pas sentir qu'un acte d'accusation qui ne renferme pas ces détails substantiels, n'est pas plus un acte d'accusation qu'un jury réduit à onze membres, au lieu de douze dont il est composé, n'est un jury véritable.

» Il faudrait pourtant tenir un pareil acte d'accusation pour valable, si l'on pouvait ici avoir égard au motif de l'arrêt de la cour royale de Caen qui supplée, par les informations, au silence que gardent, sur les faits constitutifs du délit d'habitude d'usure, les réquisitoires dirigés par le ministère public contre le sieur Chancerel.

» Il le faudrait même *à fortiori*, car le silence que le sieur Chancerel reproche à ces réquisitoires, offre un vice de plus que celui dont on serait fondé à arguer un acte d'accusation ainsi rédigé. Dans cet acte d'accusation, du moins, se trouverait exposé,

BIU Cujas

en gros, un fait qualifié de crime par la loi, et dont par conséquent la connaissance appartiendrait à la justice criminelle; au lieu que, dans les réquisitoires dont il s'agit, le fait général d'habitude d'usure qui y est énoncé sèchement, au lieu d'y former la conséquence de faits particuliers et positifs articulés avec précision, ne peut, par lui-même, et pris abstractivement, être considéré que comme un *vice déterminé*, et qu'il est, comme tel, hors de la compétence des tribunaux ».

Ces moyens étaient spécieux; mais examinés de près, ils tombaient d'eux-mêmes.

D'abord, comment aurait-on pu annuler le réquisitoire du ministère public du 26 août 1816, sous le prétexte que les faits constitutifs du délit d'habitude d'usure, n'y étaient pas énoncés? Le ministère public est chargé, par l'art. 22 du Code d'instruction criminelle, *de la recherche et de la poursuite des délits*. Il a donc le droit de rechercher les délits avant de les poursuivre; il peut donc, ou plutôt il doit, toutes les fois que des faits portant le caractère de délit, lui sont dénoncés même vaguement, requérir le juge d'instruction d'appeler et entendre les témoins qui peuvent en avoir connaissance. Et il n'importe que chacun de ces faits, pris à part et isolément, constitue par soi un délit, ou qu'ils ne le constituent que par leur ensemble : dans un cas comme dans l'autre, le droit et par conséquent le devoir du ministère public, sont nécessairement les mêmes.

Il suffisait d'ailleurs, pour réfuter complétement le système du sieur Chancerel, de s'en tenir à la comparaison qu'il faisait du cas où un individu est dénoncé vaguement comme *voleur*, avec celui où il est dénoncé vaguement comme *usurier;* car bien certainement le ministère public peut et doit, lorsqu'un individu lui est signalé comme voleur d'habitude, requérir le juge d'instruction d'ouvrir une information, à l'effet de rechercher et constater les différens vols que cet individu peut avoir commis.

En second lieu, comment les citations données au sieur Chancerel, d'abord devant le tribunal correctionnel de Caen, ensuite devant le tribunal correctionnel d'Alençon, auraient-elles pu être déclarées nulles sous le même prétexte de défaut d'énonciation des faits singuliers dont se composait le délit d'habitude d'usure qui lui était imputé?

D'une part, l'art. 183 du Code d'instruction criminelle, seul texte législatif que l'on eût pu invoquer à cet égard, dit bien que la *citation énoncera les faits, et tiendra lieu de plainte;* mais il ne le dit, et c'est ce qui résulte évidemment de l'art. 182 auquel il fait suite, que par rapport à la citation donnée *directement* devant le tribunal correctionnel, sans instruction préalable et sans renvoi de la chambre du conseil. Il n'est donc pas applicable à la citation qui est donnée après une instruction sur le vu de laquelle la chambre du conseil a renvoyé le prévenu en police correctionnelle.

D'un autre côté, cet article ne porte point la peine de nullité; et dès-lors, tout ce qui résulte de l'inobservation de la formalité qu'il prescrit, c'est, comme le dit M. Carnot sur cet article même, n° 2, que, « si la personne citée demandait la remise de » la cause sur le motif qu'il ne lui aurait pas été » donné connaissance des faits qui lui seraient im- » putés, le tribunal ne pourrait la lui refuser ».

Il est vrai qu'un acte d'accusation qui, au lieu d'exposer le fait constitutif du crime imputé à l'accusé, se bornerait à dire que ce fait et ses circonstances sont détaillées dans les informations, serait nul, quoique l'art. 241 ne porte pas non plus la peine de nullité; mais pourquoi le serait-il? Parceque la formalité prescrite par l'art. 241, tient à l'essence de l'acte d'accusation; parcequ'il est de l'essence de l'acte d'accusation de contenir à la fois et tout ce qui charge l'accusé, et tout ce qui peut contribuer, soit à le faire acquitter, soit à le faire excuser, soit à atténuer sa peine; parceque, dès-lors, le ministère public ne peut pas suppléer, par une simple relation aux pièces de la procédure, à l'obligation que lui impose l'art. 241 d'exposer dans l'acte d'accusation même, toutes les circonstances du crime qu'il poursuit; parceque l'art. 241 défend expressément de remettre au jury, lorsqu'il passe dans sa chambre pour former la délibération, les dépositions écrites des témoins; enfin, parceque les autres pièces du procès ne sont remises au jury que pour vérifier, en cas de besoin, les faits portés dans l'acte d'accusation; et que, comme le dit M. Carnot sur l'art. 341, n° 10, « il n'est pas entré dans la » pensée du législateur que les jurés, réunis dans » leur chambre, en prendraient une lecture en- » tière ».

Il n'y a donc pas, et il s'en faut de beaucoup, pour sous-entendre la peine de nullité dans l'art. 183, les mêmes raisons que pour la suppléer dans l'art. 241.

Aussi le recours en cassation du sieur Chancerel a-t-il été rejeté par un arrêt du 10 novembre 1821, dont voici les motifs et le prononcé :

« Ouï le rapport de M. Rataud, conseiller, Me Nicod, avocat, en ses observations pour le demandeur en cassation, et M. Lebeau, avocat-général;

» Sur le moyen de cassation présenté par Chancerel, et qui consiste en ce que la cour royale de Caen, en refusant de déclarer nulles et non-recevables les poursuites dirigées contre lui par le ministère public sur une prévention de délit d'habitude d'usure, aurait commis excès de pouvoir et

BIU Cujas

violé les art. 22 et 183 du Code d'instruction criminelle,

» Attendu que ces poursuites se composent de deux réquisitoires du procureur du roi des 26 août 1816 et 19 février 1818, des informations faites par le juge d'instruction sur ces réquisitoires, de l'ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de Caen du 29 mai 1819, et de la citation donnée à Chancerel, à la requête du ministère public, devant le tribunal d'Alençon, par suite de cette ordonnance, d'après le renvoi prononcé par l'arrêt de la cour du 1er octobre 1819;

Que, relativement aux réquisitoires du ministère public, l'art. 22 du Code d'instruction criminelle impose aux procureurs du roi l'obligation de rechercher et de poursuivre tous les crimes et délits; que, dans l'espèce, les poursuites ont été requises par le procureur du roi sur un délit d'habitude d'usure; qu'elles étaient donc l'exécution du devoir qui lui était imposé par ledit art. 22 du Code d'instruction criminelle;

» Que les informations du juge d'instruction ont été la suite nécessaire de ces réquisitoires;

« Que, d'ailleurs, ces réquisitoires et ces informations, qui ont été le principe et la base de l'ordonnance de renvoi de la chambre du conseil du 29 mai 1819, se confondent avec elle et n'en peuvent être séparés;

» Que cette ordonnance, qui n'était qu'un jugement sur la prévention et un réglement provisoire sur la compétence, ne pouvait être examinée, moins encore réformée par le tribunal d'Alençon, ni en cause d'appel par la chambre correctionnelle de la cour royale de Caen; que la chambre d'accusation de cette cour aurait eu seule caractère pour en connaître, si elle lui avait été déférée en temps utile par l'opposition du ministère public;

» Que, du reste, cette ordonnance déclarait la prévention d'un délit d'habitude d'usure; que le renvoi qu'elle avait ordonné, était donc motivé, et que ce renvoi a été régulièrement fait devant le tribunal correctionnel;

» Que, relativement à la citation donnée à Chancerel, par le procureur du roi, devant le tribunal correctionnel, par suite de cette ordonnance, le tribunal correctionnel, qui n'était point lié par le renvoi que cette ordonnance avait prononcé, avait le droit d'examiner s'il était compétent pour connaître du fait qui lui était renvoyé; qu'il avait caractère pour juger de la régularité des actes de poursuite faits devant lui en exécution de ce renvoi; qu'il a dû statuer sur la validité de la citation, et juger si elle était nulle, comme le prétendait Chancerel, pour n'avoir pas suffisamment énoncé les faits de la poursuite, ainsi que le prescrit l'art 183 du Code d'instruction criminelle;

» Mais qu'il a été reconnu que cette citation portait sommation à Chancerel *de comparaître devant le tribunal, à l'effet de s'entendre condamner aux peines déterminées pour délit d'habitude d'usure, ou, en d'autres termes, pour s'être permis, pendant qu'il demeurait dans la ville de Caen, et ce depuis la loi du 3 septembre 1807, jusqu'au mois d'août 1816, époque à laquelle ont commencé les poursuites dirigées contre lui, de faire à divers particuliers un grand nombre de prêts à un taux excédant celui déterminé par la loi précitée..... ;*

» Qu'en jugeant que ces énonciations qui précisaient les époques entre lesquelles avaient été faits les prêts prétendus usuraires qui servaient de base à la poursuite du délit d'habitude d'usure, avaient suffisamment instruit Chancerel des faits sur lesquels portait l'action du ministère public, et avaient ainsi rempli le vœu de l'art. 183 du Code d'instruction criminelle, le tribunal d'Alençon n'a point violé cet article;

» Qu'il suit de tout ce que dessus, que la cour royale de Caen, en confirmant le jugement de ce tribunal qui avait rejeté les exceptions de nullité et les fins de non-recevoir proposées par Chancerel, et avait ordonné qu'il serait passé outre aux débats, n'a point violé les règles de compétence, et n'a contrevenu ni aux art. 22 et 183 du Code d'instruction criminelle, ni à aucun autre article de ce Code, ni à aucune disposition d'autres lois;

» Attendu d'ailleurs que l'arrêt de cette cour est régulier dans la forme;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

Le second arrêt a été rendu dans les circonstances suivantes.

En 1824, réquisitoire du procureur du roi près le tribunal de première instance de Foix, tendant à ce qu'il soit informé de faits d'usure habituelle et d'escroquerie imputés vaguement à Jacques Laprotte.

En conséquence, le juge d'instruction entend plusieurs témoins, interroge Jacques Laprotte, et fait une perquisition dans ses papiers; il rend ensuite compte du tout à la chambre du conseil, et son rapport est suivi d'une ordonnance qui renvoie Jacques Laprotte au tribunal correctionnel.

Le 27 mai 1825, le procureur du roi fait citer, en vertu de cette ordonnance, Jacques Laprotte devant le tribunal correctionnel, comme prévenu d'habitude d'usure et d'escroquerie, mais n'articule aucun des faits constitutifs de l'un ni de l'autre délit.

Jacques Laprotte comparaît sur cette citation, sans se plaindre de ce qu'elle ne spécifie pas les faits

BIU Cujas

singuliers d'usure et d'escroquerie qu'elle lui impute vaguement; en conséquence, les débats s'ouvrent sur-le-champ au fond et se continuent pendant plusieurs audiences, à la suite desquelles il intervient un jugement par défaut qui condamne le prévenu.

Celui-ci y forme opposition, et demande la nullité de la citation du 27 mai 1825, sur le fondement qu'elle n'énonce aucun des faits dont se composent les délits qui lui sont imputés.

Le tribunal accueille ce moyen, reçoit l'opposition et annule la citation, avec tout ce qui s'en est ensuivi.

Appel de la part du procureur du roi à la cour royale de Toulouse, qui réforme ce jugement, et ordonne l'exécution de celui qui avait été rendu par défaut.

Jacques Laprotte se pourvoit en cassation, et soutient, 1° que la cour royale de Toulouse a violé l'art. 183 du Code d'instruction criminelle, en jugeant valable une citation qui était dénuée de la formalité prescrite par cet article; 2° qu'il a également violé les règles de compétence et fait une fausse application de l'art. 215 du même Code, en retenant et jugeant le fond de la cause.

Mais par arrêt du 20 janvier 1826, au rapport de M. Cardonnel, et conformément aux conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris,

« Sur le premier moyen de cassation pris de la violation de l'art. 183 du Code d'instruction criminelle,

» Attendu, en fait, que Jacques Laprotte a été cité à la requête du procureur du roi du tribunal de Foix, le 25 mai 1825, pour se voir déclarer coupable du délit d'usure habituelle, et encore d'avoir commis, au préjudice de plusieurs individus, des escroqueries, ou tout au moins des soustractions frauduleuses de sommes plus ou moins fortes, et pour se voir condamner, en conséquence, aux peines et amendes portées, soit par la loi du 3 septembre 1807, soit par le Code pénal;

» Que cette citation a été notifiée au prévenu plus de trois mois après l'ordonnance de la chambre du conseil, qui prononçait son renvoi en police correctionnelle, à raison des mêmes délits énoncés dans la citation;

» Qu'il s'était écoulé un an entier entre les poursuites commencées par le juge d'instruction du tribunal de Foix, contre Laprotte, sur les réquisitions du ministère public, et la citation contenant plainte, donnée audit Laprotte devant le tribunal de Foix;

» Que, dans cet intervalle d'une année, plusieurs témoins ont été entendus au lieu même du domicile de Laprotte; qu'une perquisition a été faite d'autorité de justice dans sa maison et sur ses propres papiers; qu'il a subi un long interrogatoire par lequel la plupart des faits à lui imputés lui ont été dévoilés, et qu'il n'est pas permis de supposer que ledit Laprotte n'ait point eu une entière connaissance des faits à raison desquels il était poursuivi par le ministère public;

» Que la citation postérieure à l'ordonnance de la chambre du conseil qui renvoyait Laprotte en police correctionnelle, se référait nécessairement à cette ordonnance, laquelle servait de base à ladite citation;

» Que la citation énonçant que Laprotte était prévenu du délit d'usure habituelle et d'escroquerie, énonçait, par cela seul, qu'il existait plusieurs faits d'usure contre lui, puisque ce n'est que la réunion de ces faits successifs qui peut constituer le délit d'habitude d'usure;

» Que d'ailleurs l'action dirigée par le ministère public contre Laprotte, et portée devant le tribunal de Foix, y a été poursuivie pendant un grand nombre d'audiences, et que l'affaire commencée devant le tribunal correctionnel le 30 mai, n'a été terminée par un jugement de défaut rendu d'autorité de ce tribunal, que le 26 juillet suivant, et que Laprotte a eu, par suite, tous les moyens possibles de connaître parfaitement tous les faits qui lui étaient imputés;

» Attendu, en droit, que l'art. 183, portant que la citation donnée au prévenu par la partie civile, énoncera les faits et tiendra lieu de plainte, ne parle point du ministère public; que, d'ailleurs, cet article ne contient point la peine de nullité; et que, dans l'espèce, il n'y a eu, sous quelque rapport que ce puisse être, aucune violation de l'art. 183 du Code d'instruction criminelle;

» Sur le deuxième moyen de cassation, pris de la violation ou de la fausse application de l'art. 215 du Code d'instruction criminelle,

» Attendu que l'opposition formée le 19 août, par Laprotte, contre le jugement de défaut du tribunal de Foix, du 26 juillet, embrasse ce jugement au fond, et qu'elle l'attaque précisément à raison de la prétendue injustice des condamnations qu'il prononce; que, par cette opposition suivie de citation devant le tribunal, Laprotte a saisi ce tribunal du droit de statuer sur toutes les dispositions du jugement attaqué; que le tribunal de Foix, en annulant la citation donnée par le ministère public au prévenu, le 25 mai, et tout l'ensuivi, a annulé, par voie de conséquence, toutes les dispositions de ce jugement, et déchargé Laprotte des condamnations à l'amende et à l'emprisonnement qu'il contenait; que, par l'appel porté devant la cour royale de Tou-

BIU Cujas

louse, à la requête du ministère public, contre le jugement rendu sur l'opposition de Laprotte, du 12 septembre, la cour royale a été saisie du droit de statuer définitivement sur ce jugement; que cette cour a été investie du droit de statuer elle-même sur le fond, et qu'elle a pu conséquemment en retenir la connaissance; que l'art. 215, portant que, si le jugement est annulé pour violation ou omission non réparée de formes prescrites par la loi à peine de nullité, la cour ou le tribunal statuera sur le fond, n'exclut point le droit accordé au tribunal d'appel de statuer sur le fond, dans des cas autres que celui énoncé dans ledit art. 215; que, dans l'espèce, la cour royale de Toulouse, en réformant ou annulant le jugement du tribunal de Foix, sur l'appel dont elle était saisie, a eu évidemment le droit de retenir la cause, pour être par elle ultérieurement et directement statué sur le fond, et que l'art. 215 n'a point reçu de violation par l'arrêt attaqué;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi... (1)».

USURPATION DE TERRAIN. *V.* l'article *Voie de fait*, §. 1.

VAINE PATURE, §. II. *Page* 628, *col.* 1, *après la dernière ligne* (2) *ajoutez :*

Ces quatre questions ont été agitées; mais la quatrième seule a été jugée dans l'espèce suivante.

D'un domaine, etc.

Page 632, *col.* 1, *ligne* 2 (3). *après le mot* propriété, *ajoutez en note :*

En m'expliquant ainsi, je persistais dans le système que j'avais soutenu dans les conclusions rapportées dans le paragraphe précédent Mais *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Vaine pâture*, §. 1, art. 2, n° 2.

Page 634, *col.* 1, *lignes* 13 *et* 14 (4), *après les mots* à votre prudence, *ajoutez en note :*

J'ai bien eu tort de m'expliquer ainsi, et j'en ai dit la cause à l'article *Cassation*, §. 20, n° 7. J'aurais dû, comme je l'ai prouvé au même endroit, en concluant au rejet de la requête des demandeurs, ne requérir que dans l'intérêt de la loi la cassation de l'arrêt qu'ils attaquaient.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, page 203.

(2) *Page* 499, *col.* 1, *ligne* 44 (2e édition).

(3) *Page* 502, *col.* 2, *ligne* 32 (2e édition).

(4) *Page* 504, *col.* 2, *ligne* 33 (2e édition).

Page 634, *col.* 2, *après la ligne* 40 (1), *ajoutez ce qui suit :*

§. III. 1° *Ceux qui, par contravention à l'arrêté pris par le conseil municipal d'une commune, en vertu de la loi du* 28 *septembre-6 octobre* 1791, *tit.* 1, *sect.* 4, *art.* 13, *mettent en vaine pâture un plus grand nombre de bestiaux qu'il ne leur est permis par cet arrêté, sont-ils passibles de quelque peine?*

2° *S'il doit leur être infligé une peine, en quoi doit-elle consister, et par quel tribunal doit-elle être prononcée?*

3° *En est-il, à cet égard, de la contravention à l'arrêté qui cantonne la vaine pâture, comme de la contravention à l'arrêté qui se borne à régler le nombre de bestiaux que chaque habitant ou propriétaire peut mettre en vaine pâture, soit dans tout le territoire de la commune, soit dans une partie déterminée de ce territoire?*

4° *Les propriétaires forains sont-ils soumis à de pareilles délibérations en vertu de la publication qui en est faite dans la commune où siége le conseil municipal qui les a prises; et peuvent-ils être excusés d'y avoir contrevenu, sous le prétexte que la publication n'en a pas été faite dans leur propre commune?*

I. La première question a été jugée, comme elle devait l'être, pour l'affirmative, par un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce :

Le 19 janvier 1819, procès-verbal qui constate que Vincent Chénel, cultivateur à Louviers, a mis, ce jour-là, en vaine pâture, un plus grand nombre de bêtes à laine que ne le permettait une délibération prise, le 30 septembre 1813, par le conseil municipal de cette commune.

Vincent Chénel est en conséquence cité devant le tribunal de police du canton de Louviers, pour se voir condamner aux peines de droit.

Le 19 février suivant, jugement par lequel le tribunal de police se déclare incompétent, attendu, 1° que la contravention imputée à Vincent Chénel, n'est déclarée punissable par aucune loi; 2° qu'il ne pourrait statuer sur l'action qui lui est soumise, qu'en violant l'autorité de la chose jugée, puisque déjà, et par un jugement du 6 novembre 1818, il a lui-même acquitté Vincent Chénel d'une action tout-à-fait semblable.

Mais le commissaire de police se pourvoit en

(1) *Page* 505, *col.* 1, *ligne* 16 (2e édition).

BIU Cujas

cassation; et par arrêt du 26 mars de la même année,

« Ouï le rapport de M. Aumont, conseiller, et M. Fréteau, avocat-général, en ses conclusions;

» Vu les art. 408 et 413 du Code d'instruction criminelle, aux termes desquels la cour de cassation doit annuler les arrêts et les jugemens en dernier ressort qui contiennent violation des règles de compétence;

» L'art. 5, tit. 11 de la loi du 24 août 1790, qui punit de peines de police les contraventions aux réglemens de police;

» L'art. 13, sect. 4, tit. 1er, de la loi du 6 octobre 1791, portant : *La quantité de bétail, proportionnellement à l'étendue du terrain, sera fixée, dans chaque paroisse, à tant de bêtes par arpent, d'après les réglemens et usages locaux; et, à défaut de renseignemens positifs à ce sujet, il y sera pourvu par le conseil-général de la commune;*

« L'art. 15, §. 6, de la loi du 28 pluviôse an 8, qui charge les conseils municipaux qu'il établit, de régler *le partage des affouages, pâturages, récoltes et fruits communs....;*

» Attendu, 1° qu'aux termes des articles cités des lois des 6 octobre 1791 et 28 pluviôse an 8, dans les pays sujets au parcours, les réglemens sur cette matière sont faits par les conseils municipaux des communes;

» Que la contravention aux réglemens émanés de l'autorité municipale agissant dans l'ordre légal de ses fonctions, donne lieu à l'application des peines de police, d'après l'article cité de la loi du 24 août 1790;

» Attendu qu'une délibération du conseil municipal de Louviers, du 30 septembre 1813, approuvée, comme réglement de parcours, le 11 octobre suivant, par le sous-préfet de la même ville, qui en a ordonné l'exécution dans toutes ses dispositions, a fixé le nombre des bêtes à laine qui pourraient être envoyées, sur les terrains sujets au parcours, par les fermiers de Beaulieu et de la Carrière, *à deux* par arpent de terre de leurs exploitations;

» Que Vincent Chénel, l'un de ces fermiers, a été cité, à la requête du ministère public, à comparaître au tribunal de police de Louviers, pour se voir condamner aux peines de droit, comme ayant contrevenu au réglement municipal du 30 septembre 1813, en envoyant au parcours au moins quatre cents bêtes à laine, quoique l'étendue des terres qu'il exploitait, ne s'élevât qu'à quatre-vingt-dix arpens;

» Que si, ne faisant valoir que quatre-vingt-dix arpens de terre, et n'ayant conséquemment droit d'envoyer que cent quatre-vingts bêtes à laine au parcours, Chénel en avait envoyé quatre cents, il avait excédé de beaucoup les bornes mises à l'usage de ce droit de parcours par le réglement municipal de 1813; que c'était donc d'une contravention à ce réglement, qu'il était prévenu; qu'étant punissable de peines de police à raison de cette contravention, il était légalement cité devant le tribunal de police; que ce tribunal ne pouvait se refuser à statuer sur l'action qui lui était soumise, sans méconnaître son pouvoir et sans violer les règles de compétence;

» Attendu, 2° que le jugement du 6 novembre 1818, par lequel le tribunal de Louviers s'était déclaré incompétent, avait été rendu sur une poursuite du ministère public relative à une contravention au réglement municipal de 1813, que Chénel était prévenu d'avoir commise *le 26 septembre de ladite année* 1818; que ce jugement ne pouvait empêcher le tribunal qui l'avait rendu, de statuer sur une nouvelle action dont l'objet était une contravention au même réglement, commise *le 19 janvier* 1819; que, si les parties étaient les mêmes et agissaient en la même qualité, si les poursuites avaient pour base une contravention de même nature, ces poursuites ne portaient pas sur le même fait de contravention; qu'elles n'avaient donc pas la même cause; que les quatre conditions dont la réunion forme seule, aux termes de l'art. 1351 du Code civil, l'autorité de la chose jugée, ne se rencontraient donc pas dans l'instance sur laquelle est intervenu le jugement dénoncé; qu'en s'abstenant de statuer, sous prétexte qu'il n'eût pu le faire sans violer l'autorité de la chose jugée, le tribunal de police de Louviers a donc fait une fausse application évidente du susdit article du Code civil;

» D'après ces motifs, la cour casse et annule le jugement rendu par le tribunal de police de Louviers, entre le ministère public et Vincent Chénel, le 19 février dernier (1).

II. La seconde question est déjà résolue implicitement dans sa première branche, et positivement dans la deuxième, par l'arrêt que je viens de rapporter; car il juge positivement que le tribunal de police était compétent pour statuer sur l'action intentée par le ministère public contre Vincent Chénel; et par-là même il juge implicitement que Vincent Chénel devait être puni des peines de simple police déterminées par l'art. 5 du tit. 11 de la loi du 24 août 1790, sous les modifications écrites dans les art. 600 et 606 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4.

---

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 34, page 124.

BIU Cujas

Aussi le tribunal de police du canton de Gaillon, devant lequel cet arrêt avait renvoyé le fond de l'affaire, ayant condamné Vincent Chénel à une amende de trois francs, celui-ci s'est-il vainement pourvu en cassation, et sous le prétexte que sa condamnation était mal à propos motivée sur l'art. 471, n° 5, du Code pénal, et sous le prétexte que ce tribunal était incompétent pour connaître d'un fait de vaine pâture.

Par arrêt du 25 janvier 1821,

« Ouï le rapport de M. Rataud, conseiller, Me Odilon-Barrot, avocat, en ses observations pour le demandeur en cassation, et M. Fréteau de Pény, avocat-général;

» Sur le premier moyen de cassation, pris d'une violation de l'art. 163 du Code d'instruction criminelle, en ce que les termes de la loi applicable n'ont pas été insérés dans le jugement du tribunal de police,

» Attendu que la condamnation qui a été prononcée, a été basée sur la disposition de l'art. 471, n° 5, du Code pénal, dont les termes ont été insérés dans le jugement; que, d'après les art. 411 et 414 du Code d'instruction criminelle, il ne pourrait résulter de cette citation erronée, une ouverture à cassation, puisque ladite condamnation serait justifiée par une autre loi applicable au fait qui y a donné lieu;

» Que d'ailleurs les dispositions de l'art. 5 du tit. 11 de la loi du 24 août 1790, de l'art. 13, sect. 4 du tit. 1 de la loi du 6 octobre 1791, et de l'art. 15 de la loi du 26 pluviôse an 8, dans l'application desquelles rentrait la contravention dont le réclamant a été déclaré coupable, se trouvant rappelées et transcrites dans ledit jugement, le vœu dudit art. 163 a été rempli;

» Sur le deuxième moyen, pris de l'incompétence du tribunal de police pour connaître d'un fait relatif à l'exercice du droit de parcours,

« Attendu que, par l'art. 1er du tit. 11 de la loi du 24 août 1790, les juges de police ont été chargés, d'une manière générale, d'assurer l'exécution des lois et réglemens de police rendus dans l'exercice des pouvoirs de police attribués par les lois à l'autorité municipale;

» Que l'art. 5 punit des peines de police les contraventions à ces lois et réglemens;

» Que si, par l'art. 3, le législateur a spécifié particulièrement les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité de l'administration municipale, le pouvoir que cet article confère, n'est pas limité à ces seuls objets; qu'il s'étend nécessairement à tous ceux que l'autorité municipale a été, par des lois postérieures, autorisée à régler;

» Que la loi du 6 octobre 1791, sur la police rurale, et celle du 28 pluviôse an 8 ont donné à l'administration municipale le pouvoir de régler, dans chaque commune où le droit de parcours a lieu, l'exercice de ce droit, et par conséquent d'ordonner les mesures propres à en prévenir ou à en réprimer l'abus; que les arrêtés pris à cet effet par les conseils municipaux, dans l'exercice légal de leurs attributions, sont des réglemens de police qui doivent recevoir toute leur exécution; que les contraventions qui y sont commises, sont, d'après les dispositions de l'art. 5 de ladite loi du 24 août 1790, punissables des peines de police, et, par suite, essentiellement de la compétence des tribunaux de police;

» La cour rejette le pourvoi..... (1) ».

III. La troisième question se réduit à savoir si, introduire ses bestiaux dans un canton de vaine pâture réservé par un réglement municipal à d'autres habitans, fermiers ou propriétaires, c'est les introduire sur le terrain d'autrui, et par conséquent contrevenir à l'art. 24 du tit. 2 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791; car il est évident que, si le canton de vaine pâture dont on est exclu par un réglement municipal, doit être considéré comme *terrain d'autrui*, ce n'est plus l'art. 13 de la sect. 4 du tit. 1er, mais l'art. 24 du tit. 2 de cette loi, qui doit régler la compétence et le taux de la peine.

C'était effectivement ainsi qu'avait raisonné le tribunal de police du canton d'Haubourdin, en se déclarant, par un jugement du 24 mai 1824, incompétent pour connaître du fait imputé au nommé Bourbotte, berger du sieur Ahage, fermier à Wavrin, d'avoir conduit le troupeau de moutons de son maître sur des pièces de terre qui avaient été données en cantonnement au sieur Conia, par une délibération du conseil municipal : *Considérant* (avait-il dit) *que, d'après l'art. 24 du tit. 2 de la loi du 6 octobre 1791, l'amende à prononcer devrait être d'une somme égale au dédommagement dû à celui qui a souffert le dommage; que le dommage est évalué à 60 francs; que par conséquent l'amende devant s'élever à une pareille somme, ne peut être prononcée par un tribunal de police; renvoyons la cause et les contrevenans devant le tribunal qui doit en connaître.*

Mais l'affaire portée en conséquence au tribunal correctionnel de Lille, il y est intervenu, le 15 juillet suivant, un jugement par lequel,

« Considérant que le fait pour lequel les nommés Bourbotte et Ahage sont traduits devant le tribunal, est celui d'avoir fait paître le troupeau dudit Ahage,

(1) *Ibid.*, tome 26, page 28.

BIU Cujas

fermier à Wavrin, sur la portion de terrain assignée en cantonnement au sieur Conia, autre fermier de la même commune, dans la circonstance où lui Ahage n'avait pas encore obtenu son cantonnement, quoiqu'il y eût un droit pareil à celui des autres fermiers de la commune;

» Que l'on ne peut voir dans ce fait qu'une contravention aux réglemens de la police municipale;

» Que la connaissance de ces sortes de contraventions appartient et a toujours appartenu aux tribunaux de simple police, depuis qu'il existe de ces tribunaux;

» Que c'est ce que prouve la loi du 24 août 1790, qui, dans son tit. 11, titre destiné à régler les matières qui appartiendront aux juges de police et les peines qu'il pourra échoir de prononcer, dit positivement qu'il ne pourra être prononcé que des peines de simple police;

» Que c'est ce que prouve également la loi du 6 octobre 1791, dite *de la police rurale*, qui, après s'être occupée, dans son titre 1er, des matières analogues à celle qui occupe en ce moment le tribunal, et déclaré de nouveau que les contraventions à des dispositions de ce genre ne pourront donner lieu qu'à des peines de simple police, dit expressément, avant de passer à son titre 2, que les peines qu'elle va dicter, ne seront applicables qu'aux délits dont elle s'occupera dans la suite de ses dispositions;

» Que c'est enfin ce qui résulte de plusieurs arrêts de la cour de cassation, et notamment des arrêts des 25 janvier 1811, 9 mars et 8 juin de la même année;

» Que, s'il ne pouvait être prononcé contre lesdits Bourbotte et Ahage que des peines de simple police, en supposant que le fait qui leur est imputé, pût être considéré comme une contravention à un réglement de police rurale du maire de Wavrin, il s'ensuit que le juge de paix d'Haubourdin était compétent, et que le présent tribunal est, au contraire, incompétent, ainsi que les parties citées et M. le procureur du roi l'ont soutenu à l'audience;

» Qu'en vain, pour motiver l'incompétence du juge de paix, on ferait usage de l'art. 24 du tit. 2 de la loi précitée du 6 octobre 1791, parceque cet article n'est évidemment applicable qu'aux peines à prononcer contre celui qui se permettrait de mener ses bestiaux sur un terrain appartenant en toute propriété à autrui; parceque, si on l'entendait autrement, il y aurait contradiction ou implicance dans la loi qui prononcerait alors, pour les mêmes délits, des peines différentes;

» Le tribunal se déclare incompétent, renvoie en conséquence la cause et les parties devant qui de droit ».

La contrariété qui se trouvait entre ces deux jugemens, appelant nécessairement un réglement de juges, M. le procureur général Mourre les a déférés tous deux à la cour de cassation.

« Est-il bien certain (a-t-il dit) que le juge de paix aurait dû se reconnaître incompétent? Est-il bien certain que la matière appartenait au tribunal correctionnel? Y a-t-il erreur dans le jugement du tribunal de Lille, ou bien exactitude dans les principes qui le motivent?

» Telle est au fond la question qu'il faut examiner.

» Le fait dont il s'agit, dit le tribunal de Lille, n'est qu'une contravention à un réglement de police municipale; d'où il suit que la connaissance en appartient aux tribunaux de simple police.

» Nul doute que les règles tracées pour l'exercice du droit de parcours et de vaine pâture, ne constituent un véritable réglement municipal, suivant les art. 3 et 13 de la sect. 4 du tit. 1er de la loi du 6 octobre 1791.

» De ce principe, faut-il conclure qu'il ne peut jamais y avoir lieu qu'à une peine de simple police, quel que soit le réglement et quelle que soit la contravention?

» Le tribunal de Lille s'est appuyé sur la loi du 24 août 1790, qui porte, tit. 11, art. 1er : *Les corps municipaux veilleront et tiendront la main, dans l'étendue de chaque municipalité, à l'exécution des lois et des réglemens de police, et connaîtront du contentieux auquel cette exécution pourra donner lieu.*

» Mais on aurait dû observer que cette loi détermine en même temps les objets de police qui sont confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux; de manière qu'il y a, entre ces deux points, une connexité parfaite, et une liaison telle, qu'il n'est pas permis d'étendre le principe à des cas spéciaux, si toutefois on trouve, dans ces cas particuliers, de la résistance à l'application d'une règle commune.

» Or, les délits ruraux qui excèdent la compétence des tribunaux de simple police, soit par la quotité d'une amende fixe, soit par l'incertitude de l'amende dont la quotité dépend de l'évaluation du dommage (1), sont évidemment dans la catégorie

(1) Est-il bien vrai que les délits ruraux soient nécessairement hors de la compétence des tribunaux de police, par cela seul que le taux de l'amende à prononcer, dépend de l'évaluation du dommage? *V.* l'article *Délits ruraux*, §. 5.

BIU Cujas

des cas particuliers qui ne peuvent être régis par la loi du 24 août 1790.

» La seule difficulté dans l'espèce est de savoir si, dans une commune où les pâturages ont été assignés, par forme de cantonnemens, aux individus désignés dans le réglement municipal, un habitant qui n'est pas compris dans ce réglement, et qui conséquemment est exclu du pâturage, peut se permettre l'introduction d'un troupeau dans un de ces cantonnemens, sans être passible de la peine portée dans l'art. 24 du tit. 2 de la loi du 6 octobre 1791.

» Les arrêts cités par le tribunal de Lille, sont inapplicables à cette espèce.

» Dans le premier, il s'agissait d'un droit de parcours prétendu par la commune de Villefranque sur celle de Sombrun. Cette dernière le contestait. Le tribunal de simple police avait condamné les trois particuliers de la commune de Villefranque qui avaient usé du droit de parcours, à une amende, suivant l'art. 24, tit. 2 de la loi du 6 octobre 1791. La cour cassa ce jugement, 1° parceque, dans le cas de l'article précité, le tribunal de simple police était incompétent; 2° parce que les trois particuliers et la commune intervenante se prévalaient d'une possession immémoriale, ce qui constituait une question préjudicielle du ressort des tribunaux civils.

» Dans le second arrêt, il s'agissait encore d'un droit de parcours, et la cour décida qu'il n'y avait point de contravention, *parceque le fait de dépaissance dont il s'agissait, ne paraissait avoir été défendu par aucun réglement municipal sur la vaine pâture, dont l'infraction pût présenter les caractères d'une contravention susceptible d'une des peines de police établies par la loi.* En conséquence, la cour cassa le jugement rendu par le tribunal de simple police du canton de Pontoise, qui avait prononcé 3 francs d'amende, par application de l'art. 2, sect. 4 du tit. 1er de la loi du 6 octobre 1791.

» Le troisième arrêt, rendu sur le réquisitoire de l'exposant, casse, dans l'intérêt de la loi, un jugement rendu par le tribunal de simple police de Courville, qui avait renvoyé de la demande un particulier de la commune de Courville, qui avait usé d'un droit de compascuité sur la commune de Saint-Arnould-des-Bois, avec excès, c'est-à-dire, en introduisant un plus grand nombre de moutons que ne le permettait le réglement de la commune de Saint-Arnould-des-Bois, approuvé par le préfet. Le tribunal de police avait pensé que la commune n'avait pu faire un réglement que dans l'intérêt de ses propres exploitations. Cela pouvait être vrai en principe : il semblait du moins que la commune de Courville aurait dû être entendue lors du réglement; mais comme il n'en était pas moins certain que la décision du préfet embrassait le droit de parcours, c'est-à-dire, la servitude réciproque, la cour cassa pour contravention à la loi du 24 août 1790, tit. 2, art. 13, et à celle du 16 fructidor an 3.

» Tout cela ne nous aide pas beaucoup pour la solution de la difficulté.

» La question est de savoir si, dans l'espèce, il n'y a une peine à prononcer que parcequ'il y a un réglement municipal; ou s'il échoit d'appliquer l'art. 24 du tit. 2 de la loi du 6 octobre 1791, parceque le réglement qui a tracé des cantonnemens, a donné aux individus ainsi investis d'une possession exclusive, les droits résultant dudit art. 24.

» Cette question est neuve et mérite toute l'attention de la cour.

» Nul doute que l'infraction à un réglement municipal n'entraîne qu'une peine de simple police, lorsque, d'un côté, ce réglement frappe sur un des objets confiés à la vigilance et à l'autorité des administrations municipales, et que, de l'autre, il ne se rattache pas à l'exécution d'une loi qui emporte une peine excédant 15 francs d'amende et cinq jours d'emprisonnement.

» Mais si ce réglement a pour effet de se combiner et de se confondre avec une loi plus sévère; si le code rural de 1791 donne pleine autorité aux municipalités pour faire des réglemens sur le parcours et la vaine pâture; si ces réglemens ne sont pas précisément ceux qu'on appelle *de simple police;* si la loi d'octobre 1791 embrasse des matières qui ont un caractère tout différent de celles qui sont comprises dans la loi d'août 1790; si enfin l'effet et le résultat d'un cantonnement est de rattacher le réglement à l'art. 24 du tit. 2 de la loi du 6 octobre 1791, comment serait-il possible de parler encore des tribunaux de simple police?

» Cela posé, lisons l'art. 24 : *Il est défendu de mener sur le terrain d'autrui des bestiaux d'aucune espèce, et en aucun temps, dans les prairies artificielles, dans les vignes, oseraies, dans les plants de câpriers, dans ceux d'oliviers, de grenadiers, d'orangers et arbres du même genre, dans tous les plants ou pépinières d'arbres fruitiers ou autres, faits de main d'homme. L'amende encourue pour ce délit, sera une somme de la valeur du dédommagement dû au propriétaire : l'amende sera double, si le dommage a été fait dans un enclos rural; et, suivant les circonstances, il pourra y avoir lieu à la détention de police municipale* ».

» Peut-on appeler le terrain concédé à un habi-
» tant pour le pâturage, à titre de cantonnement,
» *le terrain d'autrui?*

» Voilà la question.

» On conçoit que, quand un pâturage est dans

BIU Cujas

l'indivis, le mésusage ne puisse engendrer qu'une simple contravention; et que, dans ce cas, il n'y ait faute de la part de l'usager, que parce qu'il excède son droit, en versant, par exemple, cent bêtes dans le pâturage, tandis que le réglement ne lui en accordait que cinquante.

» L'indivision a ce caractère que l'usager trouve partout son usage et son droit, *totum in toto, totum in qualibet parte*. Il userait de ce droit arbitrairement et comme maître absolu, si un réglement n'y apposait des limites.

» Voilà pour l'indivision.

» Mais quand le réglement a divisé le terroir, ou presque tout le terroir; qu'il a adopté le système du cantonnement; qu'il n'a laissé en commun, pour les petits cultivateurs, qu'une certaine portion, ou même qu'il n'a rien laissé; lorsqu'enfin ce réglement n'est pas attaqué, quelle idée se formera-t-on du trouble apporté à la jouissance du cultivateur cantonné?

» Dira-t-on que c'est un mésusage, que l'individu qui a causé le trouble est seulement coupable d'avoir *excédé son droit?*

» Mais il n'a plus de droit; il porte atteinte au droit d'autrui, il attente à sa possession, il affaiblit ses jouissances; et si plusieurs individus se permettent cette infraction, il en résultera que, lorsqu'il respecte les autres cantonnemens et que le sien pourtant est envahi, son droit est anéanti.

» Qu'est-ce donc qu'un cultivateur cantonné, sinon un usager investi d'un droit exclusif?

» Et, en droit, quel est le caractère de l'usage? En quoi l'usage diffère-t-il de l'usufruit? Et en quoi l'usufruit lui-même diffère-t-il de la propriété absolue?

» L'usage diffère de l'usufruit, en ce qu'il est concentré sur la tête de l'usager et de sa famille, qu'il ne peut être étendu au-delà de leurs besoins personnels, ni vendu, ni loué; d'ailleurs absolument semblable à l'usufruit.

» Et l'usufruit est toute la propriété, fors la disponibilité du fonds, *salvâ rerum substantiâ.*

» Qu'on dise que le droit de l'individu cantonné pour le parcours ou la vaine pâture, est extraordinaire et difficile à définir: on répondra que toutes les jouissances civiles doivent se définir, ou du moins se réduire à des règles fixes, et trouver une place quelconque dans le droit civil.

» L'individu qui jouit de la vaine pâture, a un droit sur le territoire. Quel est ce droit? Il faut pourtant le connaître, pour savoir par quelles règles il doit être régi.

» Les membres d'une commune qui jouissent en commun, sont des sociétaires. Au regard d'un étranger, ce sont des usagers.

» L'individu cantonné est un usager à l'égard de tout le monde, même pour les habitans de la commune.

» Or, si un usager quelconque est troublé sur le terrain soumis à son usage, si ce terrain est envahi, si l'on affaiblit, si l'on détruit son droit, pourra-t-il se plaindre et demander l'application de l'art. 24 du tit. 2 de la loi du 6 octobre 1791? Celui qui a mené des bestiaux sur une contrée soumise à un pâturage exclusif, sera-t-il réputé les avoir menés sur le terrain d'autrui?

» Comment serait-il possible de ne pas répondre affirmativement?

« Qui se plaindra donc, si l'usager ne se plaint pas? L'intérêt est la mesure des actions.

» Le propriétaire du fonds est sans intérêt.

» L'usufruit est une propriété.

» L'usage en est une aussi.

» Le fonds appartient à l'usufruitier pour l'usufruit, à l'usager pour l'usage.

» Si vous pâturez sur le terrain donné en cantonnement, vous pâturez incontestablement sur le terrain d'autrui.

« A qui appartient ce terrain, *quant au pâturage?* A l'individu cantonné.

» Qui peut se plaindre, si ce n'est celui qui souffre?

» Et qui est-ce qui souffre, si ce n'est l'usager?

» Ainsi, dans les principes du droit, dans la saine application de l'art. 24, il n'est pas douteux que le fait dont il s'agit, entraînait une amende qui pouvait être au-dessus de 15 francs. Le tribunal correctionnel de Lille a donc eu tort de se déclarer incompétent.

» Ce conssdéré, il plaise à la cour, sans s'arrêter au jugement rendu par le tribunal de Lille, le 14 juillet dernier, qui sera regardé comme non-avenu, ordonner qu'il sera procédé correctionnellement, et, à cet effet, renvoyer devant tel autre tribunal qu'il plaira à la cour d'indiquer ».

Sur ce réquisitoire, arrêt du 20 août 1824, ainsi conçu:

« Ouï M. Rataud, conseiller, en son rapport, et M. Fréteau de Pény, avocat-général, en ses conclusions:

» Attendu que, par l'effet du jugement rendu, dans l'affaire dont il s'agit, par le tribunal de police du canton d'Haubourdin, le 25 mai dernier, et de celui rendu dans la même affaire par le tribunal correctionnel de Lille, le 14 juillet suivant, le cours de la justice se trouve arrêté, et qu'il est nécessaire de le rétablir;

» La cour, faisant droit sur le réquisitoire du

BIU Cujas

procureur général, *et d'après les motifs qui y sont énoncés*, statuant par réglement de juges, en vertu de l'art. 526 du Code d'instruction criminelle, sans s'arrêter ni avoir égard au jugement rendu par le tribunal correctionnel de Lille, le 14 juillet dernier, lequel sera regardé comme non-avenu, renvoie l'affaire et les parties devant le tribunal correctionnel de Douai, pour y être procédé et jugé conformément à la loi (1) ».

IV. La quatrième question, déjà jugée pour l'affirmative, par l'arrêt de la cour de cassation, du 8 juillet 1821, qui est rappelé dans le réquisitoire transcrit au n° précédent, l'a encore été dans le même sens par deux autres arrêts de la même cour, du 15 février 1828, dont le premier, que le second ne fait que copier littéralement, est ainsi conçu :

« Ouï le rapport de M. Gary, conseiller, et les conclusions de M. Laplagne-Barris, avocat-général;

» Vu l'art. 13, sect. 4, tit. 1er du Code rural du 6 octobre 1791, portant que *la quantité de bétail, proportionnellement à l'étendue du terrain, sera fixée dans chaque paroisse à tant de bêtes par arpent, d'après les réglemens et usages locaux, et qu'à défaut de documens positifs à cet égard, il y sera pourvu par le conseil-général de la commune;*

» Vu l'art. 15 de la loi du 28 pluviôse an 8, portant que *le conseil municipal réglera le partage des affouages, pâtures, récoltes et fruits communs;*

» Vu la délibération du conseil municipal de Luxeuil, du 10 fructidor an 11, approuvée par l'autorité préfectorale, qui, en exécution des lois précitées, règle le nombre des têtes de bétail que chaque propriétaire, ou domicilié, ou forain, a le droit d'envoyer dans le pâturage commun;

» Vu l'art. 161 du Code d'instruction criminelle;

» Attendu qu'il appartient aux tribunaux de police de réprimer les contraventions aux arrêtés pris par les autorités municipale et administrative dans la sphère des attributions qui leur sont confiées par les lois générales du royaume, ou par des lois spéciales, et dans toutes les matières où elles sont autorisées à agir par voie de réglement; que ces arrêtés sont considérés comme réglemens de police, dont l'infraction doit être punie par l'application des peines de police prononcées par les lois;

» Attendu que le conseil municipal de Luxeuil, dans sa délibération du 10 fructidor an 11, et l'autorité préfectorale, dans l'approbation qu'elle a donnée à cette délibération, ont agi en vertu de pouvoirs qui leur étaient conférés par les lois des 6 octobre 1791 et 8 pluviôse an 8;

» Attendu, en fait, que la contravention du prévenu à cette délibération, en envoyant au pâturage un nombre de bêtes supérieur à celui qu'il était autorisé à y envoyer, n'a pas été contestée par le prévenu, et a été reconnue par le jugement attaqué;

» Attendu que le fait de non-publication, dans la commune de *Breuches*, où le prévenu est domicilié, de la délibération du conseil municipal de Luxeuil, ne pouvait être un motif d'excuse, puisque le prévenu étant propriétaire dans la commune de Luxeuil, et n'ayant même droit au pâturage commun dans cette dernière commune, qu'à raison de la propriété qu'il y possédait, devait connaître le mode et les conditions, dans la commune de Luxeuil, de l'exercice de ce droit de propriété; que d'ailleurs les autorités municipales ne doivent faire promulguer leurs arrêtés que dans les limites de leur juridiction, déterminées par celles de leur territoire; que telle est d'ailleurs l'autorité des réglemens de police, qu'ils soumettent à leur empire même les étrangers non domiciliés qui se trouvent sur le territoire pour lequel ils ont été faits;

» D'où il suit qu'en déclarant que le fait imputé au prévenu, ne pouvait donner lieu qu'à une action civile, et en s'abstenant de prononcer les peines de police applicables à la contravention, le tribunal de police de Luxeuil a méconnu les règles de sa juridiction, violé l'art. 13 de la sect 4 du tit. 1er du Code rural du 6 octobre 1791, l'art. 15 de la loi du 28 pluviôse an 8, les lois répressives des contraventions aux réglemens de police, l'art. 65 du Code pénal, et l'art. 161 du Code d'instruction criminelle;

» La cour, faisant droit sur le pourvoi, casse et annulle le jugement du tribunal de simple police de Luxeuil, du 8 novembre dernier.... (1) ».

§. IV. *Le propriétaire qui met son troupeau dans son champ nouvellement moissonné, avant qu'il se soit écoulé deux jours depuis l'enlèvement de la récolte, encoure-t-il l'amende prononcée par l'art. 22 du tit. 2 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791?*

Au mois de mars 1810, un jugement d'un tribunal de simple police qui venait d'adopter la négative, me fut dénoncé, avec invitation d'en requérir la cassation dans l'intérêt de la loi.

Mon premier soin fut de me fixer sur les termes de l'article que l'on prétendait être violé par ce jugement.

Il y est dit que, *dans les lieux de parcours ou de vaine pâture, comme dans ceux où ces usages*

(1) *Ibid.*, tome 29, page 308.

(1) *Ibid.*, tome 33, page 84.

BIU Cujas

ne sont point établis, les pâtres et les bergers ne pourront mener les troupeaux d'aucune espèce dans les champs moissonnés et ouverts, que deux jours après la récolte entière, sous peine d'une amende de la valeur d'une journée de travail; et l'article ajoute : *l'amende sera double, si les bestiaux* D'AUTRUI *ont pénétré dans un enclos rural.*

C'était de ces derniers termes que l'on argumentait contre le jugement que l'on me dénonçait. La loi, disait-on, est générale; elle ne distingue point entre le propriétaire et l'étranger; et en voulant que l'amende soit doublée, *si les bestiaux d'autrui ont pénétré dans un enclos rural*, elle fait clairement entendre qu'il y a lieu à l'amende simple contre le propriétaire qui, avant qu'il se soit écoulé deux jours, introduit ses bestiaux dans un champ nouvellement moissonné, n'importe qu'il soit ou ne soit pas clos.

Mais, me dis-je à moi-même, quel pourrait être le but de la disposition dont il s'agit, si elle était applicable au propriétaire comme à l'étranger? Serait-ce de conserver le glanage en faveur des pauvres? Non, car, dans ce cas, elle serait commune à tous les pays; et cependant l'art. 21 du même titre suppose clairement que les *usages* de glaner, de râteler et de grapiller, ne sont pas *reçus* partout. Serait-ce d'empêcher que le propriétaire, en se hâtant de conduire ou faire conduire ses bestiaux dans son champ nouvellement moissonné, ne prive les autres habitans de l'avantage de concourir avec lui au bénéfice de la vaine pâture? Non encore; car le même article dispose expressément pour les *lieux de parcours ou de vaine pâture*, comme pour *ceux où ces usages ne sont point établis.* La loi paraîtrait donc sans but à l'égard du propriétaire, si elle lui était applicable; mais en est-ce assez pour qu'on ne la lui applique pas? Son intention de comprendre le propriétaire, ni plus ni moins que l'étranger, dans sa disposition, ne résulte-t-elle pas suffisamment des derniers termes de l'art. 22 : *l'amende sera double, si les bestiaux* D'AUTRUI *ont pénétré dans un enclos rural?*

Pendant que je faisais ces réflexions, arrivèrent ensemble chez moi M. Barris, qui présidait la section criminelle, et M. Carnot, qui y avait siégé longtemps. Je leur parlai de la question qui m'occupait, et assuré par eux qu'elle ne s'était pas encore présentée à la cour de cassation, je leur demandai ce qu'ils en pensaient personnellement. Ils la trouvèrent, comme moi, susceptible de controverse, et ils voulurent bien se charger de l'examiner chacun séparément.

Quelques jours après, M. le président Barris me remit une note ainsi conçue :

« Il faut, pour expliquer l'art. 22 du titre 2 de la loi sur la police rurale, écarter toute idée de glanage; la faveur du glanage n'est pas l'objet de ses dispositions.

» Il faut se fixer sur les obligations qu'entraîne, entre tous les propriétaires d'une commune, l'espèce d'association que produit entre eux la propriété de terres non closes, et confondues, pour ainsi dire, dans une même pièce. L'intérêt commun exige qu'il y ait, dans toutes les divisions de cette propriété générale, une certaine uniformité dans l'ordre des cultures, la jouissance et l'administration rurale.

» Ce principe général de police nous amène à la disposition de l'art. 22. Si un des co-propriétaires avait le droit de faire conduire ses bestiaux dans sa portion de propriété après l'enlèvement de sa récolte partielle, mais avant que les co-propriétaires voisins eussent fait enlever la leur, ces bestiaux pourraient endommager les fruits encore gisant sur place, de ses co-propriétaires voisins, puisqu'il n'y a pas, entre ces différentes propriétés, de séparation qui empêche la divagation du bétail d'une partie dans une autre.

» Il a donc fallu une mesure commune de police, une mesure qui frappât sur tous et sur les bestiaux de tous. Il faut que la récolte de toute la surface non close soit enlevée, et qu'un délai tel qu'il a plu à la loi de le fixer, se soit écoulé depuis cet enlèvement, pour que des bestiaux quelconques puissent être conduits sur cette surface. Cette mesure, d'un intérêt commun à tous les propriétaires de terrains non clos, s'applique à la dépaissance d'une partie de ces terrains par les bestiaux de celui qui en est propriétaire, comme à la dépaissance par des bestiaux étrangers à ce propriétaire.

» Telle est ma manière d'entendre cet article; je vous la soumets ».

Cette note, dans laquelle on reconnaît la finesse d'esprit qui distinguait si éminemment M. le président Barris, dans les discussions verbales de la chambre du conseil, ne répondait pas précisément à la question de savoir si le propriétaire est compris dans la disposition de l'art. 22; elle supposait seulement qu'il l'est effectivement, et elle se bornait à en expliquer le *pourquoi* d'une manière très-ingénieuse, mais peut-être trop subtile.

M. Carnot, à qui je la communiquai, le sentit comme moi, et voici en conséquence comment il rédigea la sienne :

« La question est de savoir s'il est interdit, sous peine d'amende, aux propriétaires, par l'art. 22 de la loi du 29 septembre 1791, d'envoyer leurs bestiaux en dépaissance sur leur propre sol avant deux jours expirés depuis la moisson entièrement faite.

» Pour faire aux propriétaires l'application de

BIU Cujas

cet article, on en donne trois motifs : le premier tiré des termes généraux dans lesquels l'article est conçu ; le deuxième, de ce que l'intention du législateur a été de conserver le glanage aux pauvres ; le troisième, d'obvier à ce que le bétail envoyé en dépaissance, ne cause du dommage aux récoltes qui ne sont pas encore enlevées dans les champs voisins.

» Le dernier motif ne peut être pris en aucune considération : d'abord, parce que les champs voisins peuvent appartenir au même propriétaire ; en second lieu, parce que, si le bétail ainsi conduit commet du dommage, celui qui l'éprouve, a les voies de droit pour en obtenir indemnité ; à quoi l'on peut ajouter qu'aucune loi ne punit l'action qui tend à commettre un délit, lorsque la tentative n'est pas elle-même réputée délit, et que le délit n'a pas été réellement commis ; ce qui arriverait si, de ce qu'un dommage pourrait être causé au champ voisin, quoiqu'il ne l'ait pas réellement été, il pouvait résulter qu'il y a lieu à l'amende.

» Celui tiré de la faveur du glanage, ne vaut pas mieux, car le glanage n'est pas de droit commun, ce qui résulte assez de la disposition de l'art. 21 ; et l'art. 22 s'applique indistinctement à tous les lieux.

» Reste donc le motif tiré de la rédaction de l'art. 22, qui est conçu dans des termes généraux. Mais si les propriétaires n'y sont pas *nommément exceptés*, ils n'y sont pas *nommément compris ;* et pour que l'on pût supposer que le législateur les y a réellement compris, il faudrait qu'ils y fussent expressément dénommés, comme cela doit nécessairement arriver toutes les fois qu'il s'agit de quelque atteinte à l'exercice de la propriété dans toute sa plénitude.

» On pourrait même dire que, si les propriétaires ne se trouvent pas nommément exceptés dans la rédaction de l'art. 22, c'est que l'exception étant de droit commun, n'avait pas besoin d'être exprimée. D'ailleurs, si les propriétaires ne se trouvent pas nommément exceptés, leur exception s'y trouve d'une manière indirecte. Il serait impossible, en effet, de supposer une disposition de loi qui punirait de la même peine celui qui aurait envoyé son bétail au pâturage sur son propre terrain, que s'il l'eût envoyé sur le fonds d'autrui ; ce qui arriverait cependant, si l'art. 22 s'appliquait également aux propriétaires et aux étrangers, puisque cet article ne prononce que l'amende d'une journée de travail pour le cas de dépaissance dans les champs moissonnés et ouverts. Aussi l'art. 22, dans sa seconde disposition, porte-t-il que l'amende sera double, lorsque le bétail d'autrui aura pénétré dans un enclos rural, sans ajouter que le propriétaire qui y aurait fait pénétrer le sien, devrait également y être condamné.

» Cette seconde disposition de l'art. 22 explique naturellement la première ; car, si c'était un délit de la part du propriétaire, comme de celle de l'étranger, d'envoyer son bétail au pâturage sur les champs *moissonnés et ouverts* avant deux jours de l'entier enlèvement de la récolte, et si c'en est un plus grand que de l'envoyer dans un enclos rural, comment se ferait-il que le propriétaire n'eût fait qu'une action licite, en envoyant le sien dans son enclos?

» L'art. 22, sainement entendu, ne signifie donc autre chose, si ce n'est qu'aucun individu ne pourra conduire son bétail sur le champ *d'autrui*, ouvert ou clos, avant les deux jours qui suivent l'entier enlèvement de la récolte, sans être passible d'une amende de la valeur d'un ou de deux jours de travail, soit que le champ sur lequel il l'a introduit, soit sujet au parcours ou qu'il n'y soit pas sujet ; ce qui est restrictif du droit de parcours ou de vaine pâture, mais non restrictif de l'exercice du droit de propriété, auquel, on le répète, il ne peut être porté atteinte en manière quelconque que pour raison d'intérêt public et par le moyen d'une loi formelle et expresse, ce qui n'est pas dans l'espèce particulière ».

Je n'ai pas besoin de dire que cette note me parut décisive, et que je renonçai en conséquence à toute idée de requérir, dans l'intérêt de la loi, la cassation du jugement qui m'était dénoncé.

VENTE, §. II. *Page* 648, *supprimez les* 9 *dernières lignes de la col.* 2 (1), *les pages* 649, 650, *la col.* 1 *ainsi que les* 25 *premières lignes, col.* 2, *de la page* 651, *et substituez-y ce qui suit :*

Tout ce que j'ai écrit sur cette question, dans les premières éditions de ce recueil, est refondu dans des conclusions du 20 janvier 1806, qui sont rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Vente*, §. 6.

§. VIII. *Page* 656, *col.* 1, *après la ligne* 56 (2), *ajoutez :*

V. le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Faillite* et *Banqueroute*, sect. 2, §. 2, art. 1er.

§. X. *Page* 657, *col.* 2, *supprimez la note qui se trouve à la fin de la ligne* 9 (3), *et substituez-y ce qui suit :*

Voici ses termes : *Illud planè verum est non*

(1) *Page* 518, *col.* 2, *ligne* 27 (2e édition).

(2) *Page* 526, *col.* 1, *ligne* 12 (2e édition).

(3) *Tome* 6, *page* 847, *col.* 2, *ligne* 29 (2e édition).

BIU Cujas

statim faciendam esse interpretationem contra venditorem, sed ità demùm si nihil sit quod meliùs dici possit, id est, si neque probari possit quid actum fuerit, neque verisimiliter conjici. Certior enim et prior et generalior illa regula est, in obscuri inspiciendum esse quod verisimile est, aut quod plerumque fieri solet.

§. XI. 1° *La vente de la chose d'autrui peut-elle être annulée sur la demande de l'acquéreur qui en jouit paisiblement ?*

2° *L'acquéreur qui, après avoir acheté une chose appartenant au vendeur, découvre que celui-ci était incapable de la vendre, peut-il, tant qu'il n'est pas évincé, demander la nullité de la vente ?*

3° *L'acquéreur d'un fonds dotal peut-il, tant qu'il en jouit paisiblement, réclamer contre les vices de la vente qui lui en a été faite, et demander qu'elle soit résolue ?*

I. Sur la première question, la négative était constante dans le droit romain. *Qui rem emit* (disait la loi 3, C. *de evictionibus*) *et post possidet, quamdiù evicta non est, auctorem suum, propterea quòd aliena res dicatur, convenire non potest.*

Mais cette decision, uniquement fondée sur le principe écrit dans la loi 28, D. *de contrahendâ emptione*, que la vente de la chose d'autrui était valable, en ce sens qu'elle produisait contre le vendeur l'obligation de livrer la chose, et d'en garantir l'éviction, et contre l'acheteur, l'obligation d'en payer le prix convenu (1), ne peut plus sympathiser avec l'art. 1599 du Code civil, qui déclare purement et simplement que *la vente de la chose d'autrui est nulle*, et qui, en ajoutant qu'*elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui*, fait clairement entendre que la nullité dont il frappe la vente de la chose d'autrui, n'est pas même couverte par la connaissance que l'acheteur a eue, au moment du contrat, de la non-propriété de son vendeur; ce qui amène nécessairement deux conséquences inséparables l'une de l'autre: la première, que l'acheteur n'est point lié par la vente, soit qu'il ait ignoré, soit qu'il ait connu, au moment du contrat, la non-propriété de son vendeur; la seconde, qu'il ne peut pas être déclaré non-recevable à demander la nullité de la vente, sous prétexte qu'aucun tiers ne le trouble dans la possession de l'objet de l'acquisition.

II. La seconde question se résout d'elle-même, d'après le principe consacré par l'art. 1125 du Code civil, que *les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté.* Il résulte, en effet, bien clairement de ce principe, que, si j'ai acheté d'un mineur, d'un interdit ou d'une femme mariée, un immeuble que les deux premiers ne pouvaient me vendre que par le ministère de leur tuteur et avec le concours de la justice, ou que la troisième était incapable d'aliéner, soit sans l'autorisation de son mari, soit même avec cette autorisation, je ne pourrai pas me prévaloir de leur incapacité pour demander la résolution et encore moins la nullité radicale de la vente.

Si cependant je n'avais acheté que par l'effet d'une erreur dans laquelle mon vendeur lui-même m'aurait induit sur son état, et dont il m'aurait été difficile de me préserver, l'équité exigerait que je fusse admis à résilier le contrat. Juger autrement, ce serait faire tourner le dol au profit de son auteur. *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Vente*, §. 1, art. 1, n° 8.

III. Sur la troisième question, il y a une distinction à faire entre le cas où le mari a vendu le fonds dotal comme un bien qui lui était propre, et le cas où il l'a vendu comme un bien appartenant à sa femme et dont il ne jouissait qu'à titre de dot.

Dans le premier cas, le mari a trompé l'acheteur, il s'est même rendu coupable envers lui d'un véritable stellionat; et dès-là, nul doute que l'acheteur n'ait le droit de faire résoudre la vente. On le jugeait ainsi avant le Code civil, comme le prouve l'arrêt du parlement de Provence, du 9 décembre 1707, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Dot*, §. 9, parcequ'alors le stellionat étant rangé dans la classe des crimes (1), il en naissait une action publique à laquelle était nécessairement accessoire une action civile en dommages-intérêts qui devait aboutir à la résolution de la vente; et à plus forte raison en est-il de même aujourd'hui, puisqu'aux termes de l'art. 1599 du Code civil, la seule circonstance que le vendeur n'est pas propriétaire de l'objet qu'il vend, même de bonne foi, suffit pour donner à l'acheteur le droit de conclure à ce que la vente soit annulée.

Dans le second cas, de deux choses l'une : ou la femme a participé au contrat, soit en y intervenant, soit en le ratifiant, ou le mari a vendu absolument seul.

---

(1) *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est*, disait cette loi ; *nam emptio est et venditio ; sed res emptori auferri potest. V.* les *Rationalia* du président Favre, sur la loi 25, §. 1, D. *de contrahendâ emptione.*

(1) *V.* le titre des Pandectes *de stellionatu.*

BIU Cujas

Dans la première hypothèse, point d'action pour l'acheteur, à l'effet de faire résoudre la vente. Cela résulte du principe consigné dans l'art. 1125 du Code civil. Il en est d'ailleurs, à cet égard, de la vente comme de l'échange, à cela près que la vente du fonds dotal est régulièrement nulle dans tous les cas, au lieu que l'échange d'un immeuble de cette nature ne l'est, lorsque la femme y concourt, qu'en cas d'omission des formalités prescrites par l'art. 1559 du Code civil. Or, un arrêt de la cour de cassation, du 11 décembre 1815, juge qu'à la vérité, *l'échange du fonds dotal est nul, s'il est fait sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi; mais que cette nullité n'est établie que dans l'intérêt de la femme et de ses héritiers; qu'aussi l'art. 1560, par une conséquence de l'art. 1125, ne permet qu'à la femme, à ses héritiers et au mari, de faire révoquer ces sortes d'aliénations; qu'ainsi, il résulte également du texte et de l'esprit de la loi, que cette action en nullité n'est pas ouverte à celui qui a volontairement traité avec le mari ou la femme, de l'échange d'un fonds dotal* (1).

Dans la seconde hypothèse, c'est encore la même chose, mais par une autre raison : c'est qu'en qualifiant de dotal le fonds qu'il vend seul et sans le concours de sa femme, le mari annonce clairement qu'il n'en est pas propriétaire; qu'ainsi, il n'est censé vendre que les droits qu'il a sur ce fonds; que, dès-là, on ne peut pas dire qu'il vend la chose d'autrui; et que par conséquent il n'y a pas lieu à l'application du principe résultant de l'art. 1599 du Code civil, que l'acheteur de la chose d'autrui peut demander la nullité de la vente, lors même qu'il a su que son vendeur n'était pas propriétaire.

§. XII. *La vente ou cession que l'héritier présomptif d'un absent dont on n'a point de nouvelles, fait à un étranger, des droits qu'il a sur sa succession, est-elle valable à l'égard des parties qui l'ont souscrite, et doit-elle avoir son effet entre elles, tant qu'elle n'est pas attaquée, soit par lui-même, en cas qu'il reparaisse, soit par ses représentans, en cas qu'il soit prouvé n'être mort que postérieurement à cet acte?*

Il y a dans le recueil de Lépine de Grainville, au mot *Absent*, un arrêt de la quatrième chambre des enquêtes du parlement de Paris, du 15 mars 1740, qui, au rapport de ce magistrat, juge que non, mais dans un cas particulier.

Voici le compte qu'en rend le rapporteur lui-même :

« Les parties étaient Joseph Bouchet, demandeur, contre Fleuri Charier, défendeur.

» Il s'agissait des successions de Jean et Barthélemy Maillon, absens.

» Philippe Chardon était leur présomptif héritier; mais par un acte du 24 février 1734, il avait cédé tous les droits qu'il pouvait prétendre dans ces deux successions, à Joseph Bouchet.

» Joseph Bouchet se prétendait en droit de les faire valoir, et il attaquait Fleuri Charier, qui était en possesion des biens d'une succession, sur lesquels les succcssions de Jean et Barthélemy Maillon avaient des droits à exercer.

» On opposait à Joseph Bouchet plusieurs moyens, et entre autres la règle générale, qu'un absent n'est réputé mort qu'après sa centième année. Il ne soutenait pas que les biens lui dussent être adjugés définitivement; il les demandait seulement à charge de donner caution, et il aurait réussi dans sa demande, si on se fût seulement déterminé par les moyens que les parties employaient. Mais un moyen dont Charier ne s'était point servi, l'a fait débouter de sa demande (1); on a cru que les juges devaient d'office en faire usage.

» Joseph Bouchet n'était que cessionnaire, il était étranger à sa famille; Philippe Chardon, son cédant, était le présomptif héritier, mais il n'était point partie.

» On a jugé que les droits de la succession d'un absent, ne devaient pas être dans le commerce.

» *Motifs de l'arrêt.*

» La loi n'accorde la garde des biens avant le partage définitif, qu'en faveur de l'absent, et elle n'appelle à cette garde que l'héritier présomptif.

» L'héritier présomptif à qui cette garde est confiée, ne peut disposer des biens de l'absent pour en faire son profit particulier; ils ne lui sont donnés que pour les conserver à l'absent, en cas de retour; et par conséquent *il est encore moins permis à l'héritier présomptif de céder à un étranger ses droits et sa qualité, avant que ces mêmes droits lui soient adjugés par un jugement définitif.*

» Si on permettait à un étranger de jouir de cette garde, l'absent, en cas de retour, aurait à discuter ses droits avec un étranger; ce qui est contraire à la loi, puisqu'elle n'appelle à cette garde que le présomptif héritier.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1816, page 43.

(1) Il y a sans doute ici une faute d'impression, et il faut évidemment lire : *a fait débouter Bouchet de sa demande.*

BIU Cujas

» D'ailleurs, une pareille cession peut devenir nulle, parceque celui qui l'a faite en qualité d'héritier présomptif, peut bien n'être pas le présomptif héritier lors de la mort de l'absent.

» On a jugé que ces principes étaient de droit public, et que nous ne devions pas autoriser les ventes, transports et cessions de choses qui ne sont pas dans le commerce.

» Il faut encore observer que nous ne pouvons être dépouillés de nos biens que par la mort ou par une disposition volontaire ; c'est pourquoi on ne peut se mettre en possession réelle et définitive des biens des absens, que lorsqu'ils sont réputés morts ; et ils ne sont réputés morts que lorsqu'ils ont atteint leur centième année.

« Dans le cas de l'absence, la loi admet un tempérament qui a pour objet la conservation des biens de l'absent, et qui ne doit être employé qu'avec la condition qui, selon la loi, doit l'accompagner ; et cette condition est que la garde ne doit être accordée qu'à l'héritier présomptif; il a plus d'intérêt que tout autre que cette garde soit utile à l'absent et à lui-même.

» L'arrêt déboute Joseph Bouchet de sa demande; déclare la cession qui lui a été faite nulle, sauf à Philippe Chardon ou autres héritiers présomptifs à veiller en leur nom à la conservation des biens, droits et actions de Jean et Barthélemy Maillon, absens.

» Lorsque la loi porte une disposition qui paraît avoir deux personnes pour objet, il faut examiner en faveur de laquelle elle est surtout établie ».

Que cet arrêt eût bien et régulièrement jugé dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, si le ministère public eût conclu à la nullité de la cession que Philippe Chardon avait faite à Joseph Bouchet, de ses droits à la succession des deux absens ; et que l'on dût encore, dans la même hypothèse, juger de même sous le Code civil, c'est ce qui ne paraît pas douteux.

En effet, Philippe Chardon avait fait cette cession, sans avoir préalablement obtenu un jugement d'envoi en possession des biens de ses deux parens, sans avoir fait constater, par un inventaire légal, la consistance et l'état de ces biens, et surtout sans avoir donné caution de les restituer aux absens, en cas de réapparition ; et l'on sent que, dans de pareilles circonstances, il était du devoir du ministère public, chargé alors par la jurisprudence, comme il l'est aujourd'hui par l'art. 114 du Code civil, *de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes*, d'empêcher que même les héritiers présomptifs, et à plus forte raison des étrangers, ne s'entremissent dans l'administration de leurs biens.

Mais pourrait-on aujourd'hui, sans réquisition du ministère public et d'office, annuler une pareille cession, lors même que l'héritier présomptif ne l'aurait faite qu'après un jugement d'envoi en possession suivi de toutes les formalités prescrites par le Code civil ?

On ne le pourrait qu'autant que, comme le disait le rapporteur de l'arrêt cité, la nullité de cette cession serait *d'ordre public*, en ce sens qu'elle pourrait être alléguée, même par le cédant, par le cessionnaire et par toutes les personnes qui y seraient intéressées. Or, cette nullité n'est établie que dans l'intérêt de l'absent ; ce n'est donc que dans l'intérêt de l'absent qu'il peut y être conclu, et qu'elle peut être prononcée.

Telle était la pensée de la cour de cassation, lorsque, dans ses observations sur le projet de l'art. 128 du Code civil, qui ne défendait l'aliénation des immeubles qu'aux héritiers présomptifs, elle proposait d'étendre cette prohibition aux légataires, aux donataires, et à tous ceux dont les droits sont subordonnés à la condition de la mort de l'absent, et de dire, en termes généraux, que les envoyés en possession provisoire « ne peuvent aliéner ni hy» pothéquer les immeubles AU PRÉJUDICE DE L'AB» SENT, sauf dans les cas exprimés par l'art. 22 du » projet (qui forme aujourd'hui l'art. 129); en expri» mant (*ajoutait-elle*) que ce n'est que relative» ment à l'absent que les envoyés en possession » provisoire ne peuvent vendre ou hypothéquer, » on évite la question de savoir si, même au cas de » non-réapparition, la validité de la vente peut être » contestée ».

Il est vrai que, comme le dit M. Locré dans son *Esprit du Code civil*, tome 1er in-4°, page 666, « la seconde partie de cette observation n'a produit » aucune disposition formelle » ; mais pourquoi ? Parceque « la prohibition étant relative à l'intérêt » de l'absent, elle ne peut, de droit commun, être » invoquée que par celui en faveur de qui elle est » établie, ou par ses représentans ».

C'est au surplus ce que la cour de cassation elle-même a jugé depuis dans une espèce où la cession que l'héritier présomptif de l'absent avait faite de ses droits à un étranger, était attaquée par ses propres héritiers, comme contraire, non seulement aux principes invoqués par Lépine de Grainville à l'appui de l'arrêt du parlement de Paris du 15 mars 1740, mais encore aux lois romaines qui prohibent toute vente de succession future, aux art. 1130 et 1600 du Code civil qui contiennent la même prohibition, et aux art. 115, 120 et suivans du même Code, relatifs aux absens. Voici l'espèce :

En 1792, Jean et Joseph Peignot partent pour l'armée. A peine s'est-il écoulé un an depuis leur départ, qu'ils cessent de donner de leurs nouvelles, et que par suite ils passent pour morts dans leur famille.

BIU Cujas

Le 7 messidor an 10, Françoise Peignot, leur sœur et unique héritière présomptive, majeure depuis long-temps, transporte ses droits dans leurs successions à Jeanne-Marie Gontelle, moyennant une somme qui lui est payée.

Elle meurt en 1806.

En 1822, ses héritiers demandent, contre ceux de Jeanne-Marie Gontelle, la nullité de la cession du 7 messidor an 10.

Déboutés par arrêt de la cour royale de Lyon, du 12 mars 1828, ils se pourvoient en cassation, mais inutilement. Par arrêt du 3 août 1829, au rapport de M. Maleville, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Sur le moyen consistant dans la violation des dispositions des lois romaines du Code civil qui réprouvent tout traité relatif aux successions de personnes vivantes, et qui règlent les effets de l'absence,

» Considérant que ces dispositions ne sont point applicables à la cession du 7 messidor an 10...;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

§. XIII. 1° *Lorsqu'un marché est conclu dans un lieu, et que la marchandise est livrée dans un autre, le défendeur peut-il, d'après la règle de compétence établie, pour les juridictions commerciales, par l'art.* 420 *du Code de procédure civile, être assigné, au choix du demandeur, devant le tribunal de l'un ou l'autre lieu; ou ne peut-il l'être que devant le tribunal de son domicile?*

2°. *Que doit-on décider à cet égard, lorsque l'expédition des marchandises a été accompagnée d'une facture énonçant que le prix en est payable dans tel délai et au domicile du vendeur, et qu'à l'arrivée des marchandises, l'acheteur n'a pas réclamé contre cette énonciation* (2)?

Qu'en thèse générale, le défendeur ne puisse, dans le cas sur lequel porte la première question, être assigné que devant le tribunal de son domicile, c'est ce que j'ai établi dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Tribunal de commerce*, n° 8.

Mais il en est autrement dans le cas qui est l'objet de la seconde question.

Au mois d'août 1821, un commis-voyageur du sieur Fortamps, négociant à Bruxelles, se trouvant à Ypres, vend au sieur Raban, de cette dernière ville, dix pièces de draps sur échantillons.

Le 14 du même mois, le sieur Fortamps expédie ces marchandises au sieur Raban, avec une facture énonçant que la vente est faite à deux mois de crédit, et que le prix en est payable à Bruxelles.

Trois semaines après la réception des marchandises, le sieur Raban renvoie cinq pièces, en alléguant qu'elles ne sont pas de la qualité convenue; il conserve et entame les cinq autres, en se bornant à en critiquer le prix, et garde le silence sur l'indication que la facture fait de la ville de Bruxelles, comme lieu de paiement.

Assigné devant le tribunal de commerce de cette ville, le sieur Raban demande son renvoi devant celui d'Ypres.

Jugement qui rejette son déclinatoire. Appel.

Pour établir qu'il n'est pas justiciable du tribunal de commerce de Bruxelles, le sieur Raban invoque la jurisprudence résultant de trois arrêts de la cour de cassation des 14 décembre 1811, 16 décembre 1812 et 14 juin 1813; il soutient que le sieur Fortamps n'a pas su se faire à lui-même, par sa facture du 14 avril 1821, un titre pour distraire son prétendu débiteur de ses juges naturels.

Mais, par arrêt du 13 avril 1822, la cour supérieure de justice de Bruxelles, adoptant les moyens opposés par le sieur Fortamps à ceux du sieur Raban, met l'appellation au néant,

« Attendu qu'à défaut d'une stipulation contraire, la vente est toujours censée faite sous la condition tacite que le prix en sera payé comptant à l'instant même et au lieu de la délivrance de la chose vendue; que, bien que l'appelant prétende que la vente dont il s'agit dans la présente cause, a été faite à crédit, sans qu'il y ait été ajouté une stipulation relativement au lieu où le paiement devait s'effectuer, et qu'ainsi le cas rentrerait dans les dispositions de l'art. 1247 du Code civil, suivant lequel, sauf les deux exceptions y reprises, le paiement doit être fait au domicile du débiteur, il n'a rien produit pour établir son soutènement à cet égard;

» Que, de son côté, l'intimé convient que la vente a été faite à deux mois fixes, avec option d'escompter un pour cent par mois d'anticipation de paiement, mais sous la condition expresse que le prix de la vente serait payé en la ville de Bruxelles, ainsi qu'il est dit dans la facture du 14 avril 1821,

---

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, page 339.

(2) Cette seconde question a été oubliée dans l'article *Tribunal de commerce*, où elle devait être traitée, d'après le renvoi que j'y en avais fait dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Tribunal de commerce*, n° 8. C'est pour réparer cet oubli que je la place ici.

BIU Cujas

qui se trouve en tête de son exploit introductif d'instance, et que cet aveu de l'intimé est indivisible;

» Que, dans cet état de choses, soit que l'on considère la vente comme faite au comptant, la stipulation d'un terme pour le paiement sans désignation du lieu où il devait être fait n'étant pas prouvée, soit que l'on s'attache à la clause de la facture concernant le lieu où la marchandise vendue était payable, il s'ensuit, dans l'un comme dans l'autre cas, que le paiement du prix de la vente devait être effectué à Bruxelles, soit comme le lieu désigné par la convention, soit comme celui où la délivrance de la chose, censée vendue au comptant, a été faite;

» Et que, d'après cela, la juridiction du tribunal *à quo* est fondée, aux termes de l'art. 420, dernier *alinéa*, du Code de procédure civile (1) ».

Cet arrêt a certainement bien jugé, en décidant que le sieur Raban ne pouvait pas décliner la juridiction du tribunal de commerce de Bruxelles, après avoir reçu sans réclamation une facture dans laquelle il était expressément dit qu'il paierait en cette ville le prix des marchandises qui lui avaient été expédiées (2).

Mais comment a-t-il pu dire que, même en mettant de côté la facture, le sieur Raban aurait toujours été justiciable du tribunal de commerce de Bruxelles, parcequ'alors la vente aurait été censée faite *au comptant*, et que la délivrance ayant eu lieu à Bruxelles, c'eût été à Bruxelles que le sieur Raban eût dû payer? Il était constant, en fait, que les marchandises avaient été expédiées avant que le prix en fût payé. Il était donc bien impossible que la vente fût censée avoir été faite au comptant; et par une conséquence ultérieure, il est clair que, la facture mise de côté, il ne serait resté aucun prétexte pour soumettre le sieur Raban à la juridiction d'un tribunal qui n'était ni celui de son domicile, ni celui d'un lieu où tout à la fois la marchandise avait été livrée et le prix avait dû être payé.

§. XIV. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles *Chose jugée*, §. 1, n° 2; *Contrat pignoratif; Contre-lettre; Enregistrement* (*droit de*), §. 3; *Régime dotal; Remploi*, etc.

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles, année 1822, tome 1, page 272.

(2) *V.* l'article *Compte courant*, §. 1.

Page 671, *col.* 2, *après la ligne* 36 (1), *ajoutez ce qui suit :*

VIOLENCE. *V.* l'article *Voie de fait.*

VOIE DE FAIT, §. I. *Page* 672, *col.* 1, *supprimez les lignes* 1 *à* 9 (2), *et substituez-y ce qui suit :*

Peut-on poursuivre par plainte ou citation, devant le tribunal de police, la réparation d'une voie de fait purement réelle, et non accompagnée de circonstances qui, d'après une disposition expresse de la loi, la feraient dégénérer en crime, délit ou contravention?

J'ai donné, sur cette question, à l'audience de la cour de cassation, section criminelle, le 18 messidor an 8, et par conséquent sous l'empire du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, des conclusions ainsi conçues :

« Jean Gaudner, etc.

Page 674, *col.* 2, *supprimez les lignes* 29 *et* 30 (3), *et substituez-y ce qui suit :*

J'aurais sûrement conclu, et il est permis de croire que la cour de cassation aurait jugé tout autrement, si j'avais mieux pesé les termes du n° 8 de l'art. 605 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, et surtout si je m'étais souvenu que, dans la rédaction du projet de cet article, j'en avais emprunté le n° 8, de l'art. 19 du tit. 1er de la loi du 22 juillet 1791.

En effet, d'une part, il est au moins douteux que l'art. 605 du Code du 3 brumaire an 4 ait eu en vue les voies de fait purement réelles, lorsqu'il déclare passibles des peines de simple police, *les auteurs de rixes, attroupemens injurieux ou nocturnes*, VOIES DE FAIT ET VIOLENCES LÉGÈRES, POURVU QU'ILS N'AIENT NI BLESSÉ NI FRAPPÉ PERSONNE...., *auquel cas ils ne peuvent être jugés que par le tribunal correctionnel*; car ces mots, *pourvu qu'ils n'aient ni blessé ni frappé personne*, ne peuvent certainement s'appliquer qu'aux voies de fait et violences légères qui sont exercées sur les personnes; et il est, dès-là, bien naturel d'en conclure que les voies de fait et les violences exercées sur les personnes, sont les seules dont la loi s'occupe dans cet article. Mais s'il y a là-dessus quelque doute, quelle est l'interprétation qui doit prévaloir? C'est sans contredit la plus douce; c'est par conséquent celle qui

(1) *Page* 539, *col.* 2, *ligne* 40 (2e édition).
(2) *Page* 540, *col.* 1, *ligne* 1 (2e édition).
(3) *Page* 542, *col.* 1, *ligne* 20 (2e édition).

BIU Cujas

exclut de la disposition de cet article les voies de fait purement réelles.

D'un autre côté, l'art. 19 du tit. 1er de la loi du 22 juillet 1791 était ainsi conçu : *En cas de rixes ou disputes avec ameutement du peuple, en cas de voies de fait ou violences légères* DANS LES ASSEMBLÉES OU LIEUX PUBLICS, *en cas de bruit et attroupemens nocturnes, ceux des trois premières classes mentionnées en l'art.* 3, *seront, dès la première fois, punis ainsi qu'il sera dit au titre* de la police correctionnelle. *Les autres seront condamnés à une amende du tiers de leur contribution mobilière, laquelle ne sera pas au-dessous de douze livres, et pourront l'être, selon la gravité du cas, à une détention de trois jours dans les campagnes, et de huit jours dans les villes.*

Assurément, dans cet article, les mots, *voies de fait et violences légères* ne pouvaient s'entendre que des voies de fait et violences légères qui s'exerçaient sur les personnes. Comment donc pourraient-ils, dans le n° 8 de l'art. 605 du Code du 3 brumaire an 4, s'entendre des voies de fait et violences légères qui sont exercées sur les choses? En les empruntant de la loi du 22 juillet 1791, le Code du 3 brumaire an 4 n'en a pas changé ni étendu le sens. Ils doivent donc être restreints dans l'un, comme ils l'étaient dans l'autre, aux voies de fait ou violences exercées sur les personnes.

Au surplus, si la question était tant soit peu douteuse sous le Code du 3 brumaire an 4, elle a certainement cessé de l'être depuis la publication de l'avis du conseil-d'état du 4-8 février 1812, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Offense à la loi*, n° 2.

En effet, il décide que les voies de fait réelles qui ont pour objet d'empêcher, d'interrompre ou de faire cesser l'exécution d'un acte de l'autorité publique, non seulement ne sont plus passibles des peines portées par la loi du 22 floréal an 2, mais ne peuvent plus donner lieu qu'à *une action purement civile*.

Il décide donc, *à fortiori*, qu'il en est de même des voies de fait moins répréhensibles; car il serait souverainement absurde que je pusse, par exemple, vous actionner devant le tribunal de police, pour m'avoir troublé, par voie de fait, dans la possession d'un immeuble dont aucun jugement préalablemrnt rendu contre vous, ne m'aurait déclaré propriétaire ou possesseur annal, tandis que je n'aurais contre vous qu'une *action civile*, si, après qu'un jugement vous aurait condamné à me délaisser cet immeuble, et aurait reçu son exécution, vous repreniez la possession de cet immeuble par voie de fait.

C'est d'ailleurs ce que juge formellement un arrêt de la cour de cassation, du 1er mai 1828, qui est ainsi conçu :

« Le procureur général expose qu'il est chargé par M. le garde des sceaux, ministre de la justice, de requérir l'annulation d'un jugement rendu par le tribunal de simple police du canton de Claye, arrondissement de Meaux, le 6 juillet 1826.

» Le 26 juin 1826, le garde-champêtre de la commune de Villeparisis constata que le sieur Messier s'était approprié une partie d'une pièce de terre appartenant à la commune, au lieu dit *le Chemin du petit marais*.

» Traduit, à raison de ce fait, devant le tribunal de simple police, le sieur Messier soutint qu'il avait la possession du terrain faisant l'objet du procès-verbal, tant par lui que par ses vendeurs.

» Le tribunal, considérant cette exception comme préjudicielle, sursit à statuer jusqu'à la décision de l'autorité compétente.

» Ce sursis ne satisfaisait pas la loi.

» C'est une déclaration d'incompétence absolue qu'elle demandait.

» Une usurpation de terre est une matière purement civile.

» Aucun article du Code pénal ne s'y applique.

» Ce n'est même qu'*en forçant* le sens de l'art. 28, tit. 2, du Code rural de 1791, et pour le cas où on aurait en même temps coupé de petites parties de blé en vert, ou d'autres productions de la terre, qu'on pourrait appliquer ledit article (1).

» Ce considéré, il plaise à la cour de casser et annuler, dans l'intérêt de la loi, le jugement dénoncé, et ordonner qu'à la diligence de l'exposant,

---

(1) Voici les termes de cet article : « Si quelqu'un, » avant leur maturité, coupe ou détruit de petites » parties de blé en vert, ou d'autres productions de » la terre, sans intention manifeste de les voler, il » payera en dédommagement au propriétaire, une » somme égale à la valeur que l'objet aurait eue dans » sa maturité; il sera condamné à une amende égale » à la somme du dédommagement, et il pourra l'être » à la détention de la police municipale. »

Serait-ce donc *forcer le sens* de cet article, que de l'appliquer à un individu qui, en s'emparant par voie de fait d'une lisière de mon champ, couperait ou détruirait les grains en vert dont elle se trouverait emblavée? Non, certainement : ce serait, au contraire, en faire la plus juste application; et rien ne pourrait soustraire à la cassation le jugement en dernier ressort qui déciderait qu'une pareille voie de fait ne peut être poursuivie que par la voie civile. *V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 5 février 1829, que je rapporte à la suite de celui-ci.

BIU Cujas

l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres du tribunal de simple police du canton de Claye.

» Fait au parquet, ce 22 avril 1828. *Signé*, Mourre.

» Ouï le rapport de M. le baron Gary, conseiller, et les conclusions de M. le baron Fréteau de Pény, avocat-général,

» La cour, statuant sur le réquisitoire du procureur général du roi, et en adoptant les motifs, casse et annulle, dans l'intérêt de la loi, le jugement du tribunal de simple police du canton de Claye, du 6 juillet 1826..... (1) ».

Du reste, il est bien entendu, et je l'ai supposé clairement dans l'intitulé de ce paragraphe, qu'une voie de fait, même purement réelle, donne nécessairement lieu à l'action publique, toutes les fois qu'elle est accompagnée de circonstances qui la font dégénérer en crime, délit ou contravention.

De là un arrêt de la cour de cassation, du 5 février 1829, par lequel,

« Vu l'art. 456 du Code pénal, portant : *Quiconque aura, en tout ou partie, comblé des fossés, détruit des clôtures, de quelques matériaux qu'elles soient faites....., sera puni d'un emprisonnement qui ne pourra être au-dessous d'un mois, ni excéder une année, et d'une amende égale au quart des restitutions et des dommages-intérêts, et qui, dans aucun cas, ne pourra être au-dessous de 50 francs ;*

» Que, dans l'espèce, l'arrêt attaqué déclare Armand, *dit Nicolas*, prévenu d'avoir, par effraction ou voie de fait, repris la possession d'une maison dont il avait été judiciairement expulsé ;

» Que, dans l'exposé des faits de la prévention, ce même arrêt explique que l'effraction consistait dans le bris de la fermeture de la maison ;

» Que, dès-lors, Armand, *dit Nicolas*, était prévenu du délit de destruction de clôture ;

» Que, si le fait d'avoir repris, par violence, la possession de la maison dont il avait été judiciairement expulsé, n'était passible d'aucune peine, d'après l'avis du conseil-d'état du 8 février 1812, le fait de destruction de clôture était punissable de la peine portée par l'art. 456 du Code pénal ;

» Que néanmoins l'arrêt attaqué a renvoyé Armand, *dit Nicolas*, de la prévention portée contre lui, sous prétexte que, d'après l'avis du conseil-d'état précité, cette prévention n'entraînerait l'application d'aucune peine ;

» En quoi cet arrêt a faussement appliqué l'avis du conseil-d'état du 8 février 1812, et violé l'art. 456 du Code pénal ;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt de la cour royale de Grenoble, chambre des mises en accusation, du 24 décembre dernier, confirmant l'ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de Gap, du 14 décembre 1828, qui déclarait n'y avoir lieu à suivre contre Jean-Claude Armand, *dit Nicolas* (1) ».

§. II. *Autres questions sur les voies de fait.*

V. les articles *Complainte* et *Dénonciation de nouvel œuvre.*

VOL. *Page* 688, *col.* 2, *supprimez la ligne* 9(2), *et substituez-y ce qui suit :*

§. V. *Est-ce comme vol simple, et d'après l'art.* 410 *du Code pénal, ou comme vol de récoltes confiées à la foi publique, et d'après l'art.* 388 *du même Code, sous les modifications écrites dans la loi du* 25 *juin* 1824, *que doit être puni le vol de fruits de la terre qui ont été récoltés avant l'hiver, mais que le propriétaire a enfouis dans son champ pour les préserver de la gelée ?*

J'ai rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Vol* (sect. 2, §. 3, dist. 4, observations sur l'art. 388 du Code pénal, n° 1-4°), un arrêt de la cour de cassation, du 12 janvier 1815, qui juge qu'un pareil vol ne doit être puni que comme vol simple, et conformément à l'art. 401 ; et c'est ce que juge encore, sur un conflit élevé entre la chambre du conseil du tribunal de première instance de Strasbourg, et la chambre correctionnelle de la cour royale de Colmar, un arrêt du 11 juin 1829, ainsi conçu :

« Statuant sur la demande en réglement de juges formée par le procureur général près la cour royale de Colmar ;

» Attendu que, par une ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de première instance de Strasbourg, du 27 mars dernier, Antoine et Jean Kauffmann, frères, ont été renvoyés en police correctionnelle comme suffisamment prévenus d'avoir,

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 33, page 342.

(1) *Ibid.*, tome 34, page 73.

(2) *Page* 553, *col.* 1, *ligne* 6 (2e édition).

BIU Cujas

le 9 du même mois, soustrait frauduleusement des navets, au préjudice de François Mossier, de Mommenheim, et sur la propriété où ces navets se trouvaient déposés, délit prévu par les art. 388 du Code pénal, et 2 de la loi du 25 juin 1824;

» Que le tribunal correctionnel de Strasbourg, par un jugement du 9 avril suivant, a déclaré, en fait, que lesdits Antoine et Jean Kauffmann avaient été trouvés, le 9 mars précédent, vers onze heures du matin, en flagrant délit, enlevant des navets de la propriété de François Mossier, dudit Mommenheim..., *où ils les avaient extraits d'une fosse qui les contenait contre la rigueur du froid*, délit constituant un vol simple, prévu et puni par l'art. 401 du Code pénal, et a prononcé par suite des peines correctionnelles contre les prévenus;

» Attendu que, sur l'appel interjeté de ce jugement par les frères Kauffmann, par déclaration au greffe, et par le procureur général de la cour royale de Colmar sur le barreau, la chambre des appels de police correctionnelle de cette cour a annulé, par arrêt du 5 mai dernier, ledit jugement pour cause d'incompétence, et a renvoyé l'affaire et les prévenus devant le juge d'instruction de l'arrondissement de Colmar, et ce, par le motif *qu'il était constaté par le procès-verbal des gardes-champêtres et les aveux des prévenus, que le vol à eux imputé avait été commis simultanément par les deux; que, dès-lors, il constituait un crime, aux termes de la loi du 25 juin 1824, et de l'art. 388 du Code pénal;*

» Qu'il suit des motifs de cet arrêt, qu'il s'est référé aux faits déclarés tant par l'ordonnance de la chambre du conseil, que par le jugement correctionnel de Strasbourg, ci-dessus rapportés, et qu'il les a au moins implicitement reconnus et confirmés;

» Attendu que l'ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de première instance de Strasbourg, et l'arrêt de la chambre des appels de police correctionnelle de Colmar, ont acquis l'un et l'autre l'autorité de la chose jugée; que le cours de la justice est interrompu, et qu'il importe de le rétablir,

» Vu les art. 525 et suivans du Code d'instruction criminelle, relatifs aux réglemens de juges....;

» Vu les art. 388 et 401 du Code pénal....;

» Attendu que, si l'art. 388 porte, entre autres dispositions, et sauf la modification portée aux art. 2 et 10 de la loi postérieure du 25 juin 1824, que *quiconque aura volé dans les champs..... des récoltes ou meules de grains faisant partie des récoltes, sera puni de la réclusion;* la sévérité de la peine est fondée sur la confiance nécessaire que le cultivateur est forcé, par la nature des choses, de placer dans la foi publique, et à laquelle le législateur a voulu accorder une garantie spéciale; qu'elle ne peut s'appliquer qu'aux vols de récoltes non engrangées, ou de meules de grains faisant partie des récoltes laissées dans les champs, par insuffisance réelle ou présumée de granges ou greniers; que cette disposition pénale ne peut s'appliquer à des objets qui ne sont plus récoltés, mais seulement des fruits de la terre, précédemment récoltés et enlevés du champ;

» Que, dès-lors, le vol commis au mois de mars, de navets récoltés avant l'hiver, et placés aux champs dans une fosse, pour les préserver de la gelée, sans nécessité, par l'effet de la volonté du propriétaire, ne rentre point dans la catégorie des crimes prévus par l'art. 388 du Code pénal, mais constitue, dans l'absence de toute circonstance aggravante, un délit prévu et puni, comme vol simple, par l'art. 401;

» D'après ces motifs, la cour, sans s'arrêter à l'arrêt de la chambre des appels de police correctionnelle de la cour royale de Colmar, rendu le 5 mai 1829, qui sera considéré comme nul et non-avenu, renvoie, avec les pièces du procès, Antoine et Jean Kauffmann, en l'état où ils sont, devant la chambre des appels de police correctionnelle de la cour royale de Nancy, pour être procédé et statué comme et ainsi qu'il appartiendra, sur les appels desdits Antoine et Jean Kauffmann, du jugement rendu contre eux, le 9 avril dernier, par le tribunal de première instance de Strasbourg, et sur l'appel interjeté du même jugement sur le barreau de la cour royale de Colmar, par le procureur général près cette cour (1)».

§. VI. *La peine que l'art. 408 du Code pénal inflige à l'espèce de vol qu'il qualifie d'*abus de confiance, *est-elle applicable au commissionnaire ou mandataire salarié qui, au lieu de remettre à son commettant les sommes qu'il a reçues pour le compte de celui-ci, se les approprie frauduleusement?*

J'ai établi l'affirmative dans un réquisitoire du 11 septembre 1813, et elle a été adoptée par un arrêt de la cour de cassation du 18 novembre suivant, rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Vol*, sect. 2, §. 3, dist. 4, n° 3 des observations sur l'art. 408 du Code pénal.

La question s'est représentée deux fois devant la cour supérieure de justice de Bruxelles, et deux arrêts de cette cour l'ont jugée dans le même sens.

Le premier, du 26 mars 1825, confirme un jugement de première instance, qui condamnait le

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 34, page 314.

BIU Cujas

nommé T.... aux peines portées par l'art. 408; et il le confirme,

« Attendu qu'il est établi par les pièces du procès et par les déclarations des témoins, que T..... a été chargé par diverses personnes de leur procurer de l'argent sur leurs acceptations; que l'argent que T.... recevait de cette manière, appartenait à ceux qui lui avaient donné commission de faire cet emprunt; qu'ainsi, il était tenu de leur remettre ces fonds dans leur intégralité, sauf déduction d'un salaire raisonnable;

» D'où il suit que la destination de ces fonds étant ainsi déterminée, T...., en n'en remettant qu'une partie, au lieu de les remettre intégralement, a commis un abus de confiance (1) ».

Le second a été rendu dans les circonstances suivantes:

En 1816, le sieur Nicquet, négociant à Bordeaux, charge le sieur J..... de la vente de ses vins à Bruxelles, moyennant un salaire déterminé; et plusieurs années se passent sans qu'il trouve à redire à la manière dont le sieur J..... s'acquitte de sa commission.

Mais à la fin de l'année 1826, convaincu, par le rapprochement qu'il fait du dernier compte du sieur J... avec les renseignemens qui lui sont parvenus de toutes parts, que celui-ci s'est approprié une partie du prix de ses vins, il le fait citer devant le tribunal correctionnel de Bruxelles, pour se voir déclarer coupable du délit prévu par l'art. 408 du Code pénal, et condamner à la réparation du dommage qu'il lui a causé, sauf au ministère public à prendre contre lui telles conclusions qu'il appartiendra.

Le sieur J.... comparaît sur cette citation, et avoue qu'il n'a pas renseigné au sieur Nicquet la totalité des sommes touchées par lui du prix de ses vins; mais il soutient qu'il a eu le droit de retenir les sommes qu'il a en effet retenues, parcequ'il y était autorisé par une convention verbale, et il demande son renvoi devant le tribunal civil.

Le sieur Nicquet réplique qu'à la vérité il a existé une convention verbale entre lui et le sieur J...., mais qu'elle portait sur des objets tout différens et étrangers à sa réclamation actuelle.

Le 6 février 1827, jugement par lequel,

« Considérant que les parties sont d'accord qu'il existe entre elles une convention verbale; mais qu'elles sont en même temps discordantes sur les clauses et conditions;

» Considérant que le tribunal correctionnel est incompétent pour s'occuper de la preuve relative auxdites clauses et conditions;

» Considérant néanmoins que l'existence du délit imputé au prévenu, par la partie civile, dépend de la nature et des conditions de la convention susdite;

» Le tribunal, ouï le ministère public, *se déclare incompétent*, condamne la partie civile aux dépens ».

Appel de ce jugement, tant de la part du sieur Nicquet que de la part du ministère public.

Par arrêt du 23 mars de la même année,

« Considérant que, si le fait avancé était prouvé, il en résulterait que J...., commissionnaire salarié de Nicquet, ayant touché diverses sommes pour son commettant, s'en serait frauduleusement approprié le montant, ce qui constituerait le délit prévu par l'art. 408 du Code pénal; que la défense de J...., fondée sur une prétendue convention verbale, est constitutive d'une contestation civile essentiellement préjudicielle, et que cette convention, bien que n'étant pas très-vraisemblable, ne paraît pas néanmoins impossible;

» La cour (chambre des appels correctionnels) annulle le jugement dont est appel, en tant que le premier juge s'est déclaré incompétent d'une manière indéfinie, et ordonne à l'intimé de prouver dans les deux mois, et devant le juge compétent, la convention verbale qu'il allègue, l'action correctionnelle demeurant dans l'intervalle suspendue (1) ».

Le sieur J.... se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et soutient que l'art. 408 a été faussement appliqué. En effet, dit-il, pour que je fusse, en cas de conviction des faits que m'impute le sieur Nicquet, passible des peines prononcées par cet article, il faudrait que les sommes que je suis prévenu d'avoir détournées, m'eussent été confiées *à titre de dépôt ou pour un travail salarié*. Or, ce n'est pas certainement à titre de dépôt qu'elles m'ont été remises, puisque rien de ce qui, aux termes du Code civil, est nécessaire pour constituer un dépôt, ne s'est rencontré dans l'espèce; ce n'est point non plus pour un travail salarié, puisque des sommes d'argent ne sont pas susceptibles d'un pareil travail.

---

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles, année 1825, tome 1er, page 285.

(1) En s'abstenant ainsi de prononcer elle-même sur l'exception tirée par le sieur J... de la prétendue convention verbale, et en sursoyant ainsi à statuer sur l'action publique, la chambre correctionnelle de la cour supérieure de justice de Bruxelles méconnaissait évidemment sa propre compétence. *V.* les conclusions du 20 fructidor an 12, rapportées aux mots *Suppression de titres*, §. 1, et l'article *Appel*, §. 14, art. 2, n° 3-5°.

BIU Cujas

Le sieur Nicquet répond que les termes *à titre de dépôt* ne peuvent pas, dans l'art. 408 du Code pénal, s'entendre seulement du dépôt proprement dit, tel qu'il est défini par le Code civil; qu'ils s'y entendent nécessairement aussi de tout ce qui est remis, de tout ce qui est reçu, à la charge de le remettre et de le rendre à celui à qui la chose appartient, et pour le compte duquel elle a été reçue; que c'est ainsi que, bien que les receveurs des deniers publics ne soient pas des dépositaires proprement dits, dans le sens du Code civil, les art. 169 et suivans du Code pénal ne laissent pas de les ranger dans la classe des dépositaires publics; et que, puisque, dans ces articles, le Code pénal considère comme dépositaires publics ceux qui sont chargés de recevoir les revenus ou deniers appartenant à l'État, il faut bien aussi que, dans l'art. 408, il considère comme dépositaires privés, ceux qui sont chargés de recevoir, pour des particuliers, les sommes appartenant à ceux-ci.

Par arrêt du 21 juin 1827,

« Considérant que, d'après les faits détaillés dans l'exploit introductif, Nicquet avait confié ses vins à J...., pour les vendre, en percevoir le prix, et le remettre à son mandant; que J.... recevait pour cela un salaire;

» Considérant que le mandataire n'est pas propriétaire des sommes qu'il reçoit pour son mandant, mais qu'il en est dépositaire, dans le sens que le Code pénal donne à ce mot, comme on peut le voir dans l'art. 169, qui se trouve sous la rubrique *des soustractions commises par des dépositaires publics*, et où sont compris les receveurs des contributions;

» Considérant que le fait de s'approprier une partie des sommes susdites, à l'insu de son mandant et sans intention de la rendre, constitue une soustraction dans le sens de l'art. 408 du Code pénal;

» D'où il suit que le tribunal correctionnel était compétent pour prendre connaissance de cette affaire, et que l'arrêt attaqué, qui reconnaît cette compétence, n'a, de ce chef, ni violé ni faussement appliqué l'art. 408;

» Par ces considérans, la cour, ouï le rapport de M. le conseiller Joly, et M. le substitut du procureur général, en ses conclusions conformes, rejette le pourvoi... ».

VUE, §. I. *Le co-propriétaire d'un mur mitoyen peut-il, en vertu des art.* 552, 658, 660, 675 *et* 676 *du Code civil, pratiquer, dans la partie de ce mur qu'il a exhaussée à ses frais, des vues ou jours à fer maillé et verre dormant sur l'héritage?*

Dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Vue*, §. 3, n° 4, j'ai rapporté, en le critiquant, un arrêt de la cour d'appel de Douai, du 7 février 1810, qui avait jugé que non; mais j'y ai annoncé en même temps que cette cour était depuis revenue à mon opinion; et en voici la preuve:

Le 30 juin 1823, le tribunal de première instance de Lille, saisi d'une demande parfaitement semblable à celle qu'avait accueillie cet arrêt, l'a rejetée,

« Attendu qu'aux termes de l'art. 658 du Code civil, tout propriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen à ses frais, et en payant l'indemnité de la surcharge; qu'il est certain que celui qui fait ainsi exhausser un mur, est propriétaire exclusif de la partie exhaussée, puisque l'art. 660 porte que le voisin qui n'a pas contribué aux frais de l'exhaussement, peut en acquérir le mitoyennement; d'où il résulte que, quoique la loi ne reconnaisse expressément que deux espèces de murs, savoir, le mitoyen et le non-mitoyen, il est vrai de dire que, d'après les art. 658 et 660, une portion d'un mur peut être mitoyenne, tandis que l'autre ne l'est pas;

» Attendu que le législateur, en statuant que celui qui exhausse un mur mitoyen, est propriétaire de la partie exhaussée, n'ignorait pas que tout mur mitoyen est élevé sur un terrain pris par moitié dans les propriétés contiguës; que néanmoins le législateur n'a mis aucune restriction à l'exercice du droit de propriété; qu'ainsi, l'on ne peut argumenter avec succès de ce que le mur est établi sur un sol commun, pour soutenir que le propriétaire de la partie exhaussée ne peut y percer des jours ou fenêtres;

» Attendu que chacun peut user de sa propriété comme il juge convenable, pourvu qu'il ne nuise pas à autrui; que, d'après ce principe, le propriétaire de l'exhaussement d'un mur peut y percer des fenêtres, pourvu que les jours qu'il prend, ne nuisent pas à son voisin; que le Code, en établissant, par les art. 676 et 677, des règles relatives aux jours pris dans un mur non-mitoyen, déclare virtuellement que le propriétaire qui se conforme à ces règles, ne cause aucun dommage, et qu'on ne voit pas pourquoi ces mêmes règles ne seraient pas applicables à la partie non-mitoyenne ».

La partie contre laquelle ce jugement avait été rendu, en a appelé à la cour royale de Douai; mais quel a été le résultat de son appel? Par arrêt du 4 février 1824, il a été prononcé en ces termes:

« Après avoir entendu Me Martin fils, avocat de l'appelant, et Me Leroy de Falvi, avocat de l'intimé;

» Considérant que celui qui, en vertu de l'art. 658 du Code civil, a fait exhausser à ses frais un mur mitoyen, est seul propriétaire de la partie exhaussée;

BIU Cujas

» Que de la propriété résulte nécessairement, pour lui, le droit de jouir de l'exhaussement de la manière la plus absolue, sauf les restrictions établies par la loi;

» Qu'aucune disposition du Code ne lui interdit la faculté de pratiquer des jours dans la partie du mur de laquelle il est propriétaire exclusif;

» Que l'art. 676 du Code, en déclarant que cette faculté appartient au propriétaire d'un mur non-mitoyen joignant immédiatement l'héritage d'autrui, n'est pas attributif d'un droit de servitude au profit du propriétaire du mur non-mitoyen, mais récognitif d'une des conséquences du droit de propriété;

» Que, si cette disposition se trouve placée sous la rubrique *des servitudes établies par la loi*, c'est parcequ'en imposant au propriétaire du mur non-mitoyen, l'obligation d'établir des fers maillés et verres dormans aux ouvertures par lui pratiquées, elle restreint son droit de propriété, et consacre par-là l'existence d'une servitude légale au profit de l'héritage contigu;

» Considérant qu'il suit de là que l'intimé, qui, de l'aveu de l'appelant, est seul propriétaire de la partie exhaussée du mur mitoyen, a pu puiser uniquement dans son droit de propriété la faculté de pratiquer les jours qui font l'objet du procès, en se conformant néanmoins aux dispositions des art. 676 et 677 du Code civil;

» La cour met l'appellation au néant; ordonne que ce dont est appel sortira effet; condamne l'appelant à l'amende et aux dépens de la cause d'appel ».

§. II. *Autres questions sur les droits de vue.*

V. les articles *Dénonciation de nouvel œuvre*, §. 1 et 4, et *Servitude*, §. 3.

WISSEMBOURG (Statut du mundat de), §. I. *Page* 688, *col.* 2, *après la ligne* 21 (1), *ajoutez ce qui suit :*

Cette question, qui se *rattache* aux matières traitées sous les mots *Dévolution coutumière*, a été jugée pour l'affirmative, par un arrêt de la cour de cassation, que j'ai provoqué, dans l'intérêt de la loi, par un réquisitoire ainsi conçu :

« Le procureur-général, etc.

Page 697, *col.* 2, *ligne* 7 *de la note* (2), *supprimez ce qui suit le mot* succession, *jusqu'à la fin de la ligne* 9, *et substituez-y ce qui suit :*

C'est même ce qu'a jugé ou plutôt supposé un arrêt de la cour supérieure de justice de Liége, du 19 mai 1824, rapporté dans la *Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles*, 1824, tome 2, page 436. Mais je doute que cette opinion, si elle eût été discutée mûrement dans le principe, eût résisté aux raisons qui la combattent. Elle n'a évidemment, etc.

---

(1) *Page* 553, *col.* 1, *ligne* 18 (2e édition).

(2) *Tome* 6, *page* 851, *col.* 1, *ligne* 41 (2e édition).

FIN.

BIU Cujas

ADDITIONS ET CORRECTIONS.

TOME VII.

ABSENT. *A la fin de l'article ajoutez :*

§. VI. *La vente ou cession que l'héritier présomptif d'un absent dont on n'a point de nouvelles, fait à un étranger, des droits qu'il a sur sa succession, est-elle valable à l'égard des parties qui l'ont souscrite, et doit-elle avoir son effet entre elles, tant qu'elle n'est pas attaquée, soit par l'absent lui-même en cas qu'il reparaisse, soit par ses représentans, en cas qu'il soit prouvé n'être mort que postérieurement à cet acte ?*

V. l'article *Vente*, §. 12.

ACQUIESCEMENT, §. XIX. *A la fin du paragraphe, ajoutez : V.* l'article *Divorce*, §. 10.

ACTE RESPECTUEUX, §. III. *Page* 59, *col.* 1, *ligne* 15, *supprimez le signe* § *qui se trouve avant les mots* VIIe QUESTION.

APPEL, §. X, ART. I, N° IV. *Page* 239, *col.* 1, *ligne* 15, *au lieu de* §. 14, *lisez :* §. 15.

§. XIV, ART. I, N° II. *Page* 284, *col.* 2, *ligne* 40, *au lieu de* tribunal, *lisez :* tribunat.

N° X. *Page* 305, *col.* 2, *ligne* 54, *au lieu de* confirme, *lisez :* infirme.

Page 310, *col.* 2, *ligne* 7, *après les mots* M. l'avocat-général Lebeau, *ajoutez :* le recours en cassation du sieur Rebatu est rejeté, etc.

Même page et même col., ligne 38, *au lieu de* est engagée, *lisez :* est déjà engagée.

N° XXII. *Page* 339, *col.* 2, *ligne* 36, *après les mots* cour de cassation, *ajoutez :* du 26 mai 1811, rapporté aux mots *Tribunal d'appel*, §. 2, n° 2.

La même cour s'est encore prononcée hautement pour la même opinion, par un arrêt du 9 octobre, etc.

Page 340, *col.* 2, *ligne* 14, *au lieu de* du principe sur lequel repose, *lisez :* de celui sur lequel reposent ceux des 26 mai et 9 octobre 1811, etc.

Page 342, *col.* 2, *lignes* 10 *et* 15, *au lieu de* avec celui de la section civile du 9 octobre, *lisez :* avec ceux de la section civile des 26 mai et 9 octobre 1811, etc.

ART. II, N° III-5°. *Page* 353, *col.* 1, *après la ligne* 12, *ajoutez :*

Dans l'espèce rapportée à l'article *Marque de fabrique*, §. 4, les sieurs Brasset et consorts, poursuivis correctionnellement par le sieur Pradier, pour avoir contrefait la marque distinctive des rasoirs de sa fabrication, avait demandé leur renvoi devant le conseil de prud'hommes; et le tribunal correctionnel du département de la Seine s'était en conséquence déclaré incompétent.

BIU Cujas

Sur l'appel du sieur Pradier et du ministère public, la cour royale de Paris avait, par arrêt du 20 août 1827, réformé le jugement du tribunal correctionnel, s'était déclarée compétente, et avait, sur le fond, continué la cause au premier jour.

Les sieurs Brasset et consorts se sont pourvus contre cet arrêt, et au moyen de cassation dont je rends compte à l'article cité, ils en ont ajouté un second, qu'ils ont fondé sur une prétendue violation du principe des deux degrés de juridiction.

« Ce principe (ont-ils dit) existe en matière correctionnelle, comme en matière civile. Il faut donc qu'une cause ait subi le premier degré de juridiction avant de pouvoir être jugée en appel, à moins d'exception formelle.

» Or, dans l'espèce, le tribunal de première instance n'avait pas jugé, et il n'avait pas même eu à examiner le fond de la cause, puisque ce tribunal s'était déclaré incompétent pour en connaître.

» Le fond n'avait donc pas subi le premier degré de juridiction.

» Cependant la cour a retenu la cause, pour y être par elle statué au fond.

» Aucune disposition exceptionnelle ne l'autorisait à procéder ainsi dans le cas d'annulation pour raison de compétence.

» La cour royale a donc violé le principe invoqué ».

Mais par arrêt du 8 décembre 1827, au rapport de M. Gary, et sur les conclusions conformes de M. Laplagne-Barris, avocat-général,

« Vu... la loi du 29 avril 1806, et les art. 213, 214 et 215 du Code d'instruction criminelle...;

» Attendu..., sur le second moyen, qu'il résulte des art. 213, 214 et 215 du Code d'instruction criminelle, et de leur combinaison avec l'art. 1er de la loi du 29 avril 1806, qu'en matière correctionnelle, il n'y a lieu à renvoi par les juges d'appel devant un tribunal inférieur, que dans le cas où il y a incompétence à raison du lieu du délit ou de la résidence du prévenu, ou parceque le fait imputé est qualifié crime par la loi, ou bien enfin quand le fait étant une simple contravention de police, l'une des parties a demandé le renvoi devant le tribunal de police; que, dans l'espèce, le tribunal de première instance ayant refusé de connaître d'une affaire correctionnelle qui était de sa compétence, la cour royale de Paris, en réformant le jugement, devait statuer au fond, en faisant ce que les premiers juges auraient dû faire; d'où il suit qu'en continuant la cause pour être procédé au jugement du fond, la cour royale de Paris s'est exactement conformée aux lois;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

APPEL INCIDENT, §. VII. *Page* 369, *col.* 2, *à la dernière ligne de la note*, *au lieu de* nascuntur, *lisez :* noscuntur.

BIENS NATIONAUX, §. I. *Page* 516, *col.* 1, *ligne* 40, *au lieu de* 1826, *lisez :* 1825.

CASSATION, §. XXXII. *Page* 589, *col.* 2, *à la note*, *au lieu de* §. 2, *lisez :* §. 11.

COMMERCE, §. VI, N° V. *Page* 644, *col.* 2, *ligne* 39, *au lieu de* contestable, *lisez :* incontestable.

Même page et même col., *ligne* 46, *au lieu de* les cas actuels, *lisez :* le cas actuel.

§. VIII. *Page* 645, *col.* 1, *ligne* 43, *au lieu de* mais qu'ils sont relatifs aux engagemens, *lisez :* mais en exécution des engagemens.

COMMUNAUTÉ DE BIENS ENTRE ÉPOUX, §. I. *Page* 658, *col.* 2, *ligne* 54, *au lieu de* chap. 107, *lisez :* chap. 102.

COMMUNE, §. VI. *Page* 666, *col.* 2, *ligne* 49, *après les mots* dans la suite, *ajoutez :*

par les motifs du prononcé du premier juge, être démontrée totalement dénuée de fondement, au point que la continuation de la procédure en instance d'appel devrait, *à priori*, être considérée comme une entreprise téméraire;

» Mais que cependant, puisqu'en certains cas, l'appel interjeté peut n'être considéré que comme un simple acte conservatoire, l'absence d'une autorisation ultérieure ne fait point naître une fin de non-recevoir qui obligerait toujours le juge supérieur à déclarer l'appel non-recevable à défaut de cette autorisation, quand même la possibilité de recourir à l'appel serait par là entièrement perdue à cause de l'expiration du délai accordé pour recourir à cette voie; qu'il est libre au juge, dans des cas semblables et pour les raisons prédites, de recevoir l'appel, et de fixer à la partie qui en a besoin, un délai convenable, durant lequel elle puisse faire les devoirs nécessaires pour obtenir une autre autorisation;

» Attendu que l'autorisation accordée, le 23 février 1820, par les états-députés de la Flandre orien-

BIU Cujas

tale à l'administration de bienfaisance, ici appelante, et en vertu de laquelle elle a, dans la présente cause, agi devant le juge de première instance, était, d'après ce qui précède, et nonobstant la généralité des termes dans lesquels elle est conçue, insuffisante pour pouvoir interjeter appel du jugement *à quo;* et que, puisque les appelans n'ont point soutenu et qu'il ne conste point non plus des pièces du procès que la voie d'appel leur serait fermée à cause de l'expiration des délais accordés pour user de ce moyen, si leur appel actuel ne pouvait être reçu du chef du défaut d'autorisation ultérieure, il ne se présente à cet égard aucun motif qui devrait porter la cour à ne considérer l'appel interjeté du jugement *à quo*, que comme un acte conservatoire, et à déclarer par suite, provisoirement et sauf la production d'une nouvelle autorisation dans un délai déterminé, les appelans recevables dans leur appel, afin de prévenir la déchéance de leur droit d'appeler;

» Par ces motifs, M. le substitut Deguchtencere entendu dans ses conclusions conformes, déclare l'appel jusqu'ores (c'est-à-dire, *hic et nunc*) non-recevable.....(1) ».

Mais que serait devenu cet arrêt, s'il eût pu être et eût été effectivement attaqué devant la cour de cassation de France?

On peut en juger par le sort qu'a eu un arrêt semblable que la cour royale de Paris avait rendu, le 20 décembre 1723, entre la commune de Chaumes et le sieur Gaudry.

Dans cette espèce, la commune de Chaumes s'était présentée à l'audience de la cour royale de Paris, pour plaider sur un appel qu'elle avait interjeté sans autorisation; et tout en soutenant qu'elle n'avait pas eu besoin d'autorisation, non seulement pour l'interjeter, mais même pour en *faire suite*, elle avait conclu subsidiairement à ce qu'il fût sursis à statuer, afin qu'elle pût se procurer l'autorisation qui lui serait jugée nécessaire.

Par l'arrêt cité, la cour royale de Paris avait purement et simplement déclaré la commune non-recevable, non parcequ'elle n'était pas actuellement munie d'une autorisation pour plaider sur son appel, mais parcequ'elle avait interjeté son appel sans autorisation.

Mais le maire de la commune de Chaumes s'étant pourvu en cassation, arrêt du 20 mars 1827, par lequel,

« Ouï, le rapport fait par M. le conseiller Carnot; les observations de Rochelle, avocat du demandeur; celles de Dumesnil de Merville, avocat du défendeur, et les conclusions de M. l'avocat-général Cahier;

CONFESSION, §. III. *Page* 696, *col.* 1, *ligne* 33, *au lieu de* disposition générale, *lisez :* disposition trop générale.

§. IV. *Page* 695, *col.* 2, *ligne* 53, *au lieu de* la partie, *lisez :* le parti.

CONTRAINTE PAR CORPS, §. I. *Page* 103, *col.* 2, *ligne* 14, *après le mot* titre, *ajoutez :* 2.

TOME VIII.

DÉLAI, §. IV *bis*, n° III. *Page* 24, *col.* 1, *ligne* 57, *après le mot* adage, *ajoutez en note : V.* d'ailleurs l'article *Terme à quo.*

DÉNONCIATION DE NOUVEL OEUVRE, §. IV. *Page* 46, *col.* 2, *ligne* 48, *au lieu de* un pétitoire, *lisez :* au pétitoire.

§. V. *Page* 52, *col.* 2, *ligne* 41, supprimez les mots *non tamen talia.*

Même page et même col., *ligne* 44, après le mot *proposita*, ajoutez: *non tamen talia.*

DOT, §. XI, n° V. *Page* 475, *col.* 2, *ligne* 44, *au lieu de* certaine, a, *lisez :* certaine, fait.

DUEL, §. I. *Page* 182, *col.* 1, *ligne* 22, *au lieu de* n'apportent pas, *lisez :* n'ajoutent pas.

EFFETS PUBLICS, §. III. *Page* 188, *col.* 2, *ligne* 3 *de la* 4e *note*, *au lieu de* il parle, *lisez :* il part.

EFFET RÉTROACTIF, §. V, *après les mots* §. 13 et 14, *ajoutez :* et l'article *Rétroactivité des lois.*

EMPHYTÉOSE, §. VI, n° II. *Page* 206, col. 2, *ligne* 18, *après le mot* cens, *ajoutez :* §. 2.

ESCROQUERIE. *A la fin de l'article, ajoutez :*

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles, année 1825, tome 1er, page 123.

BIU Cujas

§. V. *La citation donnée par le ministère public à un prévenu d'escroquerie renvoyé en police correctionnelle par une ordonnance de la chambre du conseil, doit-elle, à peine de nullité, énumérer les faits constitutifs du délit qu'elle a pour objet de faire constater et punir?*

V. l'article *Usure*.

HÉRITIER, §. III, n° I-4°. *Page* 323, *col* 2, *ligne* 19, *après le mot* fallor, *ajoutez :* et que, dans la loi 43, D. *de regulis juris*, il dit également : NISI LEX IMPEDIT.

MINISTÈRE PUBLIC, §. XIV. *Page* 467, *col.* 1, *ligne* 23, *après les mots* les articles, *ajoutez : Contrefaçon, Usure*, etc.

MOTIFS DE JUGEMENS, §. II. *A la fin de l'intitulé, ajoutez :*

6° *Quels sont les cas où le mélange de motifs illégaux à des motifs sur lesquels la cassation n'a point de prise, peut ou ne peut pas vicier un arrêt?*

Et à la fin du même paragraphe, ajoutez :

VI. La sixième question est traitée à l'article *Témoin judiciaire*, §. 7.

PROCÉDURE CRIMINELLE. *A la fin de l'article* et après les mots *Tribunal de police*, ajoutez : *Solidarité*, §. 10; *Usure, etc.*

PROCÉDURE CRIMINELLE (FRAIS DE). *A la fin de l'article, ajoutez :*

§. IV. *Questions sur la solidarité des condamnations aux frais de procédures criminelles.*

V. l'article *Solidarité*, §. 10.

PROCÈS-VERBAL DES DÉBATS, §. I. *Page* 215, *col.* 2, *ligne* 16, *au lieu* de 272, *lisez :* 372.

PROROGATION DE JURIDICTION, §. I. *A l'endroit qui, dans les* 2e *et* 3e *éditions, correspond à la page* 500, *col.* 1, *ligne* 24 *de la* 4e *édition, au lieu de* recouverte, *lisez :* couverte.

RÉCOLEMENT DE COUPE DE BOIS, §. I. *A l'endroit qui, dans les* 2e *et* 3e *éditions, correspond à la page* 593, *ligne* 24 *de la* 4e *édition, au lieu de* que les mêmes procès-verbaux, *lisez :* que même les procès-verbaux, etc.

RENTE FONCIÈRE, RENTE SEIGNEURIALE, §. I, n° I. *A l'endroit qui, dans les* 2e *et* 3e *éditions, correspond à la page* 11, *ligne* 14 *de la* 4e *édition, au lieu de* §. 1, *lisez :* §. 2.

RÉVOCATION DE DONATION, §. I. *A l'endroit qui, dans les* 2e *et* 3e *éditions, correspond à la page* 306, *col.* 2, *ligne* 42 *de la* 4e *édition, au lieu de* §. 2, *lisez :* §. 3.

SÉPARATION DE PATRIMOINES, §. II. *A l'endroit qui, dans les* 2e *et* 3e *éditions, correspond à la page* 442, *col.* 1, *dernière ligne de la* 3e *note de la* 4e *édition, après le mot* succession, *au lieu d'un point, mettez un point et une virgule, et ajoutez :* et en effet, elle pouvait l'être, suivant la jurisprudence la plus générale, tant que les biens n'étaient pas sortis des mains de l'héritier. L'argument que j'ai, dans cette partie de mes conclusions, tiré de l'art. 2262 du Code civil, n'est donc pas concluant.

Mais il y avait une autre réponse à faire au moyen de cassation contre lequel cet argument était dirigé: c'était de dire qu'il n'y a d'imprescriptible que ce qui ne peut être prescrit par aucun laps de temps; que l'art. 880 du Code civil, en disant que l'action en séparation des patrimoines ne se prescrit pas tant que les biens restent dans la main de l'héritier, ne fait qu'indiquer le point de départ de la prescription à laquelle cette action est sujette; qu'il n'investit donc pas, à proprement parler, cette action d'une imprescriptibilité temporaire; et que, dès-lors, on ne pouvait pas appliquer à l'espèce dont il s'agissait, le principe que la prescription des actions déclarées imprescriptibles par le Code civil, n'a pas pu s'achever, sous le Code civil, d'après les anciennes lois.

TRIBUNAL DE COMMERCE, §. III. *Après l'intitulé de ce paragraphe, ajoutez en note :* j'ai renvoyé ici dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Tribunal de commerce*, n° 8, une question qui sera traitée à l'article *Vente*, §. 13.

FIN DES ADDITIONS ET CORRECTIONS.

BIU Cujas