

Faculté de droit de
Paris. Thèse pour le
doctorat. De la
Séparation des
patrimoines dans le
droit romain et dans le
[...]

Duverdier de Suze, Augustin-Henri. Faculté de droit de Paris. Thèse pour le doctorat. De la Séparation des patrimoines dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne... par Augustin-Henri Duverdier de Suze,.... 1862.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

1515

Duverdier de Suze

INVENTAIRE

F. 34.460

CULTÉ DE DROIT DE PARIS.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

SOUTENUE

par

Augustin-Henri DUVERDIER DE SUZE,

AVOCAT.



PARIS,

CHARLES DE MOUGUES FRÈRES, SUCCESSIONS DE VINCHON,

Imprimeurs-Éditeurs de la Faculté de Droit de Paris,

RUE JEAN-JACQUES ROUSSEAU, 8.

—
1862.

F

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

THÈSE

POUR LE DOCTORAT.

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES DANS LE DROIT ROMAIN

ET DANS LE DROIT FRANÇAIS ANCIEN ET MODERNE.

L'acte public sera soutenu le vendredi 28 février 1862,
à onze heures,



Par **AUGUSTIN-HENRI DUVERDIER DE SUZE,**
AVOCAT,

Né à Taussac (Aveyron).

Président : **M. PELLAT,** Professeur.

Suffragants :

}	MM. ROYER-COLLARD,	}	Professeurs.
	VALETTE,		
	BONNIER,		
	DEMANGEAT,		

Suppléant.

*Le Candidat répondra aux questions qui lui seront faites sur les autres
matières de l'enseignement.*

PARIS,

CHARLES DE MOURGUES FRÈRES, SUCCESSEURS DE VINCHON,
IMPRIMEURS-ÉDITEURS DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
Rue J.-J. Rousseau, 8.

1862.

1110

34460

DE LA

SÉPARATION DES PATRIMOINES

DANS LE DROIT ROMAIN

ET DANS LE DROIT FRANÇAIS ANCIEN ET MODERNE.

INTRODUCTION.

C'est un principe de notre droit que l'héritier continue la personne du défunt, et voici les conséquences qui en découlent : l'héritier devient créancier et débiteur à la place du défunt, et il est tenu comme lui *in infinitum* (2092); les biens héréditaires ne se distinguant plus juridiquement de ses propres biens, il a sur eux les pouvoirs du propriétaire, et peut en disposer. Mais, si l'héritier est insolvable, la confusion des patrimoines va porter préjudice aux créanciers du défunt, qui viendront sur les biens héréditaires en concours avec ses créanciers personnels; ou bien, si le passif de l'hérédité est supérieur à son actif, c'est l'héritier qui sera lésé, car son acceptation pure et simple le soumet au paiement de toutes les dettes. Le législateur, dans la prévoyance de cette double éventualité, fournit aux créanciers héré-

ditaires et à l'héritier le moyen de se soustraire aux conséquences rigoureuses de la confusion des patrimoines ; il a créé pour les premiers le bénéfice de la séparation des patrimoines, et pour le second le bénéfice d'inventaire. La séparation des patrimoines forme seule l'objet de ce travail ; mais le voisinage et le parallélisme des deux matières appelleront incidemment notre attention sur le bénéfice d'inventaire.

Ce droit de la séparation des patrimoines est bien certainement un des points les plus ardues et les plus abstraits de notre législation, car les divergences et les controverses ne portent pas seulement sur des questions accessoires, des détails d'organisation, mais sur le fond même des choses. On n'est pas d'accord sur sa nature et ses caractères essentiels ; et cependant, en droit romain, nous trouvons sous le même nom une théorie nette et précise, qui se déduit d'une fiction, base et fondement de toute la matière. L'ancien droit français a-t-il accepté la théorie romaine sans la dénaturer, sans toucher à son essence ? Nous tâcherons de démontrer que le fondement de notre ancienne doctrine est le même qu'en droit romain, et cette démonstration nous paraît devoir jeter une vive lumière sur la pensée des rédacteurs du Code civil. On prétend, en effet, qu'une révolution s'était opérée dans cette matière, mais que nos anciens auteurs n'avaient pas osé en tirer les conséquences logiques : le législateur de 1804, plus franc et plus hardi, aurait rompu ouvertement avec le droit romain, et consommé la transformation déjà commencée. Si nous renversons la première proposition, nous affaiblirons singulièrement la conséquence qu'on y rattache. Une autre cause du dé-

sordre et de la confusion qui règnent en cette matière, c'est qu'à notre avis on commet une grave erreur sur les effets de la séparation des patrimoines en droit romain. Ces préliminaires posés, entamons dès à présent notre sujet, qui se divise naturellement en trois parties: dans la première partie, nous montrerons comment la *separatio bonorum* était organisée en droit romain; dans la seconde partie, nous la verrons prendre place dans le droit de l'ancienne France, et enfin, dans la troisième partie, nous exposerons ses règles d'après le Code Napoléon.

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN.

Le droit romain est, à l'origine, un droit rigoureux et barbare; puis il se spiritualise, s'adoucit, et devient humanitaire. Le jurisconsulte qui veut exposer n'importe quelle partie de ce droit doit donc, sous peine de s'égarer, observer l'ordre historique et distinguer les époques. Bien que la *separatio bonorum* ne soit pas une institution du droit civil, et qu'elle ne dérive que de l'autorité du préteur, nous ne pouvons échapper à cette nécessité. Nous distinguerons trois époques: l'époque ancienne, l'époque classique, et l'époque de Justinien. Seulement, sur l'époque ancienne, nous nous bornerons à esquisser par des traits généraux la position faite aux créanciers

par la mort de leur débiteur, et cela suffira pour montrer combien étaient indispensables les innovations du préteur.

ÉPOQUE ANCIENNE.

D'après la loi des Douze Tables, la succession de l'ingenu était déférée à l'héritier institué par testament, sinon *ab intestat* à l'*heres suus*, qui venait au premier rang; au second rang, à l'*agnatus proximus*; enfin, au troisième rang, aux *gentiles*. L'*heres* continue la personne du défunt : il devient créancier ou débiteur là où le défunt était l'un ou l'autre. Il est tenu des dettes du défunt comme des siennes, indéfiniment. *Hereditas quin obliget nos veri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est.* Si l'héritier était insolvable, les créanciers n'en devaient pas moins subir le régime désastreux, de la confusion des patrimoines. Mais les créanciers dont le débiteur était décédé étaient encore exposés à d'autres dangers que celui-là. En effet, si les agnats les plus proches ne recueillaient pas l'hérédité, il n'y avait pas de dévolution successive de degré en degré : *in eo jure successio non est*, dit Gaius, Comment. 2, § 12, et si l'on considère que l'État n'élevait encore aucune prétention sur les biens qui restaient sans héritiers, que les créanciers n'avaient de moyens d'exécution que sur la personne et non sur les biens, on conclut qu'ils devaient souvent se trouver désarmés en présence de l'hérédité vacante. A de tels vices fut opposé un remède bien imparfait, que nous ne faisons qu'indiquer : l'*usucapio lucrativa*. Elle fut établie, nous dit Gaius, *ut essent, qui*

sacra facerent.... ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur. (Comment. 2, § 55.)

Le préteur modifia le système successoral dans un sens favorable à la famille naturelle, à l'aide de la *bonorum possessio*. Le *bonorum possessor* n'était pas *heres*, et par conséquent véritable représentant du défunt. Il avait les choses héréditaires *in bonis* jusqu'à ce qu'il les eût usucapées, et, tandis que les actions directes compétaient à l'héritier et contre l'héritier, il ne pouvait agir et être actionné qu'*utiliter*: *Prætor heredem facere non potest... sed bonorum possessores loco heredum constituuntur*. Ainsi, sauf la différence théorique, les effets de la *bonorum possessio* sont les mêmes que ceux de l'*hereditas* : l'une et l'autre placent les créanciers sous le régime de la confusion des patrimoines. Mais le préteur, qui avait déjà amélioré leur position en créant un système d'exécution forcée sur les biens, ne pouvait laisser son œuvre imparfaite : il promit de leur venir en aide, et de paralyser le préjudice que leur causerait la *confusio bonorum*, au moyen de la *separatio bonorum*. Sur quelles bases éleva-t-il cette théorie nouvelle, et par quelles règles la gouverna-t-il ? C'est ce que les écrits des jurisconsultes vont nous apprendre, et ils nous donneront en même temps les développements qu'elle a reçus de la doctrine. Nous pouvons donc aborder l'époque classique.

ÉPOQUE CLASSIQUE.

Dans le Code Napoléon, le nom de séparation des pa-

trimoines est exclusivement attribué au bénéfice qui compète aux créanciers héréditaires. Au contraire, le titre du Digeste (lib. 42, tit. 6), qui traite de ce bénéfice, porte pour rubrique ces mots : *De separationibus*. Il est, comme dit Cujas, *plurativo numero conceptus*. Le titre du Code (lib. 7, tit. 72) qui contient quelques dispositions relatives à cette matière est intitulé de la même manière : *De bonis auctoritate judicis, etc.*, et *De separationibus bonorum*. C'est qu'en effet le droit romain admet plusieurs séparations de biens ; mais la plus importante de toutes, et celle qui occupe le plus de place dans les textes, c'est la séparation que peuvent demander les créanciers héréditaires. Les autres viennent se grouper autour d'elle comme des satellites, et, comme elles tiennent plus ou moins à des singularités du droit romain, elles ont fini par disparaître et ne se rencontrent plus dans notre droit. Si nous ne pouvons les passer sous silence, puisqu'elles rentrent dans la partie romaine de notre travail, il suffira de les énumérer et d'en exposer brièvement le but.

Pour échapper à l'infamie qui résultait de la *venditio bonorum*, les insolvables instituaient en lui donnant la liberté un de leurs esclaves : l'esclave était héritier nécessaire, et la *venditio bonorum* se faisant en son nom, ils avaient le testateur de l'infamie (Gaius, Comm. II, § 154). Le préteur jugea inique que les créanciers pussent encore rechercher l'esclave sur ce qu'il viendrait à acquérir, et lui permit de demander la séparation pour se soustraire à ce péril. Voici comment est conçu la loi 1, § 18, *De separ.*, Dig. : « Il faut savoir que l'esclave institué héritier nécessaire, avec don de la liberté, peut demander la sé-

paration : en sorte que s'il n'obtient rien de son patron, on lui réserve au moins ce qu'il pourra acquérir après le décès, et même ce qui lui était dû par le testateur.»

Le prêteur institua pour les héritiers siens et nécessaires le *beneficium abstinendi*, plus avantageux que le *beneficium separationis*, en ce qu'il n'a pas besoin d'être demandé, et qu'il laisse peser sur la tête du défunt l'infamie de la *venditio bonorum*. (Gaius, Comment. 2, § 158.)

La loi 1, § 6, *De sep.*, D., nous indique une espèce de *separatio* introduite non plus par le prêteur, mais par un rescrit impérial, et étendue par l'interprétation des prudents. Voici dans quelle hypothèse elle a lieu : un héritier fiduciaire ne veut pas accepter une hérédité qui lui paraît suspecte ; mais, en vertu du sénatus-consulte Pégasien, il est forcé par l'héritier fidéicommissaire de faire adition, puis il ne trouve plus à qui remettre l'hérédité. Il faut lui venir en aide contre les créanciers héréditaires, s'il le demande, et les biens héréditaires seront vendus comme s'il n'y avait pas eu adition d'hérédité : c'est ce qui est décidé par un rescrit d'Antonin le Pieux. Mais si l'héritier fiduciaire ne demande pas ce secours, faut-il l'accorder à ses créanciers ? Le jurisconsulte ne parle plus d'un ton impératif, mais il propose d'appliquer dans ce cas la même décision : *hoc idem præstandum puto*.

Une constitution de Claude porte que, si le fisc s'empare comme créancier des biens du père, on devra séparer le pécule du fils. (L. 3, § 4, *in fine*, *De min. vigint. annis* ; lib. 4, tit. 4, Dig.) Si ce n'est pas là une vraie *separatio*, c'est au moins une *quasi-separatio*.

A la différence du pécule ordinaire, le pécule castrense forme pour le fils de famille un véritable patrimoine. Les créanciers *castrenses*, c'est-à-dire ceux qui ont contracté avec le fils de famille depuis qu'il a pris du service, peuvent par la séparation empêcher les autres créanciers de concourir avec eux sur le prix provenu de la vente du pécule castrense. Cette *separatio* a été introduite par la doctrine, comme le prouvent ces mots d'Ulpien : *Quod puto probandum*. Mais le jurisconsulte va encore plus loin ; car il admet que les créanciers *castrenses* peuvent primer même ceux d'entre eux qui ont une action contre le père, parce que l'argent qu'ils ont prêté *in rem patris versum est*. (L. 1, § 9, *De sep.*, D.)

Voici une espèce de *separatio*, introduite par les *responsa prudentum* : « Si une affranchie instituée héritière par un insolvable a demandé la possession des biens *secundum tabulas*, on demande si ses biens personnels doivent être séparés des biens héréditaires. On a répondu qu'il était juste de venir en aide au patron, et de le décharger des dettes que l'affranchie avait contractées en demandant la possession des biens *secundum tabulas*. » (L. 6, § 1, *De sep.* D.) La raison de cette faveur est que le droit de succession formait la partie la plus importante des droits de patronage.

Enfin, si un esclave avait été préposé à plusieurs *tabernæ*, on séparait les créanciers des diverses *tabernæ*. (L. 5, § 15 et suiv., *De tributoria actione*, lib. 14, tit. 4.)

Maintenant que nous avons, pour ainsi dire, déblayé la voie, nous nous trouvons en face de la principale *separatio* du droit romain romain, la seule que notre Code

ait conservée. Le jurisconsulte Ulpien va nous apprendre comment elle s'obtient et dans quel cas elle a lieu. « La séparation s'obtient par un décret du préteur; elle a coutume d'être accordée aux créanciers pour les causes que voici : Seïus, qui a des créanciers, vient à mourir et laisse pour héritier Titius ; celui-ci est insolvable et subit la *bonorum venditio*. Les créanciers de Seïus disent que les biens de Seïus leur suffisent et que les créanciers de Titius doivent se contenter des biens de Titius, et les choses se passer comme s'il y avait deux *bonorum venditio*, car il se peut que Seïus soit solvable et que ses biens suffisent à payer ses créanciers pour le tout, ou du moins pour une fraction de leur créance plus grande que celle qu'ils obtiendraient en concourant avec les créanciers de Titius, et cela peut arriver, soit parce que Titius n'a aucun bien, soit parce qu'il a un trop grand nombre de créanciers. Il est donc très-juste que le préteur écoute dans leur demande en séparation les créanciers de Seïus, et affecte à chaque classe de créanciers le patrimoine à elle afférent. » (L. 1, *princ.*, et § 1, *De sep. D.*)

Ce texte est remarquable par sa clarté, et fait ressortir avec force l'équité du secours établi par le préteur.

Nous ferons, dès à présent, deux observations auxquelles nous attachons la plus haute importance : d'abord le jurisconsulte suppose un dialogue établi entre deux classes de créanciers, et ne fait pas intervenir l'héritier; il suppose, en second lieu, que la demande en séparation se produit pendant la procédure de la *bonorum venditio*. Nous tirerons de là un puissant argument, quand il s'agira de déterminer les effets de la séparation.

Bien que la *bonorum venditio* ne rentre pas dans notre sujet, il est indispensable, pour le comprendre dans son ensemble, que nous en donnions une idée générale. La *missio in possessionem* était le préliminaire de la *bonorum venditio* : le prêteur, par un décret, envoyait les créanciers en possession des biens, et permettait d'annoncer la vente par des affiches publiques. Au bout de trente jours, les créanciers se réunissaient pour nommer un *magister*, sorte de syndic chargé de la vente. Après un autre délai de trente jours, le prêteur adjugeait les biens au plus offrant. La *bonorum emptio* constituait une succession universelle, mais prétorienne. Elle notait d'infamie celui qui la subissait. On procédait de la même manière contre les morts qui n'avaient pas de successeur, sauf un changement de délai. (Gaius, Comment. 3, § 78 et suivants.) La *missio in possessionem* produisait des effets importants : elle n'enlevait pas au débiteur la propriété de ses biens, mais elle l'empêchait de les aliéner ; car la vente, en droit romain, ne produisait que des obligations, et en supposant pur de toute fraude (L. 25, *De rebus auct. jud.*, lib. 42, tit. 5, D.) celui qui achète, comme le vendeur ne peut pas livrer, il viendrait s'adjoindre tout au plus un nouveau créancier aux créanciers déjà envoyés en possession. Or, à partir de l'envoi en possession, la position respective des créanciers est définitivement fixée, et ils ne peuvent plus être avantagés ni payés au préjudice les uns des autres. Ce point est mis en relief avec la plus grande netteté par Ulpien : « Celui qui a été payé depuis l'envoi en possession doit être réduit au même dividende que ses créanciers, car il n'a pu depuis être payé avant eux, l'envoi en possession ayant

égalisé la condition de tous les créanciers, *cum jam par conditio omnium creditorum facta esset.* » (L. 6, § 7, *Quæ in fraudem credit., etc.*, lib. 42, tit. 8, D.)

Le *pignus prætorium* conférait-il un droit de suite? La question avait été controversée dans l'ancien droit, et n'a été tranchée que par Justinien dans le sens affirmatif. (L. 2, lib. 8, tit. 22, *De præct. pign.*, Cod.) : aussi n'insistons-nous pas.

Ainsi la *separatio bonorum* était pour les créanciers du défunt un moyen de se soustraire à la loi d'égalité qui réglait leurs rapports avec les créanciers de l'héritier, depuis que l'envoi en possession avait eu lieu. Nous nous reportons, on le voit, à l'hypothèse de la loi 1, *princ.*, et § 1, *De sep.*, D. Cette *separatio* n'avait pas lieu de plein droit : elle devait être demandée à Rome au préteur, et au président dans les provinces. Le préteur ne rendait son décret que *cognita causa* (L. 2, Cod., *De bonis auth. jud., etc.*). Ces mots signifient que le préteur a un examen à faire, avant d'obtempérer à la demande des créanciers héréditaires. Il doit examiner s'ils sont bien dans les conditions voulues, s'ils n'ont pas perdu le droit d'invoquer leur bénéfice, et il n'est pas douteux que les créanciers de l'héritier ne pussent venir contredire les assertions des créanciers du défunt.

« Il n'appartient qu'au préteur, ou au président, et pas à d'autre, c'est-à-dire à celui-là seul qui a le droit d'accorder la séparation, de décider s'il faut ou non l'admettre. » (L. 1, § 14, *De sep.*, D.)

Ainsi, il n'y a pas lieu de renvoyer devant un *judex*, avec une formule, les créanciers qui sont en contestation ; tout se termine *in jure*. Le *nullius alterius* du texte

a évidemment pour but de décliner la compétence du juge. — Voici une hypothèse où il y a lieu à séparation, un peu plus compliquée que la précédente : « Si Primus institue héritier Secundus, Secundus Tertius, et que ce dernier subisse la *venditio bonorum*, quels créanciers pourront demander la séparation ? Je crois que les créanciers de Primus doivent être écoutés contre ceux de Secundus et de Tertius, s'ils demandent à être séparés. Si ce sont les créanciers de Secundus qui demandent la séparation, ils l'obtiendront contre ceux de Tertius, mais non contre ceux de Primus. En somme, les créanciers de Primus peuvent demander la séparation contre tous les autres ; ceux de Secundus ne le peuvent que contre ceux de Primus, mais non contre ceux de Tertius. » (Loi 1, § 8, *De sep.*, D.) Dans l'espèce supposée, il y a confusion de trois patrimoines : chaque classe de créanciers héréditaires peut demander la séparation ; mais il y a quelque chose de plus dans ce texte, et il contient une application remarquable du principe que les créanciers de l'héritier ne peuvent demander la séparation des biens contre ceux du défunt. Ce principe, consacré par les textes de la manière la plus formelle, est en parfaite conformité avec les principes généraux du droit. « Les créanciers de l'héritier ne peuvent pas demander la séparation, car il est permis à chacun de rendre la condition de son créancier moins favorable, en se donnant un nouveau créancier. Ainsi celui qui accepte la succession de mon débiteur ne peut empirer ma condition, parce que je peux demander la séparation. Mais celui qui accepterait une succession insolvable grèverait ses créan-

ciers, qui ne peuvent recourir à ce bénéfice. » (L. 1, § 2, *De sep.*, D.)

Et en effet, si les créanciers héréditaires peuvent avec raison dire à l'héritier : « Nous ne vous connaissons pas, et nous ne voulons pas de vous ; nous nous en tenons au débiteur que nous avons choisi, » les créanciers de l'héritier ne sont pas fondés à tenir un tel langage. Mais ce qui est certain, c'est que la qualité de débiteur n'entraîne après elle aucune incapacité : celui qui s'est obligé peut s'obliger encore, il peut aliéner, accepter, refuser des successions aussi bien que l'homme libre de tout engagement. Le débiteur conserve l'administration et la disposition de son patrimoine, mais à ce pouvoir illimité il faut mettre une restriction, une seule : il doit se conduire honnêtement, et la loi doit mettre ses créanciers à l'abri de la fraude. Ces idées, basées sur la raison, étaient aussi celles que le préteur avait fait passer dans le droit romain : nous trouvons au titre *Quæ in fraudem credit.*, D., les dispositions qu'il avait prises pour protéger les créanciers contre les actes faits en fraude de leurs droits. Cependant, quoique l'édit fût conçu en termes généraux, *quæ fraudationis causa gesta erunt* (L. 1, § 3, *Quæ in fraud.*, D.), les jurisconsultes romains ne permettaient pas d'attaquer par l'action Paulienne les acceptations ni les répudiations d'hérédité. L'action Paulienne ne pouvait atteindre les renonciations, parce que l'édit est dirigé contre ceux qui s'appauvrissent, mais non contre ceux qui omettent d'acquérir (L. 6, § 2, *Quæ in fraud.*, D.) ; mais nous ne connaissons pas de texte qui explique pourquoi elle n'était pas dirigée contre les acceptations. L'importance que les Romains

attachaient à ne pas mourir *intestat* n'est peut-être pas étrangère à cette décision, et d'ailleurs l'adition d'hérité ne peut être considérée comme un acte qui intervient uniquement entre l'héritier et les créanciers du défunt. L'obligation de l'héritier aux dettes du défunt n'est pas le but immédiat, ce n'est qu'une conséquence indirecte. L'adition est un acte complexe, soit; mais pourquoi ne permet-on pas de le décomposer? Sa qualité d'*actus legitimus* explique peut-être pourquoi le prêteur n'a pas osé y toucher. Sur ce point, la doctrine romaine nous paraît incomplète, car les créanciers de l'héritier vont se trouver sans défense contre les acceptations frauduleuses d'hérité qu'il pourra faire, et du reste, le jurisconsulte Ulpien lui-même, frappé de cette imperfection, propose d'y remédier par les moyens extraordinaires: « On a demandé si les créanciers de l'héritier ne pouvaient pas, au moins en certains cas, demander la séparation, par exemple, s'il a accepté une hérédité pour les frauder? Mais à cela point de remède, car ils doivent s'imputer d'avoir contracté avec un tel homme, à moins d'admettre que le prêteur ne puisse leur subvenir *extra ordinem* contre la perfidie du *defraudator*: mais ce moyen ne doit pas être admis facilement.» (L. 1, § 5, *De sep.*, D.)

Ulpien pense que, devant cette insuffisance des moyens de droit, il faut faire intervenir la *restitutio in integrum*, mais qu'il ne faut recourir à cette dernière ressource que si la fraude est bien évidente.

Voici maintenant une hypothèse où la séparation des biens se produit à côté d'une substitution pupillaire: « Un père a institué son fils impubère qui est mort avant d'arriver à la puberté, et le substitué ayant fait adition

de l'hérédité de l'impubère, subit la *bonorum venditio*: on demande si les créanciers du père pourront demander la séparation? Je le pense; et je pense même que les créanciers de l'impubère pourront la demander contre ceux du substitué. » (L. 1, § 7.)

L'impubère meurt héritier du père, de sorte que, la substitution pupillaire produisant son effet, le substitué recueille dans l'hérédité du fils et le patrimoine du fils et celui du père, confondus ensemble. Deux classes de créanciers peuvent demander la séparation; seulement, les créanciers de l'impubère ne peuvent pas la demander contre ceux du père, parce qu'ils sont, par rapport à eux, des créanciers de l'héritier.

J'observerai encore sur ce texte qu'une *venditio bonorum* est toujours supposée, comme dans les §§ 1 et 8 de la même loi.

La confusion des patrimoines a pour effet d'éteindre les créances et les dettes respectives qui pouvaient exister entre le défunt et son héritier. Mais est-ce une véritable cause d'extinction des obligations? Pomponius et Modestinus le prétendent: ils l'assimilent à l'*acceptilatio*. (L. 75 et L. 107, *De solut.*) Pour ces jurisconsultes, le *beneficium abstinendi*, le *beneficium separationis*, accordé à l'esclave héritier nécessaire, et la *bonorum separatio*, devaient alors opérer comme la condition résolutoire de notre droit. Toutefois, nous ne pensons pas que cette manière de voir ait été adoptée par la plupart des jurisconsultes, et certainement elle ne l'a pas été par Justinien. La confusion est plutôt un obstacle à l'exercice des actions: si l'obstacle disparaît, et ce sera précisément l'effet de la *separatio bonorum*,

rien ne s'oppose plus à ce que les créanciers héréditaires profitent des droits qui compétaient au défunt contre celui qui est devenu son héritier. Mais n'anticipons pas sur les effets de la *separatio* : nous ne déterminons maintenant que les effets de la *confusio bonorum*, relativement aux obligations qui pouvaient exister entre le créancier et l'héritier.

Si le défunt laisse plusieurs héritiers, chacun de ces héritiers n'est tenu des dettes héréditaires que proportionnellement à la part pour laquelle il hérite. Si l'un des héritiers avait une créance contre le défunt, la *confusio* ne l'empêche alors de réclamer dans cette créance que la part qu'il doit lui-même supporter. Le surplus de la créance lui est dû par ses cohéritiers, et rien ne s'oppose à ce qu'il puisse demander contre leurs créanciers personnels la séparation des biens, puisqu'il est leur créancier du chef du défunt. C'est ce que décide du reste textuellement un rescrit de Dioclétien et Maximien, qui forme la loi 7, au Code, *De bonis auth.*, etc., et *De sep. bon.* : « Si votre épouse est devenue héritière pour un tiers de son oncle paternel, sans qu'il lui ait interdit de répéter ce qui lui est dû, rien ne l'empêche de demander à ses cohéritiers les deux tiers de la dette, parce que son action n'est éteinte par confusion que jusqu'à concurrence du tiers pour lequel elle succède ; mais si ses cohéritiers ne sont pas solvables, elle peut se soustraire au préjudice qui la menace, en demandant la séparation. »

Mais au cas où le testateur aurait défendu à l'héritier de réclamer ce qui lui est dû, sa volonté serait respectée ; si néanmoins cet héritier poursuivait ses cohéritiers,

il serait repoussé par une exception de dol. (L. 12, *Ad legem Falcidiam*, D.)

La décision de la loi 7 au Code, *De bonis auth., etc.*, se retrouve encore à la loi 6 *De hereditariis actionibus*. (Lib. 4, tit. 16, Cod.)

« Les créanciers auxquels il est dû à terme ou sous condition, et qui ne peuvent encore exiger leur paiement, obtiendront la séparation comme les autres, parce qu'ils ont droit à la même sûreté. » (L. 4, *princ.*, *De sep.*, D.)

Si les créanciers conditionnels ne peuvent procéder par voie d'exécution contre leur débiteur, ils doivent au moins pouvoir prendre toutes les mesures destinées à assurer le remboursement de leur créance éventuelle. C'est ainsi qu'ils profitent de l'envoi en possession obtenu par les créanciers dont la créance est exigible, car *is qui possidet, non sibi, sed omnibus possidet*. (L. 5, § 2, *Ut in poss. leg.*, D.) L'envoi en possession est *in rem*. (L. 12, *princ.*, *De reb. auct. jud.*, lib. 42, tit. 5, D.) Sans doute, le créancier conditionnel, s'il est seul, ne peut pas se faire envoyer en possession, puisque l'envoi en possession est le préliminaire de la *bonorum venditio*, et qu'il ne peut pas aller jusque-là. Mais l'inaction ne lui est plus imposée, du moment que d'autres créanciers, aptes à vendre les biens, sont en possession. Dès lors, il peut prendre les mesures conservatoires de son droit éventuel, et assurément il doit en être tenu compte dans le règlement de la vente du *pignus pretorium*, gage commun de tous les créanciers. Voilà comment nous paraissent devoir s'entendre les assertions contradictoires

de Paul à la loi 6, *princ.*, et à la loi 14, § 2, liv. 42, titre 4, *Quibus ex causis, etc.*, et cette conciliation nous paraît appuyée par ce que dit Ulpien à la loi 7, § 14 du même titre. Comment le créancier conditionnel devait-il être sauvegardé? Nous l'ignorons. Toutefois, il est probable qu'on y parvenait à l'aide de fidéjussions. Ce que nous venons de dire montre l'intérêt qu'il pouvait avoir à invoquer la séparation : c'est le moyen de conserver à sa garantie toute son efficacité, quand elle est diminuée par le concours des créanciers de l'héritier.

Donc, tous les créanciers du défunt, quels qu'ils soient, peuvent demander la *separatio bonorum* : on compte même parmi les créanciers du défunt certains créanciers qui n'auraient pas pu l'actionner. Ainsi, celui qui, s'étant porté fidéjussor pour le défunt, n'a payé qu'après sa mort, peut user de ce bénéfice. (L. 7, *De rebus auct. jud.*, D., lib. 42, tit. 5.)

La séparation est une affaire qui se passe entre les créanciers héréditaires et ceux de l'héritier : elle doit donc être demandée contre ces derniers. Les textes, en effet, ne disent jamais : La séparation est accordée contre l'héritier, mais bien : contre les créanciers de l'héritier. (L. 1, § 7, 8, *De sep.*, D.)

Elle peut être demandée contre tout créancier de l'héritier, quelque favorisé qu'il soit, même contre le fisc et les municipes. « La séparation est accordée même contre le fisc et les municipes. » (L. 1, § 4, *De sep.*, D.)

Les créances du fisc furent de bonne heure garanties par un *privilegium*, et la même faveur avait été accordée spécialement à quelques cités. (L. 10, *Ad municip.*, lib. 50, tit. 1.) Le *privilegium* conférait le droit d'être payé par

préférence aux créanciers chirographaires, mais non par préférence aux créanciers gagistes. Plus tard, une hypothèque tacite fut attachée aux créances du fisc, autres que celles dérivant d'un contrat.

Malgré tous les avantages dont le fisc est investi, il ne saurait être question de le préférer sur les biens héréditaires aux créanciers qui ont obtenu la séparation, et la raison en est bien simple : par l'effet de la séparation, les choses se passent entre les créanciers du défunt et ceux de l'héritier, comme s'il y avait deux patrimoines, deux débiteurs, et les causes de préférence n'ont d'effet qu'entre les créanciers d'un même débiteur.

Depuis les lois Papiennes, l'État succéda aux biens vacants : on peut se demander si, en pareil cas, la séparation des biens serait possible. En droit français, la réponse ne saurait être douteuse, et nous dirions : Non, parce que l'État ne peut pas être regardé comme insolvable; mais, en droit romain, nous disons : Oui; et, en effet, pour se décharger de l'embarras des dettes héréditaires, l'État faisait vendre l'hérédité à des *sectores* qui prenaient sa place. Les *sectores* avaient la pétition d'hérédité utile (L. 54, *princ.*, *De hered. pet.*, lib. 5, tit. 3); ils étaient débiteurs comme s'ils étaient héritiers : *As alienum, hereditate fisci nomine vendita, ad onus emptoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est.* (L. 1, *Cod.*, *De her. vel act. vend.*, lib. 4, tit. 39.) On ne peut douter, en présence de ce texte, que les créanciers héréditaires ne puissent demander la séparation contre les créanciers personnels du *bonorum sector*.

Nous allons examiner maintenant comment se perd le

droit de demander la séparation. Les créanciers héréditaires perdent le droit de demander la séparation dans quatre cas : 1° s'ils laissent écouler un certain délai sans agir; 2° s'ils ont suivi la foi de l'héritier; 3° s'il y a eu confusion des biens héréditaires et de ceux de l'héritier, confusion de fait, bien entendu, puisque la séparation a pour objet de faire cesser la confusion juridique; 4° enfin, si les biens héréditaires sont sortis des mains de l'héritier.

1° « Quand on dit que la séparation ne doit pas être demandée après un long intervalle de temps, cela doit s'entendre d'un délai de cinq ans, à partir du jour de l'adition d'hérédité. » (L. 1, § 13, *De sep.*, D.) Il est tout naturel qu'on ait donné ce point de départ à ce délai de déchéance, puisque, d'après les principes du droit romain, l'hérédité n'était acquise que par l'adition : ce n'était qu'à ce moment que s'opérait la *confusio bonorum*, et par conséquent que commençait pour les créanciers héréditaires le droit de demander la séparation : or la prescription ne peut pas courir contre un droit avant qu'il n'existe. Mais quel point de départ assigner au délai, si l'héritier est *suus et necessarius*, ou seulement *necessarius*? L'hérédité est acquise à ces héritiers en même temps qu'elle leur est déférée, c'est-à-dire dès le jour du décès, ou de l'événement de la condition. Les principes doivent nous conduire à décider que le délai courra du moment que l'hérédité sera acquise.

2° Les créanciers n'ont plus le droit de demander la séparation, s'ils ont suivi la foi de l'héritier, *si fidem, personam, nomen heredis secuti sunt*, comme disent les textes. Il importe avant tout de bien se fixer sur le sens

de cette expression, « suivre la foi de l'héritier. » La confusion des patrimoines a donné aux créanciers du défunt l'héritier pour débiteur, et les a mis sur la même ligne que ses créanciers personnels : cette assimilation, cette égalité entre les deux classes de créanciers forme le *droit commun*, et ce point ne doit pas être perdu de vue. Le bénéfice de la séparation, destiné à protéger les créanciers héréditaires contre l'insolvabilité de l'héritier, est donc une dérogation au droit commun ; il a pour but de remédier à un état de choses exceptionnel, car la loi présume que l'héritier est solvable : elle doit donc voir avec faveur se consolider le régime normal qu'elle a établi, et faciliter plutôt qu'entraver le retour au droit commun. Cela étant, si les créanciers du défunt adhèrent à la situation qui leur est faite, s'ils l'acceptent, s'ils en sont satisfaits, le régime de la confusion des patrimoines reçoit une consécration irrévocable : il n'est plus possible de s'y soustraire. C'est cette adhésion des créanciers au changement de débiteur qui est exprimée par ces mots, « suivre la foi de l'héritier. » Quoi de plus rationnel qu'ils ne puissent plus se prévaloir de leur bénéfice, quand ils y ont renoncé ? Ainsi, suivre la foi de l'héritier, c'est ratifier la confusion des patrimoines, s'y soumettre, en un mot, accepter l'héritier pour débiteur. Mais de quoi résultera cette acceptation ? Une volonté peut se traduire sous des formes différentes, et, comme il s'agit de reconnaître une intention, on comprend aisément qu'il y aura souvent une question de fait. Si le créancier héréditaire se fait donner par l'héritier un gage ou des fidéjusseurs, l'acte parle assez par lui-même, et le droit de demander la séparation est perdu ; de même, s'il fait

novation : l'intention même ne saurait être exprimée d'une manière plus énergique, puisque la novation éteint l'ancienne créance. D'autres actes ne suffisent pas par eux-mêmes à emporter déchéance : car ils peuvent recevoir une autre explication. Ainsi sera le fait de recevoir des intérêts : il ne fera pas perdre le bénéfice, s'il n'est pas accompagné de l'intention d'accepter l'héritier pour débiteur. Nous pourrions multiplier les exemples, mais les considérations doctrinales que nous venons de faire sont suffisantes; contentons-nous de citer les textes, et l'on verra que ces données de la raison ont été pleinement acceptées par les jurisconsultes.

« Si un créancier a reçu un gage de l'héritier, on ne doit pas lui accorder la séparation, parce qu'il s'en est rapporté à lui : on ne doit pas écouter celui qui, de quelque manière que ce soit, a témoigné son intention de prendre l'héritier pour débiteur. » (L. 1, § 15, *De sep.*, D.)

Dans ce texte se trouve d'abord un exemple; puis la règle générale est formulée avec une précision et une netteté remarquables.

« Il faut savoir que ceux-là seulement peuvent demander la séparation, qui n'ont pas stipulé de l'héritier *animo novandi*; mais ceux qui ont stipulé *animo novandi* ont perdu cet avantage, car ils ont suivi la foi de l'héritier, et ne peuvent plus se séparer de celui qu'ils ont choisi pour débiteur. Il faut décider de même pour ceux qui dans une pareille disposition d'esprit se sont fait payer des intérêts par l'héritier. » (L. 1, § 10, *De sep.*, D.)

« On demande aussi si les créanciers pourront demander la séparation après avoir reçu de l'héritier des fidéjus-

sours, et je penso que non, car ils ont suivi sa foi. Eh quoi ! même si les fidéjussours ne sont pas solvables ? Oui, car c'est à eux qu'ils doivent s'en prendre d'avoir reçu des cautions insuffisantes. » (L. 1, § 11, *De sep.*, D.)

« Ceux qui ont mené l'héritier devant le juge peuvent demander la séparation comme héréditaires, parce qu'ils ont agi par nécessité. » (L. 7. *De sep.*, D.)

Le fait d'obtenir une sentence peut très-bien s'expliquer autrement que par l'acceptation de l'héritier pour débiteur; en effet, les créanciers héréditaires ne peuvent s'adresser qu'à lui, et c'est la seule voie qui leur soit ouverte pour arriver à l'*actio judicati*. Mais ce qui pouvait faire difficulté, c'est que la *litis contestatio*, et c'est à cette phase de la procédure que se réfèrent les mots : *judicium dictaverunt*, entraîne l'extinction, soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*, de l'obligation primitive, et lui substitue une obligation nouvelle, celle d'être jugé, et l'obligation primitive se résout finalement en l'obligation résultant de la sentence. On aurait pu dire que le créancier, qui a fait condamner l'héritier, de créancier héréditaire est devenu créancier de l'héritier, et en conclure qu'il ne peut plus demander la séparation; et, à ne consulter que la nature des choses, cette conséquence serait conforme à la logique, mais certainement elle contrarierait l'équité : c'est ce qui l'a fait rejeter par les jurisconsultes romains, qui se sont surtout attachés à l'intention : *Necessitas electionem et consensum non habet* (Hugo Donelli, *Comment. de jure civili*, lib. 23). La même décision est reproduite par un rescrit de Gordien, qui forme la loi 2 au Code, *De bonis auct. jud.*, etc., et *De sep. bon.*

« Tu obtiendras un résultat conforme à ton désir, si tu démontres que tu n'as pas suivi la loi des héritiers, mais que par nécessité tu les as menés devant le juge. »

« On a demandé si dans le cas où, de plusieurs créanciers héréditaires, les uns ont suivi la foi de l'héritier tandis que les autres ont demandé la séparation, les premiers participeront à l'avantage des seconds? Je ne pense pas qu'ils puissent en profiter, parce qu'il faut les compter au nombre des créanciers de l'héritier. » (L. 1, § 16, *De sep.*, D.)

De ce texte il résulte que la séparation est individuelle au moins en ce sens que ceux-là seuls en profitent qui l'ont obtenue. Quant aux conséquences d'une telle scission opérée entre les créanciers héréditaires, nous les développerons quand nous traiterons des effets de la séparation.

4^e Les créanciers du défunt ne peuvent plus demander la séparation quand il y a eu confusion de fait entre les biens héréditaires et ceux de l'héritier. L'impossibilité matérielle de séparer les deux espèces de biens est un obstacle devant lequel le bénéfice doit s'arrêter nécessairement. Que faire, en effet, si les biens sont amalgamés au point qu'on ne puisse plus reconnaître leur origine? Mais un pareil danger n'existe vraiment que pour les meubles, car on ne conçoit guère comment les biens-fonds, et même les esclaves et les troupeaux, considérés comme universalité, pourront se mêler aux biens de l'héritier tellement qu'on ne puisse plus les distinguer. Ainsi, le plus souvent, l'extinction du droit de demander la séparation pour une telle cause ne sera que partielle; le bénéfice n'en continuera pas moins de subsister rela-

tivement aux biens non confondus. C'est ce qui ressort avec force du texte suivant (L. 1, § 12, *De sep.*) :

« Il faut savoir que la séparation ne peut plus être demandée après que les biens héréditaires ont été mêlés aux biens de l'héritier, car comment séparer ce qui n'est pas susceptible de séparation ? Mais que dirons-nous s'il y a des biens-fonds, des esclaves, des troupeaux, ou toute autre chose qui puisse être séparée ? Pour ces biens, on pourra certainement en demander la séparation, et c'est en vain qu'on alléguerait leur confusion, puisque les biens-fonds ne peuvent pas se confondre, à moins qu'ils n'aient été tellement amalgamés avec ceux de l'héritier, que la séparation en soit devenue impossible, ce qui ne peut facilement être imaginé. »

3° Les créanciers du défunt ne peuvent plus demander la séparation, si les biens héréditaires sont sortis des mains de l'héritier. « Une fois que l'hérédité a été vendue par l'héritier, la séparation n'est plus possible, si on ne peut lui imputer de fraude, car on maintient les actes que l'héritier a faits de bonne foi avant la demande en séparation. » (L. 2, *De sep.*, D.)

C'était un principe de droit romain, que celui qui était devenu héritier ne pouvait pas cesser de l'être : *semel heres, semper heres*. On en concluait qu'on pouvait bien transférer à autrui les biens dont se composait une hérédité, mais non créer un successeur aux obligations et dettes du défunt. Nous connaissons déjà une exception à ce principe : elle a lieu lorsque l'État vend à des *bonorum sectores* l'hérédité qu'il a recueillie. En voici une d'un autre genre : le *legitimus heres* peut transmettre à autrui l'hérédité qui lui a été déferée, mais avant de

l'avoir acquis. Celui auquel il la cède *in jure* avant l'adition *perinde fit heres, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset*. (Gaius, Comment. 2, § 35.) Dans ce cas donc les créanciers du défunt peuvent demander la *separatio bonorum* contre les créanciers de celui auquel a été faite l'*in jure cessio* de l'hérédité.

Mais en dehors de ces deux exceptions, toute aliénation de l'hérédité, soit par la voie de l'*in jure cessio*, soit par la voie de la vente, laisse l'héritier pour débiteur aux créanciers du défunt. Aucun rapport ne s'établit entre les créanciers du défunt et l'acquéreur de l'hérédité. L'héritier légitime, qui après l'adition cède *in jure* l'hérédité, *nihilominus ipse heres permanet, et ob id creditoribus tenetur*. Il en est de même de l'héritier testamentaire et des héritiers nécessaires. (Gaius, Comment. 2, § 35, 37 et 37.)

Mais laissons de côté l'*in jure cessio*, forme d'aliénation éminemment quiritaire, pour ne nous occuper que de la vente. La vente, en droit romain, ne transfère pas par elle-même la propriété, elle ne produit que des obligations. Mais si le vendeur est propriétaire, la propriété est transmise à l'acheteur par la tradition ou le paiement du prix. L'héritier est devenu propriétaire des biens du défunt par l'adition, et la vente qu'il consent amènera la translation de la propriété. Mais la qualité d'héritier continuant à reposer sur la tête du vendeur, l'acheteur ne sera qu'un étranger pour les créanciers héréditaires. Quand Papinien nous dit qu'on demande en vain la séparation après la vente de l'hérédité, il ne fait par conséquent qu'une application des principes. Mais il se hâte de poser une restriction : « Sauf le cas de fraude, » ajoute-t-il,

et en effet, si la liberté du débiteur est complète, elle est au moins limitée par la fraude. Le préteur, comme nous l'avons vu, a pris des mesures générales pour protéger les créanciers contre les actes faits en fraude de leurs droits. L'édit vient à leur aide, *revocando ea quaecumque in fraudem eorum alienata sunt*. (L. 1, § 1., *Quæ in fraudem, etc.*, D.) Voyons à quelles conditions la vente de l'hérédité pourra être révoquée, et quelles seront les conséquences de cette révocation. La révocation ne pourra avoir lieu avant que la fraude ait eu son effet, c'est-à-dire avant que les créanciers n'aient opéré la *bonorum venditio*. (L. 10, § 1, *Quæ in fraudem, etc.*, D.) Ils ont alors pour intenter leur action une année utile à partir de la *bonorum venditio*, et ils ne réussiront qu'à la condition de prouver la connivence de l'acheteur avec le vendeur. (L. 6, § 14, L. 10, § 1 et 18, et L. 1, *princ.*, *Quæ in fraudem, etc.*, D.) Ce n'est que lorsque les biens héréditaires seront rentrés dans le patrimoine de l'héritier, que les créanciers du défunt pourront demander la *separatio bonorum* contre ses créanciers personnels.

Les mêmes principes doivent s'appliquer si l'héritier, au lieu d'avoir vendu l'hérédité *in globo*, n'en a vendu qu'une quote-part, ou même a aliéné individuellement quelques objets héréditaires. Si l'aliénation est faite de bonne foi, elle sera valable ; mais le droit de demander la séparation ne sera éteint que partiellement, et seulement à l'égard des objets aliénés.

Mais faut-il entendre dans leur sens littéral les paroles de Papinien, et admettre que le bénéfice ne peut plus être exercé sur la chose dès qu'elle est vendue ? en

d'autres termes, est-ce bien le fait de la vente par lui-même qui emporte déchéance ?

C'était une règle de droit romain que dans les actions qui ont pour objet une universalité, le prix se trouve subrogé à la chose, et réciproquement: *In judiciis universalibus, res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei*. Cette formule générale ne se trouve pas, il est vrai, dans les textes: elle est l'œuvre des anciens commentateurs et interprètes, mais elle n'en est pas moins l'expression synthétique des décisions éparses dans les monuments du droit romain. Ce n'est pas le lieu de la justifier, et il nous suffit de renvoyer au titre de la pétition d'hérédité (lib. 5, lit. 3, D.). Or, la demande en séparation a pour objet une universalité: elle porte sur l'hérédité tout entière plutôt que sur les biens héréditaires, individuellement envisagés. Mais, dira-t-on, ce n'est pas un *judicium*: sans doute elle est de la compétence exclusive du préteur, elle forme une *cognitio extraordinaria*; mais qu'importe à la nature, au fond même du droit, la forme par laquelle il s'exerce ? D'ailleurs, quand tombera la procédure formulaire, la demande en séparation deviendra une véritable action. Nous devons donc appliquer à la *separatio bonorum* la règle générale que nous avons formulée, et voici les conséquences que nous en déduisons: 1° Si le prix de l'hérédité ou des choses héréditaires vendues n'a pas encore été payé par l'acheteur, les créanciers du défunt peuvent atteindre le prix non payé par la demande en séparation; 2° si les objets héréditaires ont été remplacés par d'autres objets dont l'origine soit certaine, ces objets, subrogés aux premiers, pourront être

séparés des biens de l'héritier au profit des créanciers du défunt.

Ainsi, en allant au fond des choses, on voit que la perte du droit de demander la séparation résulte moins de la vente que de la confusion qui la suit ; c'est le paiement du prix seul qui amène cette perte, parce que les écus payés viennent se confondre avec les biens de l'héritier, et même peut-être la loi 78, *De solutionibus, etc.* (D. lib. 46), nous autoriserait-elle à proposer une distinction, de sorte que nous admettrions les créanciers héréditaires à exercer leur droit sur le prix, quoique touché par l'héritier, pourvu que les écus ne fussent pas *mixti, ita ut discerni non possint*. Mais si nous supposons une hérédité insolvable, dont l'héritier parvient à retirer un prix, les créanciers du défunt peuvent-ils demander la séparation à l'égard de ce prix, tant qu'il est dans les mains de l'acheteur ? Oui, et c'est en vain qu'on nous opposerait la loi 3, *princ., Ad legem Falcidiam, D.*, ainsi conçue : « Si un héritier institué a vendu une hérédité qui n'est pas solvable, on aura sans doute de la peine à croire à l'insolvabilité d'une hérédité qui a trouvé un acheteur ; mais enfin s'il prouve le fait, il ne devra rien aux légataires, parce qu'il a retiré le prix de la folie de l'acheteur plutôt que des biens du défunt ; car, c'est l'héritier seul qui doit profiter de son habileté, puisque, s'il avait mal vendu, les légataires n'éprouveraient aucun préjudice. »

Et, en effet, on ne peut pas raisonner des légataires aux créanciers : comme l'héritier n'est tenu des legs qu'*intra vires*, du moment que l'hérédité est insolvable, les légataires, quoi qu'il arrive, n'obtiendront rien. Les créan-

ciers, au contraire, qui souffriraient des mauvaises opérations de l'héritier, doivent en profiter quand elles sont heureuses.

Nous allons examiner maintenant quels sont les effets de la *separatio bonorum*. Il s'agit d'abord de déterminer l'idée à laquelle le prêteur s'est rattaché pour bâtir son système, et l'étendue de la sphère qu'il a soumise à son application. C'est sur une fiction, personne ne le conteste, que repose le bénéfice de la séparation. Cette fiction consiste à regarder le défunt comme vivant; mais jusqu'où s'étend cette fiction, où finit-elle, où s'arrête-t-elle? C'est sur ce point qu'on nous paraît avoir commis une grave erreur. On a dit : La séparation rescinde l'adition d'hérédité, et la fait considérer comme non avenue. Non-seulement le patrimoine du défunt devient le gage exclusif des créanciers héréditaires, et le patrimoine de l'héritier le gage exclusif de ses créanciers personnels, mais encore la séparation enlève à l'héritier la propriété des biens héréditaires : les aliénations qu'il pourrait consentir seraient faites *a non domino*, et les créanciers du défunt pourraient suivre leur gage jusque dans les mains des tiers. Ainsi donc, la séparation n'aurait pas seulement pour effet d'écartier le concours des créanciers de l'héritier sur les biens héréditaires, mais elle ferait encore disparaître le danger résultant du pouvoir aliénateur de l'héritier : ce serait une arme à deux tranchants, qui frapperait à la fois les créanciers de l'héritier et l'héritier lui-même. Nous croyons que c'est là étendre la fiction en dehors des termes pour lesquels elle a été faite, et voici, suivant nous, les limites dans lesquelles il faut la renfermer. Après avoir donné notre manière de voir, nous apporterons les preuves à l'appui.

La confusion des patrimoines a pour résultat de permettre aux créanciers de l'héritier de venir en concours avec les créanciers du défunt sur les biens héréditaires; c'est ce concours qu'il s'agit de pouvoir éviter. Qu'a donc dû faire et qu'a fait le prêteur? Il a permis aux créanciers du défunt de dire à ceux de l'héritier : « Nous ne voulons pas concourir avec vous, et nous demandons que nos rapports respectifs soient réglés, comme si le débiteur que nous avons choisi vivait encore. » Le prêteur trouve juste d'accéder à leur désir, et leur accorde la *separatio*, qui les replace à l'égard des créanciers de l'héritier dans la situation dont la *confusio bonorum* a changé la face. Mais le régime qui leur est rendu a son bon et son mauvais côté : c'est à eux de peser l'un et l'autre, avant de prendre une détermination. En effet, ils ne peuvent recouvrer leur ancienne position et conserver en même temps les avantages de la nouvelle : tout ou rien. L'intérêt des créanciers de l'héritier s'y oppose impérieusement, et le prêteur, en accordant aux uns une protection qui leur était due, n'a pas voulu devenir injuste pour les autres. Les créanciers du défunt, en demandant la séparation, délient donc l'héritier de l'obligation personnelle qu'il a contractée par l'adition : ils font ce sacrifice aux créanciers de l'héritier. Mais remarquons que l'héritier est tout à fait étranger à ce qui se passe : après comme avant la séparation, il demeure propriétaire des biens qui composent l'hérédité, et son pouvoir d'aliéner n'en éprouve aucune atteinte.

En résumé, les créanciers du défunt luttant avec ceux de l'héritier peuvent se faire placer sous l'empire d'une fiction, dont les uns et les autres subissent toutes les

conséquences ; mais l'héritier reste placé sous l'empire de la réalité ; étranger au débat, il profite indirectement d'un avantage fait à ses créanciers personnels, mais ses droits ne sont pas diminués : voilà en peu de mots l'organisation générale de la *separatio bonorum* en droit romain. La fiction n'a donc pas l'étendue qu'on a voulu lui donner, et c'est ce qui nous paraît ressortir clairement des textes et de l'esprit général de la législation romaine. En effet, quel est l'inconvénient, le danger que le prêteur a voulu écarter en instituant la *bonorum separatio* ?

Les textes ne signalent que celui qui résulterait du concours des créanciers de l'héritier. Nous déflons qu'on nous en présente un seul, où la *separatio* soit indiquée comme une arme contre le pouvoir aliénateur de l'héritier. Nous avons remarqué déjà qu'ils supposent un débat entre les deux classes de créanciers, et qu'ils n'y font pas intervenir l'héritier. Ils ne disent pas : « demander la séparation contre l'héritier, » mais ils disent : « demander la séparation contre les créanciers de l'héritier. »

Et puis, s'il est vrai que la séparation fait considérer l'adition d'hérédité comme non avenue, il devra y avoir en réalité deux *bonorum venditio* : or, la loi 1, § 1, *De sep.*, ne dit pas qu'il y aura deux *bonorum venditio*, mais, ce qui est bien différent, *sic quasi duorum fieri bonorum venditionem*. Que veut dire ce *quasi*, sinon que les deux patrimoines continuent à reposer sur la même tête, et que la fiction est limitée aux rapports des deux classes de créanciers ?

D'ailleurs, si l'on admet que l'on procède à deux *bonorum venditio*, on va arriver à une conséquence, qui

présente la contradiction la plus flagrante avec l'esprit général du droit romain : les biens du défunt seront vendus sous son nom, et, bien qu'il ait eu un héritier, il dépendra de ses créanciers de faire rejaillir l'infamie sur sa mémoire.

Enfin, si l'on nous objecte que le pouvoir d'aliéner de l'héritier produit un danger sérieux qui menace les créanciers héréditaires ; qu'il est juste de les protéger, et enfin que cette protection, ils la trouvent dans la *separatio*, comme cela résulte de la loi 2, *De sep.*, D., où Papinien, en déclarant qu'on maintient les actes que l'héritier a faits de bonne foi avant la séparation, fait entendre assez clairement qu'il n'en doit pas être de même après, nous répondrons ce qui suit. D'abord, nous ne nierons pas le danger que fait courir aux créanciers héréditaires le droit d'aliéner dont est investi l'héritier : ce danger existait du vivant du défunt ; mais c'était le débiteur de leur choix. Soit ; nous reconnaissons même que le secours de l'action Paulienne est insuffisant, qu'une garantie plus complète leur est due, mais nous nous arrêtons là. La séparation n'est pas destinée à cette fin : à chaque mal son remède, et précisément le mal dont nous nous occupons a son remède à lui. Il est contenu dans la loi 31, *De rebus auct. jud., etc.*, D., dont voici seulement quelques extraits : « Si les créanciers suspectent l'héritier, ils peuvent demander caution pour leur créance. Si l'héritier, obligé comme suspect de donner caution, n'exécute pas le décret du préteur, alors les créanciers sont envoyés en possession des biens héréditaires et peuvent les vendre, conformément à l'édit. S'il est constant qu'il n'a rien aliéné, et qu'on ne puisse lui

objecter que sa pauvreté, le prêteur doit se contenter de lui défendre de rien aliéner. »

Il ne nous reste plus qu'à répondre à l'argument tiré de la loi 2, *De sep.*, D. Nous avons déjà montré que si l'on prend à la lettre la première phrase de cette loi, on arrive à une erreur : ne pourrait-on pas en dire autant de la seconde phrase ? Ne pourrait-on pas ajouter que l'argument n'est après tout qu'un argument *a contrario* ? Mais nous ne voulons pas nous défendre ainsi, et nous préférons l'accepter avec toute la valeur qu'on lui attribue, et voici l'explication que nous donnerons : oui, sans doute, le jurisconsulte donne à entendre qu'après la séparation les créanciers du défunt n'ont plus rien à craindre des aliénations consenties par l'héritier. Mais cette sûreté, ils ne la doivent pas à la séparation, mais à la *missio in possessionem* qui accompagne ou précède même la demande en séparation ; car, comme nous l'avons déjà fait remarquer, dans toutes les hypothèses où se produit une *separatio bonorum*, les textes supposent à côté une *bonorum venditio*. Or, et ce point également a déjà été mis en relief, la *missio in possessionem* a pour effet de paralyser dans les mains de l'héritier le pouvoir de disposer. Il faut bien se garder de présenter comme une conséquence de la séparation ce qui est une conséquence de la procédure.

Nous possédons dans son ensemble la théorie romaine de la séparation : quittons les généralités pour entrer dans les détails. L'effet direct et principal de la *separatio bonorum*, c'est que les créanciers du défunt ne subissent par le concours des créanciers de l'héritier sur

les biens de de la succession. S'ils la demandent tous, pas de difficulté ; ils sont payés par préférence jusqu'à concurrence du montant de leur créance. Mais cela n'est plus vrai s'ils se scindent, et que les uns usent du bénéfice, tandis que les autres suivent la foi de l'héritier. En effet, la séparation a pour but de sauver les créanciers d'un désastre, mais non de leur procurer une position plus avantageuse que celle qu'ils avaient avant la *confusio bonorum*, et, comme nous allons le démontrer par un exemple, ce but ne serait pas atteint si les créanciers qui ont obtenu la séparation pouvaient épuiser les biens héréditaires jusqu'à leur complète satisfaction. Soit une succession dont l'actif est 100 et le passif 200 ; s'il n'y avait pas eu adition, les créanciers héréditaires n'auraient pas touché leur créance dans son intégralité, mais ils auraient subi chacun une réduction de 50 p. %. L'adition d'hérédité a lieu ; puis des créanciers pour une valeur de 100 demandent la séparation, tandis que les autres, dont les créances équivalent aussi à 100, suivent la foi de l'héritier : or, si l'on allouait aux créanciers séparatistes la totalité de l'actif héréditaire, ils seraient complètement remplis de leurs droits. Ce serait donc évidemment outre-passer le but de la séparation que d'attribuer la totalité de sa créance au créancier qui, sans la *confusio bonorum*, n'en aurait touché que la moitié. La séparation est un secours et non un instrument de lucre : dans l'espèce, elle ne doit pas faire obtenir au créancier séparatiste plus de 50 p. %.

Ainsi, quand on dit que, par l'effet de la séparation, les créanciers du défunt se payent sur les biens héréditaires par préférence aux créanciers de l'héritier, jusqu'à

concurrence du montant de leur créance, cela n'est vrai qu'autant que tous la demandent.

Pour que la formule soit complète, il faut ajouter que si les créanciers du défunt se scindent en deux groupes, dont l'un use du bénéfice et l'autre suit la foi de l'héritier, les séparatistes ne pourront obtenir sur le prix des biens héréditaires un dividende plus grand que celui qui leur aurait été alloué, au cas où tous auraient collectivement demandé la séparation. Le surplus du prix des biens héréditaires, qui aurait alors été attribué aux *non séparatistes*, se confond avec les biens de l'héritier et se partage au marc le franc entre les créanciers proprement dits de l'héritier et les créanciers du défunt non séparatistes. Par conséquent, s'il est vrai, comme nous l'avons vu (L. 1, § 16, *De sep.*, D.), que la séparation ne saurait profiter à ceux des créanciers héréditaires qui ne l'ont pas demandée, il n'est pas moins vrai qu'elle ne peut leur nuire davantage. C'est une application de la maxime : *res in se alios acta aliis nocere neque prodesse potest*. Ce que nous venons de dire peut se résumer dans la proposition suivante : la séparation n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers *personnels* de l'héritier.

Une fois les créanciers du défunt satisfaits, ce qui reste des biens héréditaires est attribué aux créanciers de l'héritier. Il n'y a plus de raison en effet pour distinguer encore le surplus de ces biens des biens personnels de l'héritier : le conflit a cessé, et comme l'héritier est resté toujours propriétaire des biens qui composent l'hérédité, ils y arrivent en vertu du principe que le patrimoine du débiteur est le gage de ses créanciers.

La séparation a pour effet d'affecter exclusivement les

biens de l'héritier à ses créanciers personnels, qui n'ont pas à redouter le concours des créanciers séparatistes : car, si avant la séparation le duel se livre entre les créanciers d'un même débiteur, après il y a deux classes de créanciers, deux patrimoines, deux débiteurs. Chacun se paye sur le patrimoine de son débiteur. C'est que, il ne faut pas l'oublier, la fiction de la survivance du défunt domine les rapports des deux classes de créanciers.

Mais faut-il admettre aussi le recours des créanciers du défunt sur les biens de l'héritier, après que ses créanciers personnels auront été satisfaits? En principe, il faut répondre négativement : en effet on ne peut argumenter des créanciers de l'héritier à ceux du défunt. Si ceux-là arrivent aux biens héréditaires, c'est qu'ils sont les biens de leur débiteur ; le droit commun reprend son empire, dès que la fiction n'a plus de raison d'être. Mais les créanciers du défunt se sont éloignés de la personne de l'héritier, dont ils ont brisé l'obligation personnelle : nous avons vu que le préteur devait attacher cet effet à la *separatio*, sous peine de léser les créanciers de l'héritier, qui, exclus des biens héréditaires, subiraient encore le concours des créanciers du défunt sur les biens de leur débiteur. D'ailleurs, la terminologie elle-même n'indiquait-elle pas cette conséquence? *separatio bonorum*. Les créanciers héréditaires, mécontents de l'unité de débiteur et de patrimoine, demandent qu'on leur rende leur patrimoine et leur débiteur, mais ils abandonnent exclusivement aux créanciers de l'héritier leur patrimoine et leur débiteur personnel : il n'y aura donc vraiment séparation des patrimoines qu'autant que l'héritier aura cessé de leur être obligé. Ainsi, en demandant

la séparation, les créanciers du défunt refusent d'accepter l'héritier pour débiteur, et s'enlèvent par là tout retour possible sur les biens de l'héritier. S'ils viennent à en souffrir, ils doivent s'imputer la facilité avec laquelle ils ont répudié l'héritier, lorsqu'il était solvable, pour s'en tenir aux biens héréditaires. Cependant, sur la question qui nous occupe les jurisconsultes romains étaient divisés : Papinien permet aux créanciers séparatistes de venir après les créanciers de l'héritier sur ses biens personnels, et Paul et Ulpien soutiennent l'opinion contraire; mais il importe de bien préciser le caractère et la portée de leur divergence. Donnons d'abord les textes : « Il faut savoir qu'on décide ordinairement que les créanciers de l'héritier peuvent appliquer au paiement de ce qui leur est dû le résidu des biens du testateur, mais que les créanciers du défunt ne peuvent jamais atteindre les biens de l'héritier. La raison en est que celui qui a demandé la séparation doit s'imputer la légèreté avec laquelle il a mieux aimé séparer les biens du défunt que s'en tenir à l'héritier solvable, tandis que les créanciers de l'héritier n'ont pas ce reproche à se faire. Si les créanciers du défunt demandent à venir sur les biens de l'héritier après ses propres créanciers, on ne doit pas les écouter, parce que la séparation qu'ils ont demandée les a séparés de ses biens. Si cependant ils ont demandé témérairement la séparation, on pourra leur faire grâce, s'ils prouvent qu'ils ont eu une cause d'erreur fort légitime. » (L. 1, § 17, *De sep.*, D., Ulp.)

« Si les créanciers héréditaires ont demandé la séparation des biens, et que la succession se trouve insolvable et l'héritier solvable, ils ne peuvent plus retourner

contre l'héritier, mais ils doivent s'en tenir à ce qu'ils ont demandé. Si, après la séparation, l'héritier acquiert quelque chose qui provienne de la succession, cela devra être alloué aux créanciers qui ont obtenu la séparation, et ce qui restera, ces derniers payés, sera attribué aux créanciers personnels de l'héritier. Mais si l'héritier acquiert pour une autre cause, les créanciers héréditaires n'ont rien à prétendre sur ces acquisitions. Toutefois, si les créanciers personnels de l'héritier ont été payés en entier, quelques-uns pensent qu'il faut distribuer ce qui reste aux créanciers héréditaires ; mais ce n'est pas mon avis, car ceux qui ont demandé la séparation se sont éloignés de la personne de l'héritier : ils s'en sont tenu au défunt, et ont en quelque sorte vendu ses biens, qui ne peuvent s'accroître de ceux de l'héritier, et il en sera ainsi, alors même que, s'étant trompés en ce qui concerne la séparation, ils ont moins obtenu que les créanciers de l'héritier. Les créanciers personnels de l'héritier ont ses biens propres et sa personne, qui peut acquérir tant qu'elle existe. » (L. 5, D., *De sep.*, Paul.)

« — A l'égard de tout autre créancier, qui a demandé la séparation, il est plus favorable d'admettre que, si les biens héréditaires ne suffisent pas à le solder intégralement, il puisse se venger sur ce qui reste des biens de l'héritier après la satisfaction de ses créanciers personnels. Il faut admettre, et sur ce point il n'y a pas de doute, la réciproque à l'égard des créanciers héréditaires. » (L. 3, § 2, D., *De sep.*, Papin.)

Nous avons montré que la décision de Paul et d'Ulpien se déduit logiquement des principes. Papinien aurait-il de la *separatio bonorum* une autre idée que ses

illustres contradicteurs? Il suffit de lire le dernier texte que nous venons de citer pour se convaincre que de part et d'autre la doctrine générale est la même. Papinien, en effet, ne présente pas son opinion comme juridique: il reconnaît qu'elles s'écartent de la rigueur du droit, car il n'affirme pas; mais voyez comme il parle: *probari commodius est*. N'est-ce pas là la tournure de langage que prennent les jurisconsultes romains, quand ils proposent dans un but d'équité un amendement à la rigueur des principes? C'est *humanitatis causa* que Papinien croit devoir admettre un tempérament, et le seul dissentiment qui le sépare de Paul et d'Ulpien, c'est que, contrairement à eux, il voit là une occasion propice de faire intervenir l'équité. La controverse s'exerce dans un cercle restreint qu'elle ne dépasse pas.

Les créanciers séparatistes exercent le droit de préférence résultant de la séparation sur les biens héréditaires et sur tout ce qui est accru à l'hérédité avant comme après l'adition, avant comme après la séparation. La loi 5, *De sep.*, a soin de s'expliquer sur ce point: elle ne fait du reste que l'application des principes généraux que nous trouvons posés à la loi 20, § 3, *De hered. pet.*, lib. 5, tit. 3, D.: *Hereditas et augmentum recipit et diminutionem; sed ea, quæ post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere, si extrinsecus, non*. C'était une règle générale du droit romain que *fructus augent hereditatem*. (*Ibid.*, et loi 40, § 1, *De her. pet.*)

Nous ne voulons pas quitter la loi 5, *De sep.*, D., sans faire remarquer qu'elle corrobore notre manière de voir sur les effets généraux de la séparation. Si le patrimoine du défunt ne continue pas à reposer après la séparation sur

la tête de l'héritier, pourquoi donc le jurisconsulte suppose-t-il que l'héritier peut encore acquérir quelque chose *ex hereditate* ?

Voici des cas où la séparation va opérer d'une manière particulière : c'est lorsque le fidéjusseur devient héritier du débiteur principal ; ou réciproquement, lorsque le débiteur principal devient héritier du fidéjusseur. La réunion des deux qualités sur la même tête n'étant pas possible, la confusion des patrimoines paralyse la fidéjussion (L. 5, *De fidej. et mand.*, lib. 46, tit. 1). Le préjudice qu'éprouve le créancier consiste dans la perte de la fidéjussion ; mais la séparation ayant pour base la résurrection fictive du défunt fera disparaître l'obstacle créé par la confusion, et rendra à l'obligation accessoire toute son efficacité. Papinien examine le cas où le débiteur principal est devenu héritier du fidéjusseur, et recherche les effets que produira la séparation : « Le débiteur, devenu héritier de son fidéjusseur, subit la *bonorum venditio* : quoique l'obligation accessoire soit éteinte, la séparation n'en sera pas moins accordée au créancier que le défunt avait cautionné, soit qu'il se trouve seul créancier héréditaire, soit qu'il y en ait plusieurs ; car la raison de droit qui a exclu la cause de la fidéjussion, et n'a laissé subsister que l'obligation principale, la plus grande, ne doit pas porter préjudice au créancier qui avait pris ses précautions. Mais qu'arrivera-t-il si, après la séparation des biens du fidéjusseur, le créancier ne trouve pas dans l'hérité de quoi se payer intégralement ? Pourra-t-il venir en contribution avec les créanciers de l'héritier, ou bien devra-t-il se contenter des biens, qu'il a voulu séparer ? Comme le créancier, en

supposant que le débiteur principal n'ait pas fait addition de l'hérédité du fidéjusseur, aurait pu, après avoir fait vendre les biens du second, venir en concours avec les créanciers du premier, les principes dans l'espèce doivent nous conduire à la même solution.» (L. 3, *princ.*, et § 1, D., *De sep.*)

Si le créancier, dont le défunt avait garanti la créance, concourt avec les créanciers de l'héritier, c'est qu'il est, lui aussi créancier de l'héritier, et, s'il peut demander la séparation, c'est qu'il est en même temps créancier du défunt : cette double qualité explique ce que la solution du jurisconsulte présente de bizarre au premier abord.

Nous avons supposé jusqu'ici que le débat ne s'élevait qu'entre créanciers chirographaires : demandons-nous maintenant si les créanciers du défunt peuvent obtenir la séparation quand ils sont munis d'un droit de gage ou d'hypothèque. Les textes ne distinguent pas : ils accordent ce bénéfice aux créanciers du défunt. Rien par conséquent ne nous autorise à le refuser aux créanciers hypothécaires. Mais, dira-t-on, quel intérêt ont-ils à se prévaloir de la séparation, puisque la confusion des patrimoines ne porte pas atteinte à leur droit de préférence ? Sans doute ils n'y recourront pas tant qu'ils n'en auront pas besoin, mais rien ne s'oppose à ce qu'ils puissent la demander quand elle leur sera utile. Et cette utilité peut se présenter dans diverses circonstances ; par exemple, si le gage ou l'hypothèque ne suffit pas à couvrir toute la créance.

Nous avons déjà vu que la séparation peut être demandée contre tout créancier de l'héritier, quelque favorisé

qu'il soit. L'hypothèque, qui frappe les biens héréditaires du chef de l'héritier, ne prévaut pas sur le droit de la séparation. « Il faut savoir que quand même une chose héréditaire serait affectée par l'héritier d'un droit de gage ou d'hypothèque, celui qui obtiendra la séparation sera préférable au créancier hypothécaire par l'effet du droit de séparation ; et c'est ce qu'ont décidé dans un rescrit Sévère et Antonin. » (L. 1, § 3, *De sep.*, D.)

En effet, l'hypothèque n'est une cause de préférence qu'entre les créanciers d'un même débiteur et ne saurait opérer au profit des créanciers de l'héritier contre les créanciers héréditaires, puisque leurs rapports réciproques sont réglés, comme s'ils avaient deux débiteurs différents. Mais ce n'est pas à dire que l'hypothèque soit nulle : elle a été concédée par l'héritier qui était et n'a pas cessé d'être le véritable propriétaire ; elle conservera donc toute son efficacité contre les créanciers de l'héritier.

L'hypothèque cesserait de produire son effet contre les créanciers du défunt, même quand elle aurait été consentie à un créancier du défunt. Il est vrai que la séparation n'est dirigée que contre les créanciers de l'héritier. Mais, le créancier du défunt, en tant qu'hypothécaire, est un créancier de l'héritier. La séparation des biens restaure les créanciers héréditaires dans la position respective, qu'ils avaient au moment de l'adition.

Cujas se demande pourquoi la séparation fait tomber les hypothèques et non les aliénations, et il répond : *Quia hypotheca non est alienatio, et manet nihilominus hereditas apud heredem semper.* (In lib. XXV *Quest. Papin. Comment. Jac. Cujacii.*)

La raison qu'il donne n'est guère satisfaisante. N'est-il pas plus simple de dire que, la séparation n'étant dirigée que contre les créanciers, il n'est pas étonnant qu'elle ne puisse atteindre les tiers acquéreurs?

Il nous reste à parler des légataires. En vertu de ce principe que les biens d'un homme ne sont que l'excédant de ce qu'il a sur ce qu'il doit : *Bona intelliguntur cuiusque quæ, deducto ære alieno, supersunt* (L. 39, § 1. *De verb. obl.*, D.), les légataires ne peuvent rien toucher de leur legs qu'après la complète satisfaction des créanciers héréditaires. Quoi de plus juste, qu'on ne puisse faire des libéralités qu'après avoir payé ses dettes ! *Nemo liberalis nisi liberatus*.

L'héritier n'est tenu des legs qu'*intra vires successio- nis*, et même est protégé contre des libéralités excessives par la loi Falcidie, et les extensions qu'elle a reçues. Mais quand elles ne dépassent pas les bornes légales, il est juste d'assurer et de garantir l'exécution des libéralités du défunt, car la volonté des mourants est sacrée.

D'autre part, l'héritier n'a droit de prendre dans la succession que ce qui reste après le paiement des dettes et charges. C'est sur ce fondement que le droit de demander la séparation a été accordé aux légataires, bien que leur créance naisse, non dans la personne du défunt, mais dans celle de l'héritier : *Hereditariarum actionum loco habentur et legata, quamvis ab herede ceperint*. (L. 40, *De obl. et act.*, lib. 44, tit. 7.) Voici les deux textes du titre *De separ.*, D., qui ont trait aux légataires.

« Il convient que les légataires aient un droit de préférence sur ce qui reste des biens héréditaires après le paiement des dettes. » (L. 4, § 1, D., *De sep.*, Pap.)

« Toutes les fois que l'héritier n'est pas solvable, non-seulement les créanciers du testateur, mais même ceux auxquels il a fait des legs, sont fondés à demander la séparation, afin de venir toucher leurs legs en totalité ou en partie, une fois que les créanciers sont entièrement satisfaits. » (L. 6, *princ.*, *De sep.*, D., Julien.)

Si le testateur est insolvable, tous les legs sont inutiles, et il ne servirait de rien aux légataires de demander la séparation, alors même que les créanciers du défunt suivraient la foi de l'héritier. Quand les légataires usent seuls du bénéfice, ils ne prennent leurs legs sur les biens de l'hérédité qu'après avoir déduit une valeur égale au passif héréditaire. Cette valeur est attribuée aux créanciers du défunt, qui la partagent au marc le franc avec les créanciers de l'héritier, à moins qu'il n'y ait entre eux une cause légitime de préférence.

Enfin, si l'héritier n'est pas solvable et que personne ne demande la séparation, faut-il admettre avec Mühlbruck (*Doctrina Pandectarum*, pars. spec., lib. 5, cap. 4, § 701), que les créanciers de l'héritier eux-mêmes seront préférés aux légataires, comme étant devenus par la confusion les créanciers du testateur? Nous repoussons cette étrange solution : les légataires en effet sont aussi des créanciers de l'héritier, et on pourrait tout aussi bien prétendre qu'ils sont devenus créanciers du testateur par la confusion. Sans doute, le règlement de la situation est difficile : les créanciers du défunt priment les légataires et concourent avec les créanciers de l'héritier, et d'un autre côté les légataires concourent avec les créanciers de l'héritier. On doit appliquer ces deux idées, et il ne faut pas croire que ce soit impossible : nous in-

diquorions la marche à suivre, si cela ne nous paraissait sortir des limites de notre sujet.

Les legs que doit l'héritier deviennent dans sa propre succession des dettes héréditaires, et doivent être payés avant les legs qu'il aura faits. (L. 1, Cod., *De bonis auth. jud.*, etc.)

Nous devons ajouter, avant de passer à l'époque de Justinien, que le préteur était venu à l'aide des légataires d'une autre manière. Il avait voulu que l'héritier fournit une caution aux légataires : sinon, il les envoyait en possession des biens, *legatorum servandorum causa*. Cet envoi en possession était régi par des règles particulières, exposées aux tit. 3 et tit. 4, liv. 36, du Digeste.

ÉPOQUE DE JUSTINIEN.

Le bénéfice de la séparation est passé dans la législation de Justinien sans avoir, à vrai dire, subi de modification en lui-même. Cela tient sans doute à ce qu'il n'a pas une origine quiritaire, et qu'il doit sa formation et son développement au double concours de la raison et de l'équité. Mais autour de lui les innovations sont nombreuses et il va s'approprier au nouvel ordre de choses. Avec la procédure formulaire est tombée la *bonorum venditio*, et nous trouvons un système d'exécution plus simple et plus naturel, qui date du temps des jurisconsultes : c'est la *bonorum distractio*. Justinien institue en faveur des héritiers un bénéfice analogue à celui que les créanciers héréditaires possédaient depuis longtemps, le bénéfice d'inventaire.

L'héritier qui acceptait une succession insolvable éprouvait un grave préjudice, parce qu'il n'en était pas moins tenu *in infinitum* de toutes les dettes du défunt. Il est vrai qu'il pouvait éviter cette lésion en renonçant à la succession; et c'est même ce qui fait qu'on avait tant tardé à venir à son secours, tandis qu'à l'héritier nécessaire on avait déjà accordé le *beneficium separationis*. Mais l'héritier externe pouvait se trouver lésé, sans qu'aucune faute lui fût imputable : il méritait une protection spéciale. Le préteur, conformément au droit commun, relevait déjà les mineurs de vingt-cinq ans des conséquences désastreuses de l'adition d'hérédité, et même quelques majeurs en furent exonérés par rescrits individuels. Enfin Justinien remédie à l'insuffisance du droit, et établit que celui qui aura fait inventaire de tous les biens composant la succession ne sera tenu des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. De plus, les actions qui compétaient à l'héritier contre le défunt et réciproquement ne seront pas confondues. (L. 22, *princ.*, §§ 4 et 9. *De jure deliber.*, etc., lib. 6, tit. 30.) C'est donc rien autre chose qu'un droit de séparation des biens institué en faveur de l'héritier. Seulement, Justinien a soin de pas donner à ce nouveau droit le nom de *separatio bonorum*, déjà trop prodigué en droit romain. Il l'appelle simplement le bénéfice, et l'expression technique de bénéfice d'inventaire n'a été consacrée que plus tard.

Justinien a remanié et refondu la matière des legs. Il supprime l'ancienne distinction des legs en quatre classes, assimile les legs au fidéicommiss, prétend leur donner à tous la même nature, ce qui toutefois est au-dessus de ses forces, et enfin, pour en poursuivre l'exécution, à

l'action réelle et à l'action personnelle il ajoute l'action hypothécaire. (L. 1 *Communi de leg.*, lib. 6, tit. 43, Cod.) L'ancienne *missio in possessionem* cède la place à une hypothèque légale. Si le legs est d'un corps certain, le légataire a la *rei vindicatio*, et il n'a besoin de recourir ni à son hypothèque, ni au bénéfice de séparation. Mais si le legs est d'une somme d'argent, ou de toute autre chose indéterminée, c'est alors que le légataire profitera de l'hypothèque légale et du bénéfice de séparation. Mais quelle utilité peut avoir la séparation des biens à côté de l'hypothèque? Voici deux cas où la séparation ne fera pas double emploi avec l'hypothèque. On sait que le régime hypothécaire du Bas-Empire était encombré d'hypothèques légales tacites et d'hypothèques privilégiées. Le légataire est donc menacé, soit d'un concours, soit même d'une préférence, et c'est la séparation qui le défendra de l'un ou l'autre événement.

L'hypothèque du légataire ne porte que sur les biens de la succession, et comme elle naît après la division des dettes, l'étendue de l'action hypothécaire est la même que celle de l'action personnelle : *Hypothecaria unumquemque conveniri volumus in tantum, in quantum personalis actio adversus eum competit.* (L. 1, *Communia de leg.*, Cod., *in fine.*)

Malheureusement, comme nous le verrons, on a mal entendu cette phrase dans notre ancien droit, et on a prétendu que l'hypothèque naissait indivise, comme si *tantum quantum* devait se traduire par *en tant que*, et non par *autant que*. C'est en vain que les plus illustres jurisconsultes protestèrent contre cette interprétation, qui non-seulement dénaturait la pensée de Justinien,

mais encore était en opposition avec les principes généraux du droit. Elle a été consacrée par le Code Napoléon, dont elle rompt l'harmonie et contredit l'esprit général.

Mais quel jugement devons-nous porter sur cette innovation de Justinien, comprise comme elle doit l'être ? Nous croyons qu'il faut la regretter, car elle constitue une anomalie qui est inexplicable : sans doute la volonté des mourants est sacrée ; mais on aura beau faire, on ne parviendra pas à démontrer qu'un légataire doit être mieux traité qu'un créancier, et c'est précisément ce qui arrive : le légataire conserve son droit de préférence, même quand il suit la foi de l'héritier, tandis que les qualités de créancier du défunt et de créancier séparatiste sont incompatibles, et il peut suivre les biens héréditaires dans les mains des tiers acquéreurs, que ne peuvent inquiéter les créanciers héréditaires ; enfin l'hypothèque a lieu de plein droit, tandis que la séparation doit être demandée.

Remarquons, avant de passer à l'étude de notre ancien droit, que l'héritier ne peut retenir la *quarta Falcidia* que s'il accepte sous bénéfice d'inventaire, et qu'il serait sans cela tenu des legs, *licet pure substantivæ mortientis mensuram transcendant*. (L. 22, Cod. ; *De jure deliber.*, 1^{re} Nouvelle, chap. 11, § 2.) Justinien n'a d'autre mobile, en faisant cette réforme, que d'assurer le succès de son bénéfice d'inventaire ; son aveugle prédilection lui fait abandonner la règle de l'ancien droit, fondée à la fois sur la raison et sur l'équité.

DEUXIÈME PARTIE.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Dans cette deuxième partie, nous devons montrer comment la théorie romaine de la *separatio bonorum* s'est introduite dans notre ancien droit, et indiquer les modifications qu'elle a reçues. Nous rechercherons surtout ce qu'était devenue dans son dernier état la doctrine de l'ancienne jurisprudence sur cette matière.

Quand l'invasion des barbares vint changer la face du monde ancien, le droit de la Gaule n'était pas autre que le droit romain, et la pratique reposait sur la doctrine des jurisconsultes. Le bénéfice de la séparation devait donc y être en usage. Quand le Code Théodosien parut, il exerça dans les Gaules une grande influence, mais non une influence « exclusive des autres monuments du droit romain, jusqu'alors connus et pratiqués. » (Laferrière, *Histoire du droit romain et français*, liv. 3, t. 2, ch. 5, § 5.) Puis, en l'an 586, est promulguée la *lex romana Visigothorum*, connue sous le nom de *Bréviaire d'Alaric*. Ce recueil prit la plus grande place et devint la base de la pratique du droit romain, comme le prouve le nom qu'on lui donnait partout de *lex romana*. Voilà l'état juridique de la Gaule au commencement du vi^e siècle, et

Justinien n'a pas encore accompli ses grands travaux législatifs.

Nous diviserons en deux périodes l'espace de temps qui sépare la rédaction de notre Code civil de la promulgation des œuvres de Justinien.

La première s'étend jusqu'à la renaissance du droit romain en France, c'est-à-dire à peu près jusqu'au XII^e siècle. Ce sera aussi le point de départ de la seconde. Nous croyons pouvoir négliger, en ce qui concerne notre travail, la première période, qui ne présente que chaos et confusion. Tant que dure le régime de la personnalité des lois, sans doute le droit romain persévère, mais il décline, il dégénère, il s'abatardit. D'ailleurs, ni dans le Code Théodosien, ni dans le *Breviaire* d'Alaric, nous ne trouvons rien qui ait trait au bénéfice de la séparation. Reportons-nous donc à l'époque où la fièvre du droit romain a gagné toute l'Europe. Le droit romain n'est pas seulement relevé comme science, mais encore il exerce sur la pratique une profonde et bienfaisante influence. Ce mouvement de rénovation n'est pas borné aux pays de droit écrit, mais il se propage aussi dans les pays de droit coutumier, qui font de nombreux emprunts à la législation romaine. C'est à elle seule qu'ils ont emprunté le bénéfice de la séparation des biens, et l'élément germanique et féodal n'entre pour rien dans son organisation.

Voilà pourquoi nous ne serons pas obligé de séparer les pays de droit écrit des pays de droit coutumier, et de les étudier chacun à part : les principes fondamentaux de cette théorie étant les mêmes dans toute la France, au nord comme au midi, son étude va présenter une cer-

taine unité, et la diversité dans les règles sera moins radicale.

Il a fallu du temps et des luttes pour renverser les préjugés et les routines d'une pratique inintelligente, et restituer dans leur pureté les principes du droit romain. Sur ce point, le président Fabro nous donne des renseignements curieux. C'était une erreur accréditée de son temps, que, depuis l'institution du bénéfice d'inventaire, l'édit du préteur sur la séparation des biens avait perdu sa raison d'être. « Sans doute, dit le savant magistrat, je comprends qu'on soutienne que, si l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire, la séparation de l'édit n'a pas besoin d'être demandée, puisqu'elle existe *ipso jure*, conformément à la constitution de Justinien; mais quelle défense auront les créanciers, si l'héritier accepte purement et simplement? » Les praticiens invoquaient à l'appui de leur thèse ce passage d'Ulpien : *Confusis et unitis bonis separatio fieri nequit* (L. 1, D., *De sep.*), et ils en concluaient qu'on ne pouvait pas demander la séparation s'il n'avait pas été fait d'inventaire. Devant un argument de cette force, le digne président se départ de sa gravité habituelle, et est pris d'un accès de fou rire : *Ego nudis dentibus risi*. Puis, il fait ressortir avec vigueur la grossièreté de cette ignorance qui applique à la confusion de droit un texte relatif à la confusion de fait. Revenant ensuite à la question de savoir si la séparation a besoin d'être demandée, quand la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, il penche pour l'affirmative. *An ergo abrogatum*, dit-il? *Ne hoc quidem*. — Cujas a jeté sur cette matière de la séparation en droit romain toute la lumière de son génie, et peut encore

aujourd'hui nous servir de modèle et de maître. Il a parfaitement mis en relief l'idée-mère, la clef de voûte du système, si nous pouvons nous exprimer ainsi, comme on peut en juger par la citation qui va suivre : *Atque ita fit, dato separationis beneficio bonorum defuncti et heredis, ut unum patrimonium quod scilicet aditio hereditatis genere quodam fecerat unum, quasi dividatur in duo, et una personæ, que fingitur esse heredis et defuncti, quasi dividatur in duas : hic est separationis effectus.* (Comm. Jac. Cujacii in lib. XII. *Resp. Papin.*) Ne semble-t-il pas que l'idée de Cujas soit celle que nous avons développée, et ne paraît-il pas penser que, malgré la séparation, le patrimoine du défunt continue de reposer sur la tête de l'héritier?

Il apprécie également, avec la plus grande justesse, la dissidence de Papinien avec Paul et Ulpien, et lui donne sa véritable portée. D'un côté, dit-il, milite le droit, mais de l'autre l'équité, et vous pouvez ainsi répondre, si l'on vous oppose l'opinion contradictoire. *Qua ratione in jure componuntur multæ et magnæ differentiæ* (Comment. Jacobi Cujacii in lib. XXVII *Quæst. Papin.*, ad § *Sed in quolibet.*) Il adopte, pour sa part, l'opinion de Papinien, qui lui paraît plus humaine et plus équitable. Donneau, l'émule de Cujas, préfère l'opinion de Paul et d'Ulpien, et prétend que le blâme de Paul sur Papinien doit être considéré comme émanant de Justinien. (L. 1, § *Sed neque*; Cod., *De vet. jur. enuc.*) Nous ne voulons pas insister davantage sur les travaux des romanistes. Sans doute, ces travaux n'ont pas pour but d'exposer le droit qui régit la France, mais qui pourrait néanmoins méconnaître leur importance pratique? Cujas ne faisait

pas seulement de la spéculation pure : s'il s'exerçait sur le droit ancien, c'était surtout en vue du droit actuel; et voilà comment s'est opérée l'invasion du droit romain dans les pays coutumiers, et la rénovation de ce même droit dans les pays de droit écrit.

Étudions maintenant la séparation des biens d'après les auteurs français du XVII^e et du XVIII^e siècle, et d'après la jurisprudence des parlements.

Nous tâcherons d'observer le plus possible l'ordre naturel des idées.

Voici comment s'exprime Bacquet, dans son *Traité des droits de justice*, chap. 21, n^o 426 : « Si les meubles du défunt sont seulement saisis à la requête des créanciers de l'héritier, les créanciers du défunt s'opposeront et obtiendront lettres royales, afin de demander séparation des biens du défunt d'avec ceux de l'héritier. » Lebrun mentionne aussi cette nécessité de prendre des lettres de chancellerie, mais comme n'existant plus de son temps. Du reste, comme pour le bénéfice d'inventaire, elles ne devaient être exigées que dans les pays coutumiers; car la faculté de demander la séparation étant généralement accordée par le Digeste et par le Code, on n'avait pas besoin, dans les pays de droit écrit, de titre particulier ni de grâce qui la confirmassent. L'usage assimila sur ce point le Nord au Midi.

Les créanciers et légataires du défunt, quels qu'ils soient, peuvent user du bénéfice de la séparation. Voici un cas fréquent dans notre ancien droit, où le créancier hypothécaire aura intérêt à y recourir. L'hypothèque générale frappe les biens qui entrent dans le patrimoine du débiteur, et prend rang sur ces biens, du jour de sa date,

et non plus, comme en droit romain, du jour qu'ils sont acquis. Les créanciers hypothécaires du défunt ont, par conséquent, besoin de la séparation des biens pour ne pas être primés, lorsque les hypothèques générales des créanciers de l'héritier sont plus anciennes que les leurs (1).

Le droit romain refusait, et avec raison, aux créanciers de l'héritier l'usage de ce bénéfice. Nous rencontrons ici dans notre ancien droit une grave altération de la théorie romaine. En effet, la plupart des jurisconsultes soutenaient cette thèse, que les créanciers de l'héritier devaient pouvoir demander la séparation aussi bien que ceux du défunt, et cette thèse avait fait fortune; la jurisprudence des parlements l'avait appuyée par l'autorité de ses arrêts. Domat lui-même s'y rallie, et cherche à la justifier dans ses lois civiles, liv. 3, tit. 2, *De la séparation des biens*, etc. La condition des créanciers de l'héritier et celle des créanciers du défunt doivent être égales, dit-il; et, après avoir examiné les raisons données par le jurisconsulte Ulpien (L. 1, *De sep.*, D.), il ajoute : « Mais cette subtilité n'a pas été goûtée dans notre usage. » Il ne donne toutefois aucune raison sérieuse pour légitimer cette innovation. Ne pèche-t-on pas en effet contre la saine doctrine, en soutenant que les créanciers de l'héritier doivent être traités comme les créanciers du défunt? Que les créanciers du défunt ne soient pas forcés d'accepter pour débiteur une personne, *de qua in*

(1) Pothier professe une opinion différente.

contrahendo ne per somnium quidem cogitarunt, comme dit énergiquement le président Fabre, rien de plus juste; mais les créanciers de l'héritier ont contracté avec le débiteur de leur choix, et celui qui s'oblige ne perd pas la faculté de s'obliger encore. Du reste, des protestations ne tardèrent pas à s'élever, rares, il est vrai, mais vigoureuses : Lebrun se distingua entre tous par la vigueur de la logique et la chaleur des convictions. « Accorder la séparation aux créanciers de l'héritier, ce serait, dit-il, l'empêcher de contracter et de s'obliger, plutôt que ce ne serait séparer ses biens, » et il fait encore cette autre objection au système de la jurisprudence : « L'héritier qui aura fait une acceptation d'hérédité pure et simple, et se sera soumis ainsi à payer toutes les dettes du défunt, pourra facilement se soustraire aux conséquences de cette acceptation. Il feindra à plaisir des créanciers chirographaires, qui sépareront les patrimoines et absorberont ses biens, car les titres sous seing privé peuvent être fabriqués ou antidatés. Accepter cette doctrine, c'est donc laisser une porte ouverte à la fraude. » On comprend du reste qu'elle se soit implantée naturellement dans le ressort de certains parlements.

En effet, en Bourgogne et en Normandie, les biens de l'héritier sont hypothéqués de plein droit aux créanciers du défunt du jour de l'adition : les créanciers chirographaires de l'héritier ont alors besoin de recourir à la séparation des biens pour paralyser le droit de préférence qui serait exercé à leur préjudice. On ne peut contester que, dans cet état de choses, la séparation ne joue un rôle équitable. Aussi le président Espiard, dans ses annotations sur Lebrun, ne manque-t-il pas de le reprendre, et

de lui opposer cette jurisprudence : non que cette objection diminue la thèse de Lebrun, elle prouve seulement que certaines coutumes, tombant dans un excès de faveur à l'égard des créanciers héréditaires, se rapprochaient de l'équité en leur retirant d'une main ce qu'elles leur avaient accordé de l'autre. Nous devons donc adhérer sans restriction à la conclusion que tire le jurisconsulte : « J' ne vois aucune raison solide, mais seulement quelque routine et mauvaise tradition, dont les juges sont toujours en droit d'arrêter le cours, comme d'une méchante monnaie. » Cette attitude énergique produisit son effet : à Lebrun s'adjoignirent Henrÿs, D'Espeisses, et Pothier, qui du reste, sur cette matière, suit presque constamment le *Traité des successions*. Enfin le Code Napoléon a corrigé cette déviation des vrais principes, et est rentré dans les voies du droit romain (art. 881).

La séparation ne pourrait plus être demandée si les choses ne sont plus entières, ou que les biens héréditaires soient mêlés avec ceux de l'héritier. Ce danger de confusion de fait peut être prévenu par un bon et fidèle inventaire. En droit romain, ce bénéfice devait être exercé au plus tard dans les cinq ans. Cette cause de déchéance se retrouve-t-elle dans notre ancien droit ? La doctrine et la jurisprudence n'étaient pas uniformes sur ce point. Dans certains pays de droit écrit, la prescription de cinq ans est encore observée ; D'Espeisses la reconnaît formellement. Les jurisconsultes du parlement de Provence étaient divisés : les uns prétendaient qu'il fallait la suivre, les autres qu'elle n'était pas en usage (De Monvralon, *Traité des successions* (chap. 3, art. 17). Bacquet accorde la séparation, « pourvu que ce soit au dedans

du temps préfix par la disposition de droit commun, qui est de cinq ans consécutifs depuis le décès du défunt, après lequel temps la séparation ne pourrait être demandée. » (*Traité des droits de justice*, ch. 21, n° 426.) Morlin (v° SÉPAR. DE PATR.) cite un arrêt du parlement de Dijon qui n'applique qu'aux meubles la déchéance du droit romain. La jurisprudence du Châtelet distinguait aussi les meubles d'avec les immeubles. Les pays de nantissement étaient fortement attachés, mais, comme nous le verrons, pour des motifs particuliers, à la tradition romaine. Mais, au milieu de ces diversités, ce qui est certain, c'est que dans la plus grande partie de la France on avait rejeté la prescription de cinq ans : les jurisconsultes et les arrestographes en font foi. « Par notre droit, dit Pothier, il n'y a aucun temps limité ; on est toujours à temps, tant que les biens de la succession peuvent encore facilement se démêler d'avec ceux de l'héritier. » Cette innovation s'explique par une maxime qui avait cours dans l'ancienne France, et qui est attestée même par Cujas, d'après laquelle on ne devait admettre aucune des prescriptions du droit romain, si elle n'était confirmée par l'ordonnance ou par la coutume.

En droit romain, la distinction du bénéfice de la séparation et du régime hypothécaire était fort nettement dessinée. L'hypothèque suppose unité de patrimoine et unité de débiteur ; la séparation suppose deux patrimoines, deux débiteurs. Dans notre ancien droit se manifeste, par les écrits de certains jurisconsultes, une tendance à rapprocher et à confondre ces deux matières, séparées par une ligne de démarcation si profonde ; non assurément.

ment qu'il y ait préméditation de leur part, et qu'ils songent à se lancer dans la voie des innovations; mais, au milieu des complications du régime hypothécaire, ils perdent de vue la nature indépendante du régime de la séparation des biens.

C'est ainsi que Bourjon et Raviot (sur Pêrier) lui appliquent la dénomination de privilège. Ils n'entendent pas sans doute qu'on la traite comme un véritable privilège, mais c'est le manque de netteté et de précision dans les idées qui passe dans le langage. Domat s'explique clairement sur ce point, et déclare que le droit de la séparation est « indépendant de l'hypothèque. » Du reste, on a toujours réagi contre cette tendance, sous quelque forme qu'elle se présentât. La séparation doit être précédée d'une demande en justice : elle n'a pas lieu de plein droit. Lebrun paraît ne pas apercevoir la nécessité de cette demande : « La séparation est de plein droit parmi nous, et non sujette à demande. » Ferrière, à son tour, dit sur l'art. 168 de la coutume de Paris : « La demande de la séparation n'est pas beaucoup nécessaire, mais c'est l'usage. » Ils semblent avoir confondu la demande de la séparation avec l'obtention des lettres de chancellerie, et vouloir conclure de la suppression de la deuxième formalité à celle de la première. Mais c'est un signe caractéristique et une distinction bien tranchée entre la séparation et le privilège ou l'hypothèque, que cette nécessité de l'obtenir du juge; aussi est-elle généralement reconnue dans la doctrine et dans la jurisprudence. Mais l'idée de la séparation paraît surtout s'être obscurcie dans les coutumes, où les biens de l'héritier sont hypothéqués de plein droit aux créanciers héréditaires.

Ce bénéfice y est détourné de sa destination primitive. On en jugera par le rôle qu'il joue dans la jurisprudence du parlement de Rouen, tel que nous le fait connaître Basnage. Ce jurisconsulte écrit : « Suivant nos usages, il n'est pas besoin de demander la séparation des biens immeubles du défunt et de son héritier ; » et il donne pour raison qu'il ne se fait pas de confusion, tant au préjudice des créanciers du défunt que des créanciers de l'héritier : *Proprii enim heredis creditores propria habent bona ejus* ; tel est le tronçon de texte qu'il invoque, sans lui attribuer son véritable sens. Du reste, il divise les créanciers de l'héritier en deux catégories, dont l'une ne peut user du bénéfice : c'est celle qui se compose des créanciers postérieurs à l'addition d'hérédité. Enfin il résume l'opinion qu'il se forme de la séparation dans cette phrase significative : « Je parlerai.... de la séparation qui se fait des biens du défunt et de l'héritier pour régler les hypothèques de leurs créanciers. » La séparation ne serait donc autre chose qu'une annexe, qu'un rouage, qu'un expédient pour aménager le système hypothécaire. A quoi tiennent ces obscurités et ces bizarreries ? Elles tiennent à ce que, dans une théorie qui lui est empruntée, on ne se rattache pas assez au droit romain, qui seul peut servir de guide sûr ? On sentit généralement cette vérité, et il est facile d'apercevoir dans la doctrine un mouvement de retour vers le droit romain. C'est aux lois romaines que se réfèrent Domat, Pothier, Lebrun lui-même, qui nous montre bien sa pensée sur la séparation dans ce remarquable passage, que nous extrayons de son *Traité sur les successions* :

« C'est une matière que nous empruntons toute du droit

romain, duquel il semble, par conséquent, qu'il ne faille s'éloigner que pour des raisons très-importantes. »

Est-ce donc avec raison qu'on prétend qu'en passant dans notre ancien droit la séparation a changé de nature? Examinons les preuves qu'on apporte à l'appui de cette allégation, et nous jugerons s'il est possible de l'accepter dans les termes où elle est formulée.

La question sur laquelle s'était produite la divergence de Papinien et de Paul et Ulpien s'était représentée dans notre ancien droit : le sentiment des seconds ne rallia plus que de rares partisans, et celui du premier prévalut dans la doctrine et la jurisprudence. Jusque-là rien encore ne prouve qu'on soit sorti des voies du droit romain ; mais, dit-on, si cette preuve ne résulte pas du fait lui-même de la prédominance de l'opinion de Papinien, elle ressort, avec la plus grande évidence, des raisons que les jurisconsultes apportent à l'appui. Voyez, en effet, comment raisonnent simultanément Domat, Lebrun, Pothier.

Les créanciers du défunt doivent être payés sur les biens de l'héritier, après ses créanciers personnels, parce que, dit Lebrun, la séparation n'est pas capable d'effacer l'addition d'hérédité et ne sert point d'exception au principe : *qui semel, nunquam desinit esse heres*. Domat reconnaît aussi que la séparation ne rescinde pas l'addition d'hérédité. Enfin, Pothier est plus explicite, si cela se peut : « En demandant la séparation, les créanciers du défunt n'ont pas eu l'intention de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux par l'acceptation de la succession, mais seulement d'être préférés sur ces biens aux créanciers de l'héritier. » Or, dit-on

toujours, en droit romain, la séparation des biens rescindait l'adition d'hérédité, et les biens de la succession sortaient du patrimoine de l'héritier pour faire retour au défunt. Le lien qui unissait les créanciers héréditaires à l'héritier était brisé : personne ne le contestait. Donc la théorie générale de la séparation, en passant dans notre ancien droit, s'est transformée, et a cessé de reposer sur les bases traditionnelles. Pour notre part, nous n'hésitons pas à le dire, l'argumentation et la conclusion qui précèdent nous paraissent également faux, et nous nous plaçons à un point de vue tout à fait différent pour apprécier et juger la doctrine de nos anciens auteurs.

D'abord, prétendre que la séparation des biens, en droit romain, produisait une rescision radicale de l'adition d'hérédité, c'est méconnaître, comme nous l'avons démontré, les principes de ce droit : la séparation n'opérait qu'une rescision partielle de la confusion des patrimoines, car si elle effaçait l'obligation personnelle que l'héritier avait contractée envers les créanciers du défunt, elle laissait intacts les autres effets de l'adition. Ainsi, quand Lebrun et Domat soutiennent que la séparation ne sert pas d'exception au principe : *semel heres, semper heres*, ils sont d'accord avec les jurisconsultes romains. L'héritier, en France comme à Rome, est toujours l'héritier; il ne cesse pas d'être propriétaire des biens de la succession. Que les effets de la saisine subsistent nonobstant la séparation, il n'y a pas lieu de s'en étonner. Mais quand ils vont plus loin et qu'ils ajoutent que la séparation ne rompt pas le lien personnel qui unissait les créanciers du défunt à l'héritier, dès lors ils s'écartent, et Pothier avec eux, des principes du droit

romain : on ne peut pas soutenir le contraire. Mais faut-il tirer de là cette conséquence, qu'ils ont voulu innover, et entrer dans une voie nouvelle? Nous ne le pensons pas, et nous fournissons une tout autre explication, qui nous paraît trouver sa justification dans les écrits mêmes de nos anciens auteurs. Cette explication, la voici : Lebrun, Domat et Pothier adoptent l'opinion de Papinien ; mais, ou bien ils se trompent sur les véritables idées de Papinien, ou bien ils croient avoir découvert un argument qui lui a échappé, et tâchent de justifier juridiquement une solution qui n'a de point d'appui que sur l'équité.

En effet, et c'est ce qu'il importe de rappeler, l'opinion de Paul et d'Ulpien n'a pas disparu : elle a encore quelques défenseurs, et on est bien obligé de concéder qu'au moins, aux yeux de quelques jurisconsultes, les créanciers du défunt, en demandant la séparation, *recenserunt a persona heredis*. Ainsi d'Espeisses (*Des Contrats*, part. 3, tit. 2, sect. 5) a sur la question la manière de voir de Cujas. Paul et Ulpien s'appuient sur le droit ; Papinien sur l'équité ; il paraît même pencher du côté des premiers. On conçoit donc aisément que les besoins de la lutte aient porté les partisans du second à chercher pour son opinion un fondement plus solide. Lebrun est triomphant : il croit avoir trouvé ; il reconnaît d'abord que Papinien n'est pas si loin de Paul et d'Ulpien *qu'on le pense* ; puis, par l'argument que nous avons énoncé, il donne à son sentiment une base juridique : « La raison et les maximes, dit-il, veulent que son sentiment prévale, » Hélas ! il se trompait ; car, au lieu de mettre fin à la discorde, il ne faisait que l'alimenter. En effet, si l'héritier est tenu personnellement envers les créan-

ciers héréditaires, que veulent la raison et les maximes ? Qu'ils viennent en concours avec les créanciers de l'héritier sur ses biens personnels. La faiblesse de l'argumentation de Lebrun n'échappe pas à Pothier, qui présente la sienne sous une face nouvelle. Il considère l'héritier comme étant toujours débiteur envers les créanciers, malgré la séparation; mais il s'écarte de Lebrun en ce qu'il donne à son raisonnement son véritable caractère. Il va, en effet, au-devant de l'objection que Lebrun n'avait pas aperçue, et fait fléchir la règle uniquement au nom de l'équité. Pothier, comme Papinien, propose sa solution *humanitatis causa* : il paraît même ne pas se douter de la distance qui les sépare, et s'être mépris sur les idées du jurisconsulte, à l'opinion duquel il se rallie. Cette observation est corroborée par la manière dont il présente l'opinion de Papinien dans ses *Pandectes* : il n'y pose nullement les limites dans lesquelles s'exerce la divergence des jurisconsultes romains. Ainsi Pothier, tout en évitant l'erreur de Lebrun, tombe dans une autre; mais c'est une erreur qu'il commet sur le droit romain. En résumé, c'est une opinion conforme, au moins par ses résultats, à la tradition romaine, qui est adoptée par tous nos anciens auteurs, et les motifs erronés dont ils se servent ne nous paraissent pas suffisants pour faire admettre que la séparation du droit français n'est plus la même que celle du droit romain. S'il en était ainsi, ne se seraient-ils pas expliqués d'une manière catégorique ? Au contraire, ils ne paraissent pas se douter eux-mêmes de la révolution qu'on prétend s'être opérée; ils ne parlent pas d'une opinion nouvelle, ils parlent de l'opinion de Papinien. Enfin Pothier se con-

credit lui-même formellement, et démontre bien, par là, qu'il n'entend pas abandonner les principes du droit romain. Il dit, en effet, que la séparation ne peut plus être demandée par les créanciers du défunt, « lorsqu'ils ont fait novation de la créance qu'ils avaient contre le défunt en une créance contre son héritier, en le prenant pour leur propre débiteur à la place du défunt; car, par là, ils cessent d'être créanciers du défunt et deviennent plutôt créanciers de l'héritier. » Or, si, notwithstanding la séparation, les créanciers du défunt conservaient l'héritier pour débiteur, la qualité de créancier de l'héritier ne serait pas incompatible avec la qualité de créancier séparatiste.

Notre conclusion est donc que c'est bien la théorie du droit romain que nous retrouvons dans notre ancienne France, mais que, sur certains points, les idées étaient confuses et indécises. Déjà bien des nuages avaient été écartés, grâce aux lumières fournies par la tradition, et les rédacteurs du Code civil, achevant l'œuvre d'épuration, consacreront les principes rationnels du droit romain, conservés dans notre ancienne jurisprudence.

Nous avons vu, en droit romain, que le droit de préférence résultant de la séparation s'exerce sur les fruits des biens héréditaires, sans distinguer ceux qui ont été recueillis avant la demande en séparation de ceux qui ont été recueillis après. Un arrêt du parlement de Paris, du 16 février 1694, distingue les fruits perçus avant la demande en séparation de ceux perçus après, et empêche les créanciers héréditaires de séparer les premiers. Voici les raisons présentées par l'avocat des créanciers de l'héritier, qui obtint gain de cause, telles qu'elles sont rap-

portées par Jacques Brillou dans son *Dictionnaire des arrêts*, v° SÉPAR. DES PATRIM. : « Il s'agit de loyers qui n'ont jamais appartenu au défunt ou à sa femme, puisqu'ils étaient décadés longtemps avant leur échéance. Ces loyers n'ont, par conséquent, jamais fait partie des biens de la succession, et n'ont pu être atteints par la demande en séparation des patrimoines. » Nous avouons ne pas comprendre cette distinction, car les loyers échus postérieurement à la demande en séparation ont également toujours appartenu à l'héritier, puisque, après comme avant, il est propriétaire des biens de la succession. Nous n'insistons pas davantage sur cette question, que nous aurons encore occasion d'examiner sur le Code Napoléon, et nous ferons seulement remarquer que Lebrun, pour lequel la séparation est de plein droit, enseigne naturellement l'opinion contraire.

Le rapport que fait le successible des biens donnés a-t-il pour effet de les rendre biens héréditaires, et les créanciers vont-ils pouvoir exercer sur eux le bénéfice de la séparation des patrimoines? La question était, à ce qu'il paraît, controversée, et Lebrun la discute avec le plus grand soin : « Adopter l'affirmative, dit-il, ce serait détruire l'effet de la séparation, qui est que les créanciers du défunt se vengent sur les biens du défunt, et ceux de l'héritier sur les biens de l'héritier. » Le rapport n'a pour but que d'établir l'égalité entre les cohéritiers, et si d'ailleurs l'on suppose que les créanciers du défunt se sont défilés sans raison de l'héritier, et qu'après avoir épuisé les biens héréditaires, ils arrivent aux biens de l'héritier, ils seront bien certainement payés sur les

biens rapportés, non comme biens héréditaires, mais comme biens de l'héritier.

Le même Lebrun voit un inconvénient à ce que la vente des biens héréditaires fasse perdre le droit de demander la séparation; car, dit-il, il peut arriver qu'un héritier de mauvaise foi vende incontinent après le décès et frustre par ce moyen tous les créanciers chirographaires. Le même inconvénient existait dans le droit romain, mais on y remédiait par l'action Paulienne et la caution que le prêteur permettait d'exiger. Mais Lebrun nous apprend, un peu plus bas, que le titre *Que in fraudem* n'est pas d'un grand usage; cette assertion explique et justifie son observation, mais on pourrait peut-être en contester l'exactitude. Du reste, comme les voies d'exécution forcée de notre ancien droit ne sont pas organisées sur les bases du système formulaire, et que, par suite de ce changement, la séparation n'a pas une corrélation aussi intime avec la procédure en expropriation et a acquis une existence plus indépendante, nous ne pouvons nier que le pouvoir d'aliéner de l'héritier ne constitue un danger plus sérieux pour les créanciers du défunt; mais à chaque mal son remède: la séparation n'est pas dirigée contre l'héritier ni contre les tiers acquéreurs.

Lebrun refusait aux créanciers de l'héritier le droit de faire tomber une acceptation même frauduleuse d'hérédité, faite par leur débiteur. Mais Pothier leur reconnaissait le droit de faire rescinder l'acceptation, pourvu que la fraude fût bien apparente. Ce point toutefois avait soulevé quelques doutes, et cela tient probablement à ce que dans ce cas le droit romain ne donnait pas l'action Paulienne, mais faisait intervenir une *in in-*

legrum restitutio. Le rôle du prêteur n'a pas chez nous son équivalent, et c'est pour cela que les attributions de l'action Paulienne s'élargissent. Pothier invoque en effet la loi 3, *Que in fraudem*, pour accorder l'action Paulienne aux créanciers de l'héritier.

Voyons maintenant ce qu'était devenue dans notre ancien droit l'hypothèque légale des légataires. D'abord est-elle adoptée par la jurisprudence? Bourjon dit : « Le testament indistinctement et quoique authentique ne produit pas d'hypothèque. » (*Du Droit commun.*, tome II, tit. 6, section 5, § 38.) Mais cette assertion n'exprime, comme nous le verrons, que le droit de quelques coutumes, et est en contradiction flagrante avec le droit général de la France. Les auteurs s'accordent à reconnaître que l'innovation établie par Justinien à la loi 1, *Communia de legatis*, au Code, est passée dans notre ancien droit, et la jurisprudence est conforme à la doctrine. Renusson et quelques autres avaient bien prétendu que les legs contenus dans un testament olographe n'étaient pas garantis par une hypothèque : ils se méprenaient sur la nature de l'hypothèque du légataire, qui dérivait directement de la loi, et non de la forme du testament. Aussi cette théorie fut-elle rejetée, et il fut généralement reconnu que l'hypothèque du légataire était une hypothèque légale. Il était donc de droit commun dans notre ancienne France que le légataire jouissait d'une hypothèque légale, comme dans le droit de Justinien ; mais une grande controverse s'était élevée sur l'étendue qu'il fallait donner à cette hypothèque.

Le débat portait sur l'interprétation même qu'il fallait donner de la loi de Justinien (L. 1, Cod., Comm., *De leg.*).

Bacquet, Renusson, Furgole et d'autres soutenaient que les biens héréditaires étaient, nonobstant la division des dettes et le partage, hypothéqués au legs tout entier, et que le légataire pouvait demander le tout à l'héritier, détenteur d'un bien héréditaire. En droit romain, disaient-ils, l'hypothèque du légataire était antérieure à la division des dettes, car elle naissait dès la mort du testateur, pendant que l'hérédité représentait le défunt : elle doit donc porter sur tous les biens héréditaires. Elle a été introduite pour assurer le paiement des legs. Or, « une hypothèque tronquée et mutilée par la division ne remplirait pas les vues du législateur, et n'ajouterait même rien, par rapport à l'héritier, au bénéfice de séparation que l'ancien droit accordait aux légataires. » Ils donnaient enfin de l'expression employée par Justinien : *in tantum, in quantum*, la traduction fantaisiste de : en tant que.

Mais le plus grand nombre des auteurs et les plus illustres repoussaient cette interprétation. Dumoulin, Cujas, Henrys, Ricard, D'Espeisses, etc., soutenaient, et avec raison, que l'action hypothécaire, n'étant destinée qu'à garantir l'action personnelle, ne pouvait avoir une plus grande étendue. L'hypothèque, disaient-ils, ne naît qu'après la division des dettes ; elle naît divisée, et le principe de l'indivisibilité n'est pas applicable : *non erat his locus*. Voilà ce que commandent les principes généraux du droit, et comment les entend l'art. 333 de la Coutume de Paris. Malheureusement la jurisprudence ne se rendit pas à la justesse de ce raisonnement. On ne trouve dans les anciens auteurs aucun arrêt qui ait jugé en faveur de la division de l'hypothèque, nous dit Furgole.

Quel jugement devons-nous porter sur cet état de choses? Nous avons déploré l'innovation de Justinien comme constituant une anomalie inexplicable; combien plus ne devons-nous pas déplorer le système qui a prévalu dans notre ancien droit! L'anomalie est singulièrement aggravée, car le légataire n'a rien à redouter de la division des dettes, tandis que le créancier est forcé d'en subir toutes les conséquences, et l'un *certat de lucro captando*, tandis que l'autre *certat de damno vitando*.

Avant d'abandonner ce grand débat, faisons une constatation importante. Il est admis de part et d'autre que le bénéfice de la séparation n'est pas un obstacle à la division des dettes, ou du moins qu'il ne la résout point, en un mot, qu'il ne confère pas sur les biens héréditaires un droit indivisible; et rien de plus naturel, puisque la séparation n'opère pas une rescision absolue de la transmission de l'hérédité, et qu'elle ne fait revivre le défunt que dans les rapports des deux classes de créanciers. Le même résultat se présentait, comme nous l'avons vu, dans le droit romain, puisque l'organisation générale était la même.

Dans notre ancien droit, l'héritier est-il tenu des legs *intra* ou *ultra vires*? C'est là une importante question, qui ne rentre pas dans le cadre de notre sujet, mais qui toutefois doit être indiquée et résolue, pour que nous ayons des vues d'ensemble sur la matière. Il nous suffira de dire que l'innovation de Justinien sur ce point n'avait pas prévalu d'une manière définitive, et que nous retrouvons en présence le système de l'ancien droit ro-

main, fondé sur la raison, et le système du nouveau droit romain, qui ne doit son existence qu'à l'excessive tendresse de Justinien pour le bénéfice d'inventaire. A vrai dire, le différend est à juger, et les rédacteurs du Code Napoléon ont trouvé dans l'ancien droit une question à résoudre plutôt qu'une question résolue.

Nous avons donné un aperçu général sur ce qu'était devenue la séparation des biens dans le droit de notre ancienne France : il ne nous reste plus qu'à l'étudier dans certains pays, connus sous le nom de pays de nantissement. Mais nous devons, avant d'entamer cette face nouvelle de notre sujet, faire une remarque qui se présente naturellement à l'esprit, quand on embrasse dans son ensemble d'un coup d'œil général l'histoire de la séparation des patrimoines dans notre ancien droit : on n'a pas abandonné le système du droit romain pour un système nouveau ; mais quand il arrive aux jurisconsultes de s'écarter des bases du droit romain, ils y sont entraînés, soit parce qu'ils n'ont pas des idées nettes sur la matière, soit parce qu'ils s'égarent au milieu des complications du régime hypothécaire et des bizarreries de certaines coutumes. Le progrès ici est de revenir au droit romain, de s'en rapprocher, et cette tendance, ce mouvement de retour est bien marqué et ressort avec évidence, si l'on rapproche les uns des autres les écrits des jurisconsultes de différentes époques. Voyez Bacquet et Pothier, Charondas et Lebrun. Ce mouvement, rétrograde au point de vue historique, mais progressif au point de vue juridique, aurait-il été méconnu par les rédacteurs du Code Napoléon, et n'est-il pas naturel de penser qu'ils ont complété l'œuvre commencée, et que, rejetant

ce qui pouvait rester d'erreur et de confusion, ils ont donné le couronnement de l'édifice laborieusement élevé par l'ancienne doctrine? Sans vouloir anticiper, nous pouvons, dès à présent, indiquer l'art. 881 de notre Code, qui nous montre que tel a été en effet l'esprit du législateur. Il y repousse formellement la grave altération que notre ancienne jurisprudence avait fait subir au droit romain, en accordant la séparation aux créanciers de l'héritier, et donne la consécration législative à l'œuvre de restauration si chaudement soutenue par Lebrun. Le rôle qui lui est tracé d'avance consiste donc à respecter à la fois la tradition romaine et la tradition française.

Dans les pays de nantissement, nous trouvons un attachement au droit romain plus marqué et plus vivace que partout ailleurs. A quoi cela tient-il? A une cause qui donne au droit de ce pays un cachet tout particulier. Dans ce droit apparaît un nouvel élément juridique, la publicité, qui est destinée à tenir une si grande place dans les législations modernes. Le système hypothécaire était certainement la partie la plus défectueuse de la législation romaine : il portait en lui un vice radical, la clandestinité, et n'était pas plus de nature à procurer des garanties et des sûretés au créancier que du crédit au débiteur. Ce système, fécond en déceptions, était devenu celui de la plus grande partie de la France. D'autre part, la sécurité avait aussi disparu dans les translations de propriété. En effet, si, à Rome, de deux acheteurs successifs celui-là était préféré qui était le premier mis en possession, il n'en était plus de même dans notre ancien droit : la clause de saisine-dessaisine était devenue de

style, et la possession entre les mains de celui qui offrait de vendre n'était plus le signe de la propriété. C'était là assurément un état de choses fâcheux, relativement à la circulation des biens et des capitaux. Cet immense inconvénient est paralysé à l'aide de la publicité dans les pays de nantissement. Voici comment ce nouvel élément s'est introduit dans le droit. La publicité jouait au moyen âge un grand rôle dans le droit féodal, et était alors générale à toute la France. Les seigneurs, disaient les feudistes, ont retenu le domaine direct, qu'ils ont *inféodé* ou *accensé* à leurs vassaux; ces derniers ne doivent donc pouvoir transférer leurs droits à des tiers sans l'intervention des seigneurs. De là ces formalités symboliques dont l'histoire du moyen âge est remplie; mais l'usage de ces formalités avait peu à peu disparu de la plus grande partie de la France, et ne s'était conservé que dans certaines provinces, telles que la Picardie, le Vermandois, l'Artois et la Flandre. Mais, après la chute du régime féodal, ne pouvant plus recevoir l'application originale, elles reçurent une autre destination, et voilà comment s'est formé le nouveau système juridique, exprimé par l'art. 74 de la coutume d'Artois en ces termes : « Sentences, promesses, testaments, et généralement toutes obligations personnelles ne engendrent saisine, hypothèque, ou réalisation sur les héritages du condamné, prometteur, testateur, ou obligé. » Celui qui voulait acquérir la propriété ou tout autre droit réel devait se faire nantir, accomplir les œuvres de lois. Le nantissement pouvait être réalisé de plusieurs manières, soit par vest et devest, soit par déshéritance et adhéritance, soit par mise de fait, soit enfin par main assise. Nous avons

cru devoir donner ces quelques explications pour bien marquer le point de départ de la révolution, car c'est le mot, qui a renouvelé plus tard la face de notre droit, parce qu'elle a atteint la théorie de la séparation des patrimoines. Le Code Napoléon, en effet, l'a accommodée au régime de la publicité. Voyons d'abord comment elle fonctionnait dans les pays de nantissement.

Chopin (liv. 3, *Des Privilèges des rustiques*, ch. 3, n° 6) expose un procès qui s'est élevé en Picardie entre les créanciers du seigneur d'Humières, ses créanciers personnels, d'une part, et ceux auxquels il est redevable comme héritier de son oncle, d'autre part. Les premiers disaient : « Il n'y a point d'hypothèque sur les héritages du débiteur, avant la mise de fait et de droit par l'ordonnance de justice : de sorte que quand les créanciers de l'héritier se sont assurés les premiers par la prise du fonds avant les héréditaires, auxquels l'hypothèque, convenue par l'obligation, demeure sans effet, ils semblent préférables à ceux par le nantissement sur les biens héréditaires. » Les seconds répondent que « la séparation des biens du défunt, demandée dans les cinq ans après l'adition d'hérédité, exclut d'icelle les créanciers hypothécaires de l'héritier, et non-seulement les chirographaires, jusqu'à ce que les dettes héréditaires soient entièrement payées. » L'auteur donne ensuite son opinion, et conclut que « la séparation des biens, requise en jugement par les créanciers du défunt doit être préférable à la possession hypothécaire des créanciers de l'héritier, ordonnée par la coutume. » Tel est en substance ce remarquable passage de Chopin, sur lequel nous ferons diverses observations. Il en ressort tout d'abord

que, dans les pays de nantissement, les idées qu'on a sur la séparation sont d'une netteté et d'une conformité à la tradition romaine qu'on est loin de rencontrer dans les autres pays de coutume. Non-seulement la séparation n'est pas confondu avec le droit hypothécaire, mais elle lui est même mise en opposition : la nécessité de la faire prononcer par un jugement est bien mise en relief. Sans doute la solution que donne Chopin est juste, mais on sent qu'il y a quelque chose qui milite en faveur des créanciers de l'héritier. Ils semblent moins exclure le droit de la séparation qu'exiger, pour son efficacité à leur égard, qu'il soit vivifié par le nantissement. Mais, en présence du silence de la coutume, leur prétention ne peut être écoutée. En effet, revenons à l'art. 74 de la Coutume d'Artois, que nous avons déjà cité : il ne parle pas de la séparation des biens. Il est donc certain qu'elle n'est pas assujettie au nantissement. Voilà ce qui est, mais non ce qui devrait être : car le principe de la publicité éprouve un échec, et sa mission est incomplètement remplie. Ce n'est pas le tiers acquéreur qui en souffrira, puisque la séparation n'est pas investie d'un droit de suite, la circulation des biens n'est pas atteinte ; mais en est-il de même de la circulation des capitaux ? Il est facile de s'apercevoir que là gît le mal. En effet, le capitaliste, même après avoir reconnu qu'il n'y a pas de nantissement antérieur, ne peut se flatter de jouir d'une pleine sécurité ; il craindra la séparation des biens, contre laquelle son nantissement ne le protège pas. Il y a donc une lacune dans le système de publicité en vigueur dans les pays de nantissement, un inconvénient qui doit disparaître. Du reste, cet inconvénient avait été

restreint par une voie indirecte. A la différence des autres pays de coutume, les pays de nantissement n'avaient pas voulu s'écarter de la règle du droit romain, suivant laquelle le laps de cinq ans établissait une fin de non-recevoir contre la demande en séparation des patrimoines. L'usage qui avait prévalu dans la plus grande partie de la France, de ne pas renfermer dans un délai étroit la demande en séparation des biens, constituait une infériorité au droit romain, et une aggravation du système qui ne soumettait à aucune publicité la transmission des droits réels, et dont Raviot a pu dire avec raison : « C'est à présent la grande manière de contracter et d'emprunter. Par là les dettes de l'emprunteur sont moins connues, et la bonne foi des créanciers plus aisément trompée. » L'avantage que la règle romaine donnait aux pays de nantissement explique l'attachement singulier qu'on lui portait, et c'est, à n'en pas douter, à ce point de vue qu'il faut se placer pour apprécier un incident remarquable dans l'histoire de la jurisprudence d'Artois (Merlin, v° SÉPAR. DES PATR.). Par sentence du 30 septembre 1677, le conseil d'Artois débouta, suivant sa jurisprudence, des créanciers qui invoquaient le bénéfice de la séparation après le délai de cinq ans. Appel fut interjeté devant le parlement de Paris. Les créanciers du défunt invoquaient cette maxime, dont nous avons déjà parlé, que les prescriptions du droit romain n'ont cours en France que si la coutume les admet. Or, l'article 72 de la Coutume d'Artois est ainsi conçu : « Il n'y a pas de prescription moindre de vingt ans entre présents et trente ans entre absents. » A cette argumentation les créanciers de l'héritier opposaient, non

sans raison, une jurisprudence constante. La sentence du conseil d'Artois fut infirmée par arrêt du parlement de Paris, du 4 juillet 1679. L'affaire fut portée en cassation devant le conseil du roi. Le procureur général du conseil d'Artois et les états intervinrent en faveur de leur jurisprudence, mais ce fut en vain : leur requête fut rejetée par arrêt du 17 avril 1680. Ainsi, on le voit, ce n'est que par force que le conseil d'Artois abandonna sa jurisprudence, et depuis, il jugea, comme le parlement de Paris, que la séparation des biens peut être obtenue après vingt ans et même trente ans, en un mot, qu'elle n'est pas prescrite, tant que la créance de celui qui la demande ne l'est point.

L'observation du délai de cinq ans se maintint plus longtemps dans la Flandre française, et nous voyons le conseil souverain de Brabant et le grand conseil de Malines y rester fidèles : c'est qu'ils n'étaient pas soumis à l'action d'une autorité supérieure, et qu'aucune coercition du dehors ne venait troubler l'harmonie de leur jurisprudence.

La coutume d'Artois et quelques autres coutumes des pays de nantissement n'accordaient pas au légataire d'hypothèque légale : ainsi, nous n'y rencontrons pas cette anomalie choquante que Justinien a introduite. Il eût été à désirer que sur ce point les rédacteurs du Code eussent suivi cet errement. Dans le Hainaut, non-seulement les légataires ne jouissent pas de cette faveur exorbitante, mais encore le bénéfice de la séparation des biens n'a pas été admis.

Avant de passer au droit intermédiaire, complétons par quelques mots les notions historiques que nous

avons données sur le nouvel élément juridique, la publicité, avant son avènement définitif dans le droit général de la France. Colbert avait essayé de hâter cet avènement, mais il échoua contre d'immenses résistances : l'aristocratie se leva en masse contre un projet qui ne devait ranimer le crédit public qu'au sacrifice de son propre crédit. L'opposition des intéressés est fortifiée par l'adhésion pure et désintéressée du chancelier d'Aguesseau, entiché du système de l'hypothèque occulte. Aussi, l'esprit de l'ancien régime, non content de se défendre victorieusement, veut attaquer à son tour : il essaie de détruire la publicité dans les pays de nantissement ; et chose bizarre, c'est à la veille de sa chute qu'il se montre si hardi et si menaçant ! Par l'édit de 1771, suivi de la déclaration de 1772, il est statué que les formalités de saisine, mise de fait, nantissement et autres, ne seront plus nécessaires pour acquérir hypothèque. Il faut remarquer que pour les actes d'aliénation, le nantissement ne fut pas aboli. Du reste, le parlement de Flandre et le conseil d'Artois refusèrent d'enregistrer l'édit et la déclaration, et conservèrent ainsi à leur régime hypothécaire sa base de publicité.

Arrive la révolution. La catastrophe politique amène un bouleversement général dans le droit privé. La loi du 9 messidor an III pose la publicité comme principe du droit de la France, mais son avènement n'est véritablement consommé que par la loi du 11 brumaire an VII. Les translations de propriété, les privilèges et hypothèques n'auront désormais d'effet à l'égard des tiers que par la transcription et l'inscription (art. 2). La théorie de la séparation reste intacte pendant cette époque de

refonte législative, et si le législateur de brumaire la mentionne, c'est pour reconnaître qu'elle est maintenue dans son ancienne organisation. Voici, en effet, comment est conçu l'art. 14 de cette loi : « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque sur un immeuble peuvent le suivre en quelques mains qu'il se trouve, pour être payés et colloqués sur le prix dans l'ordre suivant, etc., le tout sans préjudice du droit qu'ont les créanciers des personnes décédées et les légataires de demander la distinction et la séparation des patrimoines. » Ainsi, en ce qui regarde la séparation des patrimoines, les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pu rien emprunter du droit intermédiaire : ils n'ont pu s'inspirer que du droit romain et de notre ancienne doctrine.

La loi de brumaire marque bien la distinction profonde qui sépare du régime hypothécaire la séparation des patrimoines, en les opposant l'un à l'autre. Mais est-ce à dire que les tiers ne doivent pas être avertis de l'existence de ce bénéfice ? Nous nous en sommes déjà expliqué : ils y ont l'intérêt le plus grand. En effet, si la séparation fait revivre le défunt par une fiction, et met deux patrimoines et deux débiteurs au lieu d'un, il n'en est pas moins vrai qu'aux yeux du public, et en réalité, l'héritier est propriétaire des biens qui composent la succession. Celui qui prêtera à l'héritier doit pouvoir connaître tous les droits, quels qu'ils soient, qui seront préférables au sien : il y a là un intérêt public de premier ordre, car c'est à cette seule condition que les capitaux ne resteront pas stationnaires dans les mains de ceux qui les détiennent. La loi de brumaire renferme donc une lacune : le Code Napoléon a accompli cette

réforme indispensable, et a fait passer dans la loi positive les données de la théorie pure.

TROISIÈME PARTIE.

CODE NAPOLEON.

Nous devons maintenant exposer dans son organisation actuelle la théorie de la séparation des patrimoines.

Comme nous l'avons annoncé, les difficultés n'ont fait que s'accroître, et la doctrine est en proie aux divisions les plus profondes. Suivant de nombreux jurisconsultes et des plus autorisés, les créanciers du défunt et les légataires ne jouiraient plus dans notre Code du bénéfice institué par le prêteur, mais ils auraient sous le même nom un bénéfice d'une nature différente et d'un caractère nouveau. Cette rupture avec le droit romain ne serait pas du reste le fait exclusif du législateur de 1804, elle remonterait plus haut : elle aurait commencé dans notre ancien droit et serait signalée par nos anciens auteurs. S'il est permis d'employer une expression qui nous paraît peindre exactement l'état de la doctrine, nous dirons qu'elle est divisée en deux camps : d'un côté on se rattache au droit romain, de l'autre on s'aventure dans des voies nouvelles. Et dans le deuxième camp, on est loin d'être d'accord ; trois systèmes sont en présence, qui se

séparent profondément. Pour notre part, nous avons déjà fait connaître notre pensée : nous croyons que le législateur a consacré la théorie du droit romain dans ses bases fondamentales, et que la séparation des patrimoines de notre Code se relie à celle des Pandectes par une filiation non interrompue dans notre ancienne jurisprudence. En effet Pothier, Domat et autres ne croient pas constater une innovation, en soutenant que la séparation des biens laisse subsister l'obligation personnelle de l'héritier; ils ne se doutent pas qu'ils s'écartent radicalement de la doctrine de Papinien, puisqu'ils déclarent tous l'adopter. Et la persistance de l'opinion de Paul et d'Ulprien est d'ailleurs par elle-même un fait assez significatif.

En présence des confusions et des aspérités de notre matière, il importe avant tout d'y mettre de l'ordre et de la clarté : pour ne pas embarrasser notre marche, nous exposerons d'abord dans son ensemble la théorie que la loi nous paraît avoir consacrée, puis nous réfuterons brièvement les systèmes des novateurs. Cette réfutation ressortira d'ailleurs implicitement de toutes les parties de notre travail.

Le législateur de 1804, reconnaissant la solidité des principes qui servaient de base à l'antique bénéfice de la séparation des biens, l'a organisée au titre des successions, et a emprunté les éléments de son organisation au droit romain et à l'ancien droit français : il lui consacre les articles 878, 879, 880, 881; puis, au titre des privilèges et des hypothèques, il l'accommode par l'article 2111 au régime de publicité, auquel les pro-

grès de l'économie sociale ont fait une large place dans les législations modernes.

C'est à cela que se bornent ses innovations.

Nous étudierons d'abord la séparation des patrimoines, considérée en elle-même.

Voici comment s'exprime l'art. 878 du Code Napoléon :
« Ils (les créanciers du défunt) peuvent demander dans tous les cas et contre tout créancier la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier. »

Les créanciers qui viennent à perdre leur débiteur sont soumis au régime légal de la confusion des patrimoines, mais ce régime peut leur être fort préjudiciable; il peut leur donner à la place d'un débiteur solvable un débiteur insolvable, ou un débiteur plus obéré que celui avec lequel ils ont contracté. La justice commande de venir à leur aide. Mais comment la raison suggère-t-elle que ce secours doit être organisé? Puisque le mal vient de la confusion des patrimoines, le procédé le plus naturel et le plus simple n'est-il pas de la tenir pour non avenue, mais seulement à l'égard de ceux de ses résultats qu'il s'agit d'éviter? Or, ce qu'on doit éviter ici, c'est le concours des créanciers de l'héritier avec les créanciers du défunt sur les biens héréditaires. Si l'on tient la confusion des patrimoines pour non avenue dans les rapports respectifs des créanciers héréditaires et des créanciers de l'héritier, le but que l'on poursuit sera pleinement atteint. On n'a pour cela qu'à supposer que le défunt vit encore: cette fiction étant admise, le résultat fâcheux qu'on veut paralyser disparaît de lui-même, puisqu'il ne peut plus être question de concours. En effet, il y a deux patrimoines, deux débiteurs : les créanciers du

défunt se vengent sur le patrimoine du défunt, les créanciers de l'héritier sur le patrimoine de l'héritier.

Rien de plus logique; mais, qu'on ne le perde pas de vue, c'est là une fiction, et une fiction ne doit être appliquée qu'aux rapports qu'elle a pour but de modifier: hors de la sphère où sa qualité de fiction commande de la resserrer règne le droit commun, c'est-à-dire la confusion des patrimoines, qui doit produire tous ses autres effets. Ainsi, dans les rapports des créanciers du défunt avec l'héritier, la fiction ne se substitue pas à la réalité: le patrimoine du défunt reste ce qu'il est devenu, le patrimoine de l'héritier; il continue de reposer sur sa tête, et les créanciers du défunt ne pourront pas inquiéter le tiers acquéreur qui a traité avec le véritable propriétaire. Mais, dira-t-on, si la fiction ne régit pas les rapports des créanciers du défunt et de l'héritier, l'obligation personnelle contractée par l'héritier en acceptant la succession ne sera pas dissoute. C'est ce que, de prime abord, on est tenté de conclure. Mais, pour peu qu'on y réfléchisse, on ne tarde pas à reconnaître que la fiction, toute circonscrite qu'elle soit, n'en doit pas moins briser le lien qui unissait l'héritier aux créanciers du défunt. En effet, il ne peut y avoir *séparation des patrimoines*, même dans les rapports des créanciers du défunt et des créanciers de l'héritier, qu'autant que les premiers ne conserveront plus l'héritier pour débiteur; sinon, l'organisation du bénéfice serait tout à fait en opposition avec l'idée qu'en donne le nom même qu'il porte. N'est-il pas élémentaire que deux patrimoines supposent deux personnalités distinctes, et que les créanciers qui ont pour gage des patrimoines séparés ne peuvent se rencontrer face à face? Or,

si vous admettez que les créanciers du défunt ne cessent pas d'être créanciers de l'héritier, il est évident que le nom de séparation des patrimoines, donné à leur bénéfice, est impropre et sans portée : il se rapprocherait bien près du régime hypothécaire, puisqu'il n'aurait pour résultat que d'engendrer un droit de préférence entre les créanciers d'un même débiteur. Ainsi, les créanciers du défunt, en demandant la séparation contre les créanciers de l'héritier, bien que l'héritier soit en dehors de ce qui se passe, le délient *implicitement* de l'obligation qu'il a contractée ; car c'est à cette seule condition qu'il sera permis de dire que les patrimoines sont séparés. C'est ce qu'avaient parfaitement compris les jurisconsultes romains, qui n'étendaient pas la fiction au delà des rapports des deux classes de créanciers, et qui n'en disaient pas moins unanimement des créanciers du défunt : *Recesserunt a persona heredis*. On a, il est vrai, attribué au préteur une tout autre conception, mais nous avons repoussé cette manière d'envisager la théorie du droit romain. L'héritier n'est plus obligé envers les créanciers de l'héritier : ce résultat n'est pas seulement commandé par la logique et la terminologie, il est encore impérieusement exigé par l'équité. Sans doute l'équité veut que les créanciers du défunt soient secourus contre la confusion des patrimoines ; mais cette protection doit avoir ses limites, et ne doit pas être exagérée aux dépens des créanciers de l'héritier. Entre les deux classes de créanciers, il faut tenir la balance égale. Or, ne serait-ce pas aller trop loin qu'imposer aux créanciers de l'héritier le concours avec les créanciers héréditaires, après leur avoir soustrait les biens de la succession ? Qu'on n'oppose pas la règle :

Nam licet alicui sibi adjiciendo creditorem, etc.; elle n'a rien à voir ici : il s'agit seulement de maintenir dans les bornes de l'équité un bénéfice fondé sur l'équité. Nous comprenons qu'il soit permis aux créanciers du défunt d'échapper à un régime qui leur est imposé ; mais nous ne comprenons pas qu'ils puissent diviser, rejeter de ce régime ce qui leur est défavorable, et accepter ce qui leur profite. Veulent-ils ou non concourir avec les créanciers de l'héritier sur les biens héréditaires ? S'ils refusent, ils ne concourront pas davantage avec eux sur les biens de l'héritier ; l'admettre, ce serait outre-passer le but et cesser d'être juste. Nous venons de condenser, dans un aperçu rapide, les données que la raison suggère pour protéger les créanciers du défunt contre les effets fâcheux de la confusion des patrimoines ; ce sont aussi celles que le droit romain avait adoptées, et les traditions juridiques de notre pays, non moins que les notions théoriques, invitaient le législateur de 1804 à ne s'en point écarter. Aussi leur est-il resté fidèle : telle est la thèse que nous allons développer.

Quittant le domaine des généralités, examinons de plus près l'art. 878. Le nom de séparation des patrimoines, qu'il emploie, nous annonce tout d'abord que le bénéfice n'est pas une cause de préférence sur certains biens, comme le privilège ou l'hypothèque, mais que si les créanciers du défunt se payent sur les biens héréditaires, à l'exclusion des créanciers de l'héritier, et réciproquement, cela tient à ce qu'il ne peut pas être question, non-seulement de cause de préférence, mais même de concours entre des créanciers qui ont un débiteur différent. Nous devons ensuite insister sur ces termes remarquables, et en parfaite harmonie avec les

idées générales que nous avons supposées aux rédacteurs du Code civil : Ils peuvent demander la séparation des patrimoines « contre tout créancier, » dit l'art. 878. Il en résulte que la fiction ne s'applique qu'aux rapports des créanciers du défunt et des créanciers de l'héritier, et qu'elle n'atteint pas la personne de l'héritier. La séparation des patrimoines pourra être demandée contre tout créancier de l'héritier, quelque favorable qu'il soit : c'est une autre conséquence du texte, rédigé de façon à ne laisser aucun doute à cet égard.

Qui peut demander la séparation des patrimoines ? Les créanciers du *de cuius* et les légataires, quels qu'ils soient. Peu importe que la créance soit pure et simple, ou bien à terme, ou même conditionnelle ; que le titre qui la constate soit authentique, ou sous seing privé. L'art. 878 ne mentionne pas, il est vrai, les légataires ; mais ne sont-ils pas des créanciers héréditaires vis-à-vis de l'héritier et de ses créanciers personnels ? Nous avons vu Paul dire : *Hereditariarum actionum loco habentur et legata, etc.* Nous pourrions donc nous passer d'un texte précis, et d'ailleurs ce texte précis, nous l'avons : c'est l'art. 2111, qui nomme les légataires à côté des créanciers : « Les créanciers et légataires qui demandent la séparation, etc. » Les créanciers privilégiés et hypothécaires peuvent user du bénéfice aussi bien qu'les créanciers chirographaires ; mais, comme la confusion des patrimoines ne porte pas atteinte à la garantie dont ils jouissent, ils ne demanderont la séparation qu'autant qu'ils y auront intérêt : or, cet intérêt pour eux peut se présenter dans divers cas. Ainsi, que leur privilège ou leur hypothèque ne porte que sur certains biens du défunt et ne suffise pas à couvrir le montant de leur créance, ils ont alors besoin de recourir

à l'action en séparation, pour s'assurer un droit de préférence sur les biens du défunt qui ne leur sont pas affectés. Ou bien, par exemple, le créancier a inscrit sa créance avant le décès du défunt, et en rang utile; mais comme, en vertu de l'art. 2151, le créancier n'a droit d'être colloqué que pour deux années d'intérêt seulement et pour l'année courante au rang du capital, il devra demander la séparation pour toucher sur les biens héréditaires, par préférence aux créanciers de l'héritier, les intérêts non garantis par l'inscription. Autre exemple, qui va montrer avec évidence que le droit de la séparation ne se confond pas avec l'hypothèque. Les hypothèques légales et judiciaires frappent les biens présents comme les biens à venir, et, en vertu de l'article 2148, *in fine*, lorsque l'hypothèque a déjà été inscrite dans un bureau, le créancier n'a pas besoin de prendre une inscription nouvelle pour les immeubles que le débiteur acquerra par la suite dans le ressort du même bureau. Les biens acquis sont frappés par l'hypothèque, avec le rang qu'elle comporte, lequel est déterminé par l'inscription. Or, supposons que Primus ait acquis en 1845 une hypothèque sur l'immeuble A, et qu'il l'ait inscrite la même année; son débiteur vient à mourir, mais Secundus, créancier de l'héritier, a inscrit en 1840 une hypothèque judiciaire dans le bureau dont ressort l'immeuble A. Comment sera réglée la collocation sur cet immeuble? L'hypothèque de Secundus, créancier de l'héritier, inscrite en 1840, sera préférable à l'hypothèque de Primus, créancier du défunt, inscrite en 1845. Primus n'a qu'un moyen d'être payé sur l'immeuble héréditaire avant Secundus : il doit invoquer le bénéfice de la sépa-

ration des patrimoines. Enfin, dernier exemple, se référant à un créancier privilégié. Le vendeur non payé d'un bien héréditaire, quoique créancier privilégié du défunt, sera primé par les créanciers de l'héritier, munis de l'un des privilèges de l'art. 2101, à moins qu'il ne demande la séparation des patrimoines; car le créancier, même chirographaire, du défunt prime le créancier privilégié de l'héritier, à l'aide de la séparation, et il n'y a là rien qui doive nous étonner, puisqu'ils ont chacun pour gage un patrimoine différent.

Voyons maintenant comment s'exerce la séparation des patrimoines. En droit romain, il fallait l'obtenir du préteur; mais, après la chute de la procédure formulaire, les *cognitiones extraordinariae* sont devenues des actions. Dans notre ancien droit, nous avons vu, après quelques hésitations mal fondées, prévaloir la nécessité de la faire prononcer par un jugement. Enfin, nous retrouvons cette nécessité mise en relief par l'art. 878. Nous devons poser les règles qui gouvernent aujourd'hui l'action en séparation des patrimoines. D'abord, quelle est sa durée? Le droit romain la soumettait à la prescription de cinq ans, et dans le droit de notre ancienne France nous sommes loin d'avoir trouvé sur ce point une règle uniforme : la règle la plus générale, c'est que cette action ne s'éteignait qu'avec la créance pour la sûreté de laquelle elle était donnée. Qu'a fait le Code Napoléon? Comme la jurisprudence du parlement de Dijon, il distingue les meubles des immeubles. Voici comment s'exprime l'art. 880 : « Il (ce droit) se prescrit relativement aux meubles par le laps de trois ans. A l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant

qu'ils existent dans la main de l'héritier. » Le parlement de Dijon se fondait sur la présomption d'une confusion de fait pour renfermer dans le délai de cinq ans la demande en séparation relativement aux meubles, bien que cette idée eût été étrangère à la décision des jurisconsultes romains, et c'est encore sur la même considération que l'art. 880 raccourcit le délai.

Sur l'ancien droit, nous avons démontré que la disposition du droit romain était plus favorable au crédit public que la jurisprudence des parlements, qui ne limitait par aucun laps de temps le droit de demander la séparation des biens, et c'est ainsi que nous avons expliqué l'attachement si tenace des pays de nantissement à la tradition. Serait-ce à dire que la disposition de l'art. 880 en ce qui concerne les immeubles constituerait notre droit actuel en état d'infériorité vis-à-vis du droit romain? Non, certainement : le crédit est préservé de l'atteinte que lui aurait portée l'extension de la prescription par le principe salutaire inscrit dans l'art. 2111, qui soumet la séparation des patrimoines à l'égard des immeubles au régime de la publicité.

Quel est le point de départ de la prescription de l'action en séparation relativement aux meubles?

Le droit romain le référerait au moment de l'acquisition de l'hérédité. Nous pensons qu'il faut encore chez nous considérer le même moment, et, comme les principes sur l'acquisition des successions ne sont plus dans notre Code les mêmes que ceux du droit romain, le délai courra du jour de l'ouverture de la succession. On objecte, il est vrai, que cette prescription n'étant plus basée dans notre droit sur le même motif, il faut s'attacher

non au moment où s'opère la confusion de droit, mais à celui où s'opère la confusion de fait : de sorte que l'esprit de la loi conduirait à faire courir le délai du jour de l'acceptation d'hérédité. Cette objection, nous devons en convenir, repose sur une argumentation qui ne manque pas de force, mais elle tombe devant les considérations qui suivent : si l'on admet que les créanciers du défunt ont trois ans à partir de l'acceptation de l'hérédité pour demander la séparation des meubles héréditaires, il va surgir une question de fait, dont la solution sera souvent délicate, et laissera un accès facile à la chicane. Or, il est certain que le législateur de 1804 n'a pas accordé aux meubles une grande importance, et il est conforme à l'esprit qui l'a guidé de penser qu'il a voulu poser ici un délai préfix et invariable. Par la même raison nous dirons qu'il faut le traiter comme une petite prescription, et que, n'étant pas soumis aux causes ordinaires de suspension, il court contre les mineurs, les interdits, etc. Nous tirons du reste, à l'appui de notre opinion, un argument d'analogie de l'art. 2111, relatif à la même matière. Le délai pendant lequel les créanciers doivent prendre inscription pour conserver à leur droit son efficacité vis-à-vis des tiers court à compter de l'ouverture de la succession.

Occupons-nous maintenant de la prescription de l'action en séparation relativement aux immeubles. A notre avis, cette action est imprescriptible et dure autant que la créance qu'elle garantit. On objecte, toutefois, qu'en vertu de l'art. 2252, « toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par trente ans, » et qu'il faut se conformer au droit commun, à moins de disposi-

tion contraire ; mais nous répondrons que précisément cette disposition contraire se trouve dans l'art. 880. En effet, cet article, après avoir décidé qu'en matière mobilière cette action se prescrit par le laps de trois ans, ajoute qu'à l'égard des immeubles elle peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier. N'est-ce pas la soustraire à l'empire de l'art. 2262 ? Nous ajouterons qu'il est conforme à la nature des choses de subordonner le droit accessoire au droit principal, et que notre opinion est en harmonie avec l'usage qui avait prévalu dans notre ancienne jurisprudence.

Passons à l'examen des causes autres que la prescription, qui font perdre le droit de demander la séparation des patrimoines. D'abord, la confusion de fait des meubles héréditaires avec ceux de l'héritier est un obstacle matériel à cette séparation. Cette cause de déchéance traditionnelle se déduit de l'esprit de la loi, et par un argument *a fortiori* du premier alinéa de l'art. 880. Elle ne s'applique pas aux immeubles *qui natura separati sunt*. Du reste, une confusion partielle n'empêche la séparation qu'au regard des objets confondus, et non de ceux dont l'origine et l'individualité *héréditaire*, s'il est permis de s'exprimer ainsi, sont bien et dûment constatées.

Quelle influence exercera sur la demande en séparation l'aliénation des biens héréditaires ? Ne peut-on pas, par un argument *e contrario*, inférer du deuxième alinéa de l'art. 880 que l'aliénation des immeubles de la succession entraîne par elle-même la perte du droit de demander la séparation à leur égard ? Le législateur n'a pas en vue ici l'aliénation des immeubles, et il ne s'occupe que de la prescription de l'action en séparation : ce qu'il

se propose par son antithèse, c'est de faire ressortir la différence qui existe entre les meubles d'une part et les immeubles de l'autre. D'ailleurs, l'argument *e contrario* serait-il concluant, qu'il nous embarrasserait peu. En effet, Papinien s'exprimait d'une manière bien autrement tranchée : *Ab herede vendita hereditate, frustra separatio impetratur*, et cependant nous avons vu que prendre cette proposition à la lettre c'était se tromper sur la pensée du jurisconsulte ; qu'il fallait, pour l'entendre sainement, supposer le prix payé par l'acheteur, et enfin qu'au fond la déchéance résultait moins de la vente que de la confusion de fait qui en était la suite. Dans notre droit actuel comme en droit romain, nous devons appliquer la maxime : *In judiciis universalibus pretium succedit in locum rei, et res in locum pretii*. Cette règle n'est pas consacrée par notre Code en termes généraux, mais elle se déduit des dispositions éparses dans les art. 132, 747, 766, 1066 et 1067 ; elle régit, par conséquent, l'action en séparation des patrimoines, qui est une action universelle, car elle a pour but de reconstituer le patrimoine du défunt et de lui rendre son caractère d'universalité juridique, afin d'en faire le gage exclusif des créanciers de la succession. Pour mieux faire saisir les conséquences de ce principe, nous allons examiner quelques espèces. Si un immeuble héréditaire est échangé contre un autre immeuble, le second se trouve subrogé au premier : *Subrogatum capit substantiam subrogati*. Si un immeuble héréditaire a été vendu, et que le prix en soit encore dû, le prix non payé sera atteint par l'action en séparation, et sous ce rapport il n'y a aucune raison de distinguer les meubles d'avec les immeubles : l'action en

séparation s'exercera sur le meuble acquis en échange d'un meuble héréditaire, aussi bien que sur le prix encore non payé d'un tel meuble. Mais si le prix des biens héréditaires vendus a été touché par l'héritier, ou si l'origine des objets acquis en échange cesse d'être certaine, la demande en séparation restera sans effet à leur égard. Peu importerait, du reste, que le paiement eût été fait d'une manière effective, ou qu'il eût été opéré par compensation ou délégation. Ici se présente une question délicate : un immeuble de la succession a été vendu, et le prix en est encore dû par l'acquéreur. Tant que l'immeuble est resté dans les mains de l'héritier, l'action en séparation n'a pu être prescrite ; mais ne faut-il pas dire qu'à partir de la vente elle se prescrira par trois ans, puisqu'une valeur mobilière occupe dès lors dans l'hérédité la place de l'immeuble ? Nous ne pensons pas, néanmoins, qu'il y ait lieu d'appliquer le premier alinéa de l'art. 880. En effet, dans l'espèce que nous examinons, aucune confusion de fait n'est à craindre tant que le prix reste dans les mains de l'acquéreur. L'esprit de la loi nous commanderait donc de ne pas modifier l'action dans ses conditions de durée. Nous ajouterons, de plus, que le prix ne remplace pas seulement la chose, mais qu'il lui est subrogé et qu'il revêt sa nature : *Pretium succedit in locum rei; subrogatum capit substantiam subrogati.*

En résumé, il est vrai de dire, en droit français comme en droit romain, que ce n'est pas la vente des biens héréditaires qui fait perdre le droit de demander la séparation des patrimoines, mais plutôt la confusion de fait qu'amène le paiement du prix.

Il nous reste à traiter d'une cause de déchéance commune aux meubles et aux immeubles, qui est établie par l'art. 879, dont voici le texte : « Ce droit ne peut cependant plus être exercé, lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. »

En droit romain et dans notre ancien droit, le créancier héréditaire qui témoignait, n'importe par quelle manière, son adhésion à la confusion des patrimoines n'en pouvait plus demander la séparation. Rien de plus simple et de plus logique que cette décision : une dérogation au droit commun étant établie en faveur des créanciers du défunt, une renonciation tacite ou expresse de leur part les soumet définitivement à l'empire du droit commun. C'est cette règle si naturelle, ce complément si indispensable du bénéfice de la séparation que consacre l'art. 879. La loi se sert du mot *novation* ; c'est bien là, sans doute, le moyen le plus énergique de témoigner qu'on accepte sans réserve le régime créé par la mort du débiteur ; mais cette manifestation de volonté peut aussi se produire par d'autres moyens. En effet, le Code Napoléon n'impose pas à la volonté une forme d'expression déterminée et comme sacramentelle, et quand il emploie le terme *novation*, il ne rend qu'imparfaitement sa pensée. Il fait de l'à-peu-près ; à tort sans doute, car le langage juridique doit être d'une rigoureuse exactitude ; mais la fin de l'art. 879 met sa pensée dans son vrai jour : « Lorsqu'il y a novation, etc., par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. » Il en résulte bien clairement que le mot impropre de *novation* veut exprimer l'adhésion du créancier à la substitution légale de débiteur qui s'est

opérée. Mais s'il est constant que l'acte pour entraîner déchéance n'a pas besoin de réunir les conditions des art. 1271 et suivants, nous n'en avons pas moins à résoudre cette question importante et souvent délicate : quels actes tombent sous le coup de l'art. 879 ? En d'autres termes : quand l'intention d'accepter l'héritier pour débiteur sera-t-elle suffisamment apparente ? On ne peut faire à cette question une réponse générale et catégorique, et le seul moyen de la traiter consiste, on le conçoit, à examiner successivement divers genres d'actes. Un traité fait avec l'héritier, une convention d'hypothèque, le fait de poursuivre l'héritier sur ses biens personnels, emportent par eux-mêmes déchéance du droit de demander la séparation : sur ces divers points tout le monde est d'accord ; sur d'autres on se divise. Sans entrer dans des détails que ne comportent pas les limites de notre cadre, nous déciderons qu'il ne faut pas se montrer trop exigeant ni trop difficile à admettre l'intention d'accepter le droit commun.

Nous ne saurions abandonner l'art. 879 sans montrer avec quelle force il vient appuyer notre manière de voir sur la doctrine générale du Code Napoléon, en cette matière. On ne conserve le droit de demander la séparation des patrimoines qu'à la condition de ne pas accepter l'héritier pour débiteur. Peut-on marquer plus clairement qu'il y a incompatibilité entre la qualité de créancier séparatiste et celle de créancier de l'héritier, et après cela est-il permis de soutenir que dans notre droit, à la différence du droit romain, la séparation n'affranchit pas l'héritier de l'obligation personnelle qu'il a contractée en acceptant la succession envers les



créanciers héréditaires? Ainsi, l'art. 879 est d'une importance capitale, puisqu'il fournit une réplique péremptoire contre ceux qui voudraient s'écarter de la tradition romaine.

Nous savons déjà par l'art. 878 que l'action en séparation est dirigée contre les créanciers de l'héritier, et non contre l'héritier, qui n'a ni intérêt ni qualité pour y défendre. On a essayé de contester cette proposition, mais il nous paraît impossible de la renverser, parce qu'elle est basée à la fois sur le texte, la tradition et les principes.

En effet, en droit romain la séparation n'était demandée que contre les créanciers de l'héritier, et ceux qui pensent que l'héritier était mis en cause commettent une erreur, à notre avis : telle est du moins l'opinion que nous avons développée. De plus, si les créanciers du défunt peuvent se soustraire au régime de la confusion des patrimoines, c'est uniquement pour ne pas avoir à subir le concours des créanciers de l'héritier. Supposez que l'héritier ne doive rien, et la séparation ne sera pas possible, parce que les motifs qui lui servent de base feront défaut. Les créanciers du défunt ne peuvent empêcher que la confusion des patrimoines ne produise tous ses effets à l'égard de l'héritier : ils sont bien libres de briser le lien qui l'unit à eux, puisqu'il ne fait qu'y gagner, mais ils ne sauraient avoir la puissance de le priver de ses droits acquis. Dès lors on ne voit pas pourquoi l'héritier serait partie dans l'action en séparation des patrimoines. Nous nous bornons à ces traits généraux, et laissons de côté les objections de détail, dont il est facile de faire justice.

On a prétendu que, contrairement au droit romain, on ne pouvait plus chez nous faire une demande unique et collective contre tous les créanciers de l'héritier, et qu'il fallait autant de demandes distinctes que l'héritier comptait de créanciers différents. Pour notre part, la raison d'une telle différence ne nous apparaît pas, et nous pensons qu'on peut aussi bien faire une demande collective qu'une série de demandes individuelles.

S'il existe plusieurs héritiers, on peut n'exercer le droit de séparation que contre les créanciers de l'un des héritiers ; ce qui arrivera quand la solvabilité des autres ne sera pas suspecte. Le jugement qui intervient est régi par les principes généraux sur la chose jugée (art. 1351). Du reste, les créanciers du défunt peuvent faire prononcer la séparation des patrimoines aussi bien par voie d'exception que par voie d'action ; ce sera même souvent la manière de procéder la plus simple et la plus commode. En effet, les créanciers du défunt poursuivront la vente des biens de la succession, et si les créanciers de l'héritier se présentaient pour être colloqués sur le prix en provenant, ils opposeraient incidemment le bénéfice dont ils jouissent.

Si les créanciers héréditaires ont la faculté de séparer les patrimoines, les créanciers de l'héritier n'ont pas droit à la même faveur. Nous avons amplement développé la justesse et la légitimité de cette décision sur le droit romain et l'ancien droit français. Notre ancienne jurisprudence, entraînant à sa suite la plupart des auteurs, s'était engagée dans une fausse voie ; mais Lebrun avait vu le danger et donné le signal du retour aux sains principes et au droit romain. Pothier fait avec lui cause

commune, et les rédacteurs du Code leur donnent raison; ils reproduisent la disposition du droit romain dans l'art. 881, qui est ainsi conçu: « Les créanciers de l'héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession. »

Si les créanciers de l'héritier ne peuvent demander la séparation, parce que sa qualité de débiteur ne lui inflige aucune incapacité, est-ce à dire qu'ils seront sans défense aucune, et livrés à sa merci et à son bon vouloir? Nullement: c'est un principe sans doute que le débiteur conserve le gouvernement et la disposition de son patrimoine, mais à une condition: c'est qu'il agira honnêtement, et la loi doit mettre les créanciers à l'abri de la fraude. Le droit romain avait mis en pratique cette donnée rationnelle; mais, par une subtilité, son application à notre matière avait été imparfaite. En effet, les créanciers ne pouvaient user de l'action Paulienne pour faire tomber les acceptations de succession faites en fraude de leurs droits, et n'avaient de secours que dans l'intervention du prêteur, *extra ordinem*.

Dans notre ancien droit, Lebrun et Pothier, qui refusent aux créanciers de l'héritier le droit de demander la séparation des biens, leur accordent l'action Paulienne, non sans quelque hésitation et avec une certaine réserve. Le rôle du prêteur n'ayant pas son équivalent dans notre ancienne France, le domaine de l'action Paulienne devait naturellement s'élargir, et s'accroître de certains cas de *restitutio in integrum*. Sous l'empire du Code Napoléon, nous accordons aussi sans hésiter aux créanciers de l'héritier le droit d'obtenir la rescision des ac-

ceptions d'hérédité faites en fraude de leurs droits. En effet, la formule de l'art. 1167 est aussi générale que possible; les créanciers « peuvent attaquer les actes faits par leurs débiteurs en fraude de leurs droits. » On fait, il est vrai, une objection qu'on déduit de l'art. 788 combiné avec le second alinéa de l'art. 1167, on dit : La règle générale, déposée dans le premier alinéa de l'article 1167, est immédiatement limitée par le deuxième alinéa du même article, qui ordonne aux créanciers de se conformer aux règles prescrites aux titres spéciaux, et notamment au titre des successions. Or, dit-on toujours, sur ce dernier titre, la loi permet seulement d'attaquer les renonciations aux successions; donc, par un argument *e contrario*, les acceptations de successions sont irrévocables.

Nous répondrons que les arguments *e contrario* ont en général peu de valeur, et ici d'autant moins que l'article 788 a pour but d'établir une règle diamétralement opposée à celle du droit romain. La chose assurément allait de soi, parce que, d'après les principes de notre droit sur l'acquisition des successions, celui qui renonce diminue son patrimoine (L. 6, § 2, *Quæ in fraudem creditorum*, et art. 724); mais le législateur a cru utile de s'expliquer pour empêcher tout doute de se produire. Quant au deuxième alinéa de l'art. 1167, il fait allusion à l'art. 882, qui établit un droit tout spécial en matière de partage. Il importe, avant d'abandonner ce point important, de prémunir contre une confusion qu'on a paru faire quelquefois; autre chose est le droit de demander la séparation, autre chose est la faculté d'exercer l'action Paulienne.

Nous avons à examiner maintenant quels sont les effets de la séparation des patrimoines. Le Code ne contient aucun article qui soit consacré à déterminer ces effets, et l'art. 2111, en indiquant incidemment l'effet principal, le suppose déjà connu. Si nous regrettons le laconisme et même le silence de la loi, c'est surtout à cause des controverses et des théories *subversives* qu'une disposition formelle aurait empêché de se produire; mais nous n'en pensons pas moins que les quelques articles que nous trouvons dans le Code révèlent manifestement la pensée de renvoyer au droit romain et à notre ancien droit pour plus de développements, pensée qui, du reste, est formellement exprimée dans les travaux préparatoires. L'économie générale du système est donnée, les principes fondamentaux sont posés; éclairé par les lumières de la tradition, nous n'avons plus qu'à tirer les conséquences.

L'effet principal de la séparation des patrimoines, incontestable et incontesté, c'est que les créanciers du défunt et les légataires se payeront sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers de l'héritier. Ce qui restera, une fois les créanciers du défunt et les légataires satisfaits, sera attribué aux créanciers de l'héritier; la fiction de la survivance du défunt dirigée contre eux cesse de s'appliquer, du moment qu'elle n'a plus de raison d'être.

Les créanciers de l'héritier se payeront sur ses biens personnels, à l'exclusion des créanciers du défunt, qui ont rompu de leur propre gré le lien de droit, créé par l'acquisition de la succession et consolidé par son acceptation. Mais les créanciers héréditaires peuvent-ils se ven-

ger sur le résidu des biens de l'héritier, après que ses propres créanciers ont été satisfaits? C'est sur cette question que Papinien se séparait de Paul et d'Ulpian; mais cette divergence, comme nous ne saurions trop le répéter, ne s'étendait pas en dehors des limites de la question. Dans notre ancien droit, l'opinion de Papinien, consacrée par la jurisprudence, avait rallié la plupart des auteurs, mais l'opinion de Paul et d'Ulpian comptait encore quelques partisans. Sous l'empire du Code, nous la retrouvons encore soutenue par quelques jurisconsultes. Ils argumentent de l'art. 879, et en concluent que les créanciers du défunt, en demandant la séparation, abandonnent la personne de l'héritier. Or, de quel droit les créanciers, placés *sur leur demande* sous l'empire de la fiction de la survivance du défunt, auraient-ils un recours sur les biens de l'héritier, dont ils n'ont pas voulu pour débiteur? Ce n'est pas nous qui méconnaitrons la justesse et la solidité de cette argumentation. Nous soutenons toutefois que l'opinion de Papinien fait règle dans notre droit. En effet, comme nous l'avons démontré, Papinien était d'accord avec ses contradicteurs sur l'organisation fondamentale de la *separatio bonorum*, et reconnaissait aussi que les créanciers séparatistes *recesserunt a persona heredis*.

Nous accordons par conséquent à l'art. 879 la même portée que lui donnent les partisans modernes de Paul et d'Ulpian; mais n'est-il pas naturel que le législateur de 1804 ait préféré l'opinion de Papinien, qui à l'origine romaine joignait la consécration de la pratique française? L'examen des travaux préparatoires montre bien que telle a été effectivement sa pensée, car M. Portalis, dans

la discussion au Conseil d'État, observe que « s'il n'entre pas dans plus de détails sur la séparation, c'est que le Code l'a maintenue telle qu'avait été pratiquée jusqu'à ce jour. » Théoriquement, nous apprécions encore les deux opinions comme Cujas, et nous disons : l'une s'appuie sur la logique et la rigueur du droit, l'autre sur l'équité; mais le Code a revêtu celle-ci de la sanction législative. Nous ajouterons enfin que la distance qui nous sépare de ceux qui tiennent pour Paul et Ulpien n'est pas si grande, et que dans l'état actuel de la doctrine il nous est permis de voir en eux des alliés plutôt que des adversaires.

Le droit résultant de la séparation s'exerce sur les biens héréditaires, et sur ce qui s'y trouve subrogé; s'exerce-t-il aussi sur les fruits que les biens héréditaires ont produits depuis le décès? Nous avons vu en droit romain qu'en vertu de la maxime : *fructus augent hereditatem*, les fruits naturels et civils produits par les biens de la succession étaient atteints par la demande en séparation des biens. En est-il de même sous l'empire du Code Napoléon? Ce qui pourrait faire naître quelque doute, c'est que la règle contenue dans la maxime précitée n'a pas été admise par le Code avec la latitude qu'elle comportait en droit romain : elle a reçu en effet une notable restriction en matière de pétition d'hérédité. Néanmoins nous pensons qu'il faut encore résoudre par elle la question que nous avons posée : l'exception faite en faveur du possesseur de l'hérédité est fondée sur sa bonne foi, et n'est pas ici susceptible d'être appliquée. Car quelle influence peut exercer la bonne foi de l'héritier sur un débat auquel il est étranger, et qui s'agite seulement entre deux classes de créanciers? Mais

on a encore proposé, conformément à l'arrêt du parlement de Paris, que nous avons cité, de faire une distinction entre les fruits perçus avant la demande en séparation, et ceux perçus après l'introduction de cette demande, et de n'attribuer que ces derniers aux créanciers séparatistes. On reproduit l'argumentation de l'avocat au parlement qui obtint gain de cause : les fruits perçus depuis l'ouverture de la succession n'ont jamais fait partie du patrimoine du défunt, etc. Nous avons déjà émis notre sentiment sur ce raisonnement, qui ne peut résister à un examen sérieux. Les fruits perçus après la demande en séparation n'ont jamais fait partie non plus du patrimoine du défunt, et par conséquent la distinction n'ayant pas de raison d'être, il ne faut attribuer aux créanciers aucun des fruits postérieurs au décès, ou les leur attribuer tous. Quant à nous, nous adoptons ce dernier parti en vertu de la maxime traditionnelle, dont l'effet est précisément de faire considérer les fruits comme étant entrés dans l'hérédité et non dans le patrimoine de l'héritier.

L'action en séparation des patrimoines ne frappe pas les biens donnés par le *de cuius* de son vivant, bien qu'ils fassent retour à la masse par le rapport ou l'action en séparation. C'est que ces biens sont irrévocablement sortis du patrimoine du défunt pour toute autre personne que celles entre lesquelles s'exerce le rapport ou l'action en réduction (art. 857, 921). Si les créanciers héréditaires arrivent aux biens rapportés ou obtenus par l'action en réduction, c'est en leur qualité de créanciers personnels de l'héritier pur et simple; et justement, en cas de séparation, ils se dépouillent volontairement de cette qualité;

mais, même alors, ils atteindront ces biens, après que les créanciers personnels de l'héritier seront satisfaits, puisque le Code civil, *humanitatis causa*, a consacré l'opinion de Papinien.

Si le débiteur principal vient à mourir et que la caution lui succède, ou si le débiteur principal devient l'héritier de la caution, la séparation des patrimoines assurera au créancier la conservation de l'avantage que lui confère le cautionnement.

L'héritier ne prend pas part au duel qui se livre entre les créanciers qu'il a de son chef, et ceux qu'il a du chef du défunt; aussi ses droits ne sauraient en souffrir. Le patrimoine du défunt continue de reposer sur sa tête, et le jugement de séparation ne lui enlève pas le droit de l'aliéner. S'il y a deux patrimoines pour les créanciers du défunt et pour ceux de l'héritier, il n'y en a toujours qu'un pour l'héritier. La situation de l'héritier n'est atteinte par la séparation des patrimoines qu'indirectement, en un seul point, et encore à son avantage : il est affranchi du lien personnel auquel il s'était soumis par l'acceptation d'hérédité. Les créanciers du défunt n'ont pas voulu de lui pour débiteur, et ils ne peuvent plus se soustraire à l'empire de la fiction qu'ils ont eux-mêmes implorée. Il est vrai qu'ils pourront venir sur les biens de l'héritier après ses créanciers personnels; mais c'est là une faveur qui a pour unique cause l'équité.

Enfin, la séparation des patrimoines n'apporte aucun changement dans les rapports des créanciers de la succession entre eux : cette règle découle naturellement du but même de la séparation. En effet, la loi vient en aide aux créanciers du défunt, et leur offre le moyen d'éviter

un concours qui pourrait être désastreux. Ils peuvent, à cette fin, se faire remettre dans la position qu'ils avaient au moment du décès, mais ils n'ont droit qu'à cette position *telle quelle*, et non à une position plus avantageuse. Le bénéfice qui leur est octroyé poursuit un but de *conservation* et non d'*amélioration*. Cette règle ne s'appuie pas moins sur la tradition que sur les principes, et se déduit du reste, par un argument *e contrario*, de l'art. 2111. Ainsi la situation respective des créanciers héréditaires ne sera pas modifiée par la séparation ; ils viendront sur les biens de la succession dans l'ordre suivant : au premier rang, les privilégiés ; au second rang, les hypothécaires ; au troisième rang, les chirographaires, et enfin, au quatrième rang, les légataires. L'application de ce principe est loin d'être aussi facile qu'elle le paraît, et soulève des questions fort ardues ; mais ces développements ont leur place naturelle à la suite de l'art. 2111, dont nous allons commencer l'explication.

Nous savons que le législateur de 1804 a comblé la lacune présentée par l'art. 14 de la loi du 11 brumaire an VII, et que, jugeant avec raison que les tiers ont intérêt à connaître tout aussi bien qu'un privilège ou une hypothèque le droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines, il l'a soumise au régime de la publicité. Voyons comment il a réalisé cette importante innovation.

Voici d'abord le texte de l'art. 2111 : « Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'art. 878, au titre des successions, conservent, à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, leur privilège sur les immeubles de la succession par les inscriptions faites

sur chacun de ces biens dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession.

« Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens, par les héritiers ou représentants, au préjudice de ces créanciers ou légataires. »

La première observation que nous ferons sur cet article, c'est qu'il n'a trait qu'aux immeubles. Le créancier du défunt n'est donc soumis à aucune condition de publicité pour conserver le droit de préférence que lui confèrera la séparation sur les meubles de la succession, et les règles de la séparation en matière mobilière ont reçu leur exposition complète au titre des successions. Du reste, l'inconvénient et le dommage que cette cause occulte de préférence produira contre les tiers sont considérablement atténués par le court délai dans lequel l'article 880 renferme son exercice. Mais le même article ne limitant par aucun laps de temps le droit de séparation en matière immobilière, il fallait prendre des mesures pour protéger les tiers. Ces mesures, édictées par l'article 2111, peuvent se condenser dans les propositions suivantes :

1° Les créanciers et légataires qui veulent conserver sur les immeubles de la succession, avec toute son efficacité, le droit de préférence résultant de la séparation, doivent, dans les six mois qui suivent l'ouverture de la succession, prendre inscription sur chacun de ces immeubles ;

2° Le créancier de l'héritier, qui s'inscrirait pendant ce délai sur les immeubles de la succession, ne pourrait, quand même son inscription aurait été prise la première,

faire prévaloir son droit hypothécaire sur le *jus separationis* (L. 1, § 6, D., *De sep.*);

3° Le créancier du défunt ou le légataire qui a omis de s'inscrire dans le délai prescrit sera primé par le créancier de l'héritier inscrit avant lui : après le délai, la maxime : *prior tempore prior jure*, s'appliquera aux rapports des créanciers du défunt et des créanciers de l'héritier.

Ces trois propositions nous donnent un point de vue général de la part faite à l'élément de publicité dans la théorie de la séparation des patrimoines, et nous serviront de guide sûr pour étudier l'innovation sous toutes ses faces. Avant d'aller plus loin, constatons que l'article 2111 ne fait pas antinomie avec les art. 878 à 881 : ce qui prouve qu'il n'a pas pour but de détruire les règles précédemment posées, c'est qu'il prend le soin de renvoyer à l'art. 878 pour ce qui concerne l'organisation du droit en lui-même. Ses dispositions ne sont pas abrogatoires, elles ne sont que complémentaires. Ce serait d'ailleurs un singulier procédé de la part d'un législateur que de poser une règle dans un article pour la supprimer dans un autre. Nous sommes donc prévenu contre une opinion que Merlin développe dans un de ses plaidoyers (*Questions de droit*, v° SÉPAR. DES PATRIMOINES). D'après ce savant jurisconsulte, l'art. 2111 dérogerait à l'art. 880, en ce sens que les créanciers héréditaires devraient, pour conserver d'une manière absolue leur droit de préférence, non-seulement s'inscrire dans le délai fixé, mais encore former dans le même délai leur demande en séparation. Cette dérogation résulterait de l'addition des mots « qui demandent la sé-

paration du patrimoine du défunt, » faite à l'art. 2111 sur un amendement du Conseil d'État, addition qui ne pourrait s'expliquer d'aucune autre manière. Mais l'incise sur laquelle repose cette argumentation reçoit une explication bien naturelle et tout à fait satisfaisante. Nous avons vu en effet que, dans l'ancien droit, certains jurisconsultes, englobant sans s'en apercevoir la séparation dans le régime hypothécaire, soutenaient qu'elle avait lieu de plein droit et n'avait pas besoin d'être demandée : c'était là une fausse tendance contre laquelle on avait réagi; mais la pente était dangereuse à cause du voisinage des deux matières. En présence d'un tel fait, peut-on s'étonner que le législateur, quand il s'occupe au titre même des privilèges du droit de la séparation; qu'il l'assujettit, comme les privilèges, à la formalité de l'inscription, ait pris la peine de rappeler que la séparation des patrimoines est tout autre chose qu'un privilège, qu'elle est subordonnée à la nécessité d'une demande, et cela d'autant plus que, dans le même article, il la qualifie par une dénomination impropre, de nature à induire en erreur? L'incise dont nous examinons la portée nous paraît donc un correctif mis par le législateur à l'expression inexacte de privilège, dont il se sert.

Tâchons de déterminer avec précision la sphère d'application de l'art. 2111.

Si les créanciers du défunt veulent exercer le droit de séparation sur les immeubles de la succession, et que ces immeubles ne soient frappés d'aucune inscription du chef des créanciers personnels de l'héritier, on n'a pas à rechercher s'ils ont rempli les formalités prescrites par

l'art. 2111; cet article n'est pas fait pour s'appliquer à cette situation, qui est placée sous l'empire exclusif des art. 878 à 881, et en effet, dans quel but la loi exige-t-elle que le droit de préférence, résultant de la séparation, soit vivifié par une inscription? L'héritier étant aux yeux du public souverain et maître des biens du défunt, que rien ne distingue de ses biens personnels, les tiers ont un intérêt évident à connaître la cause de préférence qui existe sur ces biens. Il leur est ouvert une voie pour échapper au péril et pouvoir contracter avec sécurité: le conflit entre l'hypothèque et le droit de séparation sera réglé suivant l'ordre des inscriptions, à moins qu'il n'ait été inscrit dans les six mois de l'ouverture de la succession. Mais le créancier de l'héritier ne pourra invoquer l'avantage introduit en sa faveur que si lui-même il est en règle, c'est-à-dire s'il s'est inscrit. Il faut donc qu'il y ait inscription prise du chef des créanciers de l'héritier, pour que l'art. 2111 exerce son action. On pourrait critiquer, ce semble, la manière dont le législateur a organisé la publicité du droit de séparation, et lui reprocher de n'avoir pas suffisamment pourvu aux droits des tiers. En effet, le capitaliste auquel on offre hypothèque sur un immeuble déclaré libre de toute inscription par certificat du conservateur ne jouit pas encore d'une sécurité complète; il devra encore s'assurer si l'emprunteur ne l'a pas acquis par voie de succession depuis moins de six mois. Cela est vrai, sans doute; mais d'un autre côté, on ne pouvait se dispenser d'accorder aux créanciers et légataires un délai durant lequel leur inscription aurait un effet rétroactif, et la critique pourrait tout au plus s'adresser à l'étendue du délai fixé par le Code.

Plaçons-nous maintenant dans les hypothèses que régit l'art. 2111, et voyons comme il opère.

Si tous les créanciers de l'héritier se sont inscrits dans les six mois de l'ouverture de la succession sur les biens héréditaires, et qu'aucun des créanciers du défunt n'ait pris inscription dans ce délai, le bénéfice de la séparation est paralysé dans leurs mains, en ce qui regarde les immeubles. Dans cette espèce, le rôle joué par l'article 2111 se détermine facilement; mais cette détermination devient difficile, lorsque des créanciers hypothécaires de l'héritier priment quelques créanciers du défunt, et sont à leur tour primés par quelques autres. Pour plus de clarté, prenons un exemple : l'immeuble héréditaire A est vendu 60,000 fr. Primus, Secundus, Tertius, créanciers du défunt chacun pour 30,000 fr., et Quartus, créancier personnel de l'héritier pour 40,000 fr., se présentent afin d'être colloqués sur le prix. Primus est le seul des créanciers du défunt qui se soit inscrit dans les six mois, et l'inscription de Quartus est plus ancienne que celle de Secundus et de Tertius. Comment allons-nous régler la collocation ? Nous devons d'abord rappeler un principe que nous avons déjà posé, et dont il s'agit de mesurer l'exacte portée : c'est que la séparation des patrimoines est étrangère aux rapports des créanciers héréditaires entre eux, et qu'elle laisse les choses à leur égard en l'état où elles se trouvaient au moment du décès du défunt, et il est impossible de soutenir que l'art. 2111 est venu introduire sur ce point un droit nouveau, car il est encore, si c'est possible, plus explicite dans ce sens que l'art. 878 : « Les créanciers, etc., conservent à l'égard des créanciers de l'héri-

tier, etc.» Il reconnaît donc par là même que le créancier héréditaire ne peut acquérir, au moyen de la séparation, un droit de préférence sur un autre créancier héréditaire. Cela posé, revenons à notre hypothèse : si les trois créanciers héréditaires s'étaient inscrits dans le délai voulu, chacun aurait touché 20,000 fr. et subi une perte de 10,000 fr.; cette solution ne peut pas être contestée. Mais dans l'espèce Primus prime Quartus, et Quartus prime Secundus et Tertius. Peut-on dire avec raison qu'il faut appliquer la maxime : *Si vinco vincentem te, a fortiori te vincam*, et colloquer Primus pour le montant intégral de sa créance? Pour peu qu'on réfléchisse, on écartera l'application de cette maxime, car elle est la négation flagrante de la règle qui régit les rapports des créanciers héréditaires entre eux. Les deux règles ne sauraient s'accommoder : il faut choisir l'une ou l'autre, et les principes, la tradition et les textes ne permettent pas d'hésiter sur le choix. Nous pouvons donc passer outre, et affirmer que Primus doit recevoir tout ce qu'il aurait reçu si ses co-créanciers se fussent inscrits comme lui en temps utile, mais rien de plus. Or, nous savons que dans ce cas chacun aurait reçu 20,000 fr. Le montant de la collocation de Primus est donc fixé à 20,000 fr., chiffre qu'elle ne peut excéder. Reste encore à distribuer 40,000 fr., et trois prétendants sont en présence : Secundus, Tertius et Quartus. Si la séparation des patrimoines existait dans les rapports de Quartus et de Primus, il est certain qu'elle n'existe pas dans les rapports de Quartus avec Secundus et Tertius. Ces derniers, en effet, n'ont pas rempli les formalités prescrites pour conserver *absolument* leur droit : ils l'ont perdu *relativement* au créancier de l'hé-

ritier qui s'est inscrit avant eux. Ainsi le conflit entre Quartus d'une part et les créanciers déchus de l'autre sera régi par la maxime : *Potior tempore, potior jure*. En conséquence, nous colloquerons Quartus pour 40,000 fr., et, tandis qu'il sera payé intégralement, Secundus et Tertius n'obtiendront rien.

Telle est la marche que les principes nous commandent de suivre pour régler le conflit; mais on a proposé de procéder d'une autre manière. Voici comment on raisonne: le créancier personnel de l'héritier, en inscrivant son hypothèque, a su ou est censé savoir que l'immeuble est affecté au paiement de la créance héréditaire, inscrite à temps, et jusqu'à concurrence de la somme mentionnée dans l'inscription; il ne doit donc compter que sur l'excédant, et ne peut se plaindre de voir sa collocation réduite au chiffre de cet excédant. L'inscription de Primus a pour effet de séparer du patrimoine de l'héritier 30,000 fr. Mais Primus ne gardera pas les 30,000 fr., bien qu'ils représentent le montant de sa créance. Son inscription ne pouvant lui donner contre Secundus et Tertius un droit de préférence, il ne doit garder qu'une somme égale à celle qui leur aurait été allouée, si tous avaient été diligents. Alors des 30,000 fr. sauvegardés par son inscription, il devra défalquer 10,000 fr., qui seront répartis entre Secundus et Tertius; parce que Quartus ne peut élever de prétention légitime sur cette somme, mais toucher seulement les 30,000 fr. non atteints par l'inscription de Primus. Ce système fait supporter à Quartus une perte de 10,000 fr., qu'il attribue à Secundus et à Tertius, tandis que dans le nôtre nous payons intégralement Quartus, et ne donnons rien aux

créanciers déchus. Au premier abord, il peut séduire, parce qu'il se présente avec de faux semblants d'équité; mais au fond il n'est pas plus équitable qu'il n'est juridique.

Nous reconnaitrons tout d'abord qu'il respecte entièrement cette règle, que la séparation ne modifie pas les rapports des créanciers héréditaires entre eux : à ce point de vue il est irréprochable; mais il pèche et fort gravement d'un autre côté, car il ne tient aucun compte de cette autre règle, écrite dans l'art. 2111, en vertu de laquelle la séparation n'existe pas pour les créanciers héréditaires, inscrits après le délai de six mois, *relativement* aux créanciers de l'héritier inscrits avant eux. Or, attribuer les 10,000 fr., couverts par l'inscription de Primus, à Secundus et à Tertius à l'exclusion de Quartus, est-ce autre chose que les faire profiter de la séparation des patrimoines, dont ils ne peuvent cependant se prévaloir à l'encontre de Quartus?

La séparation dans notre droit est individuelle, en ce sens que ceux-là seuls des créanciers ou légataires qui l'ont demandée, et qui ont rempli les conditions nécessaires, sont admis à en profiter. Personne, que nous sachions, ne conteste son individualité ainsi entendue. Or, le système que nous combattons lui prête un caractère évident de collectivité. Il est donc en opposition formelle avec les principes; mais si nous considérons les résultats auxquels il conduit, nous aurons une autre raison bien puissante de le rejeter. Restant toujours dans la même hypothèse, changeons seulement un de ses termes; supposons que la créance de Primus, inscrite en temps utile, s'élève à 60,000 francs, et usons du

même raisonnement. Nous dirons : la séparation ne modifiant pas les rapports de Primus avec Tertius et Secundus, ils viendront tous trois au marc le franc sur le prix de l'immeuble A, et Quartus, muni d'une hypothèque, valable au regard de Secundus et de Tertius, qui ne peuvent lui opposer leur bénéfice, Quartus n'aura rien du tout, tandis que dans l'espèce précédente on lui allouait 30,000 fr. En vérité, n'est-il pas pour le moins bizarre, le système qui aboutit aux résultats les plus contraires dès qu'on l'applique à des chiffres différents, comme si le droit, au lieu d'être fixe et invariable, dépendait de l'agencement des nombres ?

C'est donc au système que nous avons proposé tout d'abord que nous devons nous tenir. Mais résiste-t-il à l'épreuve du changement de chiffres ? Nous allons faire cette expérience. Commençons par faire l'essai sur l'espèce qui a fait ressortir la bizarrerie du système rejeté. Primus a inscrit en temps utile sa créance de 60,000 fr., et Quartus, créancier d'une valeur s'élevant à 40,000 fr., prime Secundus et Tertius, à chacun desquels il est dû 30,000 fr. Voici comment nous procéderons : Primus aura ce qu'il aurait eu si Secundus et Tertius s'étaient inscrits en temps utile, c'est-à-dire 30,000 fr. Les 30,000 fr. qui restent seront alloués à Quartus, qui supportera une perte de 10,000 fr. Secundus et Tertius ne sont pas en rang utile et n'obtiendront rien. Prenons une autre espèce. L'immeuble valant toujours 60,000 fr, Primus, Secundus et Tertius ont chacun une créance de 30,000 fr. Il est dû à Quartus 10,000 fr. Primus est inscrit en temps utile, et Quartus prime Secundus et Tertius. Nous colloquerons Primus pour 20,000 fr.,

puisqu'il aurait touché cette somme si tous les créanciers du défunt s'étaient mis en règle, Quartus pour 10,000 fr., et enfin Secundus et Tertius chacun pour 15,000 fr. Ainsi, on le voit, quels que soient les chiffres, les résultats sont tous identiques et présentent toujours la même proportion. Mais on a fait à notre système un reproche dont nous avons à cœur de le justifier. A quoi bon, dit-on, dépouiller le créancier héréditaire, inscrit en temps utile, d'une partie de sa créance, sous prétexte que la séparation ne lui donne pas de droit de préférence sur son cocréancier héréditaire, si on attribue ce qu'on lui enlève, non à son cocréancier, mais au créancier hypothécaire de l'héritier? Applique-t-on le principe que l'on met en avant en diminuant la collocation du créancier héréditaire pour augmenter celle du créancier de l'héritier? Cette argumentation est spécieuse. En effet, deux principes doivent être appliqués simultanément : l'un, d'après lequel la séparation ne donne pas au créancier héréditaire de droit de préférence sur son cocréancier héréditaire; et l'autre, déposé dans l'art. 2111, d'après lequel le droit de séparation, non inscrit dans le délai fixé, est inefficace contre le créancier hypothécaire de l'héritier dont l'inscription est antérieure. Il faut faire la part de chacun. Or, pour revenir à l'exemple précédent, si nous diminuons la collocation de Primus, c'est par application du premier principe; mais si nous allouons les 10,000 fr. retranchés à Quartus et non aux autres créanciers du défunt, c'est par application du second principe. Et qu'on ne dise pas que la diminution subie par Primus ne profitera qu'à Quartus. Elle profitera aussi aux créanciers déchus, en ce sens

que ce qui est enlevé à Primus venant augmenter le prix qui restera à distribuer, ils ont la chance de ne pas le voir tout absorbé par Quartus, et d'arriver sur le reliquat, sans que Primus puisse prétendre concourir avec eux. Nous en avons un exemple frappant dans l'espèce précédente. Si Secundus et Tertius touchent 15,000 fr., la réduction subie par Primus y est bien pour quelque chose. Ainsi notre système respecte à la fois les deux principes qu'il s'agit de combiner, et, loin de sacrifier l'un à l'autre, seul il en fait une saine application.

Le législateur, dans l'art. 2111, range sous la qualification générale de privilège le droit *sui generis* que la séparation des patrimoines confère aux créanciers du défunt sur les biens de la succession.

Cette qualification est tout à fait inexacte. Le privilège, en effet, est une cause de préférence, qui dérive de la qualité de la créance, et constitue une exception au principe que les biens du débiteur forment le gage commun et égal de ses créanciers. La séparation, si l'on va au fond des choses, consiste à dédoubler le patrimoine de l'héritier, et à établir, s'il est permis de s'exprimer ainsi, deux champs de bataille distincts : les créanciers, qui luttaient ensemble, s'excluent plutôt qu'ils ne se priment, puisqu'ils cessent d'être les créanciers d'un même débiteur ; en un mot, elle ne porte pas échec au principe de l'art. 2092, mais elle fait que ce principe s'applique séparément au patrimoine du défunt et au patrimoine de l'héritier.

Il faut donc bien se garder de prendre à la lettre le mot privilège de l'art. 2111, et le législateur lui-même nous prémunit contre une fausse interprétation. Nous

avons vu, en effet, qu'à côté de l'expression inexacte il prend soin de mettre un correctif, en insérant la parenthèse : « qui demandent la séparation, etc. » S'il pouvait encore rester quelques doutes, ils devraient tomber devant les considérations qui suivent. L'art. 2103, consacré à l'énumération des privilèges sur les immeubles, ne mentionne pas la séparation des patrimoines, et il n'en est question que dans la section où est organisée la publicité de ces privilèges, et seulement après que tous ont été épuisés. On serait d'ailleurs mal venu à argumenter de la place qu'occupe l'art. 2111, car, outre qu'il est peut-être à sa place naturelle, pour qui connaît l'histoire de la rédaction du Code civil, rien ne s'explique plus aisément. Les rédacteurs du Code, incertains sur la part qu'ils feraient à l'élément de publicité, ajournaient toujours leur décision; arrivés au titre des privilèges et hypothèques, ils ne pouvaient attendre plus longtemps. Et qu'on ne vienne pas dire que c'est par oubli que le droit de séparation n'est pas mentionné à l'article 2103. Nous répondrions : Un oubli d'une telle gravité ne se comprendrait guère, surtout quand il s'agit de détruire tout un système construit dans les art. 878 à 881; mais d'ailleurs la répétition d'un tel oubli serait inexplicable. Or, si la séparation à l'égard des immeubles est un privilège, elle l'est aussi à l'égard des meubles, et il se trouve que les art. 2101 et 2102, consacrés à l'énumération des privilèges sur les meubles, n'en disent mot, pas plus que l'art. 2103. Enfin, si la séparation des patrimoines constituait un véritable privilège, il faudrait admettre qu'elle est investie du droit de suite. Mais l'art. 2111 repousse formellement cette conséquence. La

séparation, dit-il, confère « un privilège à l'égard des créanciers de l'héritier. » Donc le tiers acquéreur ne saurait être recherché par l'effet de ce droit. Le seul but de la séparation des patrimoines est de permettre aux créanciers du défunt d'écartier le concours des créanciers de l'héritier sur les biens héréditaires. Objectera-t-on que les créanciers et légataires peuvent être frustrés de leur gage par les aliénations que consentira l'héritier, et ont besoin d'être secourus contre le danger qui les menace? Nous répondrions : Et quand même la nécessité de les garantir contre le pouvoir d'aliéner de l'héritier serait bien établie, que pourrait-on en inférer contre la thèse que nous soutenons? La séparation n'est pas destinée à pourvoir simultanément à toutes les nécessités du droit, à écartier tous les préjudices; elle est un remède spécial pour un certain mal : si un autre mal se présente, appliquez-lui un autre remède. Ainsi on avait fait en droit romain ; le prêteur, par la *separatio bonorum*, protégeait les créanciers du défunt contre les créanciers de l'héritier, en leur assurant la conservation du gage exclusif dont ils jouissaient avant la *confusio*, et il paralysait le dommage qui émanait de la personne même de l'héritier, en astreignant l'héritier suspect à donner caution. Donc, nous ne niions pas le danger qui résulte de l'absence de mesures contre les abus que l'héritier peut faire de sa position ; mais l'existence de ce danger ne saurait prouver qu'à la séparation des patrimoines est attaché un droit de suite. Du reste, nous allons voir ce qui en est, et réduire l'inconvénient à ses véritables proportions. L'héritier, dites-vous, en disposant des biens héréditaires, empêchera l'usage du bénéfice de la séparation.

Nous vous ferons remarquer d'abord que les créanciers du défunt ne sont pas aussi fondés à se plaindre qu'on pourrait le croire. En effet, le défunt, de son vivant, pouvait aliéner et priver de leur gage ses créanciers; et ces derniers, sauf le cas de fraude, auraient bien été forcés de subir et de respecter les aliénations consenties par leur débiteur. Mais vous répondrez que ce qui était permis au débiteur de leur choix ne doit pas l'être à celui que la loi leur impose. Soit; nous reconnaissons que cette objection ne laisse pas que d'être plausible; mais il faut aussi se garder de croire qu'ils soient dénués de toute défense, et que le fait de l'aliénation leur cause une lésion inévitable: ils feront tomber, par l'action Paulienne, les aliénations faites en fraude de leurs droits, et exerceront leur bénéfice sur les biens rentrés dans le patrimoine de l'héritier. Ils s'opposeront à ce que le tiers acquéreur paye son prix entre les mains de l'héritier, en pratiquant des saisies-arrêts, et par l'effet de la séparation excluront de ce prix les créanciers personnels de l'héritier. Enfin, ils peuvent se faire concéder des sûretés hypothécaires, ou prendre jugement et acquérir une hypothèque judiciaire pour s'assurer l'avantage de rechercher les tiers acquéreurs, avantage qui n'est pas attaché au bénéfice de la séparation. Cependant, il se peut que, dans quelques cas, à cause des conditions exigées par la loi pour qu'il y ait lieu de placer les contrats à titre onéreux sous le coup de l'action Paulienne, les intérêts des créanciers héréditaires se trouvent en souffrance, et le Code Napoléon nous paraît inférieur sur ce point au droit romain, qui, soit par les mesures prises directement contre l'héritier, soit même par l'organisation

de la procédure formulaire, les protégeait plus efficacement.

La loi, réglementant la publicité de la séparation au sein d'une matière étrangère, devait expressément indiquer les dispositions qui s'adressent à elle, et nous sommes conduits de prime abord à décider que ces dispositions doivent former un tout, un système complet, et qu'il ne faut pas les combiner avec les articles consacrés au développement du régime hypothécaire. C'était la marche qu'il fallait suivre, sous peine de confondre deux théories, voisines sans doute, mais aussi profondément distinctes, et, en effet, c'est celle qui a été suivie.

A la physionomie de l'art. 2111, on voit qu'il lui est assigné un rôle à part, et par le fait, il suffit à remplir intégralement sa fonction : l'art. 2113 ne saurait donc s'appliquer à la séparation des patrimoines, puisque le but recherché est atteint. Quel est, en effet, ce but ? C'est de faire connaître aux créanciers de l'héritier le droit de préférence qui résulte de la séparation, et d'éviter les déceptions que leur causerait l'existence occulte de droits préférables aux leurs. Or, nous le demandons, le législateur a-t-il autre chose à prescrire, quand il a établi que le bénéfice de la séparation ne conservera toute son efficacité que s'il est inscrit dans les six mois, et qu'après ce délai il ne pourra être opposé aux créanciers de l'héritier, jouissant d'une inscription antérieure ? Qu'il eût pu faire différemment, cela est incontestable, mais certainement il n'a tout fait. Ainsi, la séparation des patrimoines conserve son antique autonomie, bien que sa publicité soit organisée au titre des privilèges et hypothèques, et nous répéterons ce que disait Domat du droit de préférence qu'elle

engendre ; « Ce droit est indépendant de l'hypothèque. »

L'art. 2166, d'après lequel les hypothèques et les privilèges sont éteints, tant au point de vue du droit de suite que du droit de préférence, lorsqu'ils n'ont pas été inscrits antérieurement à l'aliénation, n'est donc pas applicable à la séparation des patrimoines. La chose est évidente en ce qui concerne le droit de suite, puisque la séparation n'opère pas contre le tiers acquéreur, et il n'en est pas autrement à l'égard du droit de préférence. Nous savons que l'aliénation des immeubles héréditaires n'entraîne pas perte du droit de demander la séparation, qui peut être exercé tant que le prix n'est pas confondu dans les biens de l'héritier, et par conséquent l'inscription, destinée à assurer au droit de préférence toute son efficacité, peut être prise même après l'aliénation. Si nous parlons ainsi sous l'empire du Code Napoléon pur, nous ne changerons pas de langage sous l'empire des art. 834 et 835 du Code de procédure civile, qui ne mentionnent la séparation des patrimoines pas plus que l'art. 2166 du Code Napoléon, et ont trait seulement aux privilèges et hypothèques. Le droit de préférence qu'engendre la séparation n'est pas un privilège ; par conséquent le second alinéa de l'art. 834 ne saurait lui être applicable. On soutient cependant l'opinion contraire, mais on se divise sur les conséquences qu'il faut en tirer. Les uns pensent que le droit de séparation doit être inscrit, au plus tard, dans la quinzaine de la transcription, et que, passé ce délai, il ne peut plus l'être utilement, bien que six mois ne se soient pas écoulés depuis l'ouverture de la succession ; de sorte que l'art. 834, fait surtout en vue du droit de suite et pour améliorer la position des

créanciers hypothécaires et privilégiés, non inscrits au moment de l'aliénation, viendrait empirer celle des créanciers héréditaires, en restreignant le délai pendant lequel ils doivent s'inscrire pour conserver leur droit d'une manière absolue. Ce résultat si choquant est en contradiction évidente avec l'esprit de la loi. Les autres, tout en reconnaissant que la séparation est régie par l'art. 834, admettent que les créanciers héréditaires prennent utilement inscription, même après la quinzaine de la transcription, pourvu qu'on soit dans les six mois de l'ouverture de la succession. Cette interprétation ne diffère pas de la nôtre par ses résultats, mais n'est-ce pas là faire la loi plutôt que l'interpréter? Car de quel droit, si on place la séparation sous le coup de l'art. 834, réserve-t-on aux créanciers héréditaires leur délai de six mois, tandis que le texte ne fait de réserve qu'au profit du vendeur et du copartageant? Enfin, les mêmes considérations nous amènent à décider que, sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, les créanciers héréditaires conserveront leur bénéfice par rapport à tous les créanciers de l'héritier, nonobstant la vente des immeubles héréditaires et la transcription de l'acte, pourvu qu'ils aient pris inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession. Le système de publicité a été complété et amélioré; mais on n'a pas touché aux points que le Code avait heureusement réglés, et notamment à la séparation des patrimoines.

Le principe de la division des dettes, établi dans l'intérêt de la famille, est un de ces principes fondamentaux qui, reconnu dès les temps les plus anciens, s'est maintenu à travers les âges dans toute son intégrité. Les

art. 873 et 1220 le consacrent formellement. La séparation des patrimoines lui porterait-elle atteinte et nierait-elle la transmission des biens à l'égard des héritiers? Un exemple fera mieux ressortir l'importance de la question. Le *de cuius* laisse deux héritiers pour parts égales, Primus et Secundus, et 20,000 francs de dettes. Primus a dans son lot l'immeuble héréditaire A, mais Secundus a dissipé tout son avoir, de sorte que son insolvabilité est complète. Les créanciers héréditaires ayant demandé la séparation contre l'un et l'autre, pour combien seront-ils colloqués sur l'immeuble A? On a soutenu qu'ils pouvaient être colloqués pour la totalité de leurs créances, et voici comme on raisonne. La séparation des patrimoines opère fictivement la résurrection du défunt : or, si le défunt vivait, tous ses biens serviraient à satisfaire ses créanciers; donc, etc. Nous retrouvons cette argumentation dans les considérants d'un arrêt de la Cour de Caen du 17 janvier 1855. Mais cette opinion, il est facile de le voir, n'est qu'une conséquence logique de la doctrine qui exagère et élargit outre mesure l'empire de la fiction prétorienne. C'est à notre avis se former une idée inexacte de l'organisation générale donnée par le préteur à la *separatio bonorum*, que de lui attribuer la puissance de rescinder radicalement l'adition d'hérédité, et nous croyons avoir démontré que la séparation du droit romain constitue une négation, relative seulement et non absolue, de la confusion des patrimoines. La fiction régit les rapports des créanciers du défunt et des créanciers de l'héritier, mais elle n'agit pas plus contre l'héritier que contre les tiers acquéreurs. C'est pourquoi nous décidons sans la moindre hésitation qu'on ne peut

pas demander à Primus plus qu'il ne doit supporter en définitive, et la cour de Cassation a consacré cette manière de voir par un arrêt du 9 juin 1857, qui casse l'arrêt de la cour de Caen précité. En vain on nous objectera de laisser en souffrance les intérêts des créanciers héréditaires : à chaque mal son remède, et l'inconvénient signalé trouve le sien dans l'art. 882. La solution que nous venons de combattre n'est pas seulement défendue par ceux qui, se rattachant à la tradition romaine, ne l'interprètent pas sainement; mais elle trouve aussi des adhérents dans les rangs de ceux qui dénie la persistance de la théorie romaine jusqu'à nos jours. Naturellement, l'argumentation de ces derniers n'est plus la même, et cadre avec l'ensemble de leurs idées.

Le rapprochement de la séparation des patrimoines et du bénéfice d'inventaire fait naître encore de sérieuses difficultés. Le bénéfice d'inventaire, comme nous savons, est introduit en faveur de l'héritier, et a pour effet direct et principal d'empêcher que les créanciers héréditaires puissent le poursuivre sur ses biens personnels. L'héritier qui redoute le régime de la confusion des patrimoines peut s'y soustraire, mais ce ne sera que sous certaines conditions destinées à garantir les droits des créanciers du défunt. Ainsi il doit donner caution, et observer telles et telles formalités pour opérer la vente des biens de la succession. La confusion des patrimoines étant le régime de droit commun, la loi doit voir avec faveur l'acceptation pure et simple, ou l'abandon du régime bénéficiaire. Il est donc loisible à l'héritier de renoncer à son bénéfice, soit expressément, soit tacitement, et de laisser les choses suivre leur cours normal. Cela

posé, il nous semble qu'on ne peut pas hésiter sur la question que voici, bien qu'elle ait été fort débattue : si l'héritier renonce à son bénéfice, la séparation des patrimoines continuera-t-elle de subsister au profit des créanciers du défunt et des légataires? On a soutenu que l'acceptation bénéficiaire emportait de plein droit séparation des patrimoines au profit des créanciers héréditaires, et qu'elle les dispensait même de prendre l'inscription de l'art. 2111. L'héritier, dit-on, peut bien, par une renonciation, se constituer héritier pur et simple, mais il ne peut par son fait enlever un droit acquis aux créanciers du défunt. Voyez en effet les art. 988 et 989 du Code de procédure civile : la déchéance du bénéfice d'inventaire y est introduite contre l'héritier à titre de peine. Or, soumettre en pareil cas les créanciers du défunt au régime de l'acceptation pure et simple, ce serait diriger la peine non contre l'héritier, mais contre eux-mêmes. On argumente enfin de l'art. 2146, qui écarterait l'application de l'art. 2111. Pour notre part, ce raisonnement ne nous touche pas, et nous nous rangeons à l'opinion que nous avons vu soutenir si judicieusement par le président Fabre. D'abord, le bénéfice d'inventaire n'a pas été établi au profit des créanciers, mais au profit de l'héritier *contre les créanciers*, et aucune disposition ne lui défend de renoncer à l'avantage introduit en sa faveur. L'esprit de la loi est même de favoriser cette renonciation; et bien plus, nous soutenons que cet esprit, loin de leur nuire, sert les intérêts des créanciers héréditaires. En effet, que suppose une acceptation sous bénéfice d'inventaire? Une succession dont le passif excède l'actif. Or, sous l'empire du régime bénéficiaire, les créan-

clers n'ont pour gage que les biens du défunt, et ne peuvent prétendre aux biens personnels de l'héritier. Ne vaut-il pas mieux pour eux à tous égards que l'acceptation soit pure et simple, puisqu'ils pourront, à l'aide de la séparation des patrimoines, conserver leur droit de gage exclusif sur les biens héréditaires, et venir néanmoins sur les biens personnels de l'héritier, une fois ses dettes propres payées? Mais nous mettons les choses au pis aller; nous supposons que le délai de six mois soit expiré, que les créanciers du défunt ne puissent plus invoquer avec efficacité le bénéfice de la séparation des patrimoines, et enfin que le maintien du régime bénéficiaire leur soit plus avantageux que le régime de droit commun. C'est là un cas tout exceptionnel, il faut bien en convenir. Eh bien! le législateur, prévoyant ce cas, devait-il permettre aux créanciers héréditaires de rester dans le *statu quo*? C'eût été détourner le bénéfice d'inventaire de sa destination naturelle; mais enfin la légitimité du secours dû expliquerait jusqu'à un certain point cette déviation. Or, cette légitimité existe-t-elle ici? Evidemment non; car l'inconvénient a été déjà prévu et a reçu son remède, qui est la séparation des patrimoines. Si un débiteur obéré accepte une succession sous bénéfice d'inventaire, les créanciers du défunt n'ignorent pas qu'à cette acceptation peut être substituée une acceptation pure et simple. Qu'ils prennent leurs précautions; qu'ils s'inscrivent dans le délai prescrit par l'art. 2111: s'ils ne le font pas, et que les éventualités fâcheuses qu'ils pouvaient prévoir et prévenir se réalisent, ils ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes. De quel droit se plaindraient-ils? Nous ne voulons pas

insister davantage, et donner à cette discussion une étendue que ne comporte pas le cadre de notre travail; mais nous ferons remarquer que l'opinion contraire à la nôtre est dangereuse à un autre point de vue, en ce qu'elle soulève des questions fort délicates à résoudre, et tient la porte ouverte à la controverse.

Si de plusieurs héritiers un seul accepte sous bénéfice d'inventaire, le droit de gage exclusif dont jouissent les créanciers du défunt frappe seulement les objets tombés au lot de l'héritier bénéficiaire. Nous n'avons pas admis l'indivisibilité du droit de préférence résultant de la séparation, et ce que nous avons dit s'applique aussi au bénéfice d'inventaire. Toutefois, la Cour de cassation, par des arrêts du 19 juin 1854 et du 3 août 1857, a jugé que l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, de la part d'un seul des héritiers, emporte la séparation des patrimoines à l'égard de tous les héritiers. Mais comment concilier ces arrêts avec l'arrêt du 9 juin 1857 précité? Ils se contredisent, et c'est la doctrine consacrée par ce dernier arrêt qui seule nous paraît exacte.

Lorsque l'hérédité a été déclarée vacante et pourvue d'un curateur, conformément à l'art. 811, les choses, en ce qui concerne les créanciers, se passent comme si le défunt vivait encore; bien qu'il existe un héritier inconnu. Mais on retombe dans le droit commun dès que cet héritier se présente : seulement, les délais des art. 880 et 2111 ne partent que du moment où les créanciers héréditaires ont eu connaissance de l'existence d'un héritier.

Il nous reste maintenant à traiter spécialement des légataires, et à rechercher ce qu'offre de particulier leur position.

Si le legs porte sur un objet déterminé dans son individualité, le légataire en devient propriétaire par le fait de la mort du défunt (art. 1014). Nous supposons ici que le légataire acquiert seulement un droit de créance. Alors, bien que la créance n'ait commencé qu'en la personne de l'héritier, il est vis-à-vis de ce dernier comme un créancier héréditaire, et c'est à ce titre, ainsi que nous l'avons vu, qu'il jouit du bénéfice de la séparation des patrimoines.

La question de savoir dans quelles limites l'héritier pur et simple est tenu des legs est encore fort débattue. Nous connaissons l'historique du débat, mais nous ne pouvons, sans dépasser les limites de notre plan, nous livrer à une discussion approfondie. Voici en peu de mots notre manière de voir. A notre avis, l'héritier n'est tenu des legs qu'*intra vires successionis*. Rien dans les textes ne nous paraît écarter cette solution, qui est basée à la fois sur la raison et sur l'équité. Mais il ne faut pas non plus se méprendre sur la portée de la règle que nous adoptons : elle n'aura son effet qu'autant qu'un inventaire ou tout autre moyen permettra de distinguer les biens de la succession de ceux de l'héritier ; mais la confusion de fait entre ces diverses sortes de biens serait un obstacle à son application.

Les créanciers chirographaires du défunt n'ont pas besoin de demander la séparation des patrimoines pour s'assurer un droit de préférence contre les légataires. Ils sont payés avant eux, uniquement en vertu de la maxime : *Non sunt bona, nisi deducto aere alieno*. La séparation des patrimoines ne modifie pas les rapports des créanciers héréditaires et des légataires. Ainsi, peu im-

porte que les légataires soient seuls diligents; ils n'en seront pas moins primés par les créanciers du défunt, inscrits tardivement. Si des légataires priment des créanciers hypothécaires de l'héritier, qui eux-mêmes priment des créanciers chirographaires du défunt, comment réglerons-nous le conflit? Nous colloquerons les légataires sur ce qui restera de la succession, après en avoir déduit une valeur égale à la somme des créances héréditaires. Cette valeur n'arrivera aux créanciers du défunt qu'après avoir servi à satisfaire les créanciers de l'héritier, qui les priment. Prenons un exemple. Il s'agit de distribuer 15,000 fr., prix de vente d'un immeuble héréditaire. Primus, légataire de 5,000 fr., s'est inscrit dans les six mois; Tertius, créancier hypothécaire de l'héritier, et Secundus, créancier du défunt, chacun pour 10,000 fr., s'inscrivent une fois le délai écoulé; mais l'inscription de Tertius est plus ancienne que celle de Secundus. Puisque Primus aurait été payé de son legs, alors même que Secundus eût été diligent, nous le colloquerons pour 5,000 fr.; les 10,000 fr. restants seront alloués à Tertius, de sorte que Secundus n'obtiendra rien. Mais si nous supposons que la créance de Secundus se fût élevée à 15,000 fr., c'est alors le légataire qui n'obtiendrait rien, en vertu de la maxime : *Nemo liberalis, nisi liberatus*, et les 5,000 fr. restés libres après la collocation de Tertius seraient attribués à Secundus. Le règlement de l'hypothèse ne présente donc, comme on voit, aucune difficulté.

Pour compléter l'exposition de la séparation des patrimoines, nous devons expliquer l'art. 1017, deuxième alinéa, du Code Napoléon. A vrai dire, cet article est étranger à notre sujet, puisqu'il constitue au profit du légataire

un droit distinct du droit de demander la séparation. Toutefois, si nous le passons sous silence, notre travail présenterait une grave lacune, et ce, par plusieurs raisons. D'abord, en présence de la nouvelle sûreté qui vient garantir le paiement du legs, il importe d'examiner l'utilité que le légataire pourra encore retirer de la séparation des patrimoines. Ensuite, bon nombre d'auteurs contestent cette création d'un droit distinct, et ne voient dans la disposition de l'art. 1017 qu'un effet de la séparation des patrimoines; ils en tirent même un de leurs plus puissants arguments pour soutenir que la séparation du Code Napoléon n'a de commun que le nom avec celle du Digeste. Il est donc indispensable de bien se fixer sur le sens de cet article. L'historique de l'hypothèque légale du légataire facilite singulièrement cette explication. Nous avons vu en effet que, dans notre ancien droit, on n'était pas d'accord sur la nature même de l'hypothèque établie par Justinien en faveur des légataires, et sur l'étendue de l'action hypothécaire. Pour nous, l'innovation de Justinien nous a paru ne pouvoir se justifier au point de vue rationnel, puisqu'elle confère aux légataires un droit de suite refusé aux créanciers, et notre ancienne jurisprudence aggrave le mal, en adoptant l'interprétation erronée que donnaient certains jurisconsultes de la loi 1, *Communia de legatis*, au Code. La rédaction de l'art. 1017 est assez formelle pour ne laisser aucun doute. Le législateur de 1804 consacre l'idée de Justinien, et en même temps la malheureuse modification qu'elle a subie dans l'ancienne pratique française. — Article 1017 : « Ils (les héritiers) en seront tenus hypothécairement pour le tout jusqu'à concurrence de la valeur des

immeubles dont ils seront détenteurs. » Est-ce assez clair ? Donc, d'après le Code, les légataires ont non-seulement une hypothèque légale, mais encore ils peuvent demander tout leur legs à l'héritier qui a un immeuble dans son lot, bien qu'il n'en soit tenu personnellement que pour une portion, et cependant l'hypothèque n'est pas préexistante à la division des dettes. Cette dernière disposition ne peut en théorie se justifier d'aucune manière ; elle est évidemment le résultat d'une erreur législative. Ainsi, nous sommes bien forcés encore aujourd'hui d'accepter la double anomalie que nous avons rencontrée dans notre ancien droit : le simple légataire d'une part est plus favorisé que le créancier chirographaire du défunt, puisqu'il peut rechercher le tiers acquéreur, et d'autre part, au cas de plusieurs héritiers, l'hypothèque *naitra* avec plus d'étendue que n'en comporte la créance qu'elle garantit. On a essayé de rejeter ou d'amoindrir un résultat aussi choquant. Certains auteurs ont prétendu que l'art. 1017 constatait seulement un effet de la séparation des patrimoines. D'autres ont soutenu qu'il ne fallait pas tenir compte du deuxième alinéa de l'art. 1017, et que les légataires n'ont d'autre garantie que le bénéfice de la séparation. Le législateur, disent-ils, avait écrit l'art. 1017 dans la supposition qu'il accorderait aux légataires une hypothèque légale, mais il a renoncé à cette idée, comme le prouve l'art. 2121, qui passe les legs sous silence. Malgré tout le désir que nous aurions d'adopter cette manière de voir, nous ne le pouvons ; un texte formel nous arrête. Sans doute on efface ainsi de notre législation une bizarrerie regrettable ; on substitue un système rationnel dans toutes ses parties à un sys-

tème qui pèche par la plus flagrante contradiction; mais cette heureuse amélioration, ce n'est pas aux jurisconsultes, c'est au législateur seul qu'il appartient de la faire. Que chacun reste dans son rôle.

L'hypothèque légale conférée aux légataires leur est sous certains rapports plus avantageuse que le droit de séparer les patrimoines : elle leur permet de suivre les biens héréditaires dans les mains des tiers détenteurs, et les sauve du préjudice qui pourrait résulter de la division des dettes. Enfin ils ne perdent pas, en l'exerçant, le droit de concourir sur les biens de l'héritier avec ses créanciers personnels. Mais le bénéfice de la séparation n'est pas pour cela dépourvu à leur égard de toute utilité : en effet, leur hypothèque, ne prenant rang que du jour qu'elle est inscrite (art. 2134), ne primera jamais les hypothèques des créanciers de l'héritier, d'inscription antérieure, tandis que le droit de séparation, inscrit dans le délai préfix de l'art. 2111, est préférable aux hypothèques inscrites, même antérieurement, par les créanciers de l'héritier.

Nous venons d'exposer dans son ensemble la théorie de la séparation des patrimoines, telle que l'a consacrée le Code Napoléon, fidèle à la fois à la tradition romaine et à la tradition française. Il ne nous reste plus qu'une tâche, mais une tâche importante à remplir; c'est la réfutation, non pas du système qui, acceptant comme nous l'héritage du droit romain, pèche seulement par l'interprétation qu'il lui donne, elle est déjà faite, mais des systèmes suivant lesquels les rédacteurs du Code civil auraient trouvé dans l'ancien droit une séparation des patrimoines d'une nature ou d'un caractère nouveau, et

auraient accepté ou complété la transformation opérée. Nous nous livrerons à un examen rapide de ces divers systèmes, qui peuvent se réduire à trois, et nous condenserons dans quelques lignes les arguments qui ne permettent pas de les accepter, car nous ne voulons pas tomber dans des répétitions inutiles, la réfutation de ces théories nouvelles ressortant de l'ensemble de notre travail.

Premier système. — A la différence de la séparation romaine, l'ancienne séparation française laisse subsister tous les effets de la transmission d'hérédité. Elle se rattache au régime des privilèges et hypothèques, puisqu'elle se résume en deux droits de préférence établis au profit de créanciers, qui ont, non un débiteur différent, mais un débiteur commun. En un mot, le lien personnel qui unissait les créanciers héréditaires à l'héritier n'est plus rompu : telle est l'innovation que signalent la plupart de nos anciens auteurs, Lebrun, Pothier, entre autres, et on conclut du silence même gardé par le Code, qu'il n'a pas entendu s'écarter de notre ancienne jurisprudence.

Nous croyons avoir démontré que la base de ce système est fautive. Comment une telle transformation se serait opérée, l'édifice élevé par les jurisconsultes romains sur la fiction prétorienne serait renversé, et nos anciens auteurs ne s'en apercevraient même pas ! Car non-seulement ils ne font pas ressortir cette immense différence entre le droit romain et le droit français, mais ils déclarent à l'envi qu'ils adoptent l'opinion de Papinien. Le vice de leur raisonnement vient donc uniquement d'une appréciation erronée des idées de ce jurisconsulte.

Leur erreur est même si profonde, qu'ils croient opposer aux partisans de Paul et d'Ulpien des arguments décisifs, tirés des règles du pur droit. Pothier seul est judicieux et se voit forcé d'invoquer l'équité, pour empêcher les créanciers du défunt de concourir avec les créanciers de l'héritier sur ses biens personnels; et même le principe étant posé, l'équité suffirait-elle pour écarter ce concours? Il est permis d'en douter.

Aussi ceux-là mêmes qui soutiennent ce système reconnaissent-ils en général qu'il n'est pas juridique. — Mais le législateur de 1804 a fait de Pothier son guide. — Oui, et avec raison : nous n'avons certes pas l'intention de rabaisser cet illustre jurisconsulte, ni de contester le mérite de ses immortels ouvrages. Mais à qui n'arrive-t-il pas de se tromper?

Aliquando bonus dormitat Homerus.

Et n'est-ce pas faire injure à notre législateur que de l'assimiler à un servile copiste, qui, ne sachant démêler le vrai du faux, reproduit aveuglément l'un et l'autre? Du reste, ce système ne s'éloigne pas du nôtre par ses résultats; mais, outre qu'il manque de logique, il a le grand défaut d'ouvrir la porte aux autres systèmes que nous allons combattre, et même de leur fournir de puissants arguments.

Deuxième système. — La séparation des patrimoines laissant subsister l'obligation personnelle de l'héritier, les créanciers du défunt doivent venir en concours sur les biens de l'héritier avec ses créanciers personnels. On ne peut, comme dit Pothier, rétorquer contre les créanciers héréditaires un bénéfice introduit en leur faveur,

et un motif d'équité ne suffit pas pour faire fléchir une règle de droit.

Ce système a sur le précédent l'avantage d'être logique et conséquent avec lui-même ; il le bat avec ses propres armes. Mais nous ne pouvons l'accepter davantage, puisque nous repoussons l'idée sur laquelle il repose. D'ailleurs, même en thèse législative, son mérite nous paraîtrait fort contestable. La raison et l'équité commandent de protéger les créanciers du défunt contre la confusion des patrimoines : s'ils le demandent, on les maintient dans leur droit de gage exclusif sur les biens de la succession, comme si le défunt vivait encore, mais à la condition de renoncer au droit qu'ils ont de concourir avec les créanciers de l'héritier sur ses biens personnels. Mais si on leur permet d'écarter l'application du droit commun dans ce qu'elle a pour eux de défavorable, tout en conservant les avantages qu'elle leur confère, on outre-passe le but qu'on veut atteindre pour tomber dans un excès contraire.

In vitium ducit culpæ fuga.

En effet, ce système ne restitue pas seulement aux créanciers héréditaires leur position primitive, mais il l'améliore aux dépens des créanciers de l'héritier. L'intérêt de ces derniers est-il donc si peu respectable qu'on puisse le sacrifier sans raison légitime ? Mais, objectera-t-on, l'héritier peut rendre pire la condition de ses créanciers, qui ne sont pas fondés par conséquent à se plaindre du préjudice que leur cause la confusion des patrimoines. Il ne faut pas s'abuser sur les principes. Oui, sans doute, il est loisible à chacun de s'adjoindre de nouveaux créan-

ciers. Le débiteur est libre de ses actes, et sa liberté n'est limitée que par la fraude. Ainsi l'héritier peut accepter les successions qui lui échoient, bien que ses créanciers en souffrent, mais c'est précisément pour cela que le législateur ne doit pas venir aggraver leur position, en attribuant exclusivement les biens de la succession aux créanciers du défunt sans les priver du droit de concourir avec eux sur les biens de l'héritier. D'ailleurs, le *régime exceptionnel* ne sera-t-il pas substitué en réalité au régime normal, si les créanciers héréditaires ne courent aucun risque et ne peuvent que gagner à demander la séparation des patrimoines?

Troisième système.— Nos anciens auteurs étaient entrés dans une voie nouvelle, mais d'un pas timide et en hésitant : les rédacteurs du Code l'ont parcourue jusqu'au bout, et ont rattaché franchement la séparation des patrimoines au régime hypothécaire. D'après le Code, le droit de séparation n'est pas autre chose qu'un véritable privilège quand il est inscrit dans le délai de l'art. 2111, mais il dégénère en hypothèque s'il n'est inscrit qu'après ce délai (art. 2113). Voici les conséquences générales de cette organisation. Les créanciers du défunt, inscrits en temps utile, viennent en concours sur les biens de l'héritier avec ses créanciers personnels, mais passent avant eux sur les biens héréditaires. Si tous les créanciers du défunt se sont inscrits dans les six mois de l'ouverture de la succession, rien n'est changé dans leurs rapports respectifs, parce que leurs privilèges sont de même qualité ; mais si les uns se sont inscrits dans les six mois et les autres après, les premiers priment les seconds, parce que le privilège l'em-

porte sur la simple hypothèque. La séparation est investie d'un droit de suite, dont la conservation est subordonnée à une inscription, qui doit être prise avant la transcription de l'acte d'aliénation, art. 6 de la loi du 23 mars 1855. Enfin, elle permet aux créanciers et légataires d'agir pour le tout contre l'un ou l'autre des héritiers, à leur choix (art. 2114-2083).

Tel est le système du Code, et il s'appuie sur la raison non moins que sur les textes. En effet, la confusion des patrimoines menace les créanciers héréditaires d'un triple danger, qui résulte de l'adjonction de nouveaux cocréanciers, du pouvoir d'aliéner de l'héritier, et de la division des dettes. La séparation, pour atteindre son but, doit donc pouvoir frapper le tiers acquéreur, et empêcher la division du gage qui garantit le paiement des dettes héréditaires. Les rédacteurs du Code hésitaient encore, au titre des successions, sur le parti qu'ils devaient prendre; mais ils se décident au titre des privilèges et hypothèques, et l'article 1017, rapproché des articles 2111 et 2113, montre avec évidence qu'ils abandonnent les errements du passé.

Ce système ne laisse pas que de séduire par sa doctrine nette et bien tranchée, mais nous ne pouvons admettre que ce soit celui du Code Napoléon. Sans entamer une discussion qui nous mènerait trop loin, nous ne ferons qu'indiquer les objections capitales sous le coup desquelles il doit succomber. D'abord, en théorie pure, nous lui reprocherions de traiter trop durement les créanciers de l'héritier, et puis n'est-il pas en opposition formelle non moins avec la tradition qu'avec le texte si concluant de l'art. 879? Enfin il mutille le principe de la

division des dettes, que toutes les législations, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours, ont religieusement respecté, et va même contre l'esprit qui a dicté l'article 883, en faisant renaitre les actions récursoires d'héritier à héritier, que cet article a précisément pour but de proscrire.

Arrivé au terme de notre travail, nous restons fermement convaincu que le désordre et la confusion qui règnent en cette matière tiennent à ce qu'on s'est engagé dans une fausse voie, et que la doctrine, livrée à l'arbitraire et à la dispute, ne retrouvera une base et de la fixité qu'à la condition de se retremper dans les sources pures du droit romain.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. L'expression *cautione communi* de la loi 4, *princ.*, D., *De sep.*, se réfère au *pignus prætorium*.

II. La loi 6, *princ.*, *Quibus ex causis*, etc., lib. 42, tit. 3, peut se concilier avec la loi 14, § 2, du même titre.

III. L'antinomie entre la loi 3, § 4, *in fine*, *De minoribus*, etc., lib. 4, tit. 4, D., et la loi 1, § 4, *in fine*, *Quando de peculio*, etc., lib. 15, tit. 2, D., n'est qu'apparente.

IV. L'argument *e contrario* qu'on tirerait de la loi 2, *De sep.*, pour soutenir que la *separatio bonorum* opère une rescision radicale de l'adition d'hérédité, et enlève, par conséquent, à l'héritier la propriété des biens héréditaires, serait dénué de toute valeur.

V. L'hypothèque légale instituée en faveur des légataires par la constitution de Justinien, qui forme la loi 1, *Communia de legatis*, Cod., lib. 6, tit. 43, n'est pas plus étendue que la créance qu'elle garantit.

DROIT FRANÇAIS.

I. La séparation dans le Code Napoléon est restée, du

moins quant à ses bases fondamentales, ce qu'elle était en droit romain et dans l'ancien droit français.

II. L'art. 834 du Code de procédure civile et la loi du 23 mars 1855 sont étrangers au droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines.

III. La séparation des patrimoines est une négation relative et non absolue de la transmission de l'hérédité ; elle ne fait pas obstacle à la division des dettes.

IV. Le créancier hypothécaire du défunt, qui ne s'est inscrit qu'après le décès, l'emporte sur les créanciers chirographaires qui se sont conformés à l'art. 2111.

V. La séparation ne procure pas au créancier héréditaire un droit de préférence sur ses cocréanciers héréditaires.

VI. Les créanciers de l'héritier peuvent faire tomber par l'action Paulienne les acceptations d'hérédité faites en fraude de leurs droits, en vertu du principe général inscrit dans l'art. 1167.

VII. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne dispense pas les créanciers héréditaires de prendre l'inscription de l'art. 2111.

DROIT CRIMINEL.

I. Le fondement du droit de punir réside dans l'idée du juste, combinée avec celle de l'utile.

II. L'art. 365 du Code d'instruction criminelle s'applique en principe à tous les crimes et à tous les délits.

correctionnels, mais il ne régit pas les contraventions de simple police.

DROIT DES GENS.

I. L'étranger jouit en France de tous les droits civils, excepté de ceux qu'une disposition spéciale lui a formellement ou implicitement enlevés.

II. La caution *judicatum solvi* doit être demandée avant toute exception, même avant celle d'incompétence.

HISTOIRE DU DROIT.

I. Les parlements ne furent pas seulement de grands corps judiciaires : ils prirent aussi le rôle que ne surent pas occuper les états généraux.

II. Le gallicanisme des parlements ne tendait à rien moins qu'à l'absorption de l'Église par l'État.

*Vu par le Président de la Thèse,
Doyen de la Faculté,*

C.-A. PELLAT.

Permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie,





