Université de France. Faculté de droit de Lyon. De la Transaction : 1° en droit romain ; 2° dans l'ancien droit français [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Oumé Kendjirô. Université de France. Faculté de droit de Lyon. De la Transaction : 1° en droit romain ; 2° dans l'ancien droit français ; 3° en droit français actuel comparé avec le code civil italien et le projet de code civil japonais, thèse pour le doctorat, par Oumé Kendjirô,.... 1889.

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.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE LYON

MM. CAILLEMER, ✻ doyen, professeur de droit civil;
MABIRE, professeur de droit civil;
GARRAUD, professeur de droit criminel;
APPLETON, professeur de droit romain;
FLURER, professeur de droit civil;
THALLER, professeur de droit commercial;
ROUGIER, professeur d'économie politique;
ENOU, professeur de droit administratif;
AUDIBERT, professeur de droit romain;
COHENDY, professeur de procédure civile;
LESEUR, agrégé, chargé du cours d'histoire générale du droit français;
SAUZET, agrégé, chargé du cours de droit international privé;
BERTHÉLEMY, agrégé, chargé du cours d'histoire interne du droit civil français;
BLONDEL, chargé du cours d'histoire du droit public;
BECQ, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

Président : M. MABIRE, *professeur ;*
Suffragants : MM. CAILLEMER, *doyen ;*
APPLETON, *professeur ;*
AUDIBERT, *professeur.*

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE LYON

DE

LA TRANSACTION

1° EN DROIT ROMAIN

2° DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

3° EN DROIT FRANÇAIS ACTUEL

COMPARÉ AVEC LE CODE CIVIL ITALIEN ET LE PROJET DE CODE CIVIL JAPONAIS

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE JEUDI 11 JUILLET 1889

PAR

OUMÉ KENDJIRÕ

HÔRITSOU-GAKOUSHI DU JAPON

31
9

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

LIBRAIRES-ÉDITEURS

22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

INTRODUCTION

La société fait naître des rapports multiples entre les hommes. Ceux-ci ne pensent pas tous de la même façon; ils n'agissent pas non plus de la même manière. Il y en a même, et il n'y en a que trop, qui ne pensent qu'à s'enrichir aux dépens d'autrui. De là des contestations continuelles. C'est pour juger ces contestations, c'est pour donner à chacun ce qui lui appartient, que la justice est organisée.

Cependant telle est l'imperfection de l'homme qu'il est souvent fort embarrassé de trouver la vérité dans les faits qu'on lui soumet, que, souvent, le juge consciencieux se demande, après avoir rendu un jugement, s'il a bien jugé, si son jugement était bien conforme à la loi.

Cet embarras sera d'autant plus grand que la loi sera imparfaite. Or la loi elle-même est faite par l'homme, être essentiellement imparfait. Comment espérer alors qu'il n'y ait jamais mal-jugé?

Donc les procès sont inévitables, ils se multiplient même à mesure que la civilisation s'avance. Et, puisque

les juges ne sont pas infaillibles, si les uns jugent bien, les autres jugent mal. De là l'incertitude de l'issue de tout procès. Combien de plaideurs voyons-nous tous les jours perdre leurs procès, alors qu'ils s'attendent à les gagner? Pour être juste, il faut ajouter que bien des plaideurs, sans connaître la loi, quelquefois aveuglés par l'amour-propre, s'obstinent à plaider, alors qu'ils n'ont aucune espèce de droit.

Mais, tout cela est fâcheux, d'autant plus que les procès occasionnent des frais, souvent énormes, suscitent des animosités entre les parties. S'il y a un moyen pour éviter tous ces ennuis, tous ces frais, tous ces inconvénients au point de vue de l'ordre social, il faut le recommander autant que possible, de sorte qu'il remplace la voie de combat : la justice.

On a proposé la transaction, et on n'a pas tort. Sans doute, quand un droit est clair, quand les faits ne sont pas compliqués, de deux choses l'une : ou c'est l'adversaire qui a certainement raison ; alors, on n'a qu'à acquiescer ou à se désister, et si c'est avant d'aller en justice, on n'a qu'à exécuter ce que l'on doit. Ou l'adversaire a certainement tort ; alors, s'il s'obstine à réclamer ce qui ne lui est pas dû ou à refuser de faire ce qu'il doit, on n'a qu'à plaider. Dans un cas, ce serait une filouterie, dans l'autre, ce serait une bêtise de transiger. Un jurisconsulte, un avocat manqueraient à leur devoir, s'ils conseillaient de transiger dans de pareils cas.

Même quand la question paraît réellement douteuse, on ne peut pas dire qu'il vaut mieux transiger à tout prix. Nous considérons comme une véritable exagération le passage suivant de Troplong : « On ne perd pas en transigeant, dit le célèbre jurisconsulte ; car, quelque sacrifice que l'on s'impose, on gagne en retour le premier de tous les biens, la tranquillité [1]. » Sans aller jusqu'à dire, avec M. d'Ihering, que, toutes les fois que son adversaire semble être de mauvaise foi, il est un devoir du bon citoyen de plaider coûte que coûte, que transiger dans ce cas, c'est de la lâcheté [2], sans aller jusque-là, disons-nous, si le bénéfice qu'on doit recevoir par la transaction est très minime, si, d'autre part, on a quelque chance de gagner le procès, il est tout naturel qu'on plaide au lieu de transiger.

Mais, lorsque le droit paraît bien douteux et qu'on peut s'accorder moyennant des concessions raisonnables, il vaut cent fois mieux transiger que de plaider. Voilà pourquoi la transaction a été de tout temps l'objet d'une sollicitude toute particulière des législateurs.

En droit romain, la transaction faisait l'objet d'un titre assez long dans le Digeste et dans le Code Justinien : D., *de Transactionibus*, II, XV ; C., *de Transactionibus*, II, IV. Déjà le Code Théodosien et le Code Hermogé-

[1] *Du Cautionnement et des Transactions*, p. 548.
[2] *Le Combat pour le Droit*, trad. de M. Meydieu, pp. 14 et 16.

nien avaient un titre *de pactis et transactionibus*. Ajoutons que les *Sentences* de Paul commencent par un titre *de pactis et conventis*, dont la véritable rubrique paraît être *de pactis et conventis et transactionibus*.

En France, presque tous les anciens auteurs ont écrit quelque chose sur cette matière. Seul, Pothier, parmi les jurisconsultes les plus connus, n'a rien laissé sur la transaction [1]. Ce n'est pas certes qu'il ait dédaigné cette matière comme peu importante ; il annonce même un *Traité des Transactions*, à la fin du *Traité de la Vente* (n° 647). Le temps seul ne lui a pas permis de tenir sa promesse.

Voilà l'explication de l'omission complète de notre matière, si importante, dans les trois premiers projets du Code civil. La transaction ne figurait ni dans le projet de Cambacérès, ni dans celui de Jacqueminot, ni dans celui de la Commission du gouvernement consulaire. Cette lacune fut signalée par plusieurs tribunaux d'appel, de Besançon [2], de Bordeaux [3], de Limoges [4], de Rouen [5]. D'autres tribunaux ne se contentèrent pas de signaler la lacune : ils rédigèrent eux-mêmes des projets sur notre matière. C'est ainsi que le tribunal de Grenoble reproduisit dans onze articles les principales

[1] Nous ne parlons pas bien entendu de son commentaire du Digeste, qui contient tous les titres de ce recueil.

[2] Fenet, III, p. 174.

[3] *Id.*, III, p. 205.

[4] *Id.*, IV, p. 26.

[5] *Id.*, V, p. 548.

dispositions de droit romain concernant la matière [1]. C'est ainsi encore que le Tribunal de cassation [2] écrivit vingt-sept articles copiés surtout sur Domat [3].

Les rédacteurs du Code s'inspirèrent de ce dernier projet et de son origine, de l'ouvrage de Domat. Ils consacrèrent ainsi quatorze articles (2044-2058) à la matière de la transaction, qui forma, dans le Code, le titre XV du livre III. Mais la plupart de ces articles sont inutiles, et cette inutilité même a soulevé bien des questions, car les jurisconsultes sont portés trop souvent à chercher une utilité à toute disposition de la loi. A côté de ces inutilités, il y a de véritables lacunes, réellement regrettables, que nous signalerons dans notre troisième partie en commentant ces articles. Privés de leur guide habituel, Pothier, détournés de leurs travaux législatifs par les circonstances politiques du temps, les auteurs de notre titre *des Transactions*, un des derniers achevés, se débarrassèrent vite d'un travail qui ne les intéressait peut-être pas autant que ceux qui les attendaient.

Le projet de loi sur les *Transactions* fut présenté le 17 ventôse an XII (6 mars 1804) au Conseil d'État par Berlier, en l'absence de Bigot de Préameneu, rapporteur de la section de Législation. Adopté à la même séance, il fut communiqué officieusement le 17 ventôse

[1] Fenet, III, pp. 561-563.
[2] Fenet, II, pp. 743-747.
[3] *Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII.

au Tribunat, qui fit quelques observations. Le 22 ventôse, Bigot de Préameneu fit son rapport au Conseil d'État, qui adopta, le même jour, la rédaction définitive du projet. Le 24 ventôse, Bigot de Préameneu, accompagné de Boulay et de Dupuy, en exposa les motifs au Corps législatif. Le lendemain eut lieu la communication officielle au Tribunat, et le 28 ventôse, le tribun Albisson fit le rapport sur le projet à l'assemblée générale du Tribunat, qui l'adopta à l'unanimité de 54 voix. Le lendemain, le tribun Gillet, accompagné d'Albisson et de Sedillez, porta le vœu du Tribunat au Corps législatif, et en exposa les motifs. Le même jour fut décrété, à la majorité de 218 voix contre une, le projet qui est devenu notre titre *des Transactions*. La promulgation en eut lieu le 9 germinal an XII (30 mars 1804) [1].

Notre pays, encore peu connu en France et dans les autres pays d'Europe, n'a pas encore de Code civil. Avant la Restauration du pouvoir réel de l'Empereur, qui eut lieu, il y a vingt et un ans, la justice était rendue surtout d'après les coutumes et l'équité. Les juges avaient trop souvent un pouvoir discrétionnaire. Ce régime, qui n'a pas manqué de produire quelques magistrats réellement remarquables, était cependant certainement défectueux. Aussi, dès que la civilisation européenne eut commencé à pénétrer au Japon, en même temps que le

[1] Locré, XV, pp. 393 et 394.

pouvoir réel de l'Empereur eut été restauré, on conçut l'idée de rédiger différents Codes à l'exemple de la France, notre pays ami, un de ceux qui ont le plus contribué généreusement au progrès de notre pays, que nous avons la prétention d'appeler prodigieux : ce dont nous sommes et resterons tous sincèrement reconnaissants.

En 1873, on pria M. Boissonade, alors professeur-agrégé à la Faculté de Paris [1], et dont le nom retentissait déjà dans le monde juridique tout entier de la Erance, de venir se charger de la confection des projets de tous ces Codes. M. Boissonade accepta cette délicate mission et se mit à rédiger plusieurs projets de Code. C'est à lui que nous devons nos *Codes pénal* et *de Procédure criminelle*, qui furent tous les deux promulgués le 17 juillet 1880 et rendus exécutoires à partir du 1er janvier 1882 [2]. C'est à lui encore que nous devons notre projet de Code civil, qui est, en ce moment, en discussion au Sénat. Nous confronterons dans notre troisième partie, le Code français et ce projet de Code japonais. Nous y associerons le Code civil italien, car, parmi les

[1] Aujourd'hui professeur honoraire à la même Faculté.

[2] Dans ces deux Codes, dont la rédaction définitive est assez différente de celle de M. Boissonade, on n'a pas tardé à remarquer certaines lacunes et certaines dispositions dont l'application présente quelques difficultés. Aussi a-t-on prié M. Boissonade de préparer des projets de révision, dans lesquels l'éminent jurisconsulte ne s'est pas contenté de reproduire les dispositions de son premier projet. Nous espérons, avec satisfaction, que ces projets savamment rédigés serviront de base à nos *Codes pénal* et de *Procédure criminelle* révisés, qui ne tarderont pas à être votés et promulgués.

nombreuses législations que le savant auteur du projet japonais a consulté, c'est, ce nous semble, le Code italien, qui en a eu le plus l'honneur.

En terminant ces quelques lignes, que nous mettons en tête de notre modeste essai, nous manquerions à notre devoir de reconnaissance, si nous n'adressions pas nos remerciements sincères à M. Accarias, inspecteur général des Facultés de Droit, qui a écrit un ouvrage extrêmement remarquable et justement renommé, sur la matière de la transaction. C'était peut-être très imprudent, et même présomptueux, de notre part, de vouloir écrire après lui sur la même matière. Mais nous avons pensé que même les ouvrages les mieux faits ne représentent généralement que les opinions de leurs auteurs. Et, comme chacun pense plus ou moins différemment, des divergences sont toujours inévitables. Quand nous avons le regret de penser autrement que M. Accarias, peut-être n'avons-nous pas toujours tort. Peut-être n'est-il pas sans intérêt de présenter nos manières de voir à l'examen des lecteurs, à côté de celles du savant professeur. Ajoutons que, depuis le célèbre ouvrage de M. Accarias, la doctrine et la jurisprudence ont un peu changé sur certains points. Il n'était donc pas sans utilité de signaler ces changements.

Voilà ce qui nous a fait affronter les périls de ce combat, car c'est un véritable combat pour un écrivain de

présenter des opinions différentes de celles des autres. Peut-être le champ de bataille n'a-t-il pas été bien choisi pour un début. On nous en excusera au moins, précisément à cause de l'inexpérience d'un débutant.

Nous avons à demander encore une autre excuse à nos lecteurs, et particulièrement à M. Accarias et aux autres auteurs que nous citerons au cours de notre travail. Dans les polémiques, il nous arrivera peut-être, sans que nous nous en apercevions, de nous servir d'expressions peu parlementaires. Cela tient 1° à la forte conviction que nous avons de la vérité des opinions que nous soutenons, et 2° surtout à notre faiblesse dans la langue étrangère où nous écrivons, excuse générale que nous demandons à tous nos lecteurs à tous points de vue.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA TRANSACTION

EN DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES. — DÉFINITION, CARACTÈRES ET PREUVE DE LA TRANSACTION.

1. — On donne deux acceptions aux mots *transactio* et *transigere* [1]. *Lato sensu*, *transigere* signifie *terminer*, *conclure* (L. 1, § 3, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 31, D., *de jurej.*, 12, 2; — L. 3, C., *de fruct. et lit. exp.*, 7, 51)[2].

[1] De *trans* et *agere*, *pousser au delà*.

[2] Nous verrons bientôt que dans la loi 8, D., *de transact.*, 2, 15, ces mots *transactio* et *transigere* ne sont pris que dans cette acception large.

On cite encore les lois 35, D., *de pact.*, 2, 14, et 2, C., *inter alios acta*, 7, 60, comme des textes où ces mots sont pris dans leur signification large (M. Accarias, *Thèse de Doctorat*, Paris, 1863, p. 2). Mais je crois qu'on peut les expliquer à la rigueur en donnant à ces mots leur sens technique. Ces textes s'occupent du partage à l'amiable qu'ils semblent qualifier de *transaction*. Or le partage à l'amiable cache presque toujours une transaction, car il est rare que tous les

Stricto sensu, la *transactio* est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes terminent, moyennant des concessions réciproques, une contestation ou une incertitude qui existait dans leurs rapports entre elles. C'est cette convention que nous allons étudier.

Pour indiquer cette convention que nous appellerons

objets à partager puissent se diviser en parts absolument égales : de là des contestations, et pour arriver à s'entendre, les copartageants sont bien obligés de faire des concessions réciproques : voilà bel et bien une *transaction* proprement dite en droit romain. Cependant il ne faudrait pas exagérer cette assimilation, car les deux actes ne sont pas toujours traités de la même façon. Il est vrai qu'en droit romain, la question de savoir s'il y a transaction ou partage est loin de présenter autant d'intérêts pratiques qu'en droit français. Par exemple, nous verrons que la capacité et le pouvoir de transiger sont les mêmes que ceux d'aliéner ou de s'obliger. Nous verrons aussi qu'il n'y a aucune règle spéciale relative à la clause pénale en matière de transaction, bien qu'on ait quelquefois soutenu le contraire. Les peines particulièrement sévères édictées contre ceux qui contreviendraient à une transaction sur serment s'appliquent aussi, à mon avis, au partage sur serment, car la loi 41, C., *de transact.*, 2, 4, qui édicte ces peines, a le soin de dire : ...*pacta vel transactiones... pactione vel transactione...* Il en est de même de la rescision pour cause de fausseté de pièces : la loi 42, C., *h. t.*, nous dit également : .....*transactiones vel pactiones..... pactiones seu transactiones...* ; de plus, nous verrons que ce n'est là qu'une application de cette règle plus générale, que quand l'erreur porte sur un point déterminant, elle rend toute convention rescindable, et nous voyons cette règle appliquée au partage même, dans la loi 36, D., *fam. ercisc.*, 10, 2, que j'appliquerai par analogie à la transaction. Je réfuterai l'opinion de M. Accarias qui s'efforce d'établir dans ce cas une différence entre nos deux actes. Il n'y a guère donc qu'une seule différence au point de vue de l'usucapion. Nous verrons en effet que la transaction engendre le titre *pro transactione*, tandis que le partage ne donne lieu qu'à l'usucapion *pro suo*. Nous étudierons plus loin l'intérêt pratique de cette différence. On pourrait ajouter, si l'on veut, une autre différence au point de vue de la garantie d'éviction. En effet, nous verrons qu'il n'y a pas de garantie pour la chose litigieuse sur laquelle on a transigé, bien que cette obligation existe pour la chose non litigieuse donnée *transactionis causa*. Puisque dans le partage, il n'y a pas de chose litigieuse, dont la propriété soit contestée, il faut le supposer du moins, il y a toujours lieu à garantie (L. 7, C., *comm. utr. jud.*, 3, 38).

seule désormais *transaction*, les Romains employaient souvent les mots *decidere*, *decisio* (L. 44, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 9, § 2, *in fine*, D., *de minoribus*, 4, 4; — L. 46, D., *de rei vind.*, 6, 1; — L. 7, pr., D., *de cond. furtiva*, 13, 1; — L. 3, § 1, D., *ad leg. Falcid.*, 35, 2; — L. 42, § 1; L. 46, § 5, D., *de furt.*, 47, 2; — LL. 7, 19, 24 et 33, C., *de trans.*, 2, 4; — L. 13, C., de *furt.*, 6, 2; — Paul, *Sent.*, 1, 19, § 2), et *pacisci*, *pactum* (L. 15, D., *de trans.*, 2, 15; — L. 7, §§ 14, 17 et suiv.; L. 10, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 1; L. 6, § 3, D., *de his qui not. inf.*, 3, 2; — L. 3, § 2, D., *de calumn.*, 3, 6; — L. 73, pr., D., *ad legem Falcid.*, 35, 2; — L. 52, § 26, D., *de furt.*, 47, 2; — LL. 9, 11 et 39, C., *de trans.*; — L. 1, C., *de pact.*, 2, 3; — L. 8, C., *de ing. man.*, 7, 14; — L. 5, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45; — I., 2, 22, § 2; — Paul, *Sent.*, 1, 1, §§ 3 et 5; 1, 19, § 2; — Loi des XII Tables citée par Cicéron, *ad Herennium*, II, 13; — Aulu-Gelle, XVII, 2; XX, 1). Sans doute, Ulpien, dans la loi 1, D., *de trans.*, fait une antithèse entre la *transaction* et le *pacte*. Mais il y entend par *pacte* le pacte *de non petendo*, et ce ne serait pas une raison pour dire que le mot *pacte* ne signifie jamais *transaction*. Les nombreux textes que nous venons de citer et dont un grand nombre sont d'Ulpien même, donneraient un démenti formel à une telle assertion. Tout au plus peut-on dire que le mot *pacte* ne désigne pas directement les différentes formes de transaction autres qu'un simple pacte, et dont nous nous occuperons longuement au chapitre suivant.

2. — De la définition que nous venons de donner de la transaction, vont découler les trois caractères suivants:

PREMIER CARACTÈRE. — La transaction est une *convention*. D'où il suit qu'en dehors des règles spéciales à la transaction, on doit observer les règles communes à toutes conventions. C'est par là aussi que la transaction diffère essentiellement du jugement, qui peut être rendu *in invitum* (L. 83, § 1, D., de *verb. obl.*, 45, 1). Nous examinerons plus tard au chapitre IV dans quelle mesure cette comparaison traditionnelle entre la transaction et le jugement est exacte.

3. — DEUXIÈME CARACTÈRE. Il faut qu'il y ait une *contestation* ou une *incertitude* dans les rapports des parties entre elles, à laquelle la transaction a pour but de mettre fin (L. 1, D., *de trans.*). Cette contestation ou cette incertitude peut exister dans trois hypothèses :

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — Il y a procès entre les parties. C'est ici que la contestation est la plus sérieuse et l'incertitude le plus grande en général. En effet, la question de droit qu'on agite dans un procès est souvent controversée, et l'avis peut différer d'un juge à l'autre. Et alors même qu'il n'y aurait pas de question de droit controversable, l'appréciation du juge est souvent difficile à prévoir quant à la question de fait.

La transaction est d'ailleurs possible en tout état de cause. Ainsi elle est possible quand l'affaire est *in jure*, *in judicio*, après le *jussus* du juge [1], et même en appel

[1] Nous allons voir dans un instant que quand il y a *res judicata* la transaction n'est pas possible en principe. D'où l'on peut douter qu'après le *jussus* du juge auquel est attachée l'autorité de la chose jugée, les parties puissent encore transiger. Mais il nous semble certain qu'elles le peuvent ; en effet, pourquoi la transaction n'est-elle plus possible après le jugement ? Parce qu'il n'y a plus cette incertitude qui est un des éléments essentiels de la transaction. Or ici il y

(L. 7, pr., D., *de trans.*; — L. 40, § 1, D., *de pactis*, 2, 14; — L. 23, § 1, D., *de condict. ind.*, 12, 6; — L. 5,

a bien une incertitude, non pas dans le droit du demandeur (et encore, depuis l'introduction de l'appel en matière civile, le droit du demandeur est incertain même après le *jussus*), mais dans le chiffre de la condamnation. Cela résulte d'ailleurs implicitement d'un texte de Paul (L. 46, D., *de rei vindicat.*, 6, 1), qui voit une sorte de transaction dans le fait du défendeur dans une action réelle, de payer la somme fixée par le demandeur sur la foi du serment plutôt que de restituer la chose même : *Ejus rei, quæ per in rem actionem petita, tanti æstimata est, quanti in litem actor juraverit, dominium statim ad possessorem pertinet : transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.* Ce qui ne serait pas possible, si on ne pouvait jamais transiger après le *jussus* du juge. Au surplus, il ne faudrait pas voir une véritable transaction dans l'hypothèse du texte cité, car là, bien que cet élément de l'incertitude puisse exister, il manque cet autre élément, non moins essentiel, des concessions réciproques, que nous ne tarderons pas à voir. En effet, le défendeur qui, lui, consent à payer la somme totale, généralement exagérée, fixée par le demandeur lui-même, et qui peut ainsi être considéré comme ayant fait une concession, ne reçoit rien en retour de son adversaire. Peut-être dirait-on : « Mais si ! il reçoit la propriété de la chose ! » Cette objection sera exacte, si on admet avec la majorité des auteurs français (Pellat, *Principes de la Propriété*, 2e édition, pp. 368 et suiv.; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, II, pp. 1141 et suiv., Ortolan ; *Explication historique des Instituts*, 11e édition, III, pp. 564 et 565) que le *jussus* du juge était déjà exécutoire *manu militari* au temps d'Ulpien, et par conséquent, de Paul aussi. En effet, d'après cette doctrine, le demandeur aurait pu *manu militari* forcer le défendeur à restituer la chose, dans le cas où la restitution est possible, ce qui est notre hypothèse. En ne le faisant pas et en se contentant d'une condamnation pécuniaire, le demandeur aurait fait une concession. Mais nous n'admettons pas cette doctrine qui se fonde surtout sur la loi 68, D., *de rei vindicat.*, 6, 1, le fameux texte d'Ulpien, qui, suivant nous, n'a trait qu'à la matière de fidéicommis (Montagnon, *Thèse de Doctorat*, Lyon, 1883, pp. 52 et s.). Sans entrer dans les détails de cette question si vivement controversée, nous nous contenterons ici d'indiquer trois textes de Paul même (L. 4, § 3, *finium regundorum*, 10, 1 ; — L. 2, D., *de in litem jurando*, 12, 3 ; — L. 73, D., *de fidejussor.*, 46, 1), qui nous semblent montrer assez clairement qu'il n'y avait aucun moyen de forcer le défendeur à restituer la chose en nature. S'il en est ainsi, le payement de la somme, que le demandeur lui-même a fixé sur serment est tout

§§ 3 et 4, D., *de appell.*, 49, 1; — L. 32, C., *de transact.*).

4. — Deuxième hypothèse. Il y a crainte de procès entre les parties. Ici l'affaire n'est pas encore portée en justice, mais il y a entre les parties une contestation qui peut donner lieu à un procès.

Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, il n'est pas nécessaire que l'affaire soit réellement douteuse : il suffit qu'il y ait un doute dans l'esprit des parties. Bien mieux, il n'est même pas nécessaire qu'il y ait chez chacune des parties un doute dans le bien-fondé de sa prétention : on peut valablement transiger, uniquement pour éviter les frais et les embarras d'un procès. En un mot, la seule existence d'un procès ou d'une crainte de procès suffit pour qu'il y ait une transaction valable (L. 65, § 1, D., *de cond. indeb.*, 12, 6 ; — L. 2, C., *de transact.*).

Si la seule existence d'un procès ou d'une crainte de ce que celui-ci peut demander au défendeur. Donc il n'a fait aucune concession. D'ailleurs, même M. Accarias qui soutient que l'exécution *manu militari* du *jussus* était déjà possible au temps d'Ulpien et de Paul, n'admet pas que la transaction dont il est question dans la L. 46, *de rei vindicat.*, soit une transaction proprement dite (Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, II, p. 1142, note 4). Mais du moment qu'on admet que l'exécution *manu militari* était permise au temps de Paul, il nous semble assez difficile de soutenir qu'il n'y a pas une transaction proprement dite dans le texte précité. Peut-être suppose-t-on, bien gratuitement sans doute, que l'appel n'était pas possible dans l'espèce prévue.

M. Appleton (*Histoire de la Propriété prétorienne*, I, n° 170) enseigne une nouvelle interprétation de notre texte, d'après laquelle la délation du serment aurait eu lieu, avant le *jussus*, sur la valeur de la chose. Bien que cette interprétation conduise à des conséquences bien satisfaisantes, l'ancienne interprétation nous paraît plus vraisemblable.

procès suffit, encore faut-il que ce procès ou cette crainte de procès soit sérieuse. En effet, si l'une des parties sait très bien qu'elle n'a aucun droit, mais que, par pur esprit de chicane, elle intente un procès ou menace d'en intenter un, non-seulement elle ne transigera pas valablement, mais même elle sera tenue comme *calumniator* d'une action *in quadruplum* (L. 65, § 1, D., *de cond. indeb.*, 12, 6 [1]; — L. 1, pr. et § 3; L. 3, § 2, D., *de calumn.*, 3, 6) [2].

5. — Troisième hypothèse. Le droit sur lequel on transige est conditionnel ou éventuel. Ici il n'y a point de contestation : les deux parties sont d'accord pour reconnaître l'existence du droit. Mais ce droit est tout à fait incertain [3] : l'incertitude est l'essence même de la condition. Arrivera-t-elle ? ou n'arrivera-t-elle pas ? personne n'en sait rien. Un droit éventuel a quelque chose de plus incertain encore. Les parties peuvent vouloir substituer à cette situation incertaine un droit et

[1] Nous lisons dans ce texte avec la majorité des auteurs (Note sous la loi 65, *de cond. ind.*, édition de Godefroy; Glück, V, p. 16, note 42; Noodt, *Observ.*, lib. II, cap. 16 ; *de Pact. et Trans.*, cap. 3; Accarias, *Thèse*, p. 9) : *Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est*, ET *repetitio dabitur*, bien que la seconde conjonction *et* ne s'y trouve pas ; car autrement, on ne comprendrait pas ce texte. V. cependant Basiliques, 24, 6, 65 : *Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla subesset, non repetitur, nisi evidens calumnia detegatur, et transactio imperfecta sit.*

[2] Si la victime de la *calumnia* a déjà exécuté, la loi 65, *de cond.. ind.*, lui accorde une *condictio*. Mais l'action *in quadruplum* dont il est parlé au texte, étant une action mixte, il est bien évident que, si elle a été d'abord exercée, la *condictio* de la loi 65 ne sera plus possible.

[3] « *Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri*, » dit Justinien (I., 3, 15, *de verb. obligat.* § 4).

une obligation d'ores et déjà certains. La convention qui interviendra à cet effet s'appelait *transaction* en droit romain.

6. — Les textes nous donnent un exemple de transaction sur droit conditionnel en matière de fidéicommis (L. 11, C., *de transact.*; — L. 1, C., *de pactis*, 2, 3). Voici l'hypothèse prévue par le premier de ces deux textes. Un père meurt laissant deux enfants et un fidéicommis avec cette condition que si l'un d'eux décède sans laisser d'enfant, l'autre lui succédera. Chacun des deux frères aura droit à la succession tout entière, à la condition qu'il survivra à l'autre. On ne sait pas seulement qui mourra le premier. Pour substituer à un avantage si incertain un droit plus sûr, nos deux héritiers font une transaction et partagent les biens de la succession, chacun renonçant à tout droit sur la part de l'autre. Cette transaction est parfaitement valable [1].

[1] J'ai lu dans une thèse de doctorat (M. Jaubert, Toulouse, 1878, pp. 17 et 18), qu'il ne suffit pas d'un droit conditionnel pour qu'il y ait transaction, mais qu'il faut un droit contesté. Cette affirmation me paraît tout à fait téméraire en présence des deux textes que j'ai cités, et d'un autre de Paul : *Transacta finitave intelligere debemus, non solum, quibus controversia fuit, sed etiam,* QUÆ SINE CONTROVERSIA SINT POSSESSA (L. 229, D., *de verbor. signif.*, 50, 16). L'auteur de la thèse prétend que la loi 11, C., *hoc tit.*, suppose un litige relatif au fidéicommis, lequel litige, et non le fidéicommis lui-même, ferait l'objet de la transaction. Mais au moins faudrait-il prendre la peine de le démontrer. A mes yeux, le motif qu'on donne (*cum fratrum concordia remoto captanda mortis alterius voto improbabili retinetur*) montre assez clairement que l'unique but de la transaction était de remplacer un droit subordonné à la mort de l'un des contractants par un droit pur et simple. D'ailleurs la loi 229, *de verb. signif.*, tirée de l'ouvrage de Paul sur les fidéicommis ne laisse aucun doute à cet égard. J'ajoute

7. — Nous trouvons dans les textes deux exemples de transaction sur droit éventuel. Le premier se rapporte à l'hypothèse curieuse que voici. Un individu meurt laissant un patrimoine de cent sous d'or, grevé de legs qui en absorbent les trois quarts, c'est-à-dire soixante-quinze. Avant l'adition de l'hérédité, la succession se trouve réduite à soixante-quinze ou au-dessous par suite d'un accident quelconque. Or la Quarte Falcidie se calcule sur la consistance de l'hérédité au moment du décès du *de cujus*, et le pauvre héritier n'aura rien. Voyant qu'il n'a aucun avantage à accepter une telle succession, il ne veut pas l'accepter, ce qui fera tomber tous les legs par contre-coup. Alors les textes disent que les légataires devront faire une transaction avec l'héritier et lui abandonner une portion de l'hérédité pour l'engager à faire adition (L. 73, pr., D., *ad legem falcid.*, 35, 2; — I., 2, 22, *de lege falcid.*, § 2)[1].

8. — Le second exemple se rapproche beaucoup du premier. Il s'agit encore d'une hérédité jacente, qui paraît être insolvable et qu'aucun héritier ne veut accepter. Dans ce cas, les créanciers héréditaires ont bien le

que dans un cas de transaction sur droit éventuel, dont il sera bientôt question, l'auteur que je combats est obligé de reconnaître une transaction, bien qu'il n'y ait pas là non plus de contestation (*Thèse*, pp. 83 et 84). En ce sens: Accarias, *Thèse*, p. 10; Molitor, *Les Obligations en Droit Romain*, 2e édition, II, p. 490.

[1] M. Accarias, dans sa remarquable thèse de doctorat (pp. 11 et 12), nous dit que la transaction dont je viens de parler n'est pas une transaction sur un droit conditionnel, « car qui dit conditionnel suppose un événement que la seule volonté de l'obligé ne suffit pas à empêcher. Or l'adition, qui serait ici l'événement conditionnel, est, en principe, absolument facultatif pour l'héritier. » Cette manière de voir me paraît un peu inexacte. Les conditions dont l'arrivée dépend de la volonté de l'une des parties, et qu'on appelle *potestatives*, ne

droit de vendre l'hérédité en bloc. Mais cette vente en bloc n'est jamais bien avantageuse. Il sera plus avantageux à ces créanciers d'avoir un héritier comme débiteur, même en faisant des remises. D'où un arrangement, qui était probablement très-fréquent, et d'après lequel l'héritier consentait à accepter l'hérédité moyennant des remises consenties par les créanciers.

sont pas toujours nulles. On en distingue deux sortes : l'une, condition PUREMENT *potestative*, et qui ne dépend que de la volonté de l'une des parties, est nulle, comme dit M. Accarias, et si elle dépend de la seule volonté du créancier, l'obligation qu'elle affecte est pure et simple; si elle dépend de la volonté du débiteur, il n'y a pas obligation du tout. Mais l'autre, condition SIMPLEMENT *potestative*, et dont la réalisation dépend à la fois de la volonté de l'une des parties et de l'accomplissement d'un fait qui sera autre chose que la manifestation pure et simple de cette volonté, est très-valable. C'est d'ailleurs ce que le savant auteur semble avoir compris, puisqu'il a ajouté le mot *seule* au mot *volonté* (V. les *errata*), et ce qu'il enseigne en tout cas dans son *Précis de Droit Romain* (3e édition, II, p. 289). [a] Or quand l'héritier fait adition de l'hérédité, peut-on dire que son adition dépend de sa volonté seule ? ne faudrait-il pas dire plutôt qu'il y a là un acte grave, qui engendre, pour l'héritier qui accepte, des droits et des obligations complexes, et qui est autre chose que la manifestation pure et simple de la volonté d'être créancier ou débiteur ? Irait-on jamais prétendre que quand je m'engage à payer une certaine somme si j'accepte la succession de mon père décédé, mon engagement est nul comme subordonné à une condition potestative du côté du débiteur ? Ce qui est vrai c'est qu'il n'y a pas un droit conditionnel dans notre hypothèse et nous sommes d'accord sur ce point; seulement ce n'est pas parce que la condition est potestative, comme le prétend le savant romaniste, mais parce que l'éventualité du droit dans notre hypothèse provient non pas de la modalité qu'on appelle *condition*, mais d'une *conditio juris* qui constitue un élément essentiel du droit.

a. Cependant quand il dit que, dans le cas où la condition dépendra de la seule volonté du stipulant, elle défaudra nécessairement si elle n'est pas encore accomplie au moment de sa mort, il me semble aller contre la L. 48, D., *de verb. obl.*, 45, 1, qui dit : *Si decem, cum petiero, dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio :* ET IDEO LICET DECESSERO PRIUS, QUAM PETIERO, NON VIDETUR DEFECISSE CONDITIO.

Chacun y gagne généralement; car l'héritier peut espérer qu'après les remises consenties par les créanciers héréditaires, il lui restera peut-être quelque chose après le payement des créanciers dans la mesure du dividende convenu. De leur côté, les créanciers ont cet avantage d'avoir un débiteur qui leur promet de les payer jusqu'à concurrence d'une certaine portion de leurs créances, au lieu de vendre l'hérédité en bloc, opération toujours hasardeuse, qui ne leur donnera probablement qu'un rendement dérisoire. Toutefois, il peut arriver aussi que l'arrangement soit regretté, soit par l'héritier, soit par les créanciers. En effet, d'une part, il se peut que les créanciers avec qui l'héritier a traité ne fussent qu'une partie des créanciers héréditaires, et que d'autres créanciers qui n'ont pas été *convoqués* à l'arrangement, et n'y ont pris aucune part, surgissent après l'adition de l'hérédité. L'héritier sera bien obligé de les payer, ceux-là intégralement, sans aucune remise, et ainsi il peut très bien avoir à payer une somme plus forte que le profit qu'il a retiré de l'hérédité. D'autre part, les créanciers peuvent aussi quelquefois regretter cet arrangement, parce que la succession qui paraissait insolvable, était très-solvable, qu'ils pouvaient la vendre dans des conditions plus avantageuses. Il y a donc là des concessions réciproques, cet élément essentiel de la transaction, dont nous parlerons tout à l'heure. Voilà l'opération dont il est question dans les L. 7, §§ 17 et suiv.; LL. 8, 9 et 10, D., *de pactis*, 2, 14; L. 58, § 1, *mandati*, 17, 1; L. 3, § 1, *ad legem falcid.*, 35, 2.

9. — Ainsi, à mon avis, pour qu'il y ait transaction, il faut que le droit sur lequel on traite soit contesté ou

incertain. Et cette contestation ou cette incertitude existe dans trois cas : 1° dans le cas où il y a un procès engagé; 2° dans celui où il y a seulement crainte d'un procès; et enfin 3° lorsque le droit est conditionnel ou éventuel.

Les auteurs sont unanimes [1] pour y ajouter un qua-

[1] Accarias, *Thèse*, pp. 10 et 11 ; Appleton, *Résumé du Cours de Droit Romain*, II, p. 166 ; Molitor, *Les Obligations en Droit Romain*, II, p. 490. M. Maynz (*Cours de droit Romain*, 4e édition, II, p. 581), sans le dire formellement, semble cependant adopter la même opinion, parce qu'il cite la loi 8, D., *h. t.*, après avoir dit que « l'affaire à terminer doit être litigieuse ou au moins *douteuse, quel que soit d'ailleurs le degré de probabilité des droits respectifs des contractants,* » ce qui semble vouloir dire qu'un droit simplement aléatoire, par cela seul qu'il est aléatoire, peut faire l'objet d'une transaction. Je ne connais que la thèse de M. Jaubert déjà citée (pp. 18 et 19), qui s'écarte de l'opinion universelle. Mais la démonstration y laisse beaucoup à désirer. Ainsi l'auteur de la thèse se contente de dire que « pas un mot de la L. 8 ne peut faire supposer qu'il puisse y avoir une transaction quand il n'y a pas de contestation entre les parties. » En d'autres termes, d'après M. Jaubert, la transaction dont parle notre loi 8 porterait sur une contestation. Qu'il me permette cependant d'objecter que presque toute la loi dont il est question ne parle d'aucune contestation, et qu'elle suppose clairement que le seul but qu'on poursuit est de substituer à un droit aléatoire un droit fixe, ferme et dont la quotité soit d'ores et déjà déterminée, ou de changer simplement la nature du droit (notamment, §§ 6, 9, 10, 11, 20, 24 et 25). Mais la preuve la plus éclatante qu'on traite là non pas d'une opération portant sur une contestation, mais bien de toute opération portant sur des aliments, qu'il y ait contestation ou non, résulte du § 20, dont voici la traduction : « S'il s'est élevé un procès au sujet des aliments, et qu'on ait transigé sur le procès, la transaction ne peut valoir sans qu'on ait consulté le préteur : autrement on éluderait le sénatus-consulte, car *on pourrait feindre un procès pour faire la transaction même sans l'autorisation du préteur* (*fingi enim lites poterunt, ut transactio etiam citra prætoris fiat auctoritatem*). » D'ailleurs ce que prétend ici M. Jaubert s'accorde peu avec ce qu'il dit plus loin de la transaction sur des aliments (pp. 71 et 73), où il suppose qu'une convention qui a simplement pour but de modifier la manière d'exécuter un legs d'aliments et qui n'implique nullement l'existence d'une contestation quelconque, tombe sous le coup du sénatus-consulte qui la qualifie *transaction.*

trième cas, où le droit serait simplement aléatoire, en se fondant sur la loi 8, D., *h. t.* Ma conviction est cependant que cette loi 8, bien qu'elle se trouve insérée sous le titre *de Transactionibus* par les compilateurs de Justinien, ne traite certainement pas de la transaction proprement dite. Elle prévoit de nombreux cas où personne n'osera soutenir qu'il y ait une transaction. C'est que, comme nous l'avons vu au début (n° 1), le mot *transactio*, outre le sens technique que nous lui attribuons, a un sens large, où il signifie toute opération mettant fin à une situation juridique pour le remplacer par une nouvelle. Voici ces nombreux cas prévus par la loi 8 et dans lesquels le mot *transactio* est certainement pris dans un sens large.

10. — Premier cas. La loi 8 tout entière s'occupe de la *transactio* sur des aliments et commente un sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle qui défend en principe de faire cette *transactio* sans l'autorisation du préteur. Or, le § 6 est ainsi conçu : « Le sénatus-consulte réprouve la transaction qui a pour but de consommer la somme qu'on payera sur-le-champ. *Que décider donc si l'on* TRANSIGE *sans l'autorisation du préteur pour que ce qui a été laissé par an soit payé par mois ; ou que ce qui a été laissé par mois soit payé par jour, ou enfin que ce qu'on devait recevoir à la fin de l'année soit payé au commencement ?* Je pense que cette *transaction* vaudra : parce que le bénéficiaire des aliments rend sa condition meilleure par une pareille *transaction ;* en effet, ce que le sénatus-consulte défend, c'est d'anéantir la dette alimentaire au moyen de la transaction (... *Quid ergo, si quis citra prætoris auctoritatem* TRANSEGERIT, *ut*

quod per singulos annos erat ei relictum, consequeretur per singulos dies? Quid deinde, si quod consommato anno ut acciperet, initio anni consequatur? Et puto eam TRANSACTIONEM *valere : quia meliorem conditionem suam alimentarius tali* TRANSACTIONE *facit...*). »

Si tous les auteurs que j'ai cités voient une transaction proprement dite dans l'opération prévue par la loi 8, c'est qu'elle a pour but de substituer un droit certain à un droit aléatoire, à une créance d'aliments, qui s'éteint avec la personne du bénéficiaire, c'est qu'en un mot, elle met fin à une incertitude, *res dubia*, pour la remplacer par une situation fixe et certaine. Or, dans l'hypothèse du § 6 que je viens de traduire, il ne s'agit pas le moins du monde de couper court à une situation incertaine, mais simplement de changer un peu le mode ou l'époque de payement, l'incertitude, l'aléat subsistant toujours. Est-ce là une transaction? Je crois que personne ne le soutiendra. En tout cas, la définition ou les définitions de la transaction, — car il y en a plusieurs, — que donnent tous les auteurs ne s'appliquent pas à une opération pareille [1]. Et pourtant, le texte l'appelle formellement *transaction* (*transactio*, *transigere*).

11. — SECOND CAS. Le § 24 de la même loi dit : « S'il a été laissé à quelqu'un à titre d'aliments non pas de l'argent, mais du blé, de l'huile et d'autres choses qui sont nécessaires à la vie, il ne pourra pas en transiger, que ces choses lui aient été laissées par an ou par mois. *Si cependant il a* TRANSIGÉ *sans l'intervention du*

[1] Les auteurs déjà cités ; Accarias, *Précis de Droit Romain*, 3e édition, II, p. 52, note 2 ; Van Wetter, *Cours élémentaire de Droit Romain*, 2e édition, II, p. 188.

préteur pour recevoir de l'argent par an ou par mois à la place de ces choses, sans changer ni le jour ni le mode de payement, mais seulement la nature de l'objet; ou au contraire s'il a fait un pacte pour recevoir en nature les aliments qui lui avaient été laissés en argent; s'il a échangé du vin contre de l'huile, de l'huile contre du vin, ou s'il a fait un changement analogue; s'il a changé le lieu de payement pour recevoir dans un municipe ou dans une province les aliments qui lui avaient été laissés à Rome, ou réciproquement; s'il a changé la personne pour recevoir d'un seul ce qu'il devait recevoir de plusieurs; s'il a accepté un débiteur à la place d'un autre : tout cela est soumis à l'examen du préteur et doit être admis selon l'avantage du bénéficiaire des aliments (... *Si tamen ita sine prætore* TRANSEGERIT, *ut in vicem eorum nummum quotannis, vel quotmensibus acciperet, et neque diem, neque modum permutavit, sed tantum genus: vel ex contrario si pactus fuerit, ut in generibus alimenta acciperet, quæ in nummis ei relicta fuissent: vel si vinum pro oleo, vel oleum pro vino, vel quid aliud commutavit: vel locum permutavit, ut quæ erant ei Romæ alimenta relicta, in municipio, vel in provincia acciperet, vel contra: vel personam* [*commutavit*], *ut quod a pluribus erat acceptu-rus, ab uno acciperet : vel alium pro alio debitorem acceperit...*). »

D'après ce texte, la convention qui a pour but de changer soit l'objet de l'obligation, soit le lieu du payement, soit la personne du débiteur, doit être soumise à l'examen du préteur [1], et le texte l'appelle *transaction* (*transigere*). Mais je crois que personne ne soutiendra qu'il

[1] Nous verrons que dans ce cas la convention n'est pas nulle comme dans les autres cas, si elle a été conclue sans l'autorisation du préteur, mais seulement annulable selon l'intérêt de l'*alimentarius* apprécié par le préteur.

s'agit là d'une transaction proprement dite, car l'opération au lieu de mettre fin à une incertitude, à un aléat, les maintient en changeant seulement un des points que je viens d'énumérer.

12. — Troisième cas. C'est encore un cas de changement d'objet. Le texte qui le prévoit est le § 25 de la même loi: « *Si une certaine somme d'argent par an*, nous dit le texte, *a été laissée pour l'habitation, et qu'on ait* TRANSIGÉ *sans l'intervention du préteur pour qu'une maison soit fournie, la* TRANSACTION *vaudra:* car le résultat voulu par le testateur est fourni, bien que la *transaction* ne donne qu'une habitation sujette à la ruine ou à l'incendie. *A l'inverse si l'on convient de fournir une certaine somme d'argent pour tenir lieu de l'habitation qui avait été laissée, la* TRANSACTION *est valable même sans l'intervention du préteur* (*Si ad habitationem certa quantitas sit annua relicta, et ita sit* TRANSACTUM *sine prætore, ut habitatio præstetur, valet* TRANSACTIO *: quia fructus habitationis præstatur, licet ruinæ, vel incendio subjecta* TRANSACTIO *est. Per contrarium quoque, si pro habitatione, quæ erat relicta, placuerit certam quantitatem præstari;* TRANSACTIO *rata est et citra prætorem.* »

Ainsi ce texte déclare que la convention par laquelle on fournira à l'*alimentarius* un logis à la place de la somme d'argent qui lui avait été laissée pour se loger ou réciproquement, est valable même sans le concours du préteur [1], et elle est désignée par le texte sous le nom de *transaction* (*transactio, transigere*). Et cependant personne n'osera soutenir qu'il y a là une transaction proprement dite, car la convention n'a point pour but de

[1] Nous nous demanderons plus tard si cette différence de traitement entre ce cas et le cas précédent est bien raisonnable.

mettre fin à une incertitude, élément essentiel de la transaction.

13. — Ainsi on voit bien que dans les trois cas, ou plus exactement dans les trois catégories de cas, car chacun en contient plusieurs, il ne s'agit pas du tout de ce que nous appelons *transaction*, convention qui a pour but de mettre fin à une contestation ou à une incertitude existant dans les rapports des parties contractantes entre elles, moyennant des concessions réciproques. Il s'agit là d'une novation ou d'une convention qui y ressemble. Cependant le texte l'appelle toujours *transaction*. Qu'est-ce qu'il faut en conclure? Il nous semble qu'il faut en conclure que dans la loi 8, D., *h. t.*, le mot *transactio*, *transigere*, est pris dans son sens large que nous avons indiqué au commencement (n° 1).

Ce point de vue ne paraît pas avoir échappé à la sagacité du futur inspecteur général des Facultés de Droit. En effet, nous lisons à la page 97 de sa remarquable thèse : « Nous disons, enfin, que *le sénatus-consulte s'applique à toutes conventions à titre onéreux*, mais à ces conventions seules. *Qu'il s'applique à toutes ces conventions, c'est ce qui résulte de la loi* 8, § 15, DE TR., *où l'intervention du préteur est exigée dans des hypothèses qu'on ne peut pas qualifier transactions. Il suit de là que ce mot présente dans le langage du sénatus-consulte une acception beaucoup plus compréhensive que son acception ordinaire*. Ceci d'ailleurs s'explique très-bien, et la place que notre matière occupe au Digeste, n'a rien que de naturel, si l'on réfléchit que, *les aliments étant presque toujours laissés* IN SINGULOS ANNOS, *la convention qu'il faut le plus redouter est celle par laquelle l'*ALIMENTARIUS, *moyen-*

nant une somme immédiatement donnée, ferait remise de tout son droit. Or c'est bien là une véritable transaction (n° 3). »

14. — Ainsi nous sommes d'accord avec M. Accarias pour reconnaître qu'il est question dans la loi 8, D., *h. t.*, non pas de la transaction *stricto sensu*, mais bien de la transaction *lato sensu*. Dès lors, il nous semble qu'on ne peut plus s'appuyer sur ce fragment pour prétendre qu'un droit aléatoire, par cela seul qu'il est aléatoire, peut faire l'objet d'une transaction proprement dite.

Or, c'est précisément ce que fait l'auteur que nous venons de citer. A la fin du passage que nous avons reproduit, il renvoie au n° 3, où il paraît prétendre avoir démontré que la convention qui aurait pour but de transformer une dette d'arrérages annuels payables jusqu'à la mort de l'*alimentarius*, en une dette de somme unique immédiatement exigible, serait une transaction proprement dite.

Or, si nous nous reportons au n° 3 (pp. 10 et 11), nous voyons que le savant auteur n'a trouvé rien de mieux que de s'appuyer, pour défendre cette prétention, que nous considérons comme injustifiable, sur le texte même de la loi 8, texte qui vise, de l'aveu de l'auteur, toutes les conventions à titre onéreux sans exception. Et pourtant, il faut choisir : ou le texte cité vise toutes les conventions à titre onéreux, alors on ne pourrait pas s'appuyer sur ce même texte pour prétendre que l'une des conventions visées par ce texte constitue une transaction; ou le texte ne vise que la transaction, alors on devrait dire que toute novation ou toute convention analogue est une transaction. Puisque l'auteur ne semble pas admettre

cette dernière alternative, — et personne ne saurait l'admettre de bonne foi, — force est pour lui de s'en tenir à la première alternative, c'est-à-dire qu'il doit dire que la convention ayant pour but de substituer à un droit aléatoire quant à sa valeur, un droit plus ferme, ne constitue pas une transaction [1].

15. — Il est donc désormais bien entendu que la transaction dont il est parlé à la loi 8 n'est pas une transaction proprement dite. Or tous les auteurs que nous avons cités et que nous essayons de combattre semblent ne s'appuyer que sur ce texte. Dès lors, cette opinion si répandue, qui voit dans le caractère aléatoire du droit, ne fût-ce que quant à sa valeur, un élément suffisant de la transaction proprement dite, doit s'écrouler par la base.

Peut-être dirait-on que les mots *res dubia*, employés dans la loi 1, D., *h. t.*, sont assez compréhensifs pour embrasser même les droits dont l'existence est certaine, mais la valeur aléatoire. Mais peut-on dire qu'un droit

[1] Si l'on nous demande pourquoi les compilateurs de Justinien ont mis ce texte sous le titre *de transactionibus*, nous nous contenterons de répondre que ces compilateurs qui ont achevé leur œuvre si considérable en si peu de temps (3 ans) sont excusables d'avoir placé sous le titre *de transactionibus* un texte traitant d'un bout à l'autre, de la *transaction*, bien que ce mot n'y fût pas employé dans son sens technique; d'autant plus que ce texte très général s'applique à la transaction proprement dite aussi bien qu'aux autres conventions à titre onéreux. Au reste, il convient de remarquer que la loi 8 est tirée du *De omnibus tribunalibus*, tandis que tous les autres textes d'Ulpien cités sous notre titre appartiennent à l'*Ad Edictum*, à l'*Ad Sabinum*, aux *Disputationes*, aux *Opiniones* ou aux *Responsa*. Il ne serait donc pas étonnant que le même Ulpien eût employé le mot *transaction* dans son sens large dans la loi 8, et dans son sens technique dans les autres fragments. Cf. L. 1, § 3, D., *de pactis*, 2, 14.

dont le chiffre seulement est aléatoire est un droit *douteux ?* Le droit existe *certainement* : ce qu'on ne sait pas c'est le montant exact de la créance. Ce n'est pas quelque chose que l'on puisse comparer au droit litigieux, dont l'existence même est contestée et *douteuse*. Or les textes visent surtout la transaction sur un droit litigieux, — et dans le Code civil (art. 2044), c'est cette opération seule qui est appelée *transaction*, en prenant le mot *litigieux* dans son sens le plus large ; — le seul texte, qui donne une espèce de définition de la transaction, la loi 1, qu'on voudrait invoquer contre nous, après avoir parlé de *res dubia*, ajoute immédiatement : *et lite incerta neque finita*. Il nous semble donc assez difficile d'admettre en l'absence de texte précis que le caractère aléatoire du chiffre du droit suffirait pour constituer le caractère *douteux*, qui est nécessaire pour qu'il y ait transaction.

Si nous avons admis que le caractère conditionnel ou éventuel du droit suffit, c'est que, dans ce cas, le droit est réellement douteux, que son existence même est en suspens ; tandis que quand l'objet du droit est simplement aléatoire, le droit lui-même n'est pas *douteux*, il existe sans aucune contestation. De plus, là, nous avons des textes formels ; ici, nous n'en avons point. Donc on ne saurait assimiler le droit dont le montant est aléatoire à un droit conditionnel ou éventuel[1].

16. — En résumé, pour qu'il y ait transaction, il faut que le droit soit douteux, et ce droit douteux peut

[1] Nous avons vu toutefois que la question de savoir s'il y a transaction ou non présente peu d'intérêt pratique en droit romain (n° 1, 2e note).

être ou bien un droit réellement litigieux, ou bien un droit simplement contesté, ou bien enfin un droit seulement conditionnel ou éventuel, mais il ne suffit pas d'un droit aléatoire quant à son chiffre.

Ce qu'il y a d'essentiel c'est que le droit soit douteux. Si le droit n'est point douteux, il n'y aura pas transaction. Voici la plus importante application de cette idée : c'est qu'il ne saurait y avoir transaction sur la chose jugée (L. 23, § 1, D., *de condict. indebiti*, 12, 6; — L. 32, C., *de trans.* ; — Paul, *Sent.*, 1, 1, § 5). En effet, malgré la possibilité des erreurs judiciaires, c'est un principe universellement admis et absolument nécessaire en pratique, que la chose jugée doit être considérée comme la vérité (L. 56, D., *de re judicata*, 42, 1 ; — L. 207, D., *de regul. jur.*, 50, 17). D'où l'impossibilité de transiger sur une affaire terminée par une décision de justice passée en force de chose jugée. L'auteur de la thèse déjà citée[1] soutient que cette impossibilité est une conséquence non pas de l'idée que la transaction ne peut se faire valablement sur un droit non douteux, mais de cette autre idée, que nous étudierons plus tard, que la transaction est impossible sur une *actio quæ infitiatione duplatur*. Nous combattrons cette opinion plus loin ; nous nous contentons pour le moment d'affirmer qu'il n'y a à nos yeux aucune corrélation entre les deux règles et que cette impossibilité de transiger sur la chose jugée se rattache au caractère non douteux du droit et non point à l'interdiction de transiger sur les *actiones quæ infitiatione duplantur*.

[1] M. Accarias, pp. 13, 14 et 87.

17. — Une fois cette idée admise, qu'il n'y a pas de transaction possible sur la chose jugée, parce qu'alors, il n'y a plus de droit douteux, il faut admettre à ce principe les restrictions suivantes : la transaction est possible :

A. Quand il y a contestation ou doute sur l'existence même du jugement (L. 11, D., *de transact.* ; — L. 23, § 1, D., *de condict. indebiti*, 12, 6) ;

B. Quand la validité du jugement est contestée ou douteuse (*ibidem*) : par exemple quand on prétend que le jugement contient une violation de la loi, qu'il a été rendu par un juge incompétent, qu'il est intervenu entre parties incapables d'ester en justice, que le chiffre de la condamnation n'est pas déterminé, ou que le juge a statué *ultra petita* ;

C. Après le *jussum* du juge et avant la condamnation définitive (n° 3) ;

D. Après la condamnation, si l'appel a été ou peut encore être interjeté (*ibidem*) ;

E. Si la *restitutio in integrum* a été ou peut être demandée (L. 32, C., *de trans.*) ;

F. S'il y a doute ou contestation sur la recevabilité de l'appel ou de la *restitutio in integrum* ;

G. S'il y a également doute ou contestation sur l'interprétation du jugement.

Peu importe d'ailleurs, pour que le jugement fasse obstacle à la transaction, qu'il soit une *sententia* du juge ou un *decretum* du magistrat, pourvu qu'il émane d'une autorité compétente.

18. — Toutefois, pour que la transaction ne produise pas d'effet après un jugement souverainement rendu, il

faut qu'il ne soit pas connu des parties au moment de la convention. Car autrement, de trois choses l'une : ou les parties qui avaient connaissance du jugement ou soupçonnaient son existence au moins, n'étaient pas d'accord ou conservaient encore des doutes sur l'existence, la validité ou l'interprétation du jugement, ou sur la recevabilité de l'appel ou de l'*in integrum restutitio* ; alors, comme nous venons de le voir, la transaction est parfaitement valable. Ou les parties ont voulu faire et recevoir une libéralité ; alors la convention, nulle comme transaction, pourra être valable comme donation : *Post rem judicatam pactum*, nous dit Paul, NISI DONATIONIS CAUSA INTERPONATUR, *servari non oportet* (*Sent.*, 1, 1, § 5). Ou enfin, les parties ont pu vouloir faire une véritable transaction sur l'obligation naturelle que laisse substituer le jugement[1] ; alors, selon moi, cette transaction est valable,

[1] La question de savoir si le jugement laisse subsister une obligation naturelle est vivement controversée. Cette controverse a pour cause principale la contradiction, à mon avis apparente, des textes de Paul, qui paraissent reproduire l'opinion de Julien (LL. 28 ; 60, pr., D., *de condict. indeb.*, 12, 6), et de celui de Tryphoninus (L. 13, D., *Quibus modis pignus*, 20, 6). En effet, d'après les premiers textes, le payement fait par le débiteur injustement absous n'est pas sujet à répétition, parce qu'il y a à sa charge une obligation naturelle (*natura tamen debitor permanet* : L. 60, pr., *de cond. ind.*). Mais, selon le texte de Tryphoninus, le jugement d'absolution a pour effet d'éteindre l'hypothèque qui garantissait l'obligation du défendeur, alors même qu'il serait prouvé qu'il a été injustement rendu. D'où l'on serait tenté de conclure que le jugement ne laisse jamais subsister d'obligation naturelle, car Ulpien nous dit : *Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit* (L. 14, § 1,D., *de pignor. et hypoth.*, 20, 1). Sans entrer dans les détails de la discussion, j'indiquerai ici ma conviction et j'essaierai de la justifier sommairement. A mon sentiment, ces textes qui semblent au premier abord contradictoires, se concilient aisément. On sait qu'en droit romain, l'expression d'*obligation naturelle* (*naturalis obligatio*) était des plus mal définies et qu'elle n'indiquait pas du tout une obligation dont les effets fussent toujours les mêmes (V. cependant Mas-

et nous verrons même dans le chapitre suivant qu'un simple pacte de transaction ainsi intervenu sur une obli-

sol, *De l'Obligation naturelle*, 2e édit., *Introduction*, pp. VI et suiv.). Il y en a qui produisent à peu près les mêmes effets qu'une obligation civile, sauf le défaut d'action qui est de l'essence de l'obligation naturelle. Il y en a d'autres qui en produisent seulement quelques-uns. Cela étant, je dirai que le jugement laisse subsister une obligation naturelle, comme le dit Julien, rapporté par Paul dans la loi 60. Cette obligation naturelle, comme il est dit dans la loi 28, a pour effet d'empêcher la répétition du payement volontairement fait (*sua sponte*) ; et je pencherais à croire que la loi 60, pr., ne dit pas autre chose. Mais cette obligation naturelle n'a pas en principe pour effet de laisser subsister l'hypothèque qui garantissait l'obligation du défendeur injustement absous, comme le dit très-bien Tryphoninus dans la loi 13, *quibus mod. pig.* Ainsi interprétés, ces trois textes se concilient très-bien et les décisions qui y sont contenues s'expliquent parfaitement. En effet, il y a ici deux notions, en présence l'une de l'autre : l'équité et la nécessité pratique. La première de ces deux notions voudrait que quand par suite d'une de ces erreurs judiciaires inévitables et assez fréquentes, une partie a été injustement condamnée ou absoute, elle puisse recevoir la restitution de ce qu'elle a indûment payé ou qu'elle paye ce dont elle a été injustement libérée. Mais la notion de la nécessité pratique s'oppose à ce que le perdant puisse forcer directement ou indirectement le gagnant à obéir à la seule notion de l'équité, car alors cette fiction absolument nécessaire : *Res judicata pro veritate accipitur* (L. 207, D., *de reg. juris*, 50, 17), ne serait qu'un vain mot. D'où cette solution parfaitement juste, à savoir que si le gagnant paye volontairement ce qu'il doit au perdant en reconnaissant le mal-jugé de la sentence rendue en sa faveur, il ne peut plus le répéter et il ne sera pas considéré comme donateur ; mais que le jugement d'absolution ne laisse pas en général subsister l'action hypothécaire qui garantissait l'action principale, car alors le demandeur aurait toujours le moyen civil et énergique de poursuivre l'exécution de son droit, ce qui porterait atteinte à l'autorité de la chose jugée. Si c'était bien là la solution du droit romain, comme j'en suis convaincu, et que cette solution fût fondée sur les motifs que j'ai indiqués, comme cela ne me semble pas douteux non plus, il m'est bien facile de me fixer sur les autres effets que pouvait produire l'obligation naturelle qui subsistait après le jugement. Le principe est que toute satisfaction volontaire donnée par le gagnant au perdant est valable, tandis que les moyens de coercition directs ou indirects ne sont point possibles contre le gagnant. D'où les conséquences suivantes. D'un côté, les garanties réelles ou personnelles fournies volontairement, la novation et la transaction consenties librement et avec connaissance de cause par le gagnant, sont valables comme

gation naturelle l'éteint *ipso jure*, contrairement à ce qui arrive habituellement pour les obligations civiles. Si le texte cité ci-dessus de Paul et les autres relatifs à la matière ne parlent point de cette hypothèse, c'est évidemment qu'elle n'était pas pratique. Qu'on ne m'objecte pas que quand les parties ont reconnu le mal-jugé, il n'y a telles. D'autre part, le perdant ne peut pas retenir ce que le gagnant a payé par erreur, par exemple, ignorant le jugement rendu en sa faveur ; il ne peut non plus opposer la compensation de cette obligation naturelle quand il sera poursuivi pour une autre dette (L. 14, D., *de compens.*, 16, 12). Voilà le principe avec ses conséquences. Ce principe si raisonnable, reçoit des exceptions non moins raisonnables, quand il s'agit de jugements d'absolution fondés sur certains vices de procédure comme la *plus-petitio*, ou sur ce que le défendeur n'a qu'une obligation naturelle, par exemple en vertu du sénatus-consulte Macédonien. Dans ce cas en effet, l'équité voudrait plus impérieusement que dans les autres cas, que le défendeur absous exécutât son obligation, et d'un autre côté, l'autorité de la chose jugée ne serait pas atteinte, si on avait des moyens indirects de le forcer à payer. Voilà évidemment l'idée dont sont partis les jurisconsultes romains lorsqu'ils décident que l'absolution fondée sur la *plus-petitio* laisse subsister l'action hypothécaire ou de gage qui garantissait l'action perdue par la *plus-petitio* (L. 27, D., *de pignor. et hypoth.*, 20, 1), et que le payement fait par l'*ex-filiusfamilias* qui avait été absous en vertu du sénatus-consulte Macédonien, n'est pas sujet à répétition (L. 40, D., *de cond. ind.*, 12, 6).

Voilà l'opinion qui me semble seule vraie. Elle est au fond celle qui paraît la plus accréditée aujourd'hui (Machelard, *Des Obligations naturelles*, pp. 336 et s. ; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, pp. 886 et s.). Cependant ces auteurs veulent voir dans l'hypothèse de la loi 60, pr., *de cond. ind.*, une de ces hypothèses exceptionnelles où le jugement d'absolution laisse une obligation naturelle plus énergique que dans les cas ordinaires. Cette conjecture, qui, en soi, n'a rien de déraisonnable, ne me semble point démontrée par les termes employés au texte et suppose bien des choses qui ne s'y trouvent pas exprimées. Il me paraît plus simple de supposer, comme je l'ai dit plus haut, que le débiteur a payé en connaissance de cause. M. Accarias semble nier que l'impossibilité de répéter le payement volontairement fait, soit suffisante pour qu'on puisse dire qu'il y a obligation naturelle, oubliant peut-être qu'il n'y a pas de payement possible sans dette, au moins naturelle, idée qu'il expose cependant d'une manière implicite quand il explique la théorie des obligations naturelles en général (II, p. 792).

plus ni doute ni contestation ! En effet, lorsqu'il y a un jugement inattaquable rendu en faveur de l'une des parties, quand même cette partie elle-même reconnaît maintenant que ce jugement a été mal rendu ; on peut raisonnablement conserver encore un léger doute sur la question de savoir s'il y a mal-jugé, puisque la partie qui reconnaît aujourd'hui ce mal-jugé, soutenait, hier encore, énergiquement que le droit était de son côté, et a réussi à convaincre le tribunal.

19. — Ainsi M. Molitor (*Les Obligations en Droit Romain*, 2e édit., II, p. 491) commet deux erreurs en sens contraires, lorsqu'il dit « qu'il faut pour qu'il y ait lieu à répétition, que la partie dont les droits étaient établis par une décision souveraine, *ait contesté l'existence de cette décision, car si malgré la connaïssance qu'elle en aurait eue, elle avait transigé sans qu'aucune contestation se fût élevée sur la validité du jugement, elle serait censée avoir fait une remise volontaire, une donation.* » En effet, d'un côté, comme nous venons de le voir, si les parties ont transigé malgré la connaissance qu'elles avaient du jugement, on ne peut pas affirmer qu'il y a là une donation, car la partie gagnante a pu vouloir réparer au moins partiellement une erreur judiciaire par une transaction et transformer ainsi une obligation naturelle en une autre obligation qui sera généralement civile, ou l'exécuter par une dation immédiate. D'autre part, c'est une grave erreur de dire qu'il faut qu'il y ait contestation sur l'existence ou la validité du jugement, pour qu'il y ait lieu à répétition de ce qui aura été payé en exécution de la prétendue transaction, parce qu'autrement, il y aurait donation. En effet, nous avons

vu que quand il y a contestation sur l'existence ou la validité du jugement, la transaction, loin de donner lieu à répétition comme le prétend le savant auteur belge, est parfaitement valable, ce dont d'ailleurs M. Molitor aussi paraît convenir quelques lignes après.

20. — On se demande si la *confessio in jure*, comme le jugement, peut faire obstacle à la transaction. Il me semble qu'il n'y a pas de doute possible : il faut répondre sans hésitation : oui ! dans le cas du moins où un jugement, d'après les idées que je viens de développer, empêcherait la conclusion d'une transaction valable, c'est-à-dire dans le cas où l'existence ou la validité de la *confessio* ne serait pas révoquée en doute, et où la somme due serait précisée. En effet, outre que, dans ce cas, la *confessio in jure* est assimilée au jugement (L. 56, D., *de re judic.*, 42, 1 ; — L. 1 ; L. 6, pr., D., *de confessis*, 42, 2), cette incertitude, élément essentiel de la transaction, y fait défaut. Il en faut dire autant du cas où le demandeur reconnaîtrait *in jure* le bien-fondé de la défense.

Que dire maintenant du serment déféré par les parties, prêté ou refusé? A mon avis, il faut dire toujours la même chose : s'il n'y a ni contestation ni doute sur l'existence ou la validité du serment ou du refus de serment, et que, dans le cas où le serment a été prêté par le demandeur, le montant soit bien précisé, il n'y a plus transaction possible, car il y a ici exactement les mêmes raisons que dans le cas précédent (L. 1 ; L. 2; L. 9, pr., D., *de jurej.*, 12, 2 ; — L. 13, D., *quibus modis pignus*, 20, 6 ; — L. 56, D., *de re judic.*, 42, 1 ; — L. 1, pr., D., *quar. rer. act.*, 44, 5).

21. — Quant aux moyens par lesquels on fera valoir la nullité ou plutôt l'inexistence d'une transaction contraire aux notions précédentes, nous les étudierons en traitant de la nullité de la transaction en général.

22. — Troisième caractère. La transaction suppose des *sacrifices réciproques* des parties. Ces sacrifices peuvent consister :

1° Dans l'abandon total de la prétention de l'une des parties, moyennant une dation ou un engagement de la part de l'autre ;

2° Dans l'abandon partiel de la prétention de chacune des parties.

23. — Ce caractère de la transaction est formulée dans la loi 38, C., *h. t.* : *Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit.* On conjecture que cette loi aura été détachée de la loi 3, C., *de repud. vel abst. hered.*, 6, 31. Voici l'hypothèse prévue dans ce dernier texte. Un héritier sien, omis dans le testament de son père, attaque ce testament comme *injustum*, et *in jure*, il déclare ne rien réclamer de la succession de son père, non pas à titre de donation, mais à celui de transaction. Les empereurs Dioclétien et Maximien, répondant au consultant, décident que cette déclaration est nulle et qu'on ne peut pas opposer l'exception de pacte à l'héritier qui intentera plus tard la pétition d'hérédité, parce que, d'une part, on ne renonce pas à une succession déjà acquise ; or dans l'hypothèse, l'héritier étant un héritier sien, est investi de plein droit de la succession, et il ne peut plus se prévaloir du *jus abstinendi*, par cela seul qu'il a attaqué le testament

comme *injustum*, ce qui constitue un acte d'immixtion de sa part. D'autre part, et c'est là qu'apparaît le caractère de la transaction, les empereurs motivent la nullité de la déclaration de l'héritier par cette raison qu'il n'y a là ni donation, car on ne fait pas de donation sans l'intention de libéralité, ni transaction, car la transaction suppose nécessairement une dation, une rétention ou une promesse, ce qui fait défaut dans l'espèce.

24. — Cette formule des L. 38, *de trans.*, et L. 3, *de repud. vel abst. hered. : Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit*, doit être complétée par quelques observations.

Ainsi dans la loi 3, *de rep. vel abst. hered.*, les empereurs se placent dans l'hypothèse où le demandeur abandonne tout ou partie de sa prétention. Mais il va sans dire que l'on peut supposer la même chose du côté du défendeur, qui pourra, lui aussi, abandonner complètement sa prétention, même avant tout procès, et donner satisfaction à la réclamation de son adversaire, sauf à recevoir en retour une dation ou un engagement. C'est l'hypothèse prévue dans la loi 9, C., *h. t.*

25. — De même, d'après la formule ci-dessus, il faudrait qu'il y eût ou bien une dation, ou bien une rétention, ou bien un *promissum*. Ce mot *promissum*, dans son sens rigoureux, indique une obligation consentie dans un contrat *verbis*, dans la *stipulatio* proprement dite. Mais ici il est employé pour désigner d'une manière générale un engagement quelconque ; il est certain qu'un engagement pris dans un simple pacte suffit pour

qu'il y ait transaction (L. 28, C., *h. t.*). Cet emploi large du mot *promittere* se rencontre dans le langage du Bas-Empire. V. L. 41, C., *h. t.*

26. — Enfin, il suffit d'un engagement quelconque pour qu'il y ait transaction. Ainsi l'engagement de ne pas réclamer ce qui est dû par l'une des parties à l'autre, ou ce qu'on prétend tel, soit qu'il soit suivi d'une acceptilation, soit qu'il reste à l'état de pacte *de non petendo*, peut très-bien être considéré comme l'équivalent de l'abandon du droit litigieux sur lequel porte la transaction [1].

27. — C'est ce dernier caractère, nécessité des concessions réciproques, qui distingue la transaction de plusieurs autres actes qui ont aussi pour but de prévenir ou de terminer un procès, ce sont :

1° La remise de dette gratuite. Ici la convention a pour cause l'intention de faire une libéralité, tandis que dans la transaction, chacune des parties fait des concessions pour échapper à la perte totale, ou tout au moins qui peut être plus considérable, de ses droits. Dans le premier cas, l'idée de sacrifices réciproques fait complètement défaut; dans le second, au contraire, elle est de l'essence même de la convention. C'est évidemment pour cela que Papinien se refuse à voir une transaction dans l'hypothèse de la loi 29, § 1, D., *de donat.*, 39,5. Voici cette hypothèse : L'ex-pupille a déclaré *in jure* qu'il ne

[1] On a soutenu (M. Accarias, *Thèse*, p. 18 ; M. Dumas, *Thèse de doctorat*, Paris, 1871, p. 15) que la loi 35, C., *h. t.*, faisait allusion à notre cas par ces mots : *actione perempta*. Mais il me semble plus naturel de supposer qu'il s'agit là de l'action objet de transaction qu'on laisse périmer.

lui est rien dû par les héritiers de son ancien tuteur. Le jurisconsulte dit qu'on peut y voir une donation, mais non une transaction, évidemment parce qu'il n'y a pas de concessions réciproques ;

2° Le désistement pur et simple, acte par lequel le demandeur abandonne son action en reconnaissantle mal-fondé de sa prétention, et qui, par conséquent, n'implique point l'idée de concessions réciproques ;

3° L'aquiescement pur et simple par lequel le défendeur reconnaît que la réclamation de son adversaire est bien fondée, et qui, par conséquent, exclut aussi l'idée de sacrifices réciproques [1] ;

4° Le compromis, convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre le différend à la décision d'un tiers. Cette convention ne suppose pas non plus des concessions réciproques, parce que l'arbitre peut donner complètement raison à l'une des parties ;

5° Le serment extrajudiciaire. On le compare quelquefois à la transaction (L. 2, D., *de jurej.*, 12, 2 : *jusjurandum speciem transactionis continet*), parce qu'il contient, lui aussi, une concession consistant à laisser l'autre partie juge de sa cause, sur la foi du serment. Seulement, cette concession n'est pas réciproque et celui qui prête le serment triomphe complètement dans la plupart des cas, ce qui le sépare de la transaction. Sans doute, si le refus de celui à qui l'on a déféré le serment pouvait déterminer sa perte comme dans un serment judiciaire, on pourrait dire qu'il y a des concessions réciproques. Mais

[1] Je dis *désistement* PUR ET SIMPLE, *acquiescement* PUR ET SIMPLE, parce que la transaction peut très-bien revêtir la forme de désistement ou d'aquiescement.

le refus n'a pas un tel effet dans un serment extrajudiciaire (L. 5, § 4, D., *de jurej.*, 12, 2).

28. — Il est à peine besoin de parler de la preuve de la transaction : toutes les règles du droit commun s'y appliquent. Ainsi c'est à celui qui invoque la transaction, soit comme demandeur, soit comme défendeur, à prouver l'existence et l'étendue de cette transaction (L. 9, § 3, D., *de trans.*; — L. 11, C., *de condict. indeb.*, 4, 5).

De même, les modes de preuve sont l'écriture, le témoignage, l'aveu et le serment. Depuis Justinien, lorsque la volonté des parties a été de constater la transaction par écrit, la convention ne sera parfaite qu'après la rédaction de l'écrit (L. 17, C., *de fide instrum.*, 4, 21).

Enfin le juge doit s'attacher plus à l'intention des parties qu'à la lettre de l'écrit. Cette règle du droit commun, formulée dans la loi 1, C., *plus valere quod agit.*, 4, 22, reçoit une application curieuse en matière de transaction dans la loi 21, C., *h. t.* Ce texte suppose une transaction qu'on cache sous le manteau d'une vente. Par exemple, Primus commet un dol; Secondus, la victime du dol, veut le poursuivre *de dolo*. Primus lui propose une transaction, dans laquelle il lui donnera son immeuble, moyennant quoi Secundus abandonnera sa poursuite. Mais comme nous le verrons au chapitre III, la transaction sur l'action *de dolo* entraîne l'infamie. Pour éviter ce résultat, Primus exige que la convention soit qualifiée *vente*, avec un prix fictif. Plus tard, il s'avise d'intenter l'action *venditi* pour réclamer ce prix fictif. Les empereurs Dioclétien et Maximien décident avec raison que la demande devra être repoussée.

Voilà du moins comment nous comprenons la loi 21.

Tel n'est pas cependant l'avis général [1]. On enseigne généralement qu'il y a réellement dans l'hypothèse de cette loi une somme d'argent promise par celle des parties qui garde la chose litigieuse par suite d'une transaction. Cette interprétation, quoique fort répandue, nous semble inadmissible. En effet, si dans cette hypothèse, les parties ont désigné leur convention sous le nom de vente, celle qui a abandonné sa prétention, devra être considérée comme ayant vendu son droit litigieux sur la chose, et avoir ainsi l'action *venditi* pour réclamer le prix. Or les auteurs du rescrit déclarent catégoriquement : *Frustra* FICTI PRETII, *postulatur numeratio*, ce qui ne permet même pas de supposer la possibilité d'une autre action, comme veulent l'admettre les auteurs que nous avons cités. Ajoutons que dans ce cas, il serait inexact de dire que le prix soit *feint*.

[1] Note sous la loi 21, C., *de trans.*, Edition de Godefroy ; Accarias, *Thèse*, p. 20.

CHAPITRE II

DES FORMES DE LA TRANSACTION

29. — La transaction a pour but de créer, de transmettre ou d'éteindre des droits, réels ou personnels. Mais par elle-même, elle n'est ni un contrat, ni un mode de translation, ni un mode d'extinction des droits. Donc pour qu'elle produise effet, il faut en principe qu'elle revête la forme d'un contrat ou d'un mode légal, qui existe indépendamment de toute transaction.

Étudions ces modes et ces contrats appliqués à la transaction, en nous plaçant successivement : 1° au point de vue du droit sur lequel on veut transiger, et 2° au point de vue de celui auquel on veut donner naissance en échange de l'abandon total ou partiel de la prétention en question.

SECTION I

DU DROIT OBJET DE TRANSACTION

30. — Le sort du droit objet de transaction diffère suivant qu'il s'agit d'un droit déjà déduit *in judicium*, ou non. D'où deux paragraphes d'étude.

§ 1. — DU DROIT NON DÉDUIT *in judicium*.

31. — Cette partie comprend à la fois l'étude du droit sur lequel on transige avant qu'il ait fait l'objet d'aucun

procès et celle d'une action pendante devant le magistrat et sur laquelle la transaction intervient avant la *litis contestatio*.

Nous avons vu dans le chapitre précédent (n° 22) que celui qui prétend avoir un droit peut par transaction l'abandonner entièrement ou partiellement, ou le voir consacré et reconnu par son adversaire. Examinons donc ces deux cas l'un après l'autre.

I. — Abandon total ou partiel de la prétention objet de transaction.

32. — Il est de principe en droit romain que tout droit peut s'éteindre par le même mode qu'on a employé pour le faire naître (L. 80, D., *de solut.*, 46, 3; — LL. 35, 100, 153, D., *de reg. jur.*, 50, 17). D'où les deux conséquences suivantes :

1° Si le droit que le demandeur (ou celui qui jouerait ce rôle si l'affaire allait en justice) [1] prétend avoir, est né des *verba*, pour que l'abandon de ce droit produise son effet *ipso jure*, il faut qu'il résulte aussi des *verba*, de l'acceptilation [2] ;

[1] Je l'appellerai désormais toujours *demandeur*, pour commodité de langage ; de même j'appellerai *défendeur* celui qui devrait jouer le rôle inverse.

[2] Un auteur considérable (Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, II, p. 742, note 3) prétend que l'acceptilation n'est possible même dans ce cas qu'autant que le litige ne porte pas sur l'existence même de la créance, car, dit-il, pour prouver qu'elle a produit son effet, il faudrait d'abord prouver que la créance a existé, ce qu'on s'interdit de faire par la transaction. Cette opinion me paraît très-contestable. En effet, cette acceptilation a pour effet d'éteindre l'obligation en supposant qu'elle existe ; et qui contestera son existence après l'acceptilation ? Le prétendu créancier ? Mais il s'en gardera

2° Lorsque ce droit résulterait d'une simple convention, d'un simple pacte, il peut aussi s'éteindre *ipso jure* par un simple pacte. Ainsi les obligations qui résulteraient d'un contrat consensuel, vente, louage, société ou mandat, peuvent être éteintes *ipso jure* par un simple pacte intervenu avant toute exécution ou après avoir remis les choses à leur premier état (L. 27, § 2; L. 58, D., *de pactis*, 2, 14; — *L. 72, pr., in fine, D., de contr. empt.*, 18, 1; — L. 3, D., *de rescind. vend.*, 18, 5; — L. 2, C., *quando lic. ab empt. disc.*, 4, 45). De même, l'obligation naturelle[1] qui résulterait d'un pacte nu peut s'éteindre *ipso jure* par un nouveau pacte. Nous allons voir d'ailleurs que toute obligation naturelle s'éteint *ipso jure* par un simple pacte *de non petendo*[2].

bien, car c'est lui qui a toujours prétendu que la dette existait, et cette prétention a occasionné la transaction qui a dû lui procurer un avantage. Le prétendu débiteur ? Mais il a promis de ne plus parler de l'ancienne dette et la loi de la convention lui défend de contester maintenant l'existence de cette ancienne dette, bien qu'il puisse avoir intérêt à dire que l'acceptilation n'a pas produit son effet vu la non-existence de la dette, pour n'être pas tenu par l'action *præscriptis verbis*, qui résulterait de l'acceptilation *ob rem*. J'ajouterai que si le raisonnement de l'honorable inspecteur général des Facultés de Droit était exact, il faudrait dire que la stipulation aquilienne n'est pas non plus possible toutes les fois que la contestation porte sur l'existence même du droit, car la stipulation aquilienne qui n'est qu'une formule de novation suppose l'existence du droit. Au reste, l'auteur que je combats a admis la possibilité de cette acceptilation dans sa remarquable thèse que j'ai tant citée (pp. 22 et 23).

[1] La question de savoir si un *nudum pactum* fait naître une obligation naturelle est controversée. Mais pour ne pas faire trop de digressions, je m'abstiens de discuter ici la question, qui ne me paraît guère sérieusement controversable, et dont la solution importe d'ailleurs fort peu pour l'exactitude de la règle posée au texte.

[2] On sait qu'il y a deux sortes de pactes *de non petendo :* le pacte *de non petendo* IN REM et le pacte *de non petendo* IN PERSONAM. A la rigueur, on peut dire que tous deux peuvent être employés *transigendi animo*. Mais le pacte *de non petendo in personam* consenti *transigendi animo* sera extrêmement rare et nous supposerons dans cet ouvrage que le pacte *de non petendo* est toujours *in rem*.

33. — A l'inverse :

1° Si la prétention sur laquelle on transige est fondée sur toute autre cause que le contrat *verbis*, l'acceptilation est impuissante en principe pour l'éteindre *ipso jure :* elle n'a d'effet que comme pacte et elle n'engendre en général qu'une *exceptio doli mali* ou *pacti conventi* (L. 19, pr., D., *de accept.*, 46,4);

2° Un pacte de transaction intervenu pour mettre fin à la prétention fondée sur une autre cause qu'un simple consentement ne produit pas l'extinction *ipso jure*, mais *exceptionis ope* seulement, sauf les exceptions que nous allons voir.

34. — D'après ce que nous venons de voir, il paraîtrait que quand l'obligation à éteindre serait née d'une cause autre qu'un contrat *verbis* ou un pacte, il n'y aurait aucun moyen de l'éteindre *ipso jure*. Mais il ne faut pas oublier qu'on peut nover toute obligation et la transformer en une obligation *verbis* au moyen d'une stipulation. Une fois transformée ainsi en une obligation *verbis*, il est facile de l'éteindre *ipso jure* par l'acceptilation (I., liv. 3, tit. 29, § 1).

35. — C'est dans le même but qu'on a imaginé la stipulation Aquilienne, due à Aquilius Gallus, collègue et ami de Cicéron. Elle permet de transformer toute espèce de droit en une obligation *verbis* pour l'éteindre *ipso jure* au moyen de l'acceptilation. En voici la formule, rapportée dans la loi 18, § 1, D., *de acceptil.*, 46, 4 :

Quiquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebit, præsens, in diemve ; quarumque rerum mihi

tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve: quodve tu meum habes, tenes, possides: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius; quod Numerius Negidius Aulo Agerio (promisi), spopondit : id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit : Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit. (Tout ce que, par une cause quelconque, vous devez ou devrez me donner ou faire pour moi, actuellement ou à terme: toute chose pour laquelle j'ai ou j'aurai contre vous action, pétition ou poursuite : toute chose à moi, que vous avez, que vous tenez ou que vous possédez : autant chacune de ces choses vaudra, autant a stipulé Aulus Agérius qu'il lui serait donné en argent, et a promis Numérius Négidius ; ce que Numérius Négidius a répondu avoir promis à Aulus Agérius : Numérius Négidius a demandé à Aulus Agérius s'il le tient pour reçu par lui : Aulus Agérius a fait acceptilation à Numérius Négidius.)

36. — Comme on le voit, cette formule est des plus compréhensives : *Ex quacumque causa* indique toutes les causes génératrices de droits ; *dare facere* se rapporte aux obligations de donner et de faire ; *oportet, oportebit, est, eritve* embrassent le présent et l'avenir ; *præsens, in diemve* est relatif à la modalité du droit ; *actio*, c'est l'action *in personam; petitio*, l'action *in rem ; persecutio,* recours extraordinaire devant le magistrat ; *habes* a trait à la propriété ; *tenes* à la détention ; *possides* à la possession. Ainsi cette formule embrasse non-seulement toutes les obligations sans distinction, mais même les droits réels. Dans celle qu'on lit aux Institutes

de Justinien (3, 29, § 2), on trouve ajouté après *possides : dolove malo fecisti quominus possideas*. Ceci a dû être ajouté depuis le sénatus-consulte Juventien, qui, on le sait, a été rendu sur la proposition d'Hadrien [1].

37. — Ainsi cette stipulation Aquilienne se compose de deux opérations successives. L'une, la stipulation, opère novation; l'autre, l'acceptilation, a éteint l'obligation ainsi créée. Or, tout le monde sait : 1° qu'un droit réel ne peut jamais faire l'objet d'une novation, et 2° qu'à l'époque classique, la novation ne pouvait se faire par changement d'objet. Comment se fait-il alors que ce Gallus, contemporain de Cicéron, ait pu imaginer cette stipulation Aquilienne dont la formule paraît permettre : 1° la novation d'un droit réel, et 2° celle par changement d'objet ?

Cette objection disparaîtra si on se rappelle qu'à Rome, au moins à l'époque classique, toutes condamnations étaient pécuniaires, et si on fait attention aux termes employés dans la formule, qui visent moins les droits mêmes en question, que la condamnation qui pourrait en résulter, s'ils étaient portés en justice ou si l'on attendait jusqu'à la fin du procès (*Quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari*).

38. — Ce moyen paraît avoir été fréquemment employé en matière de transaction, si l'on remarque qu'un grand nombre des textes du titre *de transactionibus* au

[1] V. *infra*, nº 212, note.

Digeste et au Code ont trait à la stipulation Aquilienne (LL. 2; 4; 5; 9, § 2; 15, D., *de trans*; — LL. 3, 4, 15, 32, 40, C., *de trans*.).

Quelle est donc au juste l'utilité de cette stipulation Aquilienne? Elle est utile dans deux cas : 1° Quand on veut éteindre *ipso jure* une action réelle [1]; 2° Lorsqu'on veut réaliserl'extinction *ipso jure* de plusieurs obligations à la fois, et à plus forte raison, quand on veut éteindre un ensemble de droits réels et de créances. En effet, quand on veut éteindre *ipso jure* une prétention sur des droits réels ou sur un ensemble de droits, y compris des droits réels, la stipulation Aquilienne est absolument nécessaire. Quand il s'agit d'éteindre plusieurs obligations, à la rigueur, on pourrait se passer de la stipulation Aquilienne, car on pourrait recourir à autant de novations ordinaires suivies d'acceptilations, qu'il y a d'obligations. Mais il est plus simple d'englober dans la stipulation Aquilienne toutes ces obligations diverses et de les éteindre au moyen d'une seule acceptilation [2].

[1] Quand il s'agit d'éteindre un droit réel, on peut, en outre, employer les modes ordinaires de transmission ou d'extinction, comme la mancipation, l'*in jure cessio*, la tradition. C'est peut-être ce que veulent dire ces mots *dominii translatione* de la loi 35, C., *h. t.* Qu'on ne dise pas que le défendeur se prétend propriétaire ou nie l'existence du droit du demandeur, et que, par conséquent, ces modes de transmission ou d'extinction ne se conçoivent pas ; car quand il fait une transaction avec son adversaire, c'est qu'il n'est pas bien sûr de son droit, et en même temps qu'il veut éviter les ennuis du procès, i veut aussi la plupart du temps acquérir la prétention du demandeur. Donc, dans ces modes d'acquisition, il se comportera comme s'il n'était point propriétaire, pendant que son adversaire agira comme étant le véritable propriétaire. Au reste, avant Justinien, la tradition appliquée à une *res mancipi* n'éteignait pas l'action *ipso jure* et ne tendait qu'à faire obtenir l'usucapion ou l'exception *rei traditæ*.

[2] M. Accarias (*Précis de Droit romain*, 3e édition, II, pp. 739

39. — On voit que la stipulation Aquilienne se compose de deux opérations : une novation et une acceptila-

et s.) me semble commettre deux erreurs lorsqu'il prétend : 1° Que les droits, ou quelques-uns d'entre eux tout au moins, qui feraient l'objet d'une stipulation Aquilienne, devraient être toujours des droits litigieux, et 2° qu'il s'agirait toujours de droits non encore déduits *in litem*. Je dis qu'il me semble que ce sont là des erreurs. En effet, d'une part, je ne vois pas pourquoi un droit non litigieux ne pourrait pas faire l'objet d'une stipulation Aquilienne. Le savant auteur s'appuie : 1° Sur la formule d'Aquilius Gallus, qui suppose d'abord les parties en procès, et vise non pas les droits eux-mêmes, mais la condamnation qui pourrait intervenir, et qui surtout comprend ces expressions : *quod tu meum habes*, etc., expressions impliquant que le stipulant prétend être propriétaire d'une chose détenue par le promettant. Mais cet argument est loin d'être concluant ; en effet, les deux textes qui nous rapportent la formule de la stipulation Aquilienne commencent par dire, l'un, L. 18, *de accept.* : *Et uno et pluribus contractibus, vel certis, vel incertis, vel quibusdam exceptis cæteris, et omnibus ex causis una acceptilatio et liberatio fieri potest.* — *Ejus rei stipulatio quam acceptilatio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est.....* ; et l'autre, I., 3, 29, § 2 : *Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes*. Ce qui semble vouloir dire que la stipulation Aquilienne s'applique à toutes les obligations, à tous les droits, qu'ils soient litigieux ou non, et il faut remarquer qu'aucun terme des passages que je viens de citer n'implique que les droits soient nécessairement litigieux. Si la formule d'Aquilius Gallus suppose un procès et une condamnation qui interviendrait après, c'est que sans cette supposition, la fiction ingénieuse du fameux jurisconsulte n'aurait point sa raison d'être, cette supposition n'ayant d'ailleurs rien que de naturel, car tout droit est susceptible d'être porté en justice. Quant à l'argument tiré des expressions *quod tu meum habes*, etc., j'y répondrai tout simplement que la formule devant embrasser les droits litigieux aussi bien que les droits non litigieux, devait naturellement contenir des termes qui convinssent aux premiers droits, sans exclure les seconds, sous peine d'être incomplète. 2° Le second argument de M. Accarias consiste à dire que la plupart des textes relatifs à la stipulation Aquilienne se réfèrent expressément à la transaction ou se trouvent sous le titre *de transactionibus*, ce qui prouverait que la stipulation Aquilienne porte toujours sur des droits litigieux, la transaction portant sur cette sorte de droits ; et il cite notamment la loi 5, D., *de trans.*, où Papinien, supposant une stipulation Aquilienne générale, décide qu'elle ne s'applique pas aux *lites*

tion. On se demande maintenant si ces deux parties sont nécessairement inséparables, si on ne peut utiliser ce moyen pour transformer seulement les droits sans les éteindre ensuite par l'acceptilation.

L'affirmative a paru à certains esprits [1] résulter de plusieurs textes (LL. 2 ; 5 ; 9, § 2 ; 15, D, *h. t.* ; — L. 3, C., *h. t.* ; — Paul, *Sent.*, 1, 1, § 3) qui parlent de la stipulation Aquilienne sans parler de l'acceptilation qui la suivrait. Cette opinion me paraît difficile à soutenir. En

auxquelles on n'a pas songé. Cet argument n'est pas plus décisif que le premier. En effet, d'abord, il y a au moins deux textes tout à fait généraux qui ne parlent point de transaction : ce sont la loi 18, D., *de accep.*, et I., 3, 29, § 2. Peut-être la présence de certains textes sous le titre *de transactionibus* au Digeste s'explique-t-elle par cette considération que la stipulation Aquilienne intervenait le plus souvent à titre de transaction (LL. 4, 5, D., *de trans.*). Mais admettons pour un moment que tous les textes sans exception qui sont relatifs à la stipulation Aquilienne se rapportent à la transaction. Cela ne prouverait pas que cette stipulation portât toujours sur un droit litigieux, car tout le monde sait, l'honorable inspecteur général des Facultés de Droit tout le premier, et il admet même plus de ces cas que moi (V. nos 5 et s.), que la transaction ne porte pas toujours sur des droits litigieux. Quant au texte de Papinien (L. 5, *de trans.*), il n'appuie pas du tout l'opinion de M. Accarias, attendu que de ce que les droits auxquels on n'a pas songé au moment de la stipulation Aquilienne sont litigieux, il ne résulte pas que les autres soient aussi litigieux, et qu'alors même que cette supposition serait démontrée, elle prouverait seulement que le jurisconsulte avait principalement traité dans ce passage la stipulation Aquilienne générale portant sur des droits dont quelques-uns au moins étaient litigieux, ce qui arrive presque toujours quand cette stipulation est générale.

D'autre part, et c'est là la seconde erreur de M. Accarias, la stipulation Aquilienne n'intervient pas toujours avant la *deductio in litem*. Elle peut intervenir jusqu'au jugement, et même après le jument dans certains cas (Cf. nos 3, 16 et suiv.). Ceci est tellement évident que l'auteur lui-même dans sa thèse de doctorat (p. 45) l'admet expressément. Je ne m'attarderai donc pas à réfuter une erreur, déjà réfutée par l'auteur même.

[1] Ortolan, *op. cit.*, 11e édition, III, p. 381.

effet, d'abord, les deux textes fondamentaux, L. 18, § 1, D., *de accept.*, et I., 3, 29, §2, qui nous donnent la formule de Gallus, nous présentent comme faisant partie de la formule l'acceptilation qui suit la stipulation. Si certains textes que l'on cite ne parlent que de l'acceptilation Aquilienne, cela nous montre seulement que les mots *stipulation Aquilienne* signifiaient non-seulement la stipulation qui avait pour but de nover les droits, signification qu'ils ont dans beaucoup de textes (L. 4, D., *de trans.* ; — L. 18, § 1, D., *de accept.*, 46, 4 ; — LL. 4, 15, 32, 40, C., *de trans.* ; — I., 3, 29, § 1), mais en même temps l'acceptilation qui la suivait. Ce qui le prouve bien, c'est la loi 5, D., *h. t.* Ce texte, que M. Ortolan se garde bien de citer, parle en effet de la stipulation Aquilienne sans parler de l'acceptilation, et vise certainement, à mon sentiment, un cas où l'acceptilation a suivi la stipulation première. En effet, il est question dans ce texte d'une stipulation Aquilienne sur un ensemble de droits, et le jurisconsulte dit que les litiges auxquels on n'a pas songé ne seront pas considérés comme ayant fait partie de cette stipulation, car l'interprétation des prudents s'oppose à une libéralité captieuse (*Liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit*). Si la stipulation Aquilienne dont parle la loi 5 n'était pas suivie de l'acceptilation, comment parler de libéralité ? D'ailleurs, quelle utilité aurait cette stipulation Aquilienne non suivie d'acceptilation et qui aurait seulement pour but d'opérer novation ? Comme à l'époque classique, la novation par changement d'objet n'était pas possible, la nouvelle obligation créée par la stipulation était aussi incertaine que le montant de la condamnation à laquelle auraient abouti les droits qu'on

voulait transformer, la formule même le dit clairement, et pour savoir à quelle somme cette obligation montait, le juge devait commencer par examiner toutes les questions qu'on avait voulu enterrer pour jamais. Cela n'est pas pratique. Donc avec la majorité des auteurs, je dirai que la stipulation Aquilienne était toujours suivie de l'acceptilation et qu'elle ne servait qu'à éteindre *ipso jure* un droit réel ou un ensemble de droits [1].

40. — On s'est demandé s'il n'y avait pas un moyen plus simple que la stipulation Aquilienne pour atteindre le même but et on a proposé de stipuler directement la chose que l'on veut avoir en échange de l'abandon que l'on ferait de sa prétention. Par exemple, Primus prétend être créancier de la maison possédée par Secundus ; par une transaction, il consent à se contenter d'une somme d'argent et à renoncer complètement à la maison. On a soutenu que Primus, au lieu de recourir à la stipulation Aquilienne, pouvait stipuler directement *novandi animo* la somme d'argent et éteindre ainsi *ipso jure* sa première prétention sur la maison [2].

41. — C'est tout simplement une grosse erreur. On sait aujourd'hui, et l'éminent auteur que j'ai cité en premier lieu dans la note précédente, enseignera, comme les autres, quand il écrira plus tard son traité justement apprécié, qu'à l'époque classique au moins, la novation

[1] M. Jaubert, dans sa thèse (pp. 24 et suiv.), ne paraît pas avoir compris le mécanisme de la stipulation Aquilienne, lorsqu'il prétend qu'on peut stipuler de cette façon une somme déterminée.

[2] Thèses de M. Accarias, pp. 24 et 25 ; de M. Jaubert, pp. 27 et 28.

par changement d'objet n'était pas possible. Je ne prendrai pas la peine d'exposer tous les arguments de cette solution, qui est généralement admise aujourd'hui [1]. Je me contenterai seulement de citer les principaux textes sur lesquels on peut appuyer cette solution, ce sont : LL. 56, § 7, 58, 83, § 7, 91, D., *de verb. obl.*, 45, 1 ; LL. 1, pr. ; 4, D., *de novat.*, 46, 2 ; Gaïus, III, §§ 176 à 179. Ces textes prouvent d'une manière à peu près certaine que la novation proprement dite n'existait pas à l'époque classique quand on changeait l'objet et qu'elle conférait seulement au débiteur une exception de dol ou de pacte.

Cette règle rigoureuse et peu commode paraît avoir été adoucie avec le temps, et déjà Papinien (L. 28, D., *de nov.*, 46, 2) semble avoir admis qu'on pouvait nover en stipulant, au lieu de la chose elle-même, la valeur de cette chose. Enfin Justinien est allé jusqu'à permettre l'augmentation et la diminution de la quantité due (L. 8, C., *de nov.*, 8, 42,) ; et les uns [2] soutiennent que cet empereur est allé même jusqu'à admettre la novation par changement d'objet d'une manière générale ; les autres [3] admettent qu'il n'a pas été jusque-là et que la novation par changement complet d'objet n'opérait qu'*exceptionis ope*, même au temps de Justinien.

42. – Quoi qu'on décide de cette petite controverse, que je n'ai pas le temps de traiter dans ce modeste tra-

[1] Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, II, pp. 701 et 702 ; Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, II, p. 149 ; Ortolan, *op. cit.*, 11e édition, III, p. 386.

[2] Accarias, *op. cit.*, II, p. 712.

[3] Appleton, *op. cit.*, II, p. 150.

vail, il n'est pas douteux que le principe de l'époque classique n'ait reçu une brèche considérable sous Justinien. Mais il n'est pas douteux non plus qu'à l'époque classique, ce principe n'existât. Donc on ne pouvait pas, à l'époque classique au moins, recourir à une novation pour éteindre *ipso jure* l'ancien droit qui était litigieux, et créer en même temps un droit nouveau qui devait le remplacer. C'est peut-être ce qui explique la loi 2, D., *h. t.*, qui dit que la transaction peut se faire soit par la stipulation Aquilienne, soit par un pacte. Mais il ne faudrait pas en conclure qu'il n'y aurait que ces deux moyens pour faire la transaction, car nous avons vu (n° 34) qu'on pouvait faire la transaction au moyen d'une stipulation novatoire suivie d'une acceptilation, moyennant une prestation du prétendu débiteur.

43. — Nous disions qu'un simple pacte n'éteint *ipso jure* que des obligations résultant d'un autre pacte (n^os^ 32 et 33). C'est là le principe : voici des exceptions.

1° Les actions *furti* et *injuriarum* s'éteignent *ipso jure* par un simple pacte (L. 17, § 1, D., *de pactis*, 2, 14) ;

2° Les obligations naturelles s'éteignent aussi *ipso jure* par un simple pacte (L. 95, § 4, D., *de solut.*, 46, 3) ; mais un pacte qui interviendrait *transactionis causa* pour éteindre une obligation naturelle n'est guère pratique que quand il y a des actions qui garantissent indirectement cette obligation, comme une hypothèque, une fidéjussion, un pacte de constitut (V. n° 18).

44. — Sauf ces exceptions et les procédés dont nous avons parlé ci-dessus et suivant lesquels on peut toujours

arriver à éteindre *ipso jure* une obligation ou un droit quelconque, l'acceptilation appliquée à une obligation résultant d'une autre cause qu'un contrat *verbis* ou un simple pacte, et le pacte intervenu pour éteindre une obligation qui ne résulte pas d'un autre pacte, ne produisent leur effet qu'*exceptionis ope*. Donc, si le prétendu créancier s'avise de poursuivre sa contre-partie, celle-ci peut repousser cette demande au moyen d'une exception de pacte ou de dol, à la condition que, de son côté, elle ait exécuté la transaction (L. 24, C., *de trans.*) ou fait une promesse proprement dite (L. 122, § 5, D., *de verb. obl.*, 45, 1), car autrement son exception serait brisée par une réplique de dol (L. 28, C., *de trans.*) [1]. Mais si elle néglige, pour une cause ou pour une autre, d'opposer cette exception, elle peut être condamnée. Bien entendu, si elle a déjà exécuté la transaction et que cette

[1] On peut se demander si, dans ce cas, la condamnation sera égale au bénéfice intégral de l'action ou seulement au montant convenu dans la transaction. A notre sentiment, le demandeur n'obtiendra que le montant convenu dans la transaction. Cette solution nous paraît formellement résulter de la loi 36, C., *de trans.*; elle nous paraît aussi implicitement résulter de la loi 28 du même titre, où il est dit que la *replicatio doli mali* ou *in factum*, opposée à l'exception de pacte, a pour effet de forcer le défendeur à exécuter la convention (*Si exceptio pacti opposita fuerit, doli mali vel in factum replicatione usa, poteris* AD OBSEQUIUM PLACITORUM *adversarium tuum urgere*). En effet, l'exception n'a pas toujours pour effet de débouter le demandeur : elle a aussi quelquefois pour effet de réduire la condamnation (L. 22, pr., D., *de except.*, 44, 1). Or tout le monde sait que les règles des exceptions s'appliquent aussi aux répliques ; donc la réplique n'aura pas toujours pour effet d'exclure l'exception du défendeur, mais aussi quelquefois de réduire l'effet de cette exception jusqu'à concurrence d'une certaine somme, ici jusqu'à concurrence de la somme promise dans la transaction. Autrement la réplique de dol qui a pour but de rétablir l'équité, à laquelle l'exception de pacte, si elle était simplement admise, porterait atteinte, conduirait à une autre iniquité, celle d'anéantir complètement la transaction.

exécution consistât en une dation, elle peut répéter ce qu'elle a donné par la *condictio causa data causa non secuta* (L. 23, pr., D., *de cond. ind.*, 12, 6) [1]. Les parties peuvent d'ailleurs effacer le premier pacte, — et l'acceptilation n'a que cette vertu quand elle s'applique à une obligation non *verbis*, — par un autre pacte et se replacer à la même situation qu'avant la convention de transaction (L. 27, § 2, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 14, C., *de trans.*). Nous verrons d'ailleurs à la fin de notre étude comment on peut résoudre une transaction valablement consentie.

II. — CONSÉCRATION DE LA PRÉTENTION OBJET DE TRANSACTION

45. — On comprend que ce procédé fût plus usité en matière de droits réels qu'en matière de droits de créance.

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 41) et M. Dumas (*Thèse*, pp. 76 et 77) accordent dans le même but l'action *præscriptis verbis* au défendeur qui aura exécuté, que cette exécution consistât en une dation ou en un fait. Cette solution me paraît contestable. Quel est le but de l'action *præscriptis verbis?* C'est de faire exécuter son obligation à celle des parties qui n'exécute pas encore. Ici le but serait tout autre : cette obligation de ne pas poursuivre n'a pas été observée, le demandeur a poursuivi et obtenu la sentence, favorable ou défavorable, sans la protestation de l'autre partie; il ne s'agit donc maintenant que de faire restituer par ce demandeur qui a enfreint la convention, ce qu'il avait reçu de son adversaire. Donc l'action *præscriptis verbis* est impossible. Dans le cas où l'exécution consistait en une dation, j'ai dit qu'il y a lieu à *condictio causa data causa non secuta*. Mais dans le cas où l'exécution ne consistait qu'en un fait, si le défendeur n'a pas opposé exprès l'exception de transaction, il n'aura aucun moyen de revenir sur son exécution. S'il a omis d'opposer cette exception par ignorance, ce qui arrive à un héritier par exemple, et que l'autre partie ait agi de mauvaise foi, il aura l'action de dol. Mais si l'autre partie elle-même a agi de bonne foi, peut-être le préteur accordait-il, suivant les circonstances, une action *in factum*, ou même la *restitutio in integrum ob errorem justum*, surtout quand ce fait consistait en un acte juridique comme l'acceptilation ou la péremption d'instance.

Ainsi, nous ne trouvons aucun texte qui parle d'une transaction faite par la consécration entière de la prétendue créance du demandeur, tandis que nous avons la loi 9, C., *de trans.*, qui suppose que le possesseur abandonne sa possession au demandeur en revendication.

Parlons donc d'abord de l'hypothèse d'un droit réel. Ici il y a, à mon avis, trois manières de procéder :

1° On peut employer les modes ordinaires de translation ou d'extinction. Ainsi, si l'action réelle dont il s'agit est la revendication ou la Publicienne, le défendeur fera la tradition, la mancipation ou l'*in jure cessio*. S'il s'agit d'une action confessoire, le défendeur recourra à la quasi-tradition, à l'*in jure cessio*, ou à la mancipation, dans l'hypothèse d'une servitude réelle rustique. Enfin, si l'on suppose une action négatoire, le défendeur abandonnera sa prétention par la *cessio in jure*. Dans ces différents cas, le droit du défendeur sera éteint *ipso jure*, si on recourt à la mancipation, à l'*in jure cessio*, ou même à la tradition, dans le cas où il s'agit de *res nec mancipi*. Dans les autres cas, c'est-à-dire quand on fera la tradition d'une *res mancipi* ou la quasi-tradition d'une servitude, elles n'éteindront le droit du défendeur qu'*exceptionis ope*, jusqu'à ce que le demandeur ait le temps d'usucaper ou de prescrire [1].

46. — 2° On peut recourir à la stipulation. Le demandeur stipulera en effet que son adversaire lui restitue sa chose. C'est l'hypothèse prévue par la loi 9. Je néglige pour le moment les détails encombrants de ce

[1] Nous verrons en effet plus tard, en parlant des effets de la transaction, que la transaction sert de juste cause d'usucapion, même pour la chose litigieuse.

texte. Si le possesseur restitue la chose, c'est très bien : le demandeur n'a qu'à exécuter son obligation de son côté, si ce n'est pas chose faite. Mais, si le possesseur ne restitue pas, le demandeur a le choix entre deux actions : ou bien son ancienne action, ou bien l'action *ex stipulatu;* et il choisira presque toujours la dernière, qui est la plus avantageuse, attendu qu'elle ne demande qu'une seule preuve : celle de la stipulation.

3° Enfin, on peut se contenter d'un simple pacte. Alors, si le possesseur ne restitue pas la chose, le demandeur qui aura exécuté son obligation pourra ou reprendre son ancienne action, ou intenter l'action *præscriptis verbis*, résultant du contrat innommé *do ut facias* ou *facio ut facias* [1]. Et, par une raison analogue à celle du cas précédent, ce sera presque toujours la dernière action que le demandeur optera.

47. — Supposons maintenant que le demandeur prétende avoir, au lieu d'un droit réel, un droit de créance. A-t-il stipulé ? il aura l'action *ex stipulatu*. Il a aussi l'ancienne action, mais elle lui est moins avantageuse que la première, pour la même raison que dans l'hypothèse précédente.

Le demandeur s'est-il contenté d'un simple pacte? il aura toujours son ancienne action. Mais, s'il exécute la transaction de son côté, il aura l'action *præscriptis verbis*, bien plus avantageuse que l'autre, comme nous l'avons dit au numéro précédent.

[1] Nous exposerons dans la section suivante la théorie générale des contrats innommés.

§ II. — DU DROIT DÉDUIT *in judicium*

48. — Il faut distinguer ici encore entre le cas où le demandeur renonce à tout ou partie de sa prétention et le cas où il voit sa prétention consacrée tout entière moyennant une prestation de sa part.

En nous plaçant d'abord au premier cas, nous avons encore à nous demander si l'instance qui est pendante est périmée ou non. Si elle n'est pas périmée, voici la règle qu'il faut poser : le demandeur peut poursuivre l'instance jusqu'à la condamnation. Voilà la règle en droit strict. Cette règle doit être adoucie par les tempéraments suivants.

49. — 1° Si le défendeur exécute son obligation avant la condamnation, il sera protégé, avec la distinction que voici :

Si l'action est de bonne foi ou arbitraire, il ne sera pas condamné, car dans le premier cas, le juge se demandera, avant de condamner le défendeur, s'il est juste et équitable de le condamner, et se dira certainement non, lorsque le défendeur, qui a fait une transaction avec son adversaire et qui l'a exécutée en ce qui le concerne, continue à être poursuivi par le demandeur, qui a renoncé à sa prétention moyennant cette prestation ; dans le second cas, le *jussus* du juge n'aurait plus sa raison d'être, le défendeur ayant volontairement donné satisfaction au demandeur, et la condition exprimée par cette incidente de la formule : *Nisi restituat*, n'étant pas réalisée, le juge ne pourra pas condamner.

50. — Dans les autres actions, la question de savoir

si la satisfaction donnée par le défendeur au demandeur après la *litis contestatio*, mais avant la condamnation, avait pour effet de faire absoudre le défendeur, divisait les jurisconsultes. Les Proculiens disaient que ce dernier devait être toujours condamné, mais qu'il avait deux moyens à son choix pour ne pas donner deux fois satisfaction à son adversaire : ou payer la condamnation et répéter ce qu'il a donné par une *condictio causa data causa non secuta*, ou attendre que son adversaire intente contre lui l'action *judicati* et lui opposer l'*exceptio doli mali*. Les Sabiniens prétendaient, au contraire, qu'il devait être absous, par cela seul qu'il avait donné satisfaction au demandeur, ce qu'on exprimait en disant : *Omnia judicia absolutoria sunt.*

C'est cette dernière opinion qui a fini par prévaloir. Mais, au temps d'Ulpien et de Paul, elle était encore loin d'être unanimement admise (L. 23, § 3, D., *de condict. ind.*, 12, 6; — L. 84, D., *de verb. obl.*, 45, 1).

51. — Voilà, à mon avis, l'explication de ce texte obscur d'Ulpien (L. 23, § 3, D., *de condict. ind.*, 12, 6), dont je vais donner la traduction : « Si celui qui a transigé vient néanmoins à être condamné, il y a là sans doute un dol, et pourtant la sentence est valable. Mais, s'il a transigé avant la *litis contestatio*, il a pu opposer l'exception de dol à celui qui voulait faire la *litis contestatio* ; si, au contraire, la transaction est intervenue après la *litis contestatio*, il pourrait néanmoins se prévaloir de l'exception du dol postérieur : car celui-là commet un dol, qui, agissant contre la transaction, continue à réclamer ; et par conséquent, le défendeur condamné peut répéter ce qu'il a donné en exécution de la transaction. Sans doute, il a donné en vue d'une cause, et on

ne répète pas généralement ce qu'on a donné en vue d'une cause, si la cause est réalisée ; mais, ici, la cause n'est pas réputée réalisée, puisque la transaction n'est pas observée. Lors donc que l'action en répétition naît, l'exception de transaction n'a pas lieu : car on ne peut pas cumuler les deux : et la répétition et l'exception. »

52. — Ce texte si obscur et quelque peu incohérent n'a pas manqué de soulever des difficultés. On convient facilement tout d'abord que, d'après ce texte, la transaction intervenue après la *litis contestatio* n'a pas pour effet d'éteindre *ipso jure* l'action du demandeur. On convient également que si la transaction est intervenue avant la *litis contestatio*, le défendeur peut opposer l'exception de dol ou de transaction, en supposant bien entendu que la transaction reste à l'état d'un simple pacte, ce qui est le cas le plus ordinaire. Mais, là où la difficulté commence, c'est quand la transaction a été passée après la *litis contestatio*. Le texte, tel qu'il est rapporté par les compilateurs du Digeste, dit que, dans ce cas comme dans le cas précédent, le défendeur peut opposer l'exception de dol. D'où l'on a conclu (M. Bonjean, *Traité des Actions*, § 311) que lorsqu'il se produit, après la *litis contestatio*, un fait qui, en le supposant antérieur, aurait donné lieu à l'insertion d'une exception, le juge peut, dans tous les cas, et malgré le silence de la formule, en tenir compte.

53. — Cette opinion, qui ne s'appuie que sur notre texte, ne nous paraît guère soutenable. Il nous semble plutôt que ce texte a été altéré par les compilateurs de Justinien. Dans le texte primitif, Ulpien disait probable-

ment que le défendeur pouvait opposer l'exception de dol à l'action *judicati* que le demandeur intenterait contre lui. Mais, comme, sous Justinien, toutes les exceptions péremptoires, et l'exception de dol en était une, pouvaient être opposées en tout état de cause, les compilateurs ont corrigé sans doute le texte d'Ulpien, mais ils l'ont corrigé assez maladroitement pour que nous puissions dire qu'il y a certainement altération, à la seule lecture du texte de la loi 23, § 3, *de cond. ind.* En effet, Ulpien paraît faire antithèse entre le cas où la transaction est intervenue avant la *litis contestatio* et celui où elle est intervenne après. Or qu'est-ce que nous lisons dans la loi 23, § 3 ? Nous lisons : « Si le défendeur a transigé avant la *litis contestatio*, il peut opposer l'exception de dol; si, au contraire, la transaction est intervenue après la *litis contestatio*, il peut néanmoins se prévaloir de l'exception de dol. » Croirait-on qu'Ulpien eût employé une circonlocution si ridicule et même incohérente ? Il aurait dit par exemple : « Le défendeur peut opposer l'exception de dol, soit que la transaction soit intervenue avant la *litis contestatio*, soit qu'elle le soit après. » Il est donc visible que les compilateurs ont retranché les mots qui indiquaient qu'il s'agissait, dans le second cas, de l'exception de dol opposée à l'action *judicati*, s'ils n'ont pas fait une altération plus radicale. Cette conjecture devient de plus en plus probable, si l'on fait attention à la fin du texte, qui dit : « Lorsque l'action en répétition naît, l'exception de transaction n'a pas lieu. » S'il s'agissait là de l'exception de transaction opposée avant la condamnation, on aurait renversé la phrase et dit à peu près : « Si l'exception de transaction a été opposée, la répétition n'a pas

lieu; » car il serait, dans ce cas, beaucoup plus naturel d'opposer l'exception de transaction pour échapper à la condamnation que de répéter ce qu'on a payé pour se laisser condamner ensuite.

54. — D'après ce que nous venons de voir, Ulpien n'admettait pas la maxime sabinienne : *Omnia judicia absolutoria sunt*, et se rangeait plutôt du côté de la doctrine proculienne. Il décidait ainsi que le défendeur qui a exécuté la transaction ne peut pas échapper à la condamnation, mais qu'il a le choix entre deux partis : répéter ce qu'il a donné ou opposer l'exception de dol ou de transaction à l'action *judicati* intentée par l'autre partie.

Mais les compilateurs du Digeste ont commis une insigne maladresse, en nous donnant le texte d'Ulpien avec l'altération que nous avons vue. En effet, ce texte n'est pas seulement ridicule quant à la forme, il est inexact, sous Justinien, quant au fond (*sic*). Voici pourquoi : sous cet empereur, c'était la maxime sabinienne qui avait prévalu (I., 4, 12, § 2); par conséquent, le défendeur qui aurait exécuté la transaction avant la condamnation devrait être absous, sans avoir à opposer l'exception de dol.

55. — 2° Supposons que le défendeur n'exécute pas la transaction avant la condamnation. S'il est intervenu une stipulation au profit du demandeur, celui-ci aura acquis une action *ex stipulatu*, qui sera considérée comme une satisfaction suffisante, donnée par le défendeur, pour qu'il y ait application de la règle sabinienne; donc ce dernier sera absous, d'après la règle sabinienne du moins, quelle que soit la nature de l'action pendante [1].

[1] M. Accarias, dans sa thèse mainte fois citée (pp. 52 et 53), prétend

Si l'on suppose maintenant que la transaction, que le défendeur n'exécute pas avant la condamnation, ait été faite par un simple pacte, il n'y a rien alors qui puisse empêcher la condamnation au montant intégral de la demande.

56. — Si l'action à laquelle le demandeur a renoncé par la transaction est périmée, il faut distinguer suivant que l'extinction de l'action a eu lieu *ipso jure* ou non. Dans le premier cas, le demandeur ne peut plus reprendre son ancienne action, mais il a l'action *præscriptis verbis*, résultant du contrat innommé *facio ut des* ou *facio ut facias*, contre le défendeur qui n'exécutera pas[1]. Dans le cas où l'action n'est éteinte qu'*exceptionis ope*, le demandeur peut intenter de nouveau son action et briser par la réplique de transaction ou de dol, l'exception *rei in judicium deductæ* qu'on peut lui opposer, à moins qu'il n'acquière l'action *ex stipulatu*, auquel cas son ancienne action sera repoussée par l'exception *parti conventi* (L. 122, § 5, D., *de verb. obl.*, 45, 1.).

que le défendeur peut invoquer la règle : *Omnia judicia absolutoria sunt*, si le demandeur avait acquis l'action *præscriptis verbis*. Cette proposition est incompréhensible pour moi. En effet, pour qu'on puisse acquérir l'action *præscriptis verbis*, il faut qu'on commence par exécuter son obligation, en faisant une dation, une promesse proprement dite, etc. etc. Ici quelle est l'obligation du demandeur ? C'est de renoncer à son action, et pour que cette obligation puisse être censée exécutée, il faut que notre demandeur perde son action. Il faudrait supposer, pour cela, que l'instance soit perimée, et c'est le contraire que l'on suppose dans le passage cité. Bien mieux, on suppose que le défendeur invoque la maxime sabinienne : c'est donc que le demandeur, loin d'exécuter son obligation qui est de ne pas poursuivre son adversaire, le poursuit jusqu'à la condamnation. Comment veut-on alors que le demandeur acquière l'action *præscriptis verbis ?*

[1] C'est, ce me semble, l'hypothèse de la loi 35, C., *h. t. Cf.* nº 26, note.

Il faut assimiler au cas où l'action périmée s'est éteinte *ipso jure*, celui où le demandeur a fait acceptilation et éteint son action *ipso jure*. C'est probablement cette hypothèse que vise la loi 33, C., *h. t.* Voici ce que suppose cette loi : Primus prétend être propriétaire d'un fonds, que possède Secundus ; une transaction intervient et Primus abandonne sa prétention, moyennant quoi Secundus s'engage à lui donner un immeuble déterminé, qu'il prétend libre. On découvre après que l'immeuble est hypothéqué ou appartient à autrui pour partie. Les empereurs Dioclétien et Maximien décident que les principes interdisent de reprendre l'action éteinte par la transaction. Mais il ajoute que Primus pourra intenter l'action *ex stipulatu*, si une stipulation est intervenue, ou l'action *præscriptis verbis*, dans le cas contraire. Je dis que ce texte suppose qu'il y a eu *litis contestatio*, car le mot *petebas* employé au commencementde ce texte, a cette signification, d'après un texte de Paul (L. 15, D., *ratam rem haberi*, 46, 8). Cette *litis contestatio* n'a certainement pas pu éteindre l'action *ipso jure*, puisqu'il s'agit d'une action réelle. Et cependant, les empereurs disent que le demandeur ne peut pas reprendre son action ancienne. Quelle est donc la circonstance qui a éteint cette action ? Il y a deux hypothèses possibles : on peut supposer d'abord, et c'est là la supposition de Doneau (*Ad tit. de trans.*, C.), que le demandeur ait transféré la propriété au défendeur. Mais je préfère l'autre supposition, de M. Accarias (*Thèse*, p. 47), d'après laquelle on aurait recouru à la stipulation Aquilienne suivie de l'acceptilation : la phrase *Instaurari decisam litem prohibent jura*, rend cette dernière supposition plus vraisemblable.

57. — Passons maintenant à l'hypothèse où la prétention du demandeur est entièrement consacrée, moyennant une prestation qu'il promet à l'autre partie. Si l'action n'est pas périmée, le demandeur peut toujours obtenir la condamnation. Mais, en supposant qu'il ait exécuté son obligation, il pourra, s'il le préfère, — et il le préférera presque toujours, car il lui suffira alors de prouver la transaction et son exécution, — intenter l'action *præscriptis verbis*.

Si l'action est périmée, qu'elle soit éteinte *ipso jure* ou non, le demandeur pourra toujours intenter l'action *præscriptis verbis*, en exécutant la transaction de son côté. Mais, si l'ancienne action est éteinte *exceptionis ope*, il pourra l'intenter de préférence et il brisera alors par la réplique de dol ou de transaction l'exception *rei in judicium deductæ* que lui opposera son adversaire.

SECTION II

DU DROIT NOUVEAU QU'ON VEUT CRÉER PAR LA TRANSACTION

58. — Cette étude n'a pas sa raison d'être, dans le cas où la transaction se fait par l'abandon partiel des prétentions des deux parties, sans qu'aucune d'elles soit obligée de faire aucune prestation spéciale. Mais cette hypothèse ne doit pas être des plus fréquentes, et il arrive souvent que l'une des parties s'oblige à faire à l'autre une prestation quelconque. Étudions donc quel sera le sort du droit ainsi créé.

Lorsqu'on exécute immédiatement ce à quoi on s'oblige, il n'y a pas de question. Mais, lorsque l'exécution n'a pas suivi immédiatement la convention, la question se pose de savoir quel sera le moyen de coercition dont jouira le créancier.

Quand le créancier, c'est-à-dire celui qui a abandonné tout ou partie de sa prétention, moyennant un engagement de l'autre partie, a eu soin de stipuler, il a l'action *ex stipulatu*. Si son action primitive n'est pas éteinte *ipso jure*, il peut aussi intenter cette action, briser par la *replicatio doli*, l'exception de transaction que peut lui opposer son adversaire, et obtenir la condamnation égale au montant de la stipulation [1]. Mais cette dernière voie n'est pas pratique, alors que le demandeur a à sa disposition l'action *ex stipulatu*.

59. — Lorsque les parties se sont contentées d'un simple pacte, il faut se demander si l'abandon de la prétention du demandeur ou du défendeur [2] constitue ou non un élément suffisant pour engendrer un contrat innommé. Cet élément peut être une dation ou un *factum*. La dation est la translation d'un droit réel civil. Tous les autres actes, positifs ou négatifs [3], juridiques ou non, sont en principe des *facta* suffisants pour créer un con-

[1] *Cf.* nº 44, première note.

[2] C'est généralement le demandeur qui abandonne totalement ou partiellement sa prétention, moyennant un engagement de l'autre partie. Mais nous avons vu dans la section précédente qu'il arrive quelquefois que c'est le défendeur qui abandonne sa prétention et reconnaît ainsi le droit du demandeur, moyennant un engagement de celui-ci.

[3] Nous trouvons un exemple du fait négatif engendrant un contrat innommé dans la loi 6, C., *de trans.*, que nous expliquerons plus loin.

trat innommé. Mais un simple pacte n'est pas généralement considéré comme un *factum* à notre point de vue, car *ex nudo pacto actio non nascitur* (L. 6, D., *de pact.*, 2, 14). Par exception, quand il éteint *ipso jure* le droit litigieux (V. nos 32, 2°, et 43), il constitue un véritable *factum*. Voilà du moins notre avis.

Cet avis n'est pas partagé par tout le monde. Ainsi M. Accarias [1] fait une démarcation entre les faits juridiques et les faits non juridiques qu'il appelle *naturels*. Pour les faits de cette dernière catégorie, il admet comme nous qu'ils constituent des *facta* suffisants pour former un contrat innommé. Mais, pour les faits juridiques, il fait une sous-distinction : « Atteignent-ils directement le but qu'ils se proposent, produisent-ils immédiatement et par eux-mêmes un effet définitif et irrévocable, » ils donnent naissance à un contrat innommé ; « l'action n'est-elle pas éteinte de plein droit, » il n'y a pas un fait constituant un contrat innommé [2].

L'auteur que nous combattons en tire les conséquences suivantes :

1° La tradition d'une *res mancipi* faite *a domino* ne constituerait pas un fait suffisant pour créer un contrat innommé, parce que, dit-il, le *tradens* reste armé *ipso jure* d'une action en revendication [3]. L'auteur semble s'appuyer sur la loi 4, C., *de dolo malo*, 2, 21, qui, dans l'hypothèse où Primus a affranchi ou livré à Secundus son *ancilla*, pour que celui-ci lui donne un esclave, décide que si Secundus n'exécute pas la convention et

[1] *Théorie des Contrats innommés*, pp. 21 et suiv.; *Thèse*, pp. 36, 47 et 53.

[2] *Théorie des Contrats innommés*, p. 21.

[3] *Op. cit.*, p. 22.

que la propriété de l'*ancilla* reste encore à Primus, ce dernier pourra revendiquer cette *ancilla*. Mais nous croyons que si ce texte permet la revendication, cela ne prouve pas du tout que la tradition d'une *res mancipi* ne suffit pas pour constituer un *factum*, au point de vue des contrats innommés, attendu que le texte, comme le dit fort bien l'auteur même que nous combattons[1], n'admet point l'existence d'un contrat innommé dans un *negotium facio ut des*, et que, d'autre part, il accorde une action de dol aussi bien quand on a affranchi l'*ancilla*, cas où il y a un *factum* même pour M. Accarias, que quand on en a fait tradition.

2° L'acceptilation d'une créance conditionnelle ne serait pas considérée comme un *factum*, si, après l'acceptilation, la condition vient à défaillir[2]. Nous combattrons cette idée plus loin.

En somme, la distinction que le savant romaniste veut établir entre les faits juridiques produisant un effet irrévocable et ceux qui ne produisent pas cet effet, ne se fonde sur aucun texte, ni sur aucun principe du droit romain. Et il nous semble que nous autres interprètes du droit romain n'avons pas le droit d'établir arbitrairement une distinction qui n'existait pas à Rome[3].

[1] *Op. cit.*, p. 19, note 1 ; p. 44.

[2] *Thèse*, p. 36.

[3] M. Accarias, en traitant des *negotia do ut des* et *do ut facias*, nous dit que « si la chose que je vous ai livrée n'était pas mienne, le contrat n'a pas pu se former, » et que, « encore que la chose livrée fût bien mienne, si elle est *res mancipi* et que je ne vous l'aie ni mancipée ni cédée *in jure*, le contrat fort probablement ne s'est pas formé non plus (*Théorie des Contrats innommés*, p. 19). » Il s'appuie sur la loi 1, § 3, D., *de rer. permut.*, 19,|4, pour la première proposition, et pour la seconde, sur la loi 4, C., *de dolo malo*, que nous venons de citer. Ces propositions sont strictement exactes, quand les parties ont voulu faire et recevoir une dation, car bien qu'il y ait là un

60. — Donc, disons-nous, quand il y a une dation ou un fait réalisé par l'une des parties, il se forme en sa faveur un contrat innommé, qui donne lieu à l'action *præscriptis verbis*, du moins dans le dernier état du droit romain. Sans vouloir entrer dans les détails de cette question extrêmement scabreuse, il nous semble cependant nécessaire de donner ici une esquisse de la théorie des contrats innommés.

Pendant longtemps, cette question des contrats innomés divisait les jurisconsultes romains. Les Sabiniens admettaient généralement qu'il fallait accorder l'action d'un contrat déjà reconnu, dans le cas où le *negocium* présentait quelque analogie avec ce contrat, et l'action de dol dans le cas contraire. Les Proculiens, au contraire, accordaient plus volontiers dans tous les cas l'action *præscriptis verbis* [1], qu'on accordait déjà, au

factum, ce que les parties ont voulu élait une dation, et le *factum*, qu'elles n'ont pas voulu, ne pouvait pas former un contrat. Mais les propositions cessent d'être exactes, si l'on suppose que les parties ont voulu faire et recevoir seulement la tradition d'une chose qu'elles savaient, ou elles s'en doutaient, appartenir à un tiers, ou qu'elles ont voulu se contenter de la tradition d'une *res mancipi*. Ici il n'y a pas contrat *do ut des* ou *do ut facias*, il y a contrat *facio ut des* ou *facio ut facias*. Quant aux textes que l'on cite, le premier (L. 1, § 3, D., *de rer permut.*, 19, 4) nous dit simplement qu'il n'y a pas échange dans l'hypothèse; le second (L. 4, C., *de dolo malo*, 2, 21), nous l'avons expliqué au texte : nous n'y revenons donc pas.

[1] Cette dénomination d'*actio præscriptis verbis* n'était probablement pas adoptée dès le début. Mais c'était une action civile dont la formule commençait par la *præscriptio* des faits (*verba præscripta*). Maynz soutient que c'était une *condictio* (*Cours de Droit romain*, 4e édit., II, pp. 330 et suiv.). Gradenwitz conjecture que c'était une action *in factum civilis* (*Interpolationen in den Pandekten*, pp. 123 et suiv. : *Actio præscriptis verbis*). Je pencherais du côté de la première opinion. Toutefois, Maynz enseigne que l'action *præscriptis verbis* était toujours une *condictio*, que le nom d'*actio præscriptis verbis* était admis dès le début, et que cette action était une *condictio*, même dans le dernier état du droit. Je ne pourrais suivre

moins depuis Labéon, dans le cas où il y avait certainement un contrat civil, mais sur la qualification duquel il y avait des doutes. C'est cette dernière opinion qui a prévalu ; mais il y eut dans cette matière comme dans la plupart des autres, des tâtonnements pendant un temps assez long, et ce n'est que dans le dernier état du droit romain que l'action *præscriptis verbis* fut définitivement admise dans tous les cas. C'est ce qui explique la divergence des textes du Digeste et du Code.

61. — D'un côté, nous voyons les lois 7, §2, D., *de pact.*, 2, 14; 15 et 22 [1], D., *de præscr. verbis*, 19, 5, et 6, C., *de trans.*, qui paraissent accorder l'action *præscriptis verbis* dans tous les cas. De l'autre, nous avons les lois 5, § 3 [2]; 15, *in fine* ;16, § 1, D., *de præscr. verb.*, 19, 5; 4, C., *de dolo malo*, 2, 21 ; d'après lesquelles il semblerait que, pour une certaine catégorie de contrats innommés au moins, on accordât l'action de dol ou l'action *in factum*, et non l'action *præscriptis verbis*. Précisons davantage.

l'éminent romaniste belge jusqu'à ce point. Mais j'admettrais volontiers que l'action qu'on appelait *præscriptis verbis* dans le dernier état du droit, était une *condictio* au début et finit par constituer une action nouvelle de bonne foi.

[1] L. 22, D., *de præsc. verb.*, 19, 5 (Gaius, lib. 10, ad Edictum provinciale): *Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio : si vero mercede data, aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de novo negotio, in factum dandum esse judicium, id est, præscriptis verbis.*

[2] L. 5, § 3, *eodem* (Paulus, lib. 5 Quæstionum) : *Quod* SI FACIAM, UT DES, *et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.*

Il y a quatre catégories de contrats innommés: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut facias* et *facio ut des*. De ces quatre catégories, les deux premières ne faisaient pas de doute à Paul, qui accordait sans hésitation l'action *præscriptis verbis* pour les sanctionner. La troisième, *facio ut facias*, faisait un peu de difficulté, mais le jurisconsulte finit par la sanctionner aussi au moyen de la même action. Mais le *negotium facio ut des* ne lui paraissait pas de nature à être protégé par l'action *præscriptis verbis*. C'est ce qui résulte clairement de la loi 5, *de præscr. verb*. Nous allons maintenant rechercher la raison de cette distinction.

62. — Le *negotium do ut des* a une ressemblance manifeste avec la vente et le *negotium do ut facias* avec le louage. Aussi les Sabiniens donnaient-ils généralement, dans ces deux cas, les actions utiles de vente et de louage. Mais certains d'entre eux, comme Pomponius [1] (L. 18, § 2, D., *famil. ercisc.*, 10, 2; — L. 16, pr., D., *de præsc. verb.*, 19, 5), admettaient plutôt l'action *præscriptis verbis*, conformément à l'opinion proculienne. Quant au *negotium facio ut facias*, sa ressemblance avec le mandat n'est plus aussi complète. Aussi les Sabiniens paraissaient-ils hésiter entre l'action *mandati* et l'action *in factum*. Pomponius cependant (L. 9, § 3, D., *de dolo malo*, 4, 3) admettait ici comme dans les deux premiers cas, l'action *præscriptis verbis*. Enfin le *negotium facio ut des* ne paraissait pas même à Pomponius (L. 16, § 1, D., *de præsc. verbis*, 19, 5) de nature à être sanctionné par l'ac-

[1] Il faut noter que Pomponius est souvent Proculien (L. 15, D., *de Publ.*, 6, 2; — L. 21, pr., D., *de adq. rer. dom.*, 41, 1; — L. 19, D., *de solut.*, 46, 3).

tion *præscriptis verbis;* il n'y voyait même pas un contrat, et il accordait seulement l'action *de dolo*[1]. Deux autres Sabiniens, Julien (L. 7, § 2, D., *de pactis*, 2, 14; — L. 5, § 2, *in fine*, D., *de præsc. verbis*, 19, 5 [2]) et Gaius (III, § 143; — L. 22, D., *de præscrip. verbis*, 19, 5[3]) donnaient l'action *in factum*[4], Julien donnait aussi l'ac-

[1] Cette différence de traitement entre le *negotium do ut facias* et le *negotium facio ut des* s'explique difficilement, comme le fait très-bien remarquer Gradenwitz (*loc cit.*), car que le *factum* précède la dation ou qu'il la suive, il y a toujours une obligation de *dare* d'une part, et une obligation de *facere* d'autre part. Si l'on dit qu'il y a une ressemblance avec le louage, lorsque la dation précède le fait, pourquoi ne pas dire aussi qu'il y a une opération analogue, dans le cas où c'est le fait qui précède la dation ? Le louage étant un contrat consensuel, les deux obligations de *dare* la *merces* et de *facere*, c'est-à-dire, de faire jouir de la chose, ne naissent-elles pas ensemble ? L'exécution de l'une de ces obligations doit-elle par hasard précéder celle de l'autre? Toutes ces objections ont fait conclure à Gradenwitz que tout cela est dû aux interpolations inintelligentes des compilateurs de Justinien. Cette conclusion nous répugne fort, vu le grand nombre des textes qui font la distinction dont il s'agit et l'absence d'utilité de telles interpolations. Peut-être faut-il attribuer cette distinction à cette idée que la dation est une chose bien autrement grave, bien autrement décisive que la plupart des faits.

[2] L. 5, § 2, *in fine*, D., *de præscriptis verbis*, 19, 5 (Paulus, lib. 5 Quæstionum) : *Sed si dedi tibi servum* UT SERVUM TUUM MANUMITTERES, *et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est ; si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit : si ignorans, in factum* CIVILEM. — Nous verrons que la comparaison des deux textes cités montre que le mot *civilem*, qui termine le texte que nous venons de transcrire, est évidemment interpolé.

[3] Nous allons voir aussi que les mots *id est præscriptis verbis*, que nous trouvons à la fin de ce texte, doivent être aussi une interpolation. V. le texte à la page 63, note 1.

[4] M. Accarias soutient que ces deux jurisconsultes reconnaissaient l'existence d'un contrat dans le *negotium facio ut des* et que l'action *in factum* qu'ils accordaient était celle qui était calquée sur une action civile reconnue, c'est-à-dire, si nous avons bien compris l'idée de l'auteur, une action utile *in factum (Théorie des Contrats innommés*, pp. 54 et 55*)*. Nous ne pouvons, quant à nous, affirmer si c'était une action utile ou une action *in factum* ordinaire. Mais, par cela seul que Julien accordait une action de dol dans le cas prévu par la fin de la loi 5, § 2, *præsc. verb.* (V. la note suivante), nous pen-

tion *de dolo*, dans le cas prévu par la loi 5, § 2, *in fine*, D., de *præscr. verb.* [1].

63. — En résumé, quand il y avait une ressemblance plus ou moins manifeste entre le *negotium* dont il s'agit et un contrat nommé, on accordait plus volontiers l'action *præscriptis verbis*, que quand il n'y en avait aucune. Voilà l'explication des décisions de Paul, qui admet sans hésiter l'action *præscriptis verbis* dans les *negotia do ut des* et *do ut facias*, qui la donne, non sans hésitation, pour sanctionner le *negotium facio ut facius*, et qui la repousse enfin pour le *negotium facio ut des*.

Ainsi, au temps de Paul, on était loin d'être d'accord pour donner l'action *præscriptis verbis* dans cette dernière catégorie de contrats innommés. C'est ce qui résulte d'ailleurs de la loi 15, *in fine*, D., *de præscr. verb.* En effet, Ulpien, en se plaçant dans une hypothèse du *negotium facio ut des*, termine son texte par les mots suivants : *ergo civilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis;* NISI SI QUIS ET IN HAC SPECIE DE DOLO

cherions plutôt à admettre que l'action *in factum* qu'il accordait dans les autres cas, était une action *in factum* ordinaire (En ce sens : Maynz, *op. cit.*, II, p. 331, note 5). L'éminent auteur que nous combattons, admettant ici l'opinion de Noodt, prétend que lorsqu'il y avait dol *ab initio*, ce dol, d'après Julien, empêchait la formation du contrat. Nous réfuterons cette opinion tout à l'heure. Mais, ce qui est absolument inexact, c'est cette assertion que « Gaius ne doutait pas de l'existence d'un contrat dans le *negotium facio ut des*, et que, par conséquent, il excluait l'action *de dolo*. » Cela ne résulte nullement ni du § 143 du commentaire III de Gaius, ni de la loi 22, D., *præsc. verb.*, que M. Accarias cite à son appui.

[1] Voici cette hypothèse : Je vous donne l'esclave Stichus, pour que vous affranchissiez Pamphile. Vous affranchissez Pamphile. Puis vous êtes évincé de Stichus. Julien donne l'action de dol, si je savais que je n'étais pas propriétaire de Stichus ; l'action *in factum*, dans le cas contraire (V. le texte à la page précédente, note 2).

ACTIONEM COMPETERE DICAT, UBI DOLUS ALIQUIS ARGUATUR (donc une action civile, c'est-à-dire, l'action *præscriptis verbis*, peut naître, à moins que, dans cette espèce, on ne dise que l'action de dol compète aussi, lorsqu'il y a quelque dol allégué).

Ce texte donne lieu à une petite controverse : on se demande si Ulpien entendait donner dans ce cas l'action *præscriptis verbis* ou l'action *de dolo*. Le véritable sens du texte, à notre sentiment, est qu'Ulpien voulait accorder l'action *præscriptis verbis*, et ce point ne saurait être sérieusement contesté, en présence de la loi 7, § 2, D., *de pact.*, 2, 14; mais, comme il y avait alors des jurisconsultes, comme Paul, qui voulaient donner plutôt l'action *de dolo*, Ulpien ajoute qu'on peut dire que l'action *de dolo* compète aussi, parce que cette dernière action peut être intentée, toutes les fois qu'il y a des doutes sur l'existence d'une autre action, ce que nous apprend Ulpien même dans la loi 7, § 3, D., *de dolo malo*, 4, 3.

64. — L'opinion de Paul semble cependant avoir été encore soutenue au temps des empereurs Dioclétien et Maximien, car ces empereurs rendirent en 294 un rescrit qui donnait l'action de dol dans une hypothèse du *negotium facio ut des* (L. 4, C., *de dolo malo*, 2,21). Mais est-ce à dire que, même à l'époque de Justinien, cette opinion continuait à prévaloir ? Nous ne le pensons pas et voici pourquoi.

Parmi les textes que nous avons cités, trois (L. 7, § 2, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 15, D., *de præscr. verb.*, 19,5; — L. 6, C., *de trans.*) ne disent pas grand'chose au point de vue qui nous occupe maintenant, car on

peut prétendre qu'ils ne serviraient qu'à constater la divergence d'opinion, qui régnait longtemps. Mais ce qui est décisif, c'est que le texte de Justinien même (I., III, 24, § 1)[1], qui correspond au paragraphe 143 du Commentaire III de Gaius, accorde sans hésiter l'action *præscriptis verbis*, dans un cas où Gaius se demande seulement s'il y a louage et où il y a un *negocium facio ut des*.

65. — D'ailleurs, il y a au moins deux textes corrigés par les compilateurs du Digeste et qui montrent bien par là que, dans le droit de Justinien, le *negotium facio ut des* était sanctionné par l'action *præscriptis verbis*, comme les trois autres catégories de *negotia nova*. Voici ces textes :

1° L. 5, § 2, *in fine*, D., *de præsc. verb.*, 19, 5. Ce texte, qui est attribué à Paul, rapporte l'opinion de Julien relative au *negotium facio ut des* et fait dire à ce jurisconsulte qu'il faut donner l'action *de dolo* ou l'action *in factum* CIVILEM. Cette action *in factum* CIVILEM serait apparemment l'action *præscriptis verbis*. Or nous lisons dans la loi 7, § 2, D., *de pact.*, 2, 14, que Julien n'accordait dans ce cas[2] qu'une action *in factum* ordi-

[1] I., 3, 24, § 1 : *Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intelligamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa, si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine præscriptis verbis actio datur.*

[2] Il nous paraît probable que Julien n'admettait dans aucun cas l'action *præscrptis verbis* et les mots *id est præscriptis verbis* de la loi 13, § 1, D., *de præscr. verb.*, qui pourraient faire croire que ce jurisconsulte l'aurait admise dans les *negotia do ut des* et *do ut facias*, sont, à notre conjecture, une interpolation.

naire[1], et non pas l'action *præscriptis verbis*. Donc le mot *civilem* a été certainement ajouté au texte primitif. Si Tribonien et ses collègues sentirent le besoin de corriger ce texte, c'est qu'évidemment, d'après le droit de leur temps, c'était non pas une action *in factum* ordinaire, mais bien l'action *præscriptis verbis*, qu'il fallait donner dans cette hypothèse[2].

2° L. 22, D., *de præscriptis verbis*, 19, 5. Ce texte, attribué à Gaius, prévoit également un cas de *negotium facio ut des* et accorde l'action *præscriptis verbis*. Mais il est plus que probable que les mots qui terminent le texte: *id est præscriptis verbis*, ont été ajoutés par les compilateurs. En effet, le livre de Gaius non touché par Justinien, ses Institutes, ne parle nulle part de l'action *præscriptis verbis;* c'est qu'apparemment, il n'admet dans aucun cas cette action imaginée par les Proculiens. Il serait étrange de supposer qu'il l'eût admise dans cette hypothèse du *negotium facio ut des*, et non dans les autres cas, car c'est justement dans notre hypothèse que l'action *præscriptis verbis* comptait le plus d'adversaires. En tout cas, Gaius n'aurait certainement pas dit : PLACET *in factum dandum esse judicium, id est, præscriptis verbis*, attendu qu'alors, cette opinion était loin d'être admise généralement. Enfin l'hypothèse de la loi 22 est prévue par le § 143 du Commentaire III de ses Institutes, où il se borne à poser la question de savoir s'il y a là louage. Cette question qu'il ne résout pas dans son livre élémentaire, il est tout naturel de supposer qu'il l'a résolue dans

[1] V. n° 62, *in fine*.

[2] Ce texte d'ailleurs ne nous donne pas tout à fait raison, car il donne l'action *de dolo*, quand il y a eu dol *ab initio*. Mais les autres textes nous semblent assez clairs pour que nous puissions en conclure l'exactitude de ce que nous avançons.

son livre *Ad edictum provinciale* par la négative et qu'il a donné dans ce cas l'action *in factum* proprement dite, suivant l'opinion généralement admise alors par les Sabiniens.

66. — Cujas (Ad L. 5, D., *de præscr. verb.*, 19, 5), qui soutient que c'est l'opinion de Paul qui était toujours admise sans contestation, même jusque dans le dernier état du droit romain, essaie d'expliquer les différents textes que nous avons cités en notre faveur. D'abord, la loi 15, *de præscr. verb.*, n'aurait pas le sens que nous lui avons donné : Ulpien n'aurait point admis l'action *præscriptis verbis*, et le *civilis actio oriri potest* aurait été rétracté immédiatement par le *nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat*. Cette explication est évidemment forcée; elle est d'ailleurs contredite, selon nous du moins, par la loi 7, § 2, *de pactis*.

Ce dernier texte ne gênerait pas cependant Cujas, qui, pour expliquer les trois textes pour lui très embarrassants (L. 22, D., *de præsc. verb.*, 19, 5; — L. 6., *de trans.*; — I., III, 24, § 1), émet un véritable paradoxe. Le voici : selon lui, ce ne serait pas l'ordre dans lequel on exécute la convention, qui déterminerait le caractère du contrat innommé, mais celui qui est assigné dans la convention aux engagements des deux parties. Or, dans l'intention des parties, d'après Cujas, tous ces trois textes, — et *a fortiori*, la loi 7, § 2, *de pactis*, car il s'agit là d'une hypothèse où la dation a eu lieu d'abord, mais est suivie d'une éviction, — viseraient des cas où la dation devait précéder le fait : ce serait donc le *negotium do ut facias*, et non le *negotium facio ut des*.

67. — Nous ferons observer tout d'abord que, dans l'hypothèse de la loi 22, *de præscr verb.*, et des Institutes, car c'est la même hypothèse, rien ne nous fait voir que c'était la dation qui devait précéder le fait ; c'est plutôt le contraire qui est probable, attendu qu'on est convenu tout d'abord du raccommodage et que ce n'est qu'ensuite qu'on devait fixer le prix [1].

Mais c'est le système en lui-même qui est absolument insoutenable. En effet, est-ce la convention ou son exécution de la part d'une partie, qui forme le contrat innommé ? Personne ne soutiendra que c'est la convention elle-même qui forme le contrat. Dès lors, qu'importe l'ordre indiqué dans la convention, si elle n'est pas exécutée dans cet ordre?

Cependant Cujas invoque à l'appui de son paradoxe un texte qui a paru embarrassant à certains esprits [2], mais qui ne nous le paraît pas du tout (L. 3, § 4, D., *de condict. causa data*, 12, 4). Voici la traduction de ce texte : « Bien mieux, même si je ne vous ai rien donné pour obtenir un affranchissement, mais qu'il eût été convenu que je vous donnerais quelque chose, vous pouvez intenter l'action qui naît de ce contrat, c'est-à-dire, une condiction, même en supposant l'esclave mort. » Selon Cujas, ce texte voudrait dire qu'*avant même l'affranchissement de l'esclave*, celui qui a promis de le faire peut intenter l'action *præscriptis verbis* [3], pour obtenir la dation qui

[1] V. ces textes, n° 61, 1re note; et n° 64, note.

[2] M. Accarias, *Thèse*, p. 33; *Théorie des Contrats innommés*, p. 218.

[3] Le texte parle d'une *condictio*. M. Accarias (*Thèse*, p. 34, note 1; *Théorie des Contrats innommés*, p. 242) conjecture que cette incidente *id est condictionem* serait une addition faite par un copiste téméraire, à qui le texte n'aurait pas paru suffisamment clair. Cette

lui a été promise en retour. Cette doctrine n'est rien moins que la négation du principe : *Ex nudo pacto actio non nascitur*, car ce serait la convention par laquelle on s'oblige d'affranchir l'esclave, qui ferait naître l'action *præscriptis verbis*.

68. — M. Accarias, dans sa thèse (pp. 33 et 34), a soutenu que, quand l'esclave que l'on a promis d'affranchir vient à mourir avant d'être affranchi, on sera traité comme si on l'avait affranchi, et qu'on aura l'action *præscriptis verbis*. Cette théorie, qui est pour le moins hardie, parce qu'il n'y a aucun texte qui l'appuie, ne me paraît pas plus soutenable que celle de Cujas. En effet, pour qu'un contrat innommé puisse se former, il faut qu'il y ait une dation ou un fait. La circonstance que l'esclave est mort est-elle un fait en matière de contrats innommés? Personne n'osera sérieusement soutenir un pareil paradoxe. Dès lors, la même objection que j'ai adressée au système de Cujas : *Ex nudo pacto actio non nascitur*, pourra l'être aussi à celui du futur inspecteur général des Facultés de Droit.

Il me semble à peu près certain qu'Ulpien suppose dans notre texte que l'esclave est mort après avoir été affranchi, et je suis heureux de voir M. Accarias abandonner le système qu'il a soutenu dans sa thèse et d'émettre la même opinion que moi, dans sa remarquable *Théorie des Contrats innommés* (pp. 243 et 244). Le savant auteur

conjecture n'est point nécessaire, si l'on admet que l'action appelée *præscriptis verbis* dans le dernier état du droit romain était primitivement une *condictio*. Cette manière de voir est corroborée par d'autres textes qui appellent *condicto* ce que nous appelons *actio præscriptis verbis* (L. 19, § 2, D., *de precar.*, 43, 26 ; — L. 1., C., *de pact. conv.*, 5, 14). V. nº 60, note.

ajoute, avec raison, que la comparaison de notre § avec le § précédent paraît d'ailleurs confirmer notre manière de voir. Le § 3, en effet, s'occupe de l'hypothèse où l'esclave à affranchir meurt avant de recouvrer la liberté, mais après que la dation a eu lieu au profit de son maître, et décide que celui qui a fait cette dation a le droit de répéter. Par antithèse, dans le § 4, le jurisconsulte parle du cas où c'est l'affranchissement qui a été fait le premier et où la dation promise n'est pas encore faite, et donne l'action *præscriptis verbis* au maître de l'esclave affranchi, alors même que cet esclave viendrait à mourir dans l'intervalle [1].

69. — Doneau (*Ad tit. D., de præscr. verb.*, cap. X et seq.) prétend que Paul, dans notre hypothèse de *negotium facio ut des*, aurait laissé le choix entre l'action *præscriptis verbis* et l'action *de dolo*. Cette interprétation va contre le texte même, qui dit : *Nulla erit civilis actio*, et par suite, elle nous semble absolument insoutenable [2].

D'après Noodt (*de pact. et trans.*, cap. IX), Paul ne donnerait l'action *de dolo* que quand il y a eu dol *ab initio*,

[1] En ce sens : Maynz, *op. cit.*, II, p. 335, note 25.

[2] On a objecté à Doneau que l'action *de dolo* étant essentiellement subsidiaire, ce choix laissé au demandeur entre cette action et l'action *præscriptis verbis* ne se comprenait pas (Accarias, *Thèse*, p. 34, note 2). Cette objection ne me paraît pas bien juste, car nous avons vu (nº 63), et l'auteur que je cite l'admet tout le premier (*Thèse*, p. 32), que toutes les fois qu'il y a doute sur l'existence d'une action, on peut intenter l'action *de dolo*, et qu'Ulpien qui admet en principe l'action *præscriptis verbis* dans notre hypothèse, semble accorder aussi l'action *de dolo*, à cause de la divergence d'opinion qui existait alors sur le point de savoir s'il y avait lieu d'accorder l'action *præscriptis verbis*. Il est donc possible que Doneau veuille soutenir que Paul était du même avis que son rival.

car, dit-il, le contrat n'aurait pu se former dans ce cas, et il s'appuie sur la fin du § 2, qui semble donner l'action *præscriptis verbis*, quand il n'y a pas eu dol au début. Mais nous avons démontré (n° 64) que le mot final *civilem* de ce texte est une interpolation. Dès lors, ce texte ne prouve nullement que, soit Paul, soit Julien qu'il cite, eût jamais admis l'action *præscriptis verbis* dans notre hypothèse. D'ailleurs, prétendre que Paul aurait donné l'action *præscriptis verbis* dans le cas où il n'y a pas eu dol *ab initio*, — c'est-à-dire, dans la plupart des cas, en fait, étant donnée la difficulté d'établir le dol *ab initio*, — alors que ce jurisconsulte dit carrément : *Nulla erit civilis actio*, d'une manière générale, c'est certainement ajouter au texte et non l'interpréter.

Quant à la question de savoir si Paul admettait la solution de Julien, d'après laquelle dans l'hypothèse du § 2, *in fine*, ce serait l'action de dol qui compèterait, quand il y avait dol *ab initio*, et l'action *in factum* dans le cas contraire, elle est peut-être controversable, parce que le même jurisconsulte, dans le § suivant, nous dit simplement, en se plaçant toujours dans l'hypothèse de *negotium facio ut des*, qu'il y a lieu à l'action de dol [1]. Mais on peut admettre l'affirmative, parce qu'il y a une légère différence entre l'hypothèse du § 2, *in fine*, et celle du § 3, bien qu'il nous semble, quant à nous, que la solution doit être la même. En effet, dans le § 2, *in fine*, il s'agit du cas où les parties ont voulu d'abord contracter un

[1] M. Accarias admet que Paul n'était pas du même avis que Julien (*Théorie des Contrats innommés*, pp. 53 et s.).

negotium do ut facias, et où la dation étant suivie d'éviction, le contrat se trouve transformé en un *negotium facio ut des*; tandis que, dans le § 3, le jurisconsulte s'occupe d'un *negotium facio ut des* ordinaire. Enfin cette idée que, le contrat ne se formerait pas quand il y a dol *ab initio*, idée qui était, paraît-il, soutenue par Julien [1], nous paraît contestable en théorie. En effet, personne, que nous sachions, n'a jamais soutenu qu'en droit romain, dans la vente, par exemple, le fait que le vendeur qui n'était pas propriétaire de la chose et qui le savait, a laissé croire à l'acheteur qu'il l'était, empêche la formation du contrat de vente [2]. Comment alors le fait que celui qui s'est engagé à faire une dation en échange d'un fait qu'un autre lui a promis, savait qu'il n'était pas propriétaire de la chose promise, empêcherait-il la formation du contrat *facio ut des* [3]?

70. — En résumé, il nous semble démontré qu'au temps de Justinien, c'était toujours l'action *præscriptis verbis* qui sanctionnait le *negotium facio ut des*, comme les autres *negotia nova*. Si certains textes du Digeste et du Code semblent le contredire, c'est que Tribonien et ses collègues qui achevèrent des travaux si gigantesques en si peu de temps (un an pour le Code et trois ans pour le Digeste), sont excusables d'avoir laissé se glisser ces textes, dont la décision était surannée alors; surtout dans

[1] M. Accarias le soutient aussi (*Théorie des Contrats innommés*, p. 55). V. n° 62, 6e note.

[2] L'article 1599, C. c., me semble tout à fait déraisonnable.

[3] V. le texte de la loi 5, §§ 2 et 3, D., *de præscr. verb.* : n° 61, 2e note; n° 62, 3e note.

une matière qui avait donné lieu pendant si longtemps à tant de controverses.

71. — Ainsi, quand la transaction se fait par l'abandon total ou partiel de la prétention d'une des parties, si cet abandon constitue une dation ou un fait, il se forme un contrat innommé, appartenant à l'une des quatre catégories : *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut facias*, ou *facio ut des*.

Premier exemple. — Je prétends être propriétaire d'un immeuble, mais je fais une transaction avec le possesseur de cet immeuble. Celui-ci s'engage à me payer cent *aurei*, moyennant quoi je fais la mancipation. Si le possesseur ne subit pas d'éviction, je puis dire : *Dedi ut des*[1].

Second exemple. — Dans la même hypothèse, si mon adversaire, au lieu de me promettre cent *aurei*, s'engage à affranchir un de ses esclaves, nous aurons un *negotium do ut facias*.

Troisième exemple. — Je fais acceptilation d'une créance, que je prétends avoir contre mon adversaire en vertu d'une stipulation. Celui-ci, de son côté, s'engage à

[1] On m'objectera peut-être que, n'étant pas sûr que je suis propriétaire de l'immeuble, je ne puis faire acquérir la propriété à personne. Cette objection me paraît une exagération. Sans doute, s'il se présente un tiers qui prouve que l'immeuble est à lui, il n'y a pas dation et le *negotium do ut des* ne se forme pas : il y aura alors *negotium facio ut des*, car la mancipation, si elle n'a pas pu transférer la propriété, constitue du moins un fait juridique, qui doit être considéré comme un *factum* en matière de contrats innommés. Mais s'il ne se présente personne se prétendant propriétaire avec succès, en vertu de la convention intervenue entre nous, je dois être considéré comme ayant été réellement propriétaire, et mon adversaire ne peut prétendre le contraire : l'action *præscriptis verbis* étant de bonne foi (I., IV, 6, § 28), le juge devra tenir compte de la convention des parties (Cf. n° 38, note).

faire acceptilation d'une créance *verbis* qu'il a contre moi. Il y a là un *negotium facio ut facias*.

QUATRIÈME EXEMPLE. — Si, dans le cas précédent, au lieu de supposer que ma contre-partie s'engage à faire acceptilation, je suppose qu'il s'engage à me faire acquérir la propriété d'un immeuble, j'aurai un *negotium facio ut des*.

Dans ces quatre exemples, suivant l'époque et la doctrine, on donnait soit l'action *præscriptis verbis*, soit l'action utile de vente ou de louage, soit l'action de dol ou *in factum*. Mais, dans le droit de Justinien, comme nous espérons l'avoir démontré, on donnait invariablement l'action *præscriptis verbis* dans tous ces cas.

72. — M. Accarias (*Thèse*, pp. 35 et 36) (*sic*), cependant prétend qu'il y a un cas où l'on aurait dû donner l'action de dol, même dans le dernier état du droit romain. Le voici : « Titius m'ayant promis cent *aurei* sous une condition encore pendante, je lui fais acceptilation *transigendi causa*, et il est convenu qu'il me donnera une certaine chose. Puis la condition vient à défaillir. Par là, dit M. Accarias, l'acceptilation se trouve légalement non avenue (L. 12, *de acceptil.*). D'où il suit que le contrat innommé n'a pu prendre naissance et que l'action *præscriptis verbis* ne saurait m'être ouverte. D'autre part, continue le savant auteur, il ne peut être question d'invoquer l'action résultant de ma créance antérieure, puisque cette créance est réputée n'avoir jamais existé. Cependant l'équité et l'intention des parties exigent qu'une action soit donnée. Il faudra donc, conclut le futur inspecteur général des Facultés de Droit, recourir à celle du dol. »

73. — Cette opinion me paraît très-constestable. De deux choses l'une : ou on devra considérer l'acceptilation d'une créance conditionnelle, alors même que la condition viendrait à défaillir, comme un fait suffisant pour donner naissance à un contrat innommé ; ou on devra dire qu'elle est insuffisante pour créer un contrat innommé, et alors faire abstraction complète de cette acceptilation. Il me semble qu'il ne suffit pas, pour accorder une action, que « l'équité et l'intention des parties l'exigent, » car, autrement, tous les pactes devraient être sanctionnés par une action. Si l'éminent romaniste veut donner une action dans notre hypothèse, c'est qu'il y a là quelque chose de plus que l'équité et l'intention des parties : il y a eu acceptilation. Cette acceptilation faite d'une créance conditionnelle, comme le dit l'auteur que je combats, ne produit légalement d'effet, en principe, que si la condition se réalise. Mais ce principe, à mon avis, doit subir un tempérament, quand cette acceptilation a eu lieu *transigendi causa*. En effet, l'intention des parties était que le créancier renoncerait à sa créance, que la condition se réalisât ou non plus tard, et qu'on ne parlerait plus de cette créance, quoi qu'il arrivât. D'après cette intention des parties, l'acceptilation devra être considérée comme ayant toujours opéré l'extinction de la créance ; et le débiteur, ainsi libéré, n'aura plus le droit de se prévaloir de la défaillance de la condition : l'action *præscriptis verbis* étant de bonne foi, le juge devra l'empêcher d'invoquer cette défaillance. Donc, je crois qu'on peut décider qu'il y a un *negotium facio ut des*, et que, d'après le dernier état du droit romain, il y a lieu à l'action *præscriptis verbis*. D'ailleurs, si

M. Accarias était logique, il devrait dire que le contrat innommé ne se formerait pas, toutes les fois qu'on prouverait que la dette dont il a été fait acceptilation n'existait pas : ce qu'il ne paraît pas admettre, au moins dans sa thèse (V. n° 32, 2e note).

J'ajoute que, pour qu'il y ait lieu à l'action de dol, il faut qu'il y ait un préjudice subi. Or, ici, ce préjudice fait défaut, car l'acceptilation d'une dette conditionnelle, dont la condition viendra à défaillir, ne cause aucun préjudice.

74. — Si j'insiste sur ce point, c'est qu'il y a des différences considérables entre l'action *præscriptis verbis* et l'action *de dolo*, dont la plupart, sinon toutes, découlent d'une de ces deux idées, que l'action *præscriptis verbis* est contractuelle, tandis que l'action *de dolo* est quasi-délictuelle, et que la première est civile, la seconde prétorienne. En voici les principales : 1° L'action *præscriptis verbis* est perpétuelle, l'action *de dolo* est annale ; 2° l'action *præscriptis verbis* est *rei persecutoria*, et elle passe entièrement contre les héritiers du défendeur ; l'action *de dolo* est pénale *a parte rei*, et elle ne passe contre les héritiers que dans la mesure de leur enrichissement ; 3° l'action *præscriptis verbis* est de bonne foi et peut être arbitraire ou non, l'action *de dolo* est toujours arbitraire et échappe à la classification des actions de droit strict et de bonne foi ; 4° l'action *præscriptis verbis* n'entraîne pas l'infamie, conséquence attachée à l'action *de dolo*.

75. — Ainsi, quand l'extinction de la prétention de l'une des parties constitue une dation ou un fait, il se

forme, au profit de cette partie, un contrat innommé, sanctionné par l'action *præscriptis verbis*, du moins dans le dernier état du droit romain. Quand y a-t-il une dation ou un fait ? Nous l'avons dit au commencement de cette section ; mais il y a un cas qui mérite un peu d'attention : il est réglé dans la loi 6, C., *de trans.* Une femme ayant intenté la *querela inofficiosi testamenti*, une transaction, conclue par un simple pacte, intervient entre elle et l'héritier institué. Elle renonce à son action et celui-ci s'engage à lui donner une partie de son héréditié. L'empereur Alexandre décide que ses enfants, ses héritiers, ne peuvent pas reprendre la *querela*, mais qu'ils ont à leur disposition l'action *ex stipulatu*, si leur mère a eu soin de stipuler, ou l'action *præscriptis verbis*, si aucune stipulation n'est intervenue. Que les héritiers de la *querelans* ne puissent pas reprendre la *querela*, cela ne fait pas de doute, parce que cette action ne se transmet aux héritiers qu'autant qu'elle a été commencée ou tout au moins préparée du vivant du légitimaire (L. 6, § 2, D., *de inofficioso testamento*, 5, 2), et qu'autant que celui-ci persévère dans cette voie (L. 15, § 1, D., *de inoff. test.*, 5, 2), ce qui n'est pas l'hypothèse, la *querelans* ayant renoncé à la *querela*, qu'elle avait une fois intentée [1].

Mais pourquoi l'auteur du rescrit accorde-t-il l'action *præscriptis verbis* à ses héritiers ? Le pacte intervenu entre elle et l'institué a-t-il eu par hasard l'effet d'engen-

[1] Justinien (LL. 34, et 36, § 2, C., *de inoff. test.*, 3, 28) introduisit les innovations suivantes : 1° Lorsque le légitimaire meurt avant que l'institué fasse adition, il transmet la *querela* à ses descendants ; 2° L'institué est obligé de faire adition ou répudiation dans un délai de six mois à partir du décès du testateur, s'il demeure dans la même province que ce dernier, et dans celui d'un an, dans le cas contraire.

drer cette action ? Non, certes ! ce n'est pas le pacte même qui a fait naître l'action *præscriptis verbis*, mais cette circonstance que, fidèle à la transaction, la *querelans* s'est abstenue volontairement de reprendre sa *querela* jusqu'à sa mort et qu'ainsi, elle l'a perdue définitivement, ce qui constitue un *factum* suffisant pour donner naissance à l'action *præscriptis verbis* [1].

76. — Deux observations à ce propos : 1° dans notre texte, l'action *præscriptis verbis* est qualifiée *utilis*. D'où Cujas a conclu que cette action était toujours utile, et non directe. Cela me semble difficile à admettre en présence des nombreux textes que nous avons vus et qui ne paraissent pas du tout accorder l'action *præscriptis verbis* à titre d'action utile (notamment L. 7, § 2, D., *de pact.*, 2, 14 ; — L. 3, § 4, D., *de cond. causa data causa non secuta*, 12, 4 ; — L. 5, § 2 ; L. 15 ; L. 16, pr., D., *de præsc. verb.*, 19, 5; — L. 19, § 2, D., *de precar.*, 43, 26). Mais l'explication de M. Accarias (*Thèse*, p. 44, note 1 ; *Théorie des Contrats innommés*, p. 212 ; *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 573, note 2) me semble encore plus difficile à admettre : la voici. L'action *præscriptis verbis* serait donnée dans notre hypothèse à titre d'action utile, parce qu'elle ne résulterait pas seulement du désistement de la défunte, mais aussi de son décès, circonstance tout à fait étrangère à sa volonté. Cette proposition ne serait exacte que s'il était démontré qu'il faut toujours un fait positif d'une partie, pour qu'il y ait un élément du *negotium facio ut des*, ce qui est pour le moins contestable : l'auteur que je com-

1. Cf. ci-dessous nº 78.

bats enseigne lui-même (*Théorie des Contrats innommés*, pp. 20 et 21) qu'un fait négatif suffit. Si un fait négatif suffit en général, pourquoi le fait dont il est question dans notre texte (c'est-à-dire l'abstention de reprendre la *querela* pendant toute la vie, ce qui a éteint définitivement la *querela*) ne suffirait-il pas ? Prétendrait-on que c'est parce qu'ici, il y a un fait étranger à la volonté de la partie, à savoir : son décès ? Mais c'est le propre de tout fait négatif, quand ce fait est personnel à la partie, comme dans notre hypothèse. On n'irait pas, j'espère, jusqu'à prétendre faire une distinction entre les faits personnels à la partie contractante et ceux qui ne le sont pas, et décider que les premiers n'engendrent qu'une action utile, tandis que les derniers font naître une action directe !

77. — Voici ce qui me paraît vraisemblable. Nous avons vu que la question de savoir si, dans notre hypothèse du *negotium facio ut des*, il fallait accorder l'action *præscriptis verbis* ou une action *in factum*. Et, parmi ceux qui admettaient une action *in factum*, il est probable, comme l'enseigne M. Accarias (*Théorie des Contrats innommés*, pp. 54 et 55), qu'il y en avaient qui voulaient accorder une action *utilis in factum*, calquée sur l'action *locati* par exemple. Sans doute, pour moi, il ne paraît pas que Julien accordât cette action utile dans notre hypothèse, en quoi je diffère d'avis avec M. Accarias. Mais l'action *in factum* que Gaius donne dans la loi 22, D., *de præsc. verb.*, est peut-être une action utile. Cela admis, il n'est pas impossible que l'empereur Alexandre Sévère, dont le fameux conseil de jurisconsultes comptait probablement des partisans et des adversaires de l'action

præscriptis verbis, rendît en 231 (cinq ans après la mort d'Ulpien) un rescrit, par lequel il accordât une action utile, mais ayant une *præscriptio* de faits en tête de la formule, en tenant compte ainsi de l'une et de l'autre doctrine.

78. — 2° On pourrait être tenté de dire que la loi 6 est en contradiction avec la loi 27, pr., D, *de inoff. test.*, 5, 2, qui dit: « Si, après que la *querela de inofficioso testamento* a été intentée, on a transigé par un pacte, et que la transaction ne soit pas observée par l'héritier, il est admis que la *querela* reste entière. » Mais la contradiction apparente disparaîtra, si l'on remarque qu'il y a une circonstance qui existait dans l'hypothèse de la loi 6 et qui fait défaut ici : c'est la mort du *querelans*. Donc, ici, le *querelans*, ne recevant pas l'exécution de la transaction de la part de l'héritier institué, peut reprendre la *querela* et, si ce dernier lui oppose l'exception de pacte, la briser par la réplique de dol[1].

79. — Supposons maintenant que l'abandon du droit objet de transaction ne constitue pas un fait suffisant pour donner naissance à un contrat innommé. La transaction n'engendre aucune action, mais si c'est le demandeur qui se trouve créancier, et c'est le cas le plus ordinaire, il peut intenter son ancienne action, briser par la réplique de dol l'exception de transaction qu'on

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 44) prétend qu'Ulpien relève la circonstance du décès de l'institué et suppose par là le *querelans* vivant. Nous avons eu beau chercher cette circonstance dans le texte d'Ulpien : nous ne l'avons pas trouvée. Mais du moment que le texte ne dit pas que le *querelans* est mort, il faut le supposer vivant.

peut lui opposer, et obtenir ainsi la condamnation égale à l'intérêt que lui devait procurer la transaction. Si on ne lui oppose pas, pour une raison ou pour une autre, l'exception de transaction ou de dol, il peut obtenir la condamnation intégrale suivant son droit primitif ; en revanche, le défendeur peut lui opposer tous les moyens de défense qu'il avait avant la transaction, sauf la réplique de pacte que le demandeur peut invoquer contre lui. Il est d'ailleurs loisible aux parties de renoncer, de commun accord, à la transaction une fois faite, tant qu'elle n'a pas reçu d'exécution. Bien mieux, même après son exécution de la part du défendeur, du moment que l'action du demandeur subsiste *ipso jure*, les parties peuvent convenir que la transaction sera non avenue, à la condition que le demandeur restitue ce qu'il a reçu. Nous verrons plus en détail, à la fin de notre étude, comment on peut résoudre une transaction valablement consentie [1].

[1] Cf. nº 44.

CHAPITRE III

DE L'OBJET DE LA TRANSACTION

80. — Nous avons vu dans le chapitre premier (n° 3) que la transaction doit porter sur un droit douteux. Mais il n'y a pas que cette condition, relativement à l'objet de la transaction : il faut en outre qu'elle ne porte pas sur une chose qui soit hors du commerce. Ainsi elle ne doit pas porter sur des choses de droit divin, être contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, etc. Ce sont là des règles communes à toutes les conventions. Nous insisterons cependant sur cinq catégories de droits, qui présentent, ou paraissent présenter, quelques particularités en matière de transaction.

SECTION I

DES QUESTIONS D'ÉTAT

81. — L'état des personnes peut être apprécié à trois points de vue différents : *status libertatis*, *status civitatis* et *status familiæ*.

Au point de vue du *status libertatis*, voici ce que décide une constitution de Dioclétien et Maximien (L. 36, C., *de liber. causa*, 7, 16) : toute transaction sur une question de liberté est nulle. Cujas (*Observat.*, lib. XII, cap. XXXV) nous apprend que les auteurs grecs racontaient qu'il y avait une constitution, dans le Code Her-

mogénien, qui annulait toutes transactions sur la liberté, parce qu'en supposant que la partie dont la liberté serait contestée fût réellement esclave, une convention intervenue entre elle et son maître serait non avenue (L. 13, C., *de trans.*) [1]. Deux siècles plus tard, l'empereur Anastase abandonna cette décision un peu subtile et reconnut valable une transaction sur la question de la liberté (L. 43, C., *de trans.*).

82. — Cette constitution d'Anastase ne laisse pas de soulever des difficultés. Un premier point est acquis : tout le monde reconnaît que désormais toute transaction favorable à la liberté est valable. Mais, là où la difficulté naît, c'est quand on se demande si cette décision s'applique même à une transaction en vertu de laquelle une personne serait déclarée esclave.

Il y a de sérieuses raisons d'en douter. D'abord, il serait choquant qu'on pût aliéner par un moyen indirect qui s'appelle transaction, la liberté qu'on ne pourrait pas aliéner directement; les mots : *Si non alio jure cognito modo eas vacillare contigerit*, de la loi 43, ne permettraient pas une interprétation si dérogatoire aux principes généraux du droit. De plus, ajoute-t-on, où est cet élément essentiel de la transaction, des concessions réciproques? L'esclave ne pouvant acquérir que pour son maître, on ne peut pas concevoir une concession de la part de ce dernier [2].

[1] On peut se demander si cette constitution dont parlaient les Grecs, n'était pas la loi 36, C., *de liber. causa*, que nous venons de citer.

[2] On a invoqué aussi cette autre raison que la liberté serait inappréciable en argent (Accarias, *Thèse*, p. 61). Cet argument me paraît si faible que je m'abstiens de l'attaquer.

83. — Quelque sérieuses que soient ces objections, je ne puis pas, en présence d'un texte si formel, admettre que, même depuis Anastase, toute transaction qui consacrerait la condition servile d'une personne serait nulle. En effet, la constitution parle, d'une manière générale, des transactions *super servili conditione,* sans nullement distinguer entre le cas où elles seront favorables à la liberté et celui où elles y seront défavorables. Bien mieux, en employant la préposition *pro*, au lieu de *super*, à la fin du texte, l'auteur du rescrit paraît même préciser que les transactions en faveur de la condition servile sont aussi valables que celles qui seront intervenues en faveur de la liberté. Quant aux mots *Si non alio jure,* etc., il me semble qu'on leur donne une signification qu'ils n'ont pas : ces mots veulent dire tout simplement : S'il n'y a pas d'autres causes de nullité ou de rescision, que j'étudierai à la fin de cette étude, comme le défaut d'un des éléments de la convention, l'incapacité, le dol, la violence, etc.

84. — Réfutons donc maintenant les deux arguments sérieux de l'opinion contraire. On dit d'abord qu'il serait choquant de pouvoir déroger, au moyen d'une transaction, au principe de l'inaliénabilité de la liberté. Cette observation est juste, mais elle n'est qu'une critique adressée à l'auteur de la constitution, critique à laquelle je m'associerais volontiers. Il faut d'ailleurs remarquer qu'il y a une différence entre la transaction par laquelle on se reconnaît esclave, et l'aliénation directe de la liberté, car quand on abandonne sa prétention à la liberté par une transaction, c'est qu'on sait généralement que le bien-fondé de sa prétention est fort douteux,

tandis que, dans une aliénation directe, on abandonne sa liberté dores et déjà certaine, pour tomber dans l'esclavage. Enfin, il va de soi que, s'il est démontré que cette prétendue transaction cache une véritable aliénation d'un état de liberté certain, elle est nulle.

85. — C'est peut-être l'autre objection qui est plus embarrassante, à savoir qu'il n'y aurait pas de concessions réciproques, un des éléments essentiels de la transaction. Cependant elle n'est pas encore assez forte pour m'arrêter. En effet, bien que le maître ne puisse jamais être tenu civilement envers son esclave, il peut très-bien l'être naturellement (L. 64, D., *de cond. ind.*, 12, 6 ; — L. 7, § 6, D., *de peculio*, 15, 1 ; — L. 20, § 2, D., *de statuliberis*, 40, 7). Or il est à peine besoin de dire que les concessions réciproques, essentielles à la transaction, peuvent rester à l'état d'obligations naturelles, car tout le monde admet la validité d'une transaction faite par un simple pacte, avant même qu'elle reçoive son exécution, cas auquel elle n'engendre que des obligations naturelles [1].

Sans doute, pendant l'esclavage, cette obligation naturelle du maître ne produira aucun effet, mais il y a mille circonstances par suite desquelles l'esclave devient libre. Une fois libre, l'ex-esclave peut se prévaloir de cette obligation, si l'occasion s'en présente. D'ailleurs,

[1] La question de savoir si un pacte nu engendre des obligations naturelles est controversée, mais je n'ai pas le temps d'entrer ici dans les détails de la discussion, qui n'a pas d'importance pour la solution de la question traitée au texte. Je me contente de citer les principaux textes sur lesquels je m'appuie pour soutenir l'affirmative. Ce sont les lois 5, § 2, D., *de solut.*, 46, 3 ; 84, § 1, D., *de reg. jur.*, 50, 17 ; 22, C., *de usur.*, 4, 32. Cf. n° 32, 3e note.

dans une hypothèse qui me paraît avoir dû être assez fréquente, la transaction produira un effet beaucoup plus énergique : voici cette hypothèse. Une personne se prétend maître d'une autre, qui se prétend, elle, libre. Une transaction intervient entre elles, par laquelle le prétendu esclave consent à être esclave, à la condition que l'autre l'affranchira au bout d'un certain nombre d'années. En vertu d'une innovation de Marc-Aurèle, si le maître n'affranchit pas son esclave au terme convenu, je crois que cet esclave pourra réclamer la liberté devant le préteur à Rome, et devant le président en province (Arg. LL. 4 et 5, D., *de manum.*, 40. 1) [1].

[1] On pourrait être tenté, dans l'opinion que je combats, de titrer des arguments de deux textes du Code (L. 26, C., *de trans.*; — L. 10, C., *de liberali causa*, 7, 16). Le premier de ces textes nous dit qu'une mère n'a pas le droit de rendre ses enfants esclaves, par une transaction qu'elle conclurait. Mais ce texte, qui remonte d'ailleurs à Dioclétien et à Maximien, tranche surtout la question des pouvoirs nécessaires pour transiger : la mère, en effet, n'a aucune qualité pour transiger pour ses enfants ; elle serait doublement mal venue à prétendre transiger sur la question de la liberté de ses enfants, question qui était alors soustraite au commerce, même pour une personne qui aurait la capacité et le pouvoir de transiger. Quant au second texte, l'argument qui en est tiré est plus sérieux : il y est dit en effet qu'un homme libre ne peut devenir esclave par un pacte privé. Cet argument, cependant, peut être réfuté par les deux considérations que voici. D'abord, ce texte peut vouloir dire simplement qu'on ne peut aliéner sa liberté par une convention, proposition qui n'a jamais été contestée. Mais, alors même qu'il se rapporterait aussi à la transaction, il ne prouverait rien contre notre opinion, car il est aussi de Dioclétien et Maximien. Nous avons vu en effet que ces empereurs interdisaient de transiger sur les questions de liberté.

L'auteur d'une thèse de doctorat, que j'ai déjà eu l'occasion de citer (M. Dumas, pp. 40 à 42), soutient une opinion un peu fantaisiste. D'après lui, la transaction favorable à la liberté aurait été de tous temps valable ; seulement, avant la Constitution d'Anastase, il aurait fallu que la personne prétendue esclave commençât par nier cet état. Depuis cet empereur, toujours d'après l'honorable docteur, la transaction consacrant l'état de liberté serait valable, même lorsque le

86. — On a prétendu que la constitution d'Anastase n'a trait qu'aux transactions intervenues sur des procès déjà pendants (Accarias, *Thèse*, p. 62). Cette opinion, qui ne paraît s'appuyer que sur les mots : *Litigiis jam motis et pendentibus, seu postea.... movendis*, de la loi 43, nous semble devoir être écartée. D'abord, il est pour le moins hardi de dire que ces mots supposent nécessairement des transactions intervenues sur des procès pendants, et alors même qu'ils signifieraient toujours des procès déjà intentés, il est beaucoup plus vraisemblable que l'auteur de la constitution aurait statué *de eo quod plerumque fit*. De plus, il n'y a pas de raison plausible pour faire cette distinction ; à ceux qui disent que l'empereur aurait voulu que l'incertitude du droit soit aussi manifeste que possible, nous répondons que les contestations non encore portées devant la justice sont souvent beaucoup plus sérieuses que la plupart des procès déjà pendants, et qu'il est absolument puéril d'exiger qu'elles soient portées devant les tribunaux pour qu'elles puissent être terminées par des transactions, parce qu'on peut toujours recourir à la justice, avant de conclure la transaction, même sur une contestation peu sérieuse [1].

prétendu esclave n'aurait pas nié cet état. Quant à la transaction défavorable à la liberté, elle serait toujours restée interdite. Cette opinion que l'auteur s'est abstenu d'appuyer par aucun argument, ne me paraît pas assez sérieuse pour être réfutée.

[1] Peut-être l'éminent auteur a-t-il mal lu la fin du chapitre des *Observationes* de Cujas, que nous avons cité. Il y est dit : *Anastasii Constitutio.... vult valere transactionem factam de statu et condicione adscripticia, vel servili, videlicet si* DE EA LIS DUBIA *necdum finita fuerit : denique* POST LITEM FACTAM VALERE, ANTE LITEM MOTAM VEL CONTESTATAM NON VALERE, *vel sic, de condicione servili aut adscripticia,* DE QUA NON AMBIGITUR, *non licere...* En effet, les mots : *post litem factam valere, ante litem motam vel contestatam non valere*, sembleraient au premier abord appuyer l'opinion de

87. — Les auteurs grecs, dont Cujas rapporte le témoignage, nous apprennent aussi qu'avant cette constitution d'Anastase, toute transaction sur le colonat, comme celle qui portait sur la question de liberté, était interdite. Anastase permit également cette transaction. Mais, pour le colonat, tout le monde est d'accord pour admettre que la transaction même consacrant cet état est valable, parce que 1° on peut devenir colon par une convention; et que 2° le colon peut acquérir pour lui. N'est-ce pas là une preuve que la transaction même en faveur de l'esclavage est valable, car si l'empereur parle ensemble de l'un et de l'autre état, c'est qu'apparemment, il veut les assimiler l'un à l'autre?

88. — Il va sans dire que cette constitution, spéciale à la question de liberté, ne saurait être étendue par analogie aux autres questions d'état. Mais, pour la question d'ingénuité, on pourrait être tenté de s'appuyer sur deux textes relatifs au serment, pour décider que la transaction sur une question d'ingénuité est valable, quand elle est favorable à l'ingénuité, tandis qu'elle est nulle si elle a pour but de consacrer l'état d'affranchi. En effet, le premier de ces deux textes est la loi 30, § 4, D., *de jurej.*, 12, 2, qui décide que le serment par lequel une personne affirme qu'elle est ingénue, a pour effet de la faire échapper au *jus patronatus*. Le second texte, la loi 14,

M. Accarias; mais, si on les combine avec les mots qui précèdent: *de ea lis dubia*, et ceux qui suivent : *de qua non ambigitur*, on verra bien que Cujas veut simplement dire par là que la constitution d'Anastase permet une transaction sérieuse sur la question de liberté, qui suppose une contestation réelle entre les deux parties; mais qu'elle ne permet pas une prétendue transaction par laquelle on déclarerait esclave un homme libre ou vice versa, sans qu'il y ait aucune contestation.

D., *de jure patron.*, 37, 14, déclare au contraire que le serment par lequel un prétendu patron affirme son droit ne le rend pas patron. D'où l'on pourrait conclure par analogie que la transaction sur la même question d'ingénuité serait valable, quand elle consacrerait l'état le plus favorable, et nulle dans le cas contraire. Nous avons déjà démontré qu'il ne faut pas confondre le serment et la transaction (n° 27). Dès lors, on ne saurait admettre en matière de transaction une décision aussi dérogatoire aux principes généraux que celle qui résulte de la loi 30, *de jurej.*, en se fondant uniquement sur une analogie qui est loin d'être complète [1]. Il nous semble beaucoup plus sage de nous en tenir à la décision contenue dans la loi 8, C., *de ingenuis manum.*, 7, 14: *Pactum nec servis, nec libertinis ingenuitatem adsignat* [2], et de dire qu'il est impossible de transiger sur une question d'ingénuité.

[1] J'ai lu dans une thèse, que j'ai déjà eu occasion de citer plusieurs fois (M. Jaubert, p. 58), que ce texte aurait trait au serment judiciaire. Cette supposition, que l'auteur a eu soin de ne pas démontrer, car il lui aurait été très-difficile de trouver un argument, me paraît inadmissible. En effet, aucun terme de ce §, ni même de ce fragment tout entier, ne me permet de conjecturer qu'il s'agit là d'un serment judiciaire: c'est plutôt le contraire qui saute presque aux yeux, parce que Paul ne se serait pas amusé à déclarer gravement une notion si évidente que le serment prêté par le défendeur sur la délation du demandeur a pour effet, soit le refus de l'action, soit l'absolution du jureur. Bien mieux, la fin de la loi 28, dont la loi 30 paraît être la suite, concerne certainement le serment extrajudiciaire, ce qui permet de supposer qu'il s'agit de la même espèce de serment dans la loi 30. Cette conjecture est d'autant plus probable que le texte de Triphoninus qu'on a intercalé entre ces deux fragments concerne évidemment aussi le serment extrajudiciaire.

[2] Dans l'opinion contraire, on pourrait peut-être tirer argument de la fin de ce texte: *Nec his, qui transactioni non consenserunt, quicquam præjudicare potest.* En effet, par argument *a contrario*, on pourrait dire que, si cette transaction ne peut être opposée à ceux qui n'y ont pas consenti, parce qu'il est de principe qu'une convention ne nuit pas aux tiers, elle produira effet entre les parties. Ainsi

89. — Quant aux questions de *status civitatis* et de *status familiæ*, il faut décider qu'elles ne peuvent jamais faire l'objet d'une transaction, attendu qu'elles ne sont pas dans le commerce. On a voulu admettre le contraire, en s'appuyant sur la loi 10, C., *de trans.*, qui dit que la transaction conclue entre un oncle et ses neveux sur la succession du père de ceux-ci et sur leur état *(de paterna successione, ac statu)* doit être respectée [1]. Mais ce texte visait vraisemblablement une hypothèse où la question de succession dépendait de celle d'état, et où l'on était conduit à trancher accessoirement la question d'état, en voulant régler la succession par une transaction. Donc, il ne prouverait pas du tout que cette transaction serait opposable en dehors de la question de succession. En tout cas, on n'est pas autorisé à admettre une dérogation aux principes généraux, en s'appuyant sur un texte si obscur [2].

interprétée, cette constitution dirait une chose trop naïve. Il est bien plus vraisemblable que celui qui a consulté les empereurs Dioclétien et Maximien, auteurs de ce texte, ou provoqué cette consultation, étant précisément un tiers, les empereurs ont ajouté, après avoir déclaré d'une manière générale que toute transaction sur ingénuité était nulle, que d'ailleurs, celui contre qui on prétendait opposer la transaction dans l'espèce était étranger à cette convention. Au reste, on ne saurait admettre une dérogation si grave aux principes généraux, en se fondant uniquement sur des termes si peu concluants, qui se trouvent dans un texte.

[1] Dumas, p. 42.

Je ne cite que pour mémoire l'opinion, qui me paraît inadmissible, de M. Jaubert (p. 58), d'après laquelle le mot *status*, employé dans ce texte, signifierait non l'*état des personnes*, mais l'*état des choses*.

[2] On a essayé d'expliquer cette différence entre la question de liberté et les autres questions d'état, par cette considération « qu'il n'est pas de l'essence de l'esclavage de durer à perpétuité, tandis que les qualités d'ingénu ou d'affranchi, d'enfant légitime ou d'enfant naturel, une fois acquises, sont, en principe, ineffaçables. » (Accarias, *Thèse*, p. 63.) Mais, si cette observation était juste, il faudrait décider

SECTION II

DES CRIMES ET DÉLITS

90. — Un principe domine toute la matière des conventions, et par suite celle de la transaction, c'est qu'une convention peut porter sur un intérêt privé, mais non sur un intérêt public. Ce principe trouve surtout son application à propos des transactions sur crimes et délits.

Il y a un autre principe non moins important, c'est l'impossibilité d'une convention sur un délit[1] futur (L. 27, § 4, D., *de pactis*, 2, 14). De telles conventions, en effet, seraient contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

De la combinaison de ces deux principes, il résulte qu'on ne peut jamais transiger sur un délit futur, et que, quant aux délits déjà commis, ils peuvent faire l'objet d'une transaction, toutes les fois qu'il n'y a pas d'intérêt public engagé.

Pour savoir comment les Romains appliquaient ce dernier principe, qui est certainement moins facile à appliquer que l'autre, il importe de distinguer : 1° les *delicta privata*[2], qui donnent naissance à une action pénale

que la qualité de citoyen romain, qui peut s'acquérir et se perdre, peut faire l'objet d'une transaction, ce que l'auteur ne paraît pas admettre (p. 62).

[1] J'entends ici par *délit* tout *crimen* aussi bien qu'un délit civil, voire même un quasi-délit.

[2] Je désigne sous cette dénomination tous faits illicites qui engendrent une action pénale. Ainsi elle embrassera les quasi-délits aussi bien que les délits proprement dits. Cette distinction entre les délits et les quasi-délits soulève d'ailleurs des difficultés, que je m'abstiens d'examiner, parce qu'elles sont dénuées d'intérêt pratique. V. les différents systèmes dans Accarias, *Précis de Droit romain*, 3° édit., II, p. 618, note 2.

pécuniaire au profit de la partie lésée ; 2° les *crimina privata*, qui engendrent au profit de la seule partie lésée une action criminelle ; 3° enfin les *crimina publica*, d'où résulte un *judicium publicum* au profit de tout le monde et tendant à l'application d'une peine criminelle.

§ I. — Des *delicta privata*

91. — Les actions pénales résultant de *delicta privata* sont dans le patrimoine de la partie lésée, qui peut en disposer comme elle entend. Elles peuvent donc faire l'objet d'une transaction (L. 7, § 14, D., *de pact.*, 2, 14). Cette transaction présente cependant quelques particularités. Nous avons déjà vu (n° 43) que les actions *furti* et *injuriarum* s'éteignent *ipso jure* par un simple pacte. En voici une autre, qui est plus générale : les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum*, et *de dolo*, qui entraînent l'infamie, quand elle saboutissent à la condamnation, l'entraînent également, quand elles font l'objet d'une transaction (LL. 1 ; 4, § 5, D., *de his qui notant. infam.*, 3, 2) parce que, dit Paul (L. 5, D., *de his qui notant. infam.*, 3, 2), on considère qu'il y a aveu de la part de l'accusé. Mais il faut pour cela qu'il s'agisse d'une *transaction librement consentie*, il en résulte : 1° que, s'il n'y a qu'une remise gratuite, l'accusé n'encourt pas l'infamie ; 2° qu'il en est de même, quand la transaction a lieu sur l'ordre du préteur (L. 6, § 3, D., *de his qui notant. infam.*, 3, 2 ; — L. 18, C., *ex quibus caus. infam. irrogat.*, 2, 12). Seulement on peut se demander dans quel cas le préteur pourrait ordonner cette transaction.

§ II. — Des *crimina privata*

92. — Pour ces actions, il n'y a pas de texte précis. Mais nous avons un texte d'Ulpien (L. 7, § 1, D., *ad SC. Turp.*, 48, 16), d'après lequel la victime d'un stellionat, d'un dépouillement d'hérédité, d'un vol, ou d'une injure, qui, au lieu d'agir civilement, a agi criminellement et qui s'est désistée ensuite, sera punie, non pas d'après le sénatus-sonsulte Turpillien, qui ne s'applique qu'aux *crimina publica* et dont nous parlerons longuement dans le paragraphe suivant, mais *officio judicis*. Il en résulte qu'une transaction par laquelle le plaignant abandonne son *crimen privatum* est un acte illicite à son égard : donc elle est nulle. Si elle est nulle à son égard comme étant illicite, il est difficile d'admettre qu'elle est valable à l'égard du *reus* : donc elle est nulle et à l'égard de l'accusateur et à l'égard de l'accusé.

On peut ajouter que les termes de la loi 9, C., *de contr. et commit. stipul.*, 8, 38, sont assez larges pour qu'on puisse les appliquer aussi bien aux *crimina privata* qu'aux *crimina publica*. Voici ce qu'on y lit : *Sin autem ob non instituendam accusationem criminis pecunia promissa sit, cum de hujusmodi causis pacisci non liceat, petitio denegatur*.

93. — Ce premier point une fois admis, reste à savoir si l'accusé est tenu pour *confessus*. Ici encore, nous n'avons pas de texte précis. On pourrait être tenté de conclure de la loi 7, D., *de prævaric.*, 47, 15, que l'accusé sera considéré comme ayant avoué. Voici ce que nous dit Ulpien dans ce texte : « Dans toutes les causes,

excepté celles qui emportent la mort, celui qui corrompt son délateur est tenu pour vaincu, en vertu du sénatus-consulte. » Mais ce texte n'a trait visiblement qu'aux *judicia publica*. En effet, d'abord, le mot *delator* suppose une accusation publique. Ensuite, le jurisconsulte parle d'un sénatus-consulte ; ce sénatus-consulte est vraisemblablement le sénatus-consulte Turpillien, qui, comme nous venons de le voir au numéro précédent, ne concerne que les *crimina publica*, car celui dont parle un autre texte du même titre (L. 3, § 3) est certainement le Turpillien. Enfin, tous les autres textes de ce titre visent, sans aucune espèce de doute, les *judicia publica*; il est donc difficile d'admettre que ce seul texte de ce titre vise les *crimina privata*, en même temps que les *crimina publica*.

94. — Ainsi la loi 7, *de prævaric.*, ne s'applique pas aux *crimina privata*. Faut-il en conclure, comme on l'a fait [1], que l'accusé ne sera point tenu pour *confessus*? Il nous semble que non. Nous avons vu, en effet, dans le paragraphe précédent (n°91), que, même dans les actions civiles résultant de *delicta privata*, le *reus* est tenu pour *confessus*, et par suite, encourt l'infamie toutes les fois que les actions sont infamantes. Comment veut-on qu'un *reus*, qui serait considéré comme ayant avoué, s'il transigeait sur une action civile résultant de son méfait, ne le soit pas, quand il transige sur une action criminelle résultant du même méfait? Ce raisonnement, irréfutable à notre avis, a conduit les auteurs que nous venons de citer à admettre que le *reus* sera noté d'infamie. Que n'admettent-ils pas

[1] Accarias, *Thèse*, p. 83 ; Dumas, *Thèse*, pp. 44 et 45.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R F
IMPRIMÉS

alors, par une logique bien naturelle, que le *reus* sera aussi tenu pour *confessus*, tout comme dans l'action civile? Sans doute, la conséquence n'est pas la même dans les deux cas, puisque, dans l'action civile, cette fiction exorbitante n'entraîne que l'infamie, ce qui est déjà trop, tandis qu'elle peut entraîner en outre une condamnation criminelle dans l'action criminelle [1]. Mais cela tient à la différence de nature des deux actions. En tous cas, la loi romaine ne semble pas avoir craint d'attacher cette conséquence grave à la fiction dont il s'agit, car elle l'admet, comme nous allons voir, en matière de *crimina publica*, c'est-à-dire de ceux qui peuvent emporter des peines plus graves que les *crimina privata* [2].

95. — On sait qu'un même fait peut engendrer à la fois une action civile et une action criminelle. Dans ce cas, la transaction peut valablement intervenir sur la première, non sur la seconde. Si l'on suppose qu'une transaction soit intervenue sur l'action civile, la partie lésée peut-elle de nouveau intenter l'action criminelle? Nous ne le croyons pas, car on ne peut que choisir entre les deux actions, et que, dans l'hypothèse, l'action civile a été éteinte volontairement par une transaction valable, ce qui entraîne aussi l'extinction de l'action criminelle (Arg., L. 56, § 1, D., *de furt.*, 47, 2).

[1] Nous verrons dans le paragraphe suivant que cette fiction n'entraine pas nécessairement la condamnation.

[2] L'auteur d'une autre thèse (Jaubert, p. 65) veut faire résulter de ce que l'accusateur est puni, que l'accusé doit être puni également. C'est une logique assez singulière. En tous cas, si l'accusé peut être puni, comme nous le soutenons au texte, ce n'est pas la transaction elle-même qui est punissable chez lui, comme chez l'accusateur, et le juge ne pourra jamais le punir que comme auteur du méfait qui a causé l'accusation.

§ III. — Des *crimina publica*

96. — Les Romains comprenaient très-bien cette vérité incontestable que les crimes portent atteinte non-seulement à la victime, mais à la société tout entière. D'où ils tiraient cette conséquence que tout le monde pouvait les poursuivre. Ils admettaient, il est vrai, comme nous venons de voir, certaines exceptions à ce principe, — dont quelques-unes étaient peut-être regrettables, — pour lesquelles la victime était seule autorisée à poursuivre le coupable. Mais, pour les autres crimes, ils accordaient à tout le monde le droit de les poursuivre. Cette application de l'idée que nous avons formulée en commençant n'était certainement pas heureuse : nous préférons à ce système, plein de dangers, celui qui est en vigueur aujourd'hui à peu près partout et qui consiste à charger des magistrats spéciaux de poursuivre les criminels. Mais, puisque, bon ou mauvais, le système d'accusation publique existait à Rome, il fallait prohiber toute convention qui pût l'entraver. Voilà pourquoi on déclarait nulle une convention par laquelle une personne promettrait de ne point poursuivre une autre pour un crime commis par celle-ci. C'est ce que décide Paul (*Sent.*, 1, 1, § 7) : *De criminibus propter infamiam nemo cum adversario pacisci potest*[1]. C'est ce que décide aussi la loi 9, C., *de contr. et comm. stipul.*, 8, 38. Nous

[1] Les *crimina propter infamiam* ne peuvent être que les *crimina publica*, car, bien que les *crimina privata* qui, poursuivis civilement, entraîneraient l'infamie, comme le vol, le rapt, l'injure, entraînent à plus forte raison cette déchéance, quand ils sont poursuivis *extra ordinem*, ce sont les *crimina publica* seuls qui entraînent toujours l'infamie (L. 7, D., *de publicis judiciis*, 48, 1).

avons vu (n° 92) que l'on peut dire que ce dernier texte s'applique aussi aux *crimina privata*, mais ils visent surout les *crimina publica*. Ainsi toute transaction par laquelle une personne abandonne une action publique, résultant d'un crime commis par une autre personne est nulle : voilà le premier principe.

97. — Ce n'est pas la seule sanction légale. Les Romains ne se bornaient pas à déclarer cette transaction nulle, mais ils la punissaient. Les règles n'étaient pas les mêmes pour l'accusateur et pour l'accusé.

Étudions donc d'abord ce qui concerne l'accusateur. Il faut encore distinguer suivant que la transaction intervient avant ou après le commencement du procès. Le procès est réputé commencé, *causa ordinata*, *accusatio instituta*, lorsque l'accusateur a présenté le *libellus acucsationis*, signé de lui, et qu'il s'est engagé avec satisdation à poursuivre le procès jusqu'à la sentence (L. 7, pr. et § 1, D., *de accusat.*, 48, 2; — L. 3, C., *de his qui accus. non poss.*, 9, 1 ; — L. 1, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45).

Si la transaction intervient avant la *causa ordinata*, la sanction pénale est double pour l'accusateur : 1° celui-ci est assimilé au concussionnaire; mais, tandis que la concussion donne généralement lieu à un *crimen privatum*, ici il y a un *crimen publicum*, et la peine est celle de la loi Cornelia *de falsis*, c'est-à-dire la déportation et la confiscation générale (L. 2, D., *de concus.*, 47, 13; — L. 1, § 13, D., *de lege Cornel. de fals.*, 48, 10 ; — L. 6, D., *de lege Jul. repetund.*, 48, 11); 2° l'accusateur perd en outre son *jus accusandi* (LL. 4 et 8, D., *de accusat.*, 48, 2) [1].

[1] Les auteurs des thèses que j'ai déjà citées (Accarias, p. 66 ; Jau-

98. — Si, au contraire, l'accusateur transige après la poursuite commencée, il tombe sous le coup du sénatus-

bert, pp. 60 et 61 ; Dumas, p. 45) prétendent, je ne sais trop pourquoi, que notre accusateur sera en outre tenu de l'action *in factum de calumnia*, qui est une action mixte au quadruple. En effet, les textes qu'ils citent (L. 1, § 1 ; L. 5, § 1, D., *de calumn.*, 3, 6) donnent bien cette action contre un individu qui reçoit de l'argent en menaçant un autre de lui intenter un procès criminel, mais seulement quand il le fait *calumniæ causa*, et aucun texte, que je sache, ne donne cette action contre quelqu'un qui n'est pas coupable de *calumnia*. M. Accarias (pp. 75 et 76) invoque la loi 3, § 2, D., *de calumniat.*, à propos de la transaction intervenue après la poursuite et paraît soutenir que ce texte vise à la fois la transaction intervenue avant la poursuite et celle qui y est postérieure : il admet implicitement par là que cette action *in factum de calumnia* est aussi donnée contre l'accusateur qui tombe sous le coup du sénatus-consulte Turpillien, ce qui vaudrait bien la peine d'être dit expressément. Mais, à mes yeux, ce texte, pas plus que les autres textes du même titre, ne vise un cas où il n'y a pas chicane, *calumnia*. En effet, Ulpien vient de dire dans la loi 1, § 3, que ce que l'édit veut frapper par cette action est la *calumnia*, et non la transaction qui n'est pas interdite en principe ; dès lors, il est inadmissible que le même jurisconsulte, lorsqu'il ajoute dans la loi 3, § 2, qui est visiblement la suite de la loi 1, que cet édit s'applique aussi aux transactions honteuses, veuille dire que cette dernière catégorie de transactions tombe sous le coup de l'édit, alors même qu'il n'y aurait pas de *calumnia*. L'éminent jurisconsulte ne se serait pas exprimé en des termes si laconiques, si réellement il avait voulu admettre par là une restriction à la proposition qu'il vient de formuler. En tous cas, pour admettre l'action *de calumnia* dans un cas où il n'y a pas de *calumnia*, alors surtout que l'édit qui donne cette action exige formellement la condition de la *calumnia* (L. 1, pr., D., *de calumn.*, 3, 6), il faudrait un texte plus formel que la loi 3, § 2. Voici, à mon avis, le vrai sens de ce texte. Le jurisconsulte vient de dire dans le § 1 que, quand on reçoit quelque chose pour intenter une action ou pour ne pas l'intenter, qu'on exécute ou non cette convention, on tombe toujours sous le coup de l'action *de calumnia*. Il ajoute maintenant dans le § 2 que, si l'on transige après avoir intenté une action, l'édit ne s'en applique pas moins. Mais il suppose dans ce paragraphe, comme dans le précédent, l'existence de cette condition essentielle de la *calumnia*. Qu'on ne dise pas que, si c'était là le sens véritable du § 2, le jurisconsulte y dirait une chose trop naïve ! Les termes de l'édit ne visant que le cas où l'on reçoit de l'argent *calumniæ causa, pour intenter ou pour ne pas intenter un procès*, il était nécessaire à

consulte Turpillien. En voici la disposition : une fois la poursuite commencée, ce n'est pas seulement la transaction, comme dans le cas précédent, mais même le désistement gratuit, qu'on punira. Si l'accusateur de bonne foi reconnaît son erreur, il devra demander l'*abolitio* au magistrat (L. 1, § 7, D., *ad SC. Turpill.*, 48, 16; — L. 1, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45). Cette autorisation du magistrat ne s'obtiendra qu'avec le consentement de l'accusé; il faudra en outre que l'accusateur n'ait pas agi par *calumnia;* enfin, l'*abolitio* sera impossible, quand il aura reçu quelque chose pour se désister, c'est-à-dire en cas de transaction (L. 15, § 2; L. 18, pr., D., *ad SC. Turpill.*, 48, 16; — L. 2, C., *de abolit.*, 9, 42). Si le délateur se désiste sans avoir obtenu cette *abolitio,* il sera qualifié *tergiversator* (L. 1, § 1, D., *ad SC. Turpil.*, 48, 16), et il sera puni : 1° d'une peine de 5 livres d'or (L. 3, § 3, D., *de prævar.*, 47, 15); 2° d'une peine criminelle, abandonnée au pouvoir discrétionnaire du magistrat (L. 2, C., *ad SC. Turpill.*, 9,45); 3° de l'infamie, qui entraîne la déchéance du *jus accusandi* (L. 4, D., *de accus.*, 48, 2; — L. 6, § 3, D., *de decur.*, 50, 2). Cette sévérité particulière s'explique par cette considération que l'accusateur qui a présenté le *libel-*

son commentateur de dire qu'on tombe sous son application, si l'on transige après avoir intenté le même procès [a]. Maintenant, en fait, lorsqu'une personne transige sur une accusation publique, elle peut être considérée le plus souvent comme agissant dans un esprit de chicane, ce qui constituerait une *calumnia.* Mais ce ne serait pas une raison pour l'ériger en une présomption légale, en l'absence d'un texte spécial.

[a] L. 3, § 1, D., *de calumn.*, 3, 6 : *Si igitur accepit, ut negotium faceret, sive fecit, sive non fecit, et qui accepit, ne faceret, et si fecit, tenetur.*

§ 2 : *Hoc edicto tenetur etiam is, qui depectus est.* DEPECTUS *autem dicitur turpitur pactus.*

lus accusationis et qui s'est engagé à poursuivre le procès jusqu'au bout, contracte, à l'égard de la société, l'obligation de faire condamner l'accusé, si celui-ci est coupable ; à l'égard de l'accusé, celle de le faire déclarer innocent, si ce dernier n'est pas coupable ; enfin, à l'égard de la société et de l'accusé à la fois, celle de subir les condamnations criminelle et civile pour calomnie, s'il a lancé de mauvaise foi une accusation fausse. En effet, dans ce dernier cas, le *calumniator* sera condamné à la même peine que celle dont l'accusé serait passible, s'il était coupable (L. 17, C., *de accusat.*, 9, 2; — L. 10, C., *de calumn.*, 9, 46).

99. — Si le désistement gratuit était si sévèrement puni, la transaction était *à fortiori* frappée avec la même sévérité.

Nous venons de voir même qu'en cas de transaction, l'*abolitio* n'était jamais accordée. De même, les femmes qui, dans les cas exceptionnels où elles pouvaient exercer le *jus accusandi*, avait le droit de se désister gratuitement sans *abolitio*, ne pouvaient pas transiger, sous peine de tomber sous le coup du sénatus-consulte Turpillien (L. 1, § 10 ; L. 4, pr., D., *ad SC. Turpil.*, 48, 16 ; — L. 5, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45).

Ainsi se dégage un second principe : La transaction sur un *crimen publicum* est toujours punissable du côté de l'accusateur, quel que soit le moment où elle intervient.

100. — Quant à l'accusé, il ne sera pas puni, s'il fait une transaction avant le commencement de la poursuite. Il ne le sera pas non plus, si son adversaire se désiste gra-

tuitement. Mais il n'en sera plus de même, si le *reus* transige après la poursuite commencée: là, en effet, la société a droit acquis à ce que la lumière se fasse, et comme la transaction, à la différence du désistement gratuit, est l'œuvre commune du *reus* et du *delator*, elle est tout aussi imputable à l'un qu'à l'autre. D'où les Romains décidaient que cet accusé seraitpunid'unepeine pécuniaire de 500 solides (L. 34, D., *de jure fisci*, 49, 14). Mais ils allaient plus loin, et c'est là une véritable exagération: ils se disaient que celui qui transigeait reconnaissait par là qu'il était impuissant à se défendre, qu'il avouait implicitement sa culpabilité. Ils le déclaraient donc *confessus* ou *victus* (L. 7, D., *de prævar.*, 47, 15; — LL. 4, et 29, pr., D., *de jure fisci*, 49, 14).

Je dis que c'est là une véritable exagération, car il n'est pas rare de voir des gens honnêtes donner une somme d'argent à un accusateur, pour se débarrasser de l'ennui que peut leur causer un procès criminel, plus désagréable qu'un procès civil. Ainsi, si l'on comprend que la loi punisse, dans une législation qui ouvre le droit d'accusation à tout le monde, un accusateur de mauvaise foi, qui, après avoir intenté une action criminelle, soit pour satisfaire sa haine contre quelqu'un, soit pour en faire un moyen de gagner de l'argent, se désiste pour échapper aux conséquences de la calomnie ou par suite d'une transaction qu'il a réussi à conclure, on ne comprend point cette présomption légale que l'accusé qui transige est coupable, erreur que les Romains eux-mêmes paraissent avoir fini par reconnaître en partie, si l'on en juge par l'exception qu'ils apportaient à cette règle et que nous étudierons bientôt.

Toutefois il ne faudrait pas se méprendre sur la por-

tée de cette présomption. Le *confessus* n'est pas le *damnatus*. Après la *confessio*, il reste encore au magistrat de déterminer la peine et même d'examiner la valeur de l'aveu (L. 29, pr., D., *de jure fisci*,, 49,14; — L. 2, C., *de abolit.*, 9, 42).

Quoi qu'il en soit, voici notre troisième principe : l'accusé qui transige avant la poursuite n'est pas puni; mais, transigeant après, il est puni.

101. — A ce troisième principe, il y a une exception : pour les crimes entraînant une condamnation à mort, la transaction est impunie du côté de l'accusé (L. 7, D., *de prævaric*, 47, 15; — L. 1, D., *de bon. eor. qui ante sent.*, 48,21). Ulpien explique cette exception par cette considération que l'accusé menacé de mort est excusable de vouloir sauver sa vie par tous les moyens possibles (L. 1, D., *de bon. eor. qui ante sent.*).

Cette explication n'est pas bien satisfaisante, car si l'accusé était excusable de vouloir sauver sa vie par tous les moyens possibles, ne le serait-il pas aussi de vouloir sauver par exemple sa liberté ou sa qualité de citoyen, dont la perte serait plus pénible pour certaines gens que la mort même? Il vaut mieux y voir un tempérament à un principe exorbitant, inspiré par l'équité et le bon sens. On aurait dû aller plus loin et supprimer complètement le principe même, qui était mauvais [1]. Cette exception paraît d'ailleurs n'avoir pas existé dans le droit primitif : ce sont des empereurs qui introduisirent cette exception, qu'on doit considérer comme heureuse, à défaut de la suppression du principe (L. 1, D., *de bon. eor. qui ante sent.*)

[1] Cf. le nº précédent.

102. — Ainsi, des trois principes que nous avons vus, le dernier, relatif au *reus*, reçoit une exception certaine en cas de crimes punis de mort. Mais les deux autres principes : nullité de la transaction et punition de l'accusateur, reçoivent-ils aussi une exception dans ce cas? On l'a soutenu, mais nous ne le croyons pas, et voici d'abord les raisons qui nous ont déterminé dans ce sens :

1° Puisqu'il s'agit d'une exception aux principes, il faudrait, pour l'admettre, un texte formel, qui n'existe pas à notre sentiment.

2° Le motif qui explique l'exception au troisième principe n'expliquerait plus celles qui seraient apportées aux deux autres principes (V. n° 101).

3° Si nous pouvons arriver à prouver que le désistement gratuit de la part de l'accusateur est toujours puni, même en cas d'accusation capitale[1], nous prouverons par là même que la transaction, dans le même cas, est punie à plus forte raison. Eh bien ! cette preuve, nous la trouvons dans un texte d'Ulpien (L. 14, § 2, D., *de bonis libert.*, 38, 2). Voici l'hypothèse : un patron qui a introduit une accusation capitale contre son affranchi, étant encore mineur, arrive à la majorité avant la sentence. S'il avait été majeur quand il a introduit l'accusation, il perdrait son droit à la *bonorum possessio contra tabulas* (Ead. L., pr.). Mais, comme il a commencé, par hypothèse, son accusation pendant qu'il était mineur, il faut, dit le jurisconsulte, user d'indulgence à son

[1] Nous employons ici cette expression dans un sens étroit, à l'exemple des textes (L. 1, D., *de bonis eor. qui ante sent.*, 48, 21 ; — L. 18, C., *de trans.*), pour désigner seulement l'accusation qui peut entraîner la mort.

égard, car on ne peut lui reprocher de ne s'être pas désisté, *son désistement sans* ABOLITIO *étant puni par le SC. Turpillien* et l'*abolitio* ne pouvant s'obtenir facilement [1].

4° Enfin, tout accusateur doit commencer par s'engager avec satisdation qu'il continuerait sa poursuite jusqu'à la sentence (L. 7, § 1, D., *de accusat.*, 48, 2; — L. 3, C., *de his qui accusare non poss.*, 9, 1 ; — L. 1, C., *ad SC. Turp.*, 9, 45). S'il pouvait se désister, et cela en réalisant un bénéfice, que deviendrait cet engagement, qui n'a certainement pas été reçu par l'accusé?

103. — On n'a cependant pas manqué de nous faire des objections plus ou moins spécieuses.

1° D'abord, l'argument fondamental et, il faut en convenir, le plus embarrassant de nos adversaires, résulte d'une constitution de Dioclétien et Maximien (L. 18, C., *de trans.*): *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio*, PROHIBITUM NON EST : *in aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere* NON LICET, CITRA FALSI ACCUSATIONEM. (*Il n'est pas défendu* de transiger ou de faire un pacte sur un crime capital, excepté l'adultère: mais, dans les autres crimes publics, qui n'entraînent pas la peine de mort, *il n'est pas permis* de transiger, *sauf l'accusation de faux.*) Voici ce que l'on dit: Puisqu'*il n'est pas défendu* de transiger sur un crime capital, c'est que la transaction est valable ; si elle est valable, c'est qu'elle est licite, et on ne saurait punir l'accusateur, pas plus que l'accusé.

[1] Pour être certain que ce texte s'applique au cas de crimes punis de mort, il suffit de lire le *proœmium* et les §§ 3 et 4 de la même loi.

104. — Cette objection, dont nous ne dissimulons pas la gravité, n'est cependant pas décisive. En effet, tous les autres textes qui posent les principes que nous avons vus sont absolus en ce qui concerne la nullité de la transaction et la punition de l'accusateur ; ils n'admettent de distinction entre le crime capital et les autres que pour le *reus ;* quelques-uns d'entre eux sont même des mêmes empereurs Dioclétien et Maximien ou de princes postérieurs (L. 9, C., *de contr. et committ. stipul.*, 8, 38; — L. 2, C., *de abol.*, 9, 42 ; — L. 5, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45). Il faut remarquer aussi que les expressions employées dans notre texte, *prohibitum non est*, *non licet*, ne semblent pas indiquer une innovation de ces empereurs. Notre conclusion est donc que Dioclétien et Maximien n'ont voulu dire par là que ce que nous avons vu plus haut, à savoir que le *reus*, qui ne peut transiger impunément dans toute autre accusation, le peut dans une accusation intéressant sa vie. Maintenant, que la transaction ne soit pas valable et que l'accusateur, lui, soit toujours puni, c'est ce que les empereurs n'avaient probablement pas besoin de dire, n'étant consultés que sur le point de savoir si l'accusé est punissable ou non. Il se peut même que cette dernière circonstance se trouvât mentionnée dans le premier texte du rescrit et que les compilateurs l'aient retranché pour conserver seulement la décision donnée.

105. — 2° Cette objection se tire de la loi 1, § 3, D., *de calumn.*, 3, 6. Voici ce que dit Ulpien dans ce texte: « Une constitution de l'Empereur, — et c'est visiblement une constitution de Caracalla qu'il vise (L. 1, C., *de pœna judicis qui male judic.*, 7, 49), — défend de

donner de l'argent soit au juge, soït à l'adversaire, dans les actions publiques aussi bien que dans les actions privées, et elle décide qu'on perdra le procès pour cette cause. » Et Ulpien se demande s'il faut appliquer cette constitution aux transactions : il répond que non, car ce n'est pas la transaction qu'on interdit, mais la concussion. Donc, dit-on, la transaction sur les crimes capitaux est valable et l'accusateur qui transige n'est pas puni.

Cette objection n'en est pas une. En effet, pour qu'on puisse invoquer ce texte dans l'opinion que nous combattons, il faudrait que ce texte visât le cas de crime capital, ce qui n'est dit dans aucune partie du texte. Bien mieux, le jurisconsulte commence par dire que la constitution dont il s'agit s'applique aussi bien dans les actions publiques que dans les actions privées. Donc il est vraisemblable que, quand Ulpien dit que la transaction n'est pas interdite, il veut parler des transactions licites, et dans les actions privées, la transaction est en principe licite ; car, autrement, on aboutirait à cette conclusion inadmissible que la transaction est permise même dans les crimes non punis de mort.

106. — 3° L'accusateur qui a transigé ne peut plus reprendre l'action ; donc, dit-on, la transaction produit son effet et l'accusateur ne doit pas être puni, et on cite notamment la loi 3, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45. Ce texte suppose qu'une transaction est intervenue, par laquelle l'accusateur s'est engagé à demander d'abord l'*abolitio*, moyennant laquelle l'accusé lui donnera quelque chose. Ayant obtenu l'*abolitio* [1], l'accusateur demande l'exécu-

[1] Cette circonstance, sans être absolument indispensable, nous

tion de la transaction, que l'accusé refuse. Alors il consulte les empereurs Valérien et Gallien sur le point de savoir s'il pourra recommencer l'accusation, et les empereurs répondent négativement. D'où l'on a voulu conclure que la transaction sur un crime capital produit son effet.

Cette objection est encore plus mauvaise que la précédente. En effet, d'abord, les termes du texte sont on ne peut plus généraux, car il n'y est question que d'un crime, d'une accusation. Vouloir restreindre ce texte au cas de crime capital ne serait plus interpréter le texte; et, à notre sens, c'est avec raison que les auteurs de ce texte s'expriment d'une manière si générale. Il ne décide nullement la question de savoir si la transaction est valable ou non, mais celle de savoir si l'accusateur peut reprendre ou non l'action dont il s'est désisté. Or nous savons que l'accusateur qui se désiste, soit gratuitement, soit en vertu d'une transaction, perd d'une manière générale le droit d'accuser, comme conséquence de l'infamie dont il est frappé, et cela sans distinguer si l'accusation doit entraîner la peine de mort ou non (LL. 4 et 8, D., *de accusat.*, 48, 2; — L. 2, § 1, D., *ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5; — L. 2, D., *ad SC., Turpill.*, 48, 16; — L. 6, C., *de his qui accusare non poss.*, 9, 1). Donc, si l'accusateur qui a transigé

semble supposée dans le texte, contrairement à ce que dit M. Accarias (*Thèse*, p. 73, note 1). En effet, si l'accusateur n'avait pas exécuté de son côté ce qu'il avait promis, c'est-à-dire s'il n'avait pas demandé et obtenu l'*abolitio,* comment voudrait-il forcer son adversaire à exécuter la transaction? Qu'on ne dise pas que, dans ce cas, l'*abolitio* doit être refusée! Mais l'accusateur qui demande l'*abolitio*, se gardera bien de dire que c'est par suite d'une transaction qu'il la demande: il dira par exemple que c'était par suite d'une erreur ou d'une témérité qu'il a intenté le procès, et le magistrat peut très-bien ignorer la transaction qui se fait sous main.

ne peut plus recommencer son accusation, ce n'est pas du tout par application de la transaction, mais au contraire, par un effet de la punition qui frappe l'accusateur qui est coupable d'avoir fait une transaction interdite [1].

107. — 4° Ce dernier argument de nos adversaires concerne seulement la prétendue impunité de l'accusateur : le voici. On dit : L'accusateur qui succombe encourt la peine du talion (L. 17, C., *de accusat.*, 9, 2; — L. 10, C., *de calumn.*, 9, 46) ; donc celui qui accuse quelqu'un d'un crime puni de mort, s'il succombe, sera lui-même puni de mort. On comprend dès lors, dit-on, que l'accusateur est tout aussi intéressé que l'accusé, à sauver sa vie ; pourquoi alors l'accusateur ne pourrait-il pas, comme l'accusé, chercher son salut dans une transaction?

Cet argument n'est que spécieux. En effet, de deux choses l'une : ou l'accusateur est de bonne foi, et alors, il ne sera pas *calumniator* (L. 1, §§ 3 et 4, D., *ad SC. Turpill.*, 48, 16) ; s'il n'est pas *calumniator,* alors même que l'accusé sera absous, il ne sera pas passible de la peine du talion, car celui-là seul sera puni de cette peine, qui sera déclaré *calumniator*. D'ailleurs, dans ce cas, il pourra même obtenir l'*abolitio*, s'il veut se désister gratuitement. Ou l'accusateur est de mauvaise foi, et alors, il sera puni comme *calumniator ;* mais, dans ce cas, il doit s'imputer à lui-même cette conséquence de sa fausse accusation. Il serait inadmissible qu'un coupable de *calumnia* n'eût qu'à recevoir un pot-de-vin de l'ac-

[1] Cf. n° 98.

cusé, pour échapper à sa peine. En tous cas, la situation n'est pas la même pour les deux parties : l'accusé ne peut pas échapper à une accusation qu'on veut lui intenter, tandis que l'accusateur n'a jamais été obligé d'agir.

108. — Nous espérons avoir ainsi démontré que l'exception en cas de crime capital n'existe qu'en faveur de l'accusé. Cette seule exception reçoit encore une exception, et revient ainsi à la règle, dans le cas d'adultère (L. 18, C., *de trans.*).

Pendant longtemps, l'adultère n'était puni que de la relégation et d'une confiscation partielle des biens (Paul, *Sent.*, 2, 26, § 14). C'est Constantin qui décida le premier que l'adultère serait puni de mort (L. 30, § 1, C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9; — Nov. 134, cap. 10; — *Scholie des Basiliques*, sur L. 18, C, *de trans.*).[1] Donc désormais, il semblerait que l'adultère aussi fît partie de l'exception dont nous venons de parler. Mais non, la loi 18 nous dit que l'accusé d'adultère ne transigera pas impunément, comme les autres accusés de crime capital. Pourquoi? Voici l'explication qui nous paraît la plus satisfaisante et qui a été donnée par Vinnius (*De Trans.*, chap. VIII).

[1] Si notre loi 18, attribuée à Dioclétien et Maximien, contient cette indication : *Excepto adulterio*, c'est que ces mots furent insérés après, c'est le scholiaste des Basiliques qui nous l'enseigne. Il est vrai qu'Auguste et Caracalla punirent souvent de mort le crime d'adultère, mais on sait que cela était contraire à la loi. On voit aussi une constitution attribuée à Alexandre Sévère (L. 9, C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9) édicter la peine de mort contre ce crime, mais l'altération de ce texte résulte clairement de la contradiction qui existe entre le commencement et la fin.

Ajoutons que Justinien (Nov. 134, cap. 10) abaissa la peine de l'adultère, et la femme adultère n'était plus qu'enfermée dans un monastère à perpétuité, à moins que son mari ne la reprît avant deux ans.

Constantin, en même temps qu'il introduisit la peine de mort contre l'adultère, restreignit le droit de dénoncer ce crime et le réserva au mari, au père, aux frères et aux oncles (L. 30, pr., C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9). Dès lors, si l'accusé qui transige était impuni, voici ce qui arriverait souvent : l'accusateur, qui seul peut ou veut poursuivre l'adultère, transigerait serait puni, du moins dans notre système, et perdrait son droit d'accusation, et ceci dans tous les systèmes. Alors il n'y aurait plus personne qui poursuivît de nouveau ce crime; d'un autre côté, l'accusé ne pouvant être considéré comme ayant avoué, resterait impuni. Il faut ajouter que, quand les deux parties doivent être punies, chacune regardera à deux fois avant de transiger, tandis que l'accusé n'étant pas puni, ferait tout son possible pour déterminer son adversaire à abandonner son accusation, et que celui-ci essayerait souvent de tromper le magistrat et d'obtenir l'*abolitio*.

109. — On a proposé d'autres explications, qui ne nous paraissent pas satisfaisantes. On a dit, par exemple, que le crime d'adultère est le plus grave de tous, qu'il peut modifier la composition de la famille, chose importante surtout à Rome. Cette idée, qui n'est certainement pas exacte à nos yeux modernes, car, pour nous, il y a bien des crimes beaucoup plus graves que l'adultère, ne paraît pas l'avoir été davantage à Rome, si l'on songe que ce crime n'y était longtemps puni que de la relégation. Mais il importe peu que cette idée soit exacte ou non, car c'est précisément pour les crimes les plus graves, punis de la peine extrême, qu'existe l'exception favorable à l'accusé, et si le motif de cette exception est bien celui

qu'indique Ulpien[1], il faut convenir que tout accusé de crime capital a le même intérêt à sauver sa vie.

Une autre explication proposée est peut-être plus plausible, sans être tout à fait satisfaisante. On a dit que la loi Julia *de adulteriis* aurait formellement décidé qu'on ne pourrait jamais transiger impunément sur un crime d'adultère, — et on s'appuie sur les lois 29, § 2, D., *ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5 ; 10, C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9, — et que, quand Constantin introduisit la peine de mort contre ce crime, il aurait oublié d'abolir en même temps cette sévérité, à l'exemple des autres crimes capitaux. Cette conjecture, pour être ingénieuse, n'est autorisée par aucun texte, ceux qu'on a cités n'établissant nullement que Constantin eût oublié d'abolir la disposition de la loi Julia relative à la prohibition de la transaction, disposition dont l'existence même n'est pas suffisamment prouvée. De plus, cette conjecture n'est point nécessaire, alors qu'on peut expliquer la règle en question d'une autre manière, et d'une manière plus satisfaisante [2].

110. — Nous venons de voir que le principe que l'accusé qui transige est tenu pour *confessus*, reçoit une

[1] V. n° 101.

[2] On lit dans la thèse de M. Accarias (p. 81, note 1) que la loi Julia ne statuait que sur l'*accusator*. Je ne sais pas si l'auteur a puisé cette prétention dans d'autres textes que ceux qui sont cités dans ce numéro. Mais, si l'on considère le texte de la loi 10, *C.*, *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9, comme reproduisant les termes de la loi Julia, on sera bien forcé d'admettre que cette loi punissait tout à la fois et l'accusateur et l'accusé, car on y lit: *De crimine adulterii pacisci non licet, et par delictum est accusatoris prævaricatoris*, ET DEFUGIENTIS VERITATIS INQUISITIONEM. L'auteur lui-même semble donner la même interprétation à ce texte, lorsque, un peu plus loin (p. 84), il le cite pour affirmer que l'accusé, commet en transigeant, le même crime que l'accusateur.

exception en cas de crimes capitaux, moins l'adultère. Nous allons nous demander maintenant si c'est là la seule exception, s'il n'y en a pas encore d'autres.

La loi 18, C., *h. t.*, que nous avons transcrite plus haut (n° 103) avec sa traduction, après avoir dit qu'il n'est pas permis de transiger sur les autres crimes que ceux qui sont punis de mort, finit par ces mots : *citra falsi accusationem*. Pour nous, ces mots signifient : *sauf l'accusation de faux*, c'est-à-dire que la préposition *citra* est ici synonyme de *præter*. Ainsi, on peut transiger sur une accusation de faux, et c'est une nouvelle exception au principe rappelé ci-dessus. Cette interprétation est d'abord appuyée par les Basiliques. Elle s'explique, d'ailleurs, par cette idée que le faux blesse plus directement un intérêt privé qu'un intérêt public [1].

[1] On a donné beaucoup de mauvais arguments à cette opinion, si facile à justifier. Ainsi on a dit que le faux étant puni de la déportation et de la confiscation générale des biens, quand le coupable est un homme libre, et puni de mort, quand il a été commis par un esclave, il est quelquefois difficile de savoir si l'on a affaire à un homme libre ou à un esclave, et par conséquent, si le crime est capital ou non. Pour éviter ces difficultés, dit-on, la loi romaine a mieux aimé assimiler en tous cas le crime de faux à un crime capital. Cette explication, quoique ingénieuse, ne me satisfait point. En effet, il n'est pas vraisemblable qu'on ait décidé de traiter un crime de faux commis par un homme libre comme un crime capital, parce que celui qui est commis par un esclave est puni de mort, et que, quelquefois, et la chose n'arrive pas très souvent, quoi qu'on en dise, il est difficile de savoir si le coupable est libre ou esclave. Il faut remarquer, en outre, qu'un autre que celui qui a transigé avec l'accusé, peut poursuivre celui-ci pour le même crime, que le magistrat lui-même, depuis la fin de l'époque classique, peut d'office se saisir de l'affaire (L. 13, pr., D., *de officio præsidis*, 1, 18; — L. 4, § 2, D., *ad leg. Jul. peculatus*, 48, 13 ; — L. 7, C., *de accus.*, 9, 2; — L. 1, C., *de custod. reor.*, 9, 4), et que, par conséquent, cette question de la liberté, qu'on prétend être si difficile, peut toujours être tranchée pour l'application de la peine.

On s'est appuyé aussi sur la loi 42, C., *de trans.*, et la loi 7, C., *ad leg. Corn. de falsis.*, 9, 22. Mais ces deux textes ne tranchent

111. — Cette opinion trouve cependant des adversaires. On prétend que le mot *citra* signifie ici *sine*, et la fin du texte voudrait dire alors : Il n'est pas permis de transiger sur les crimes non capitaux *sans l'accusation de faux*. En admettant cette traduction, il nous semblerait qu'il faudrait en conclure que, pour transiger sur les crimes non capitaux, il faut commencer par intenter l'accusation de faux ! ! ! Mais, non ! nos adversaires s'ingénient à donner au texte une tout autre signification : ils disent que celui qui transige sur un crime non capital sera accusé de faux. Quelle torture on fait subir au pauvre texte, et cela sans nécessité ! Mais écoutons d'abord les bourreaux qui exécutent cette torture : « L'accusé qui corrompt son accusateur est assimilé à celui qui corrompt son juge (L. 34, D., *de jure fisci*, 49, 14). D'autre part, quiconque corrompt son juge est traité comme faussaire (L. 1, § 2 ; L. 21, D., *de lege Cornel. de fals.*, 48, 10). Donc l'accusé qui transige, c'est-à-dire qui corrompt son accusateur, est réputé faussaire. On peut encore argumenter de la loi 10, C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9. L'accusateur qui transige y est qualifié *prævaricator*, et la *prævaricatio* est une sorte de faux. Il y est dit de plus que l'accusé commet, en transigeant, le même crime que l'accusateur [1]. »

112. — Ce raisonnement est digne de la singulière

nullement notre question, le premier se rapportant à une transaction intervenue sur des pièces fausses, le second décidant que celui qui a transigé sur la sincérité d'un acte produit dans un procès ne peut plus intenter de ce chef une accusation de faux, et ni l'un ni l'autre ne visant une transaction sur une accusation de faux.

[1] Accarias, *Thèse*, p. 84, qui adopte l'opinion de Vinnius (*de Transact.*, cap. VII, 30 et s.).

interprétation de la loi 18, qu'il a pour but de justifier. D'abord, on nous apprend que la loi 34, *de jure fisci*, assimile l'accusé qui corrompt son accusateur à celui qui corrompt son juge. Oui, ce texte déclare que celui qui corrompt son accusateur, comme celui qui corrompt son juge, est puni d'une amende de 500 solides, et voilà tout. Il est assez hardi d'en conclure que le premier est assimilé au second, même à d'autres égards. Puis, on prétend que celui qui corrompt le juge est traité comme faussaire; cela n'est pas prouvé non plus, car de ce que dans les textes qu'on invoque, il est dit que cet individu sera puni de la peine édictée dans la loi Cornélia *de falsis*, il est assez téméraire de conclure que cet individu est traité comme faussaire, d'autant plus que l'un de ces textes (L. 21, D., *de lege Cornel. de fals.*, 48, 10) ajoute qu'il n'est pas généralement puni aussi sévèrement que le faux. Mais c'est surtout cette prétention que l'accusé qui transige serait faussaire, qui est réellement étonnante. En effet, celui qui transige avec son accusateur est puni d'une amende de 500 solides; celui qui corrompt son juge est puni de la même peine. Celui-ci est puni, en outre, de la peine édictée dans la loi Cornélia, et l'on veut tout de suite en conclure que celui qui transige avec son accusateur, lui aussi, soit puni de cette seconde peine! Voilà un raisonnement sur lequel on me dispensera d'insister!

Et cette affirmation gratuite que la *prævaricatio* est une sorte de faux! Où l'a-t-on jamais lue? En tous cas, ce n'est pas dans les textes du titre *de prævaricatione*. En effet, la *prævaricatio* est punie de la peine édictée dans le sénatus-consulte Turpillien, tandis que le faux est puni par la loi Cornélia (V. n° 98). Et cette autre

affirmation que l'accusé qui transige commet le même crime que l'accusateur ! Il est vrai qu'il est dit dans la loi 10, C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9 : *Par delictum est accusatoris prævaricatoris, et defugientis veritatis inquisitionem.* Mais je ne puis pas admettre que l'accusé sera aussi *prævaricator*, car tous les autres textes que nous connaissons attestent que le *prævaricator* c'est l'accusateur qui transige et que l'accusé est tenu pour *confessus*, c'est-à-dire qu'il sera puni, outre la peine de 500 solides que l'on connaît, comme coupable du crime dont il a été accusé (LL. 1 et 7, D., *de prævaricat.*, 47, 15 ; — L. 1, §§ 1 et 6, D., *ad SC. Turpill.*, 48, 16 ; — LL. 4, et 29, pr., D., *de jure fisci*, 49, 14). Peut-être Alexandre Sévère, qui est l'auteur de la loi 10, par ces mots *par delictum* etc., veut-il faire allusion à la règle posée dans la loi 6, D., *de prævaric.*, 47, 15. Paul nous dit dans ce texte : « Il a été répondu par notre empereur et par son père que, dans le crime dont l'accusation est portée *extra ordinem*, les prévaricateurs seront condamnés à la même peine dont ils seraient passibles, si eux-mêmes avaient commis l'infraction pour laquelle l'accusé a été absous par suite de la prévarication. » Celui que Paul appelle « notre empereur » est probablement Alexandre Sévère, l'auteur de la loi 10. D'après ce texte, le prévaricateur qui aura procuré l'acquittement de l'accusé dans une accusation dont la connaissance est de la compétence extraordinaire des magistrats, c'est-à-dire la plupart des *crimina publica* à l'époque du jurisconsulte[1], sera puni de la même peine

[1] Pour la compétence extraordinaire des magistrats, V. Faustin Hélie, *Traité de l'Instruction criminelle*, 2e édit., t. I, p. 84.

que celle du crime dont il avait intenté l'accusation[1]. S'il en est ainsi, ce n'est pas l'accusé qui est assimilé à l'accusateur, mais c'est l'accusateur qui est assimilé à l'accusé[2].

Ce qui embarrasse le plus nos adversaires, c'est l'application de la peine : l'accusé qui est tenu pour *victus* sera-t-il condamné à la peine du crime dont il a été accusé? Ou faut-il lui appliquer la peine de faux, comme étant assimilé à un faussaire? On se tire d'affaire en disant que la question sera laissée à l'arbitraire du magistrat. Nous comprenons bien cet embarras et la solution qu'on donne est assez héroïque. On pourrait s'embarrasser moins, en admettant notre opinion, qui est beaucoup plus simple.

113. — La dernière question qui se pose sur l'accusation de faux, notre système une fois admis, c'est celle de savoir si la transaction sur cette accusation, impunie du côté de l'accusé, l'est aussi du côté de l'accusateur, et si elle est même valable.

[1] Il faut remarquer qu'il est question, dans ce texte, du *prævaricator*, et non du *tergiversator*. Le *prævaricator* est celui qui, sans abandonner complètement son accusation, cherche à faire acquitter l'accusé, de connivence avec lui (L. 1, §§ 1 et 6, D., *ad SC. Turpill.*, 48, 16), tandis que le *tergiversator* est l'accusateur qui se désiste sans *abolitio*. Il est d'ailleurs probable que les peines étaient en principe les mêmes dans les deux cas (LL. 1, § 2; 2; 3, § 3; 4; 5, D., *de prævaric.*, 47, 15; — L. 4, D., *de accusat.*, 48, 2; — L. 6, § 3, D., *de decur.*, 50, 2; — L. 2, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45). Mais la loi 6, *de prævaric.*, n'aura pas d'application dans le cas de *tergiversatio*, parce qu'il n'y a pas là acquittement obtenu frauduleusement.

[2] M. Millevoye (*Thèse de Doctorat*, Lyon, 1877, p. 41) prétend aussi que l'accusé qui transige peut être poursuivi par l'action de prévarication et par celle de faux. Mais, comme il s'abstient de démontrer ce qu'il avance, je regrette d'être obligé de m'en tenir à ce que je dis au texte.

Contrairement à ce que j'ai décidé pour les crimes capitaux, je serais penché à croire qu'ici, l'accusateur même n'est pas puni et que la transaction est licite. En effet, le motif qui a fait admettre cette exception n'est pas le même, à mon sentiment, que celui qui a fait admettre l'exception pour les crimes capitaux. Nous avons vu (n° 101) que, pour ces derniers crimes, c'est l'équité et le bon sens qui ont fait admettre que l'accusé ne sera pas puni pour avoir transigé avec son accusateur et essayé ainsi de sauver sa vie. Ici j'ai admis (n° 110), comme explication de cette nouvelle exception, cette idée que le faux blesse plus directement un intérêt privé qu'un intérêt public. Si c'est là le véritable motif de l'exception, comme j'en suis convaincu, il faut admettre logiquement que l'accusateur qui transige ne sera pas puni et que la transaction est valable. J'ajoute qu'il n'y a pas de contradiction à admettre cette solution, après avoir décidé qu'il en serait autrement pour les crimes capitaux, car le faux n'est pas présenté dans le texte comme un crime assimilé à un crime capital : on peut y voir une exception d'un genre tout à fait différent.

114. — Voilà, à mon avis, la seule exception, parmi les crimes non capitaux, à ce principe qu'on ne peut transiger impunément sur une accusation publique. Ainsi, bien qu'on ait agité quelquefois la question de savoir s'il n'y a pas d'autres exceptions pour le rapt, l'inceste, le *stuprum*, la lèse-majesté, je me contente de constater que l'inceste et le *stuprum* sans violence ne sont pas punis de mort (L. 38, D., *ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5; — L. 6, C., *de incest. et inut. nupt.*, 5, 5; — Nov. 12, cap. 1; — Inst., 4, 18, § 4), et que, par suite,

la transaction sur un de ces crimes est punie, qu'au contraire, le *stuprum* avec violence, le rapt, et la lèse-majesté sont des crimes capitaux (L. 5, § 2, D., *ad leg. Jul. de vi publica*, 18, 6; — Inst., 4, 18, § 3), sur lesquels la transaction est impunie pour l'accusé.

SECTION III

DES ACTIONS « QUÆ INFITIATIONE DUPLANTUR »

115. — Paul nous dit dans ses Sentences (1, 19, § 2) : *Ex his causis, quæ infitiatione duplantur, pacto decidi non potest.* D'où l'on conclut communément que toute transaction sur une action qui croît au double par la dénégation, comme les actions *judicati, depensi, legati certi per damnationem relicti, damni injuria legis Aquiliæ,* est nulle, quel que soit le moment auquel elle intervient. Cette conclusion me semble tout à fait inadmissible. En effet, Papinien (L. 40, § 1, D., *de pactis*, 2, 14), Ulpien (L. 7, pr.; L. 11, D., *de trans.*; — L. 23, § 1, D., *de cond. indeb.*, 12, 6) et Marcien (L. 5, §§ 3 et 4, D., *de appell.*, 49, 1), tous trois contemporains de Paul ou antérieurs à lui [1], affirment que, dans bien des cas, on peut transiger sur la *res judicata*, qui engendre l'action *judicati* , et dans tous ces cas, les exceptions s'expliquent par cette idée que, malgré le jugement qu'on invoque, il reste un doute, qui peut faire l'objet d'une transaction. Ulpien donne formellement cette explication (L. 11, D., *de trans.*; — L. 23, § 1, D., *de cond. indeb.*, 12, 6). (V. nos 3 et 17.) Donc,

[1] V. Rivier, *Introd. histor. au Droit romain*, pp. 288 et suiv.

il me paraît impossible de rattacher, avec M. Accarias (*Thèse*, pp. 13, 14 et 87; *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 1118), l'impossibilité de transiger sur la *res judicata* à la règle posée par Paul au § 2, 1, 19, de ses Sentences (V. n° 16). Ainsi, si on ne peut pas transiger en principe sur la chose jugée, c'est par suite d'une autre idée, et cela dès l'époque du jurisconsulte, contrairement à ce que prétend le savant auteur de la thèse que je viens de citer (p. 88). Et les nombreuses exceptions à ce principe, qui s'expliquent très-bien par l'idée émise par Ulpien, s'expliqueraient difficilement, si l'on partait de ce principe que toute transaction sur les actions *quæ infitiatione duplantur* est nulle. Bien mieux, Paul lui-même paraît admettre l'idée d'Ulpien, quand il dit : *De rebus litigiosis et convenire et transigere possumus : post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet (Sent.*, 1, 1, § 5). Dans ce texte, le jurisconsulte paraît faire une antithèse entre les choses litigieuses et les choses jugées, et l'on est naturellement conduit à en conclure que, si la transaction sur chose jugée n'est pas valable, c'est que la question n'est plus litigieuse, n'est plus douteuse; d'autant plus que le jurisconsulte ajoute : *nisi donationis causa interponatur*. Cela semble vouloir dire que, quand on a été absous et qu'on promet de donner quelque chose à titre de transaction, ou quand on a un jugement de condamnation et qu'on fait une remise au même titre, cela peut être une donation, mais jamais une transaction, et pourquoi? parce que, ce me semble, il n'y a pas là une question litigieuse à résoudre, élément essentiel de la transaction. De cette façon, ce rapprochement entre une transaction et une donation se comprend naturellement.

Tout cela ne se comprend pas aussi naturellement par l'idée que la transaction sur une action *quæ infitiatione duplatur* est nulle.

116. — Du reste, cette interdiction de transiger sur les actions *quæ infitiatione duplantur* ne s'expliquerait point, si elle était applicable à toute transaction intervenue sur ces actions, avant même qu'elles soient intentées. Cujas (Notes sur les Sentences de Paul) a cependant essayé de l'expliquer : « De deux choses l'une : le défendeur a avoué ou nié. S'il a avoué, il est tenu pour *judicatus*, ce qui rend la transaction impossible. S'il a nié, et qu'il transige après, il avoue par là implicitement que sa dénégation était fausse et il est encore tenu pour *judicatus*. Donc, dans l'un et l'autre cas, la transaction est impossible. »

Cette explication se fonde d'un bout à l'autre sur des erreurs. D'abord, avant le procès, le défendeur peut n'avouer ni ne nier. Puis, tout individu qui avoue n'importe où n'est pas tenu pour *judicatus* : c'est celui qui avoue *in jure*, qui seul encourt cette présomption légale. Puis, ce n'est pas pour tout *judicatus* que la transaction est impossible, mais pour celui-là seulement qui a été condamné par un jugement inattaquable, qui prononce une condamnation déterminée. Or, après cet aveu du défendeur, il peut souvent rester encore à déterminer le montant de la condamnation : dans ce cas, la transaction devrait pouvoir intervenir valablement (V. n° 20). Puis, il n'est pas exact de dire que le défendeur qui, après avoir commencé par nier le droit de son adversaire, transige avec celui-ci, avoue la fausseté de sa dénégation. Sans doute, nous avons vu que, dans les actions résul-

tant de délits privés, on tient pour *confessus* le défendeur qui a transigé, et qu'on le note d'infamie, tout comme s'il avait été condamné. Mais là, la transaction reste valable. Sans doute aussi, dans les crimes, l'accusé qui a transigé avec l'accusateur est traité comme s'il avait avoué, et en même temps, la transaction est nulle. Mais ce n'est pas parce que l'accusé est traité comme s'il avait avoué, que la transaction est nulle ; c'est parce qu'elle est contraire à l'ordre public (V. nos 91 et suiv.). Bien mieux, le raisonnement de Cujas n'est pas bien logique. Le défendeur qui a transigé, dit-il, est tenu pour *confessus* ; or le *confessus* est tenu pour *judicatus* ; donc la transaction, impossible pour un *judicatus*, est aussi impossible pour le défendeur qui a transigé. Admettons pour un instant ce syllogisme : il en résulterait que le défendeur qui a transigé ne peut plus transiger sur la même question, et non pas, comme le prétend Cujas, qu'il n'a pas pu transiger sur cette question ! En effet, depuis quand le défendeur est-il assimilé à un *judicatus?* Depuis qu'il a transigé, il me semble : donc la chose jugée qui empêcherait la transaction d'être valable, n'existait pas au moment où l'on a transigé. Donc, ce n'est pas cette raison qui rend la transaction nulle. Enfin, ce qui est péremptoire, c'est que les observations de Cujas, si elles étaient vraies, devraient s'appliquer à toutes les actions, et non pas seulement à cette catégorie d'actions, qui croissent au double par la dénégation.

117. — Ma conclusion est que la transaction est possible sur les actions *quæ infitiatione duplantur*, comme sur les autres actions, tant que la *litis contestatio* n'est pas encore intervenue après la dénégation du défendeur, mais

qu'une fois la *litis contestatio* intervenue contre le défendeur qui a nié, la transaction devient impossible. Ainsi selon moi, la transaction peut très-bien intervenir sur ces actions avant la *litis contestatio*, et même après la *litis contestatio*, si la formule n'a été donnée que pour la détermination de la somme à laquelle devra être condamné le défendeur, qui n'a point nié le fait allégué.

Avec ces restrictions, la règle du § 2, Paul, *Sent.*, 1, 19, peut se justifier. En effet, ces actions qui croissaient au double par la dénégation du défendeur, étaient considérées par les Romains comme tout particulièrement importantes. Si donc le défendeur niait à tort, il devait subir la condamnation au double; c'était la punition de son entêtement ou de sa mauvaise foi. Or, s'il avait pu échapper à cette punition en transigeant avec son adversaire, la loi aurait souvent manqué son but. Voilà pourquoi, à mon avis, on interdisait de transiger sur ces actions, quand la *litis contestatio* avait eu déjà lieu après la dénégation du défendeur.

Maintenant j'admettrais très-volontiers, avec M. l'Inspecteur général des Facultés de Droit, que cette règle tomba en désuétude et qu'au temps de Justinien, il n'en était plus question, ce qui expliquerait le silence complet sur cette règle, des textes qui ont passé par la main de Justinien [1].

[1] Il est de règle que dans les actions *quæ infitiatione duplantur*, le payement fait par erreur ne donne pas lieu à la *condictio indebiti* (L. 4, C., *de cond. ind.*, 4, 5; — l., 3, 27, § 7). On explique généralement cette règle en disant que la loi y suppose une transaction. Cette explication n'est pas admissible. En effet, de deux choses l'une : ou le prétendu débiteur avait quelque doute sur l'existence de la dette; dans ce cas, il a pu y avoir une transaction, mais alors il n'y a pas eu payement fait par erreur. Ou le débiteur croyait par erreur que la dette existait certainement; alors il serait absurde de supposer chez

SECTION IV

DES ALIMENTS

118. — Dans l'ancien droit romain, la transaction sur les aliments était complètement libre. Avec la misère et la dépradation des mœurs, on vit trop souvent un *alimentarius* besoigneux ou prodigue transformer sa pension alimentaire en une somme d'argent payable sur-le-champ, dans des conditions généralement fort désavantageuses, ce qui était contraire à la volonté du testateur ou du donateur. Aussi un sénatus-consulte, rendu sur la proposition de Marc-Aurèle, vint soumettre cette convention à l'autorisation préalable du magistrat : il se trouve commenté fort en détail dans un long fragment d'Ulpien (L. 8, D., *de trans.*).

Pour l'étudier, nous diviserons cette section en trois paragraphes : 1° les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu d'appliquer le sénatus-consulte ; 2° le magistrat compétent et son office ; 3° les conséquences du défaut d'autorisation.

§ 1. — CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR QU'IL Y AIT LIEU D'APPLIQUER LE SÉNATUS-CONSULTE

119. — Voici la formule exacte : Toute convention à titre onéreux, portant sur des aliments laissés à cause

lui l'intention de transiger. On ajoute souvent que la transaction aurait été impossible sur ces affaires. Mais cette observation tombe après ce que nous avons vu au texte. D'autres explications ont été proposées, mais elles ne me satisfont pas non plus ; je préfère donc, à l'exemple de bien des auteurs, rester en présence d'une énigme à hasarder une explication insuffisante.

de mort et non encore échus, est en principe soumise à l'autorisation du magistrat. Cette formule contient trois conditions :

1° Pour qu'il y ait lieu à l'application du sénatus-consulte, il faut qu'il s'agisse d'une convention à titre onéreux. Le texte ne parle que de la *transaction*, mais nous avons démontré (n^os^ 9 et suiv.) que le mot *transaction* est pris ici dans son sens large et s'applique à toutes conventions à titre onéreux. Mais des auteurs sont allés plus loin et ont prétendu que même une remise gratuite tombe sous le coup du sénatus-consulte. Cette extension ne nous paraît pas admissible. D'abord, si l'on emploie quelquefois le mot *transaction* pour désigner toutes conventions à titre onéreux, nous ne le voyons nulle part appliqué même à une donation. Or, notre sénatus-consulte, qui introduisit une disposition de loi tout à fait exceptionnelle, et qui, à ce titre, doit être interprétée strictement, ne parle que de la transaction. Si donc nous n'avions pas la preuve certaine que le mot *transaction* y est employé dans son sens large, nous n'oserions même pas appliquer cette disposition aux conventions à titre onéreux autres que la transaction proprement dite. Il serait vraiment excessif de l'appliquer à la remise gratuite. Vainement nous oppose-t-on l'argument *à fortiori* : précisément parce que la remise gratuite dépouille complètement le créancier sans aucun dédommagement, il n'y a pas à craindre que celui-ci la fasse trop facilement; tandis qu'une convention à titre onéreux lui procurant toujours un avantage plus ou moins sérieux, il est souvent tenté de la conclure. Qu'on ne nous objecte pas que, si la remise gratuite ne tombait pas sous l'application du sénatus-consulte, il serait trop

facile aux parties d'éluder la prohibition légale, en simulant toujours une remise gratuite, là où il y a une convention à titre onéreux ! Il suffit de remarquer que la nullité qui sanctionne cette prohibition et dont nous parlerons au § III, ne peut être demandée que par l'*alimentarius*; que ce dernier, s'il trouve avantage dans la convention, se gardera bien d'en demander la nullité, et que, s'il s'aperçoit que la convention lui était désavantageuse, il en demandera la nullité, et prouvera facilement, par les circonstances de fait, que ce qu'on a qualifié de remise gratuite n'était en réalité qu'une convention à titre onéreux. Enfin, on s'appuie sur le § 1, Paul, *Sent.*, I, 1, qui nous dit : *De his rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet.* Le pacte de remise, dit-on, n'est possible que sur les choses qui peuvent faire l'objet d'une transaction ; or la transaction n'est possible sur les aliments qu'avec l'autorisation du magistrat ; donc le pacte de remise sur les aliments n'est possible non plus qu'avec la même autorisation. Ce raisonnement est vicieux, car, outre qu'il n'est pas prouvé que le texte de Paul qui parle du *pacte (pacisci)* se rapporte au pacte de remise, la signification qu'on veut lui donner est démentie par Paul même, dans le même titre de ses Sentences, au § 5, où nous lisons que la chose jugée, qui ne peut faire objet de transaction, peut faire objet de donation.

120. — J'ai eu soin d'ajouter dans ma formule, *en principe*. C'est qu'il y a des exceptions à la règle, qui se ramènent à cette idée générale que certaines conventions à titre onéreux sont considérées par la loi comme étant toujours avantageuses à l'*alimentarius*, et par suite,

échappent à l'application du sénatus-consulte. Examinons brièvement les deux exceptions dont parle Ulpien dans le texte que nous avons cité :

A. La convention qui a pour but de transformer une pension annuelle en une pension mensuelle ou une pension mensuelle en une pension quotidienne, ou de faire avoir à l'*alimentarius* au commencement de l'année ce qu'il devait, d'après le titre, recevoir seulement à la fin de l'année, est valable sans l'intervention du magistrat, parce que, dans ce cas, il est évident que la convention est avantageuse à l'*alimentarius* (L. 8, § 6, D., *de trans.*).

B. Est encore valable sans l'autorisation du magistrat, celle qui a pour but de substituer un droit d'habitation à une somme d'argent destinée à procurer à l'*alimentarius* son logement, ou réciproquement. Ici un doute est permis, car, d'un côté, la maison est toujours exposée à la ruine et à l'incendie, tandis que les mêmes dangers n'existent pas pour une créance d'argent, qui est, par conséquent, plus avantageuse, quand le débit-rentier est solvable ; d'un autre côté, on ne peut pas dire, avec certains auteurs [1], que la substitution d'une somme d'argent à un droit d'habitation est toujours avantageuse, la somme convenue pouvant être inférieure à la valeur du droit d'habitation. Cependant on a considéré qu'il y a, en général, plus d'avantages que d'inconvénients à laisser, dans ce cas, toute liberté aux parties, évidemment parce que l'*alimentarius* n'y est pas mu par l'idée d'avoir un avantage présent, moyennant l'abandon de ses

[1] Dumas, *Thèse*, p. 37.

droits futurs [1], ce que le sénatus-consulte a voulu prévenir avant tout (L. 8, § 25, D., *de trans.*).

Ulpien ajoute un troisième cas où la transaction [2] est valable sans l'autorisation du magistrat (L. 8, § 5, D., *de trans.*). Mais il n'y a pas là une exception à notre règle, mais plutôt l'application des principes généraux de la convention. Voici l'hypothèse : Titius, bénéficiaire d'une disposition à cause de mort, est chargé de fournir des aliments à Séius ; il peut, dit avec raison le jurisconsulte, transiger avec l'héritier sans s'adresser au magistrat, car une convention ne doit jamais ni profiter ni nuire aux tiers et que l'*alimentarius* doit continuer à recevoir ces aliments, comme si la transaction n'existait point. Mais c'est là, dis-je, l'application des principes généraux de la convention.

121. — 2° Pour qu'une convention tombe sous le coup du sénatus-consulte, il faut que le droit aux aliments, sur lequel elle porte, résulte d'une disposition *mortis causa* (L. 8, § 2, D., *de trans.*). Peu importe d'ailleurs que cette disposition soit un legs, un fidéiscommis testamentaire ou ab intestat, une donation à cause de mort ou une charge imposée à une autre libéralité *mortis causa*.

Cette condition s'explique par cette considération que

[1] Il ne faudrait pas oublier qu'ici, *l'alimentarius* n'abandonne pas son droit d'habitation contre une somme payable une fois pour toutes, mais payable annuellement.

[2] Nous employons souvent le mot *transaction* dans cette section, bien que les règles qui y sont traitées s'appliquent à toutes conventions à titre onéreux, soit pour nous conformer aux termes du texte, soit pour nous renfermer dans le sujet de cet ouvrage, qui porte sur la transaction.

ce que le sénatus-consulte a voulu empêcher, c'était une convention par laquelle le débit-rentier, qui est autre que l'auteur de la libéralité, se débarrasserait de la dette alimentaire, moyennant un dédommagement plus ou moins dérisoire, en profitant de l'indigence ou de la prodigalité de l'*alimentarius*, ce qui mettrait à néant l'intention du disposant, qui a voulu assurer les aliments à un indigent ou à un prodigue. Ceci n'est pas à craindre, quand la dette alimentaire résulte d'un acte entre-vifs, car, alors, c'est généralement le disposant lui-même qui transige avec l'*alimentarius*, et s'il y consent, il est à présumer que l'*alimentarius* est à même de vivre malgré cette transaction. Au reste, on remarquera que, quand ce sont les héritiers du disposant qui doivent les aliments, par suite de la mort du disposant au cours de la rente viagère, on ne voit pas trop pourquoi l'autorisation du magistrat ne serait pas nécessaire; mais le législateur n'a probablement pas songé à cette hypothèse et nous sommes obligés par les termes du texte à restreindre la nécessité d'autorisation aux dispositions *mortis causa*.

122. — 3° Enfin, il faut, pour qu'il y ait lieu à l'autorisation du magistrat, qu'il s'agisse d'une convention portant sur les aliments futurs (L. 8, C., *de trans.*). Rien n'est plus juste : si, en effet, l'*alimentarius* a laissé échoir un ou plusieurs termes d'aliments, c'est qu'il a pu vivre sans ces aliments. Dès lors, il n'y a pas la même raison d'interdire une convention sur ces aliments sans autorisation du magistrat.

123. — Ces trois conditions sont les seules qui soient

requises pour qu'il y ait lieu d'appliquer le sénatus-consulte. Ainsi il est à peine besoin d'ajouter, avec Ulpien, que l'autorisation est nécessaire, qu'il s'agisse de prestations périodiques ou d'une somme payée une fois pour toutes ; que les aliments soient dus jusqu'à la mort du bénéficiaire ou jusqu'à ce qu'il atteigne certain âge ; qu'ils consistent en argent ou en d'autres objets, même immobiliers ; que ces objets, argent ou autres, aient été laissés en pleine propriété ou en usufruit ; que la convention porte sur le droit aux aliments ou sur l'hypothèque qui le garantit ; qu'elle porte sur la totalité des aliments dus ou sur une partie seulement ; qu'il y ait procès ou non ; que l'*alimentarius* soit affranchi ou ingénu, riche ou pauvre[1] (L. 8, §§ 3, 4, 7, 13, 15, 16, 20, 23 et 24, D., *de trans.*).

Il convient, d'ailleurs, de remarquer que les aliments comprennent non-seulement la nourriture, mais même l'habitation, l'habillement, la chaussure, en un mot, tout ce qui est nécessaire à l'entretien de l'*alimentarius* (L. 8, §§ 1 et 14, D., *de trans.*).

§ II. — Du magistrat compétent et de son office

124. — A Rome, c'est en général le préteur, et en

[1] On pourrait être tenté de voir dans le § 23 une exception tenant à la condition de l'*alimentarius*. Voici ce que dit ce paragraphe : « Si on a laissé à un *homme d'une condition honorable* certaine valeur par an, comme une pension annuelle ou un usufruit, la transaction pourra être faite même sans l'autorisation du préteur. Autrement, si un usufruit modique a été laissé *à titre d'aliments*, je dis que la transaction faite sans l'autorisation du préteur est de nul effet. » Mais si l'on combine le commencement et la fin de ce texte, on voit clairement qu'au commencement, il n'est pas question d'une valeur laissée à titre d'aliments.

province, le président, qui est compétent pour accorder ou refuser l'autorisation (L. 8, pr. et § 18, D., *de trans.*). Mais, si les aliments sont dus par le fisc, la compétence appartient au *præfectus ærarii* ou au *procurator Cæsaris* (L. 8, § 19, D., *de trans.*).

Ces magistrats ne peuvent pas déléguer ce pouvoir, qu'ils tiennent du sénatus-consulte (L. 8, § 18, D., *de trans.*). C'est là une application de cette règle générale qu'un magistrat peut déléguer les pouvoirs qui résultent de son titre, mais non ceux qu'il tient d'une disposition légale spéciale (L. 1, pr., D., *de offic. ejus, cui mand.*, 1,21).

Il va sans dire que le magistrat ne doit accorder l'autorisation qu'après la *causæ cognitio* (L. 8, § 17, D., *de trans.*). Il doit donc rendre un *decretum* : il ne doit pas se contenter d'un *libellus* (L. 9, § 1, D., *de offic. procons.*, 1, 16). L'examen du magistrat doit porter sur les trois points suivants : 1° les motifs pour lesquels on veut transiger (*causa*) ; 2° les avantages que la transaction doit procurer à l'*alimentarius* (*modus*) ; 3° les habitudes et la fortune des parties (*persona*) (L. 8, §§ 8, 9, 10 et 11, D., *de trans.*). Si le magistrat néglige d'examiner un seul de ces trois points, à plus forte raison s'il néglige d'en examiner aucun, l'autorisation est nulle (L. 8, § 17, D., *de trans.*).

L'autorisation du magistrat s'interprète restrictivement. Ainsi, quoique nous ayons vu que le mot *alimenta* est employé par le sénatus-consulte, non-seulement pour désigner la nourriture, mais tout ce qui est nécessaire à l'existence (n° 123), cependant le texte nous apprend que l'autorisation donnée pour les *alimenta* ne sera pas censée embrasser le logement, le vêtement, la chaussure; il faut

une autorisation spéciale pour chacun de ces objets (L. 8, § 12, D., *de trans.*).

§ III. — Conséquences du défaut d'autorisation

125. — Non-seulement le défaut d'autorisation, mais même une autorisation qui n'a pas été donnée après l'examen de tous les trois points que nous avons signalés dans le paragraphe précédent: *causa*, *modus* et *persona*, annule la convention sur aliments (L. 8, §§ 17 et 23, D., *de trans.*). Cette nullité, établie uniquement dans l'intérêt de l'*alimentarius*, ne peut jamais être demandée que par lui. Seulement la convention doit être déclarée nulle par cela seul qu'elle n'a pas été autorisée, quand l'*alimentarius* en demande la nullité.

Voilà du moins le principe. Il y a, à notre sentiment, une exception à ce principe, où la convention non autorisée peut être validée par le magistrat, qui y voit un avantage pour l'*alimentarius*. Cette exception est prévue par le § 24, que nous avons déjà étudié au chapitre premier (n° 11). Voici l'hypothèse : l'*alimentarius* convient avec son débiteur que ce dernier lui payera une certaine somme à la place des aliments en nature ou vice versa, sans d'ailleurs changer le mode de payement ; qu'il payera une certaine marchandise à la place d'une autre, par exemple du vin à la place de l'huile ; ou bien on convient de changer le lieu de payement ou le débiteur : dans tous ces cas, dit le jurisconsulte, la convention pourra être validée par le préteur dans l'intérêt de l'*alimentarius*. Donc il nous semble qu'à la différence des autres cas, la convention n'est pas nulle par cela seul qu'elle n'a pas

été autorisée, mais peut être validée ou annulée d'après l'appréciation du magistrat. Qu'elle ne soit pas nulle par le seul défaut d'autorisation, c'est ce qui résulte de la comparaison des termes employés à la fin du § 24 (*Si tamen ita sine prætore transigerit... hæc omnia habent disceptationem prætoris, et pro utilitate alimentarii recipienda sunt*) avec ceux du commencement (*non poterit de his transigere*) et de la fin du § précédent (*dico transactionem citra prætorem factam nullius esse momenti*). Quant au pouvoir que nous reconnaissons au magistrat d'annuler cette convention, il résulte clairement des mêmes termes de la fin du § 24 comparés à ceux du § suivant (*valet transactio... transactio rata est et citra prætorem*).

Cette solution ne nous semble donc pas douteuse. Mais elle est assez difficile à justifier. Puisque, selon nous, — et nous croyons qu'il ne peut en être autrement, — c'est l'*alimentarius* seul qui peut demander la nullité, il semblerait qu'il faut l'accorder toutes les fois que l'*alimentarius* la demande. Dira-t-on que l'*alimentarius* n'est pas toujours clairvoyant et demande à être protégé par le préteur, qui jugera mieux que lui, encore bien qu'il demande la nullité de la convention ? Mais alors, pourquoi ne pas donner ce pouvoir au préteur dans les autres cas ?

Ce n'est pas tout. Cette solution s'accorde mal avec celle qui est adoptée dans le § suivant, pour le cas où l'on transige pour recevoir l'habitation en nature au lieu d'une somme d'argent ayant cette destination ou vice versa : là la transaction est déclarée valable. Mais je ne vois pas de raison plausible pour différer de solution entre ce cas et le cas où l'on veut recevoir des objets

de consommation au lieu de l'argent ou réciproquement [1].

126. — Quand la nullité a été prononcée, de deux choses l'une : ou la convention n'avait encore reçu aucune exécution, et alors, on ne l'exécutera pas : voilà tout. Ou la convention avait déjà reçu son exécution et le débiteur des aliments avait déjà donné quelque chose à l'*alimentarius;* ici il faut faire une sous-distinction. Ou bien il y a des aliments échus et des aliments non échus, et la valeur donnée est égale ou inférieure à celle des aliments échus ; alors l'*alimentarius* n'aura rien à rendre, ni rien à réclamer pour les aliments échus, car, la convention sur les aliments échus étant valable (n° 122), quand la valeur donnée est inférieure à celle de ces aliments, l'*alimentarius* est censé avoir valablement transigé sur ces aliments. Ou bien la valeur donnée est supérieure à celle de ces aliments échus ou il n'y a point d'aliments échus ; alors on l'imputera sur les aliments échus, s'il y en a, et pour l'excédent, l'*alimentarius* rendra seulement le montant de son enrichissement (L. 8, § 22, D., *de trans.*; — L. 23, § 2, D., *de cond. ind.*, 12, 6) [2].

Si l'on suppose que la convention annulée porte à la fois sur des aliments et sur une autre créance, la somme payée s'imputera d'abord sur cette dernière

[1] Cf. n° 12, note.

[2] Il ne faudrait pas dire, avec M. Jaubert (*Thèse*, p. 73), que « le débiteur de la rente peut répéter l'*excédant* », car si l'*alimentarius* a dissipé ce qu'il avait reçu, il n'aura rien à rendre, sans quoi il serait obligé de rendre cet excédant sur les aliments futurs et il n'aurait rien pour se nourrir pendant certain temps, ce qui serait contraire au vœu de la loi (L. 8, § 22, D., *de trans.*).

créance, et ensuite sur les aliments, suivant la distinction que nous venons de voir (L. 8, § 21, D., *de trans.*) [1].

127. — Quoiqu'il en soit, il y a des cas où le débiteur des aliments a le droit de répéter tout ou partie de ce qu'il a payé. Quelle action aura-t-il pour le répéter? il aura les quatre actions suivantes : 1° la *condictio indebiti*; 2° la *condictio ob rem dati ;* 3° la *condictio sine causa ;* 4° la *condictio ex injusta causa.*

Il convient cependant de remarquer que la question est controversée de savoir si une erreur de droit peut servir de base à une *condictio indebiti,* et que, dans notre hypothèse, il ne peut être question que d'une erreur de droit. Sans prétendre résoudre cette question, dont l'examen serait en dehors de notre cadre d'étude restreint, nous ferons observer seulement qu'il y a des cas où une erreur de droit permet certainement la répétition de l'indu, par exemple quand il s'agit de mineurs, de femmes, de gens sans instruction : dans ces cas au moins, la *condictio indebiti* est certainement donnée au débiteur des aliments, qui a transigé ignorant notre sénatus-consulte [2].

On a contesté la possibilité de la *condictio ob rem dati,* en disant « qu'elle suppose, ce qui manquerait ici, que celui contre qui on l'exerce devait, en retour de la dation

[1] M. Jaubert est certainement dans l'erreur, lorsqu'il présente ce texte comme accordant un droit de rétention toutes les fois que « l'*alimentarius* avait, *en dehors de la transaction,* un motif légitime pour retenir tout ce qu'il a reçu (p. 74). »

[2] Je renvoie pour plus de détails et pour les textes, à MM. Accarias, *Précis de Droit romain,* 3e édition, II, pp. 603 et 604 ; Appleton, *Cours de Droit romain,* II, p. 99.

qu'il a reçue, donner lui-même ou *faire* quelque chose qu'il ne donne pas ou ne fait pas [1] ». Mais la condition essentielle de la *condictio ob rem dati* qui manque ici, dit-on, ne nous paraît pas manquer. En effet, cette condition consiste dans l'obligation pour l'adversaire de donner ou de *faire* quelque chose. Or le mot *faire* s'applique aussi bien à un fait négatif qu'à un fait positif : c'est l'auteur même qui nous l'apprend dans un autre ouvrage [2]. Ici la *res* ou *causa*, car la *condictio ob* REM *dati* s'appelle aussi *condictio causa data*, CAUSA *non secuta*, est ce fait négatif de ne pas réclamer les aliments. Donc, la convention ayant été déclarée nulle, et les aliments étant ou devant être réclamés contrairement à la convention, le débiteur des aliments doit avoir le droit de dire que la cause de sa dation n'a pas suivi et d'intenter ainsi la *condictio ob rem dati*.

Quant aux deux autres *condictiones*, leur possibilité ne saurait être contestée, la cause de la dation n'existant plus ou étant injuste.

SECTION V

DES DROITS RÉSULTANT D'UN TESTAMENT

128. — La loi 6, D., *h. t.*, nous dit : « Sur les difficultés qui naissent d'un testament, on ne peut ni transiger, ni rechercher la vérité qu'après avoir vu et connu les

[1] Accarias, *Thèse*, p. 100.
[2] *Théorie des Contrats innommés*, pp. 20 et 21 ; — Cf. nº 76.

termes du testament. » Beaucoup d'auteurs [1] y voient une prohibition et prétendent qu'une transaction conclue sur un testament, sans avoir pris connaissance de ses termes, est nulle.

Voici comment on explique cette prohibition bizarre. On dit d'abord que les Romains avaient un respect superstitieux pour les testaments et qu'ils les considéraient même comme intéressant l'ordre public (L. 5, D., *testam. quemad. aperiant.*, 29, 3). On ajoute qu'il était à craindre que l'une des parties qui détenait le testament ne le cachât pour conclure une transaction avantageuse pour elle. Voilà les arguments rationnels qu'on invoque.

Quant aux arguments de texte, on les tire des lois 3, § 1; et 12, D., *de trans.* Ces deux textes décideraient qu'une transaction sur droits résultant d'un testament tombe dès qu'on découvre un codicille modifiant ce testament. C'est que, dit-on, cette transaction, conclue sans qu'on eût connaissance et du testament principal et du codicille, est nulle par application de notre loi 6.

129. — Toutes ces arguties, on ne les aurait pas inventées, si l'on rendait bien compte du sens exact de notre texte. En effet, la loi 6, attribuée à Gaius, n'est qu'une partie détachée d'un autre texte, plus complet (L. 1, § 1, D., *testam. quemad. aperiant.*, 29, 3). Au *proœmium* de ce fragment, le jurisconsulte cite un édit qui donne le droit de prendre communication et copie

[1] Voët, *Comm. ad Pand., de trans.;* — Maynz, *Cours de Droit romain*, 4e édit., II, p. 581; — Molitor, *op. cit.*, II, pp. 493 et 494; — Jaubert, *Thèse*, pp. 65 et suiv.; — M. Appleton (*op. cit.*, II, p. 166) semble admettre la même opinion, lorsqu'il dit que « quelquefois des conditions spéciales sont requises », et qu'il cite notre loi 6.

d'un testament à tous ceux qui le désirent, et il ajoute au § 1 que cette décision est juste, parce « qu'on ne peut ni transiger ni rechercher la vérité, sur les difficultés qui naissent d'un testament, qu'après avoir vu et connu les termes du testament. » Ainsi la portée exacte de notre loi 6, en tant que texte de Gaius, est bien claire : c'était une raison *de fait* pour permettre la communication du testament. Le jurisconsulte n'a certainement pas voulu dire par là que la transaction conclue sans avoir pris connaissance des termes du testament est nulle. Ainsi le seul texte qui a entraîné tant d'auteurs à admettre cette prétendue prohibition n'a pas du tout le sens qu'ils lui prêtent.

130. — Après cette démonstration, les arguments de nos adversaires n'ont guère de valeur, mais examinons-les brièvement. D'abord, ce respect superstitieux des Romains pour les actes de dernière volonté ne suffirait pas pour déclarer nulle une transaction faite sans connaissance des termes du testament, attendu qu'il n'est pas toujours facile de connaître les termes de cet acte, quoi qu'en dise l'auteur de la thèse que j'ai citée dans la note précédente. Quant à la crainte des fraudes, elle existe non-seulement pour le testament, mais pour toutes les pièces établissant les droits respectifs des parties, et, de droit commun, ces fraudes ont pour conséquence d'annuler la transaction, comme nous verrons à la fin de cet ouvrage. Donc, si la prétendue nullité existait réellement dans notre hypothèse, ce serait une présomption légale invincible de fraude, qu'on expliquerait difficilement [1].

[1] Il ne suffit pas de dire, comme le fait l'auteur d'une des thèses dont il a été déjà parlé (Dumas, p. 39), que « les héritiers et léga-

Arrivons maintenant aux arguments de texte. Les deux textes sur lesquels on s'appuie ne résolvent pas notre question. En effet, qu'est-ce que nous disent ces textes ? Ils nous disent en substance que celui qui a fait une transaction sur le testament, s'il découvre plus tard un codicille, peut réclamer l'exécution de ce codicille. Ainsi ils ne tranchent que la question d'interprétation de la transaction, que nous examinerons plus tard. Mais voyons pour le moment combien l'argumentation de nos adversaires est peu solide. Ils prétendent que la transaction conclue sans prendre connaissance des termes du *testament* est nulle. Donc, pour le prouver, il faudrait trouver un texte qui annulât une transaction faite par quelqu'un qui n'avait pas connaissance du *testament*. Ce n'est pas précisément ce que font nos adversaires. Ils trouvent deux textes qui supposent, tous les deux, une personne ayant transigé sur le testament et découvrant ensuite un *codicille*, dont elle demande maintenant l'exécution, et ils veulent y voir une preuve que la transaction faite sans connaissance des termes du *testament* est nulle. Mais les textes ne disent pas du tout que cette personne n'avait pas connaissance des termes du *testament ;* au contraire, l'un d'eux (L. 12, D., *de trans.*) suppose clairement que le légataire avait connaissance de ce testament, en parlant, au commencement, de la première et de la seconde partie du testament. En tous cas, ce n'est pas

taires ont l'action *ad exhibendum* pour contraindre les détenteurs à communiquer le testament (L. 4, C., *ad exhibendum*, 3, 42). » Cet auteur semble avoir oublié que, pour intenter l'action *ad exhibendum* contre quelqu'un, il faut avoir la preuve que cette personne détient le testament: *si instrumenta tui juris, quæ penes diversam partem fuisse probaveris*, dit le texte cité. Or, ici, cette preuve est le plus souvent impossible.

parce qu'on n'avait pas connaissance du *testament*, que la loi permet de réclamer l'exécution du *codicille* mais c'est parce qu'on ignorait l'existence de ce *codicille*.

131. — Ainsi il me semble certain que la transaction conclue même sans avoir pris connaissance des termes du testament n'était pas nulle à l'époque classique [1]. Les compilateurs des Pandectes ont-ils voulu innover, comme tous les auteurs que je viens de citer en note paraissent être d'accord pour l'admettre, en détachant une partie de la loi 1, § 1, D., *testam. quemad. aperiant.*, 29, 3, pour en faire un texte spécial, la loi 6 de notre titre ? Pour ma part, je ne le pense pas. Le principe sur les pièces découvertes après la transaction, est qu'elles ne font pas tomber la transaction valablement conclue (L. 78, § 16, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1 ; — L. 19, C., *de trans.*) [2]. Par application de ce principe, le testament dont l'une des parties transigeantes n'avait pas connaissance et qu'elle découvrirait après, ne suffirait pas pour annuler la transaction. Il faudrait donc, pour qu'on pût admettre le contraire, un texte autrement décisif que notre loi 6, dont j'espère avoir montré la véritable signification. Qu'on ne m'objecte pas que j'accuse ainsi les compilateurs de Justinien d'une inattention trop inexcusable : un travail si considérable achevé dans un délai si court est excusable de contenir une inadvertance semblable [3]. Les compilateurs, voyant le texte de Gaius traiter de la transaction,

[1] En ce sens : Cujas, *ad leg.* 1, D., *de trans.*; — Noodt, *de pact. et trans.*, cap. 18 ; — Accarias, *Thèse*, pp. 93 et 94; — Dumas, *Thèse*, pp. 38 et suiv.

[2] V. ci-après n° 235, 2°.

[3] Cf. n° 70.

ont peut-être jugé à propos de l'insérer au titre *de transactionibus*, sans réfléchir davantage sur la signification qu'on pourrait lui donner, à raison de la place qu'il occupe, détaché qu'il est, du reste du texte original.

CHAPITRE IV

DES PERSONNES QUI PEUVENT TRANSIGER

132. — La transaction supposant toujours des concessions réciproques (n° 22), implique nécessairement une aliénation, ou tout au moins une obligation contractée. Aussi ceux-là sont seuls aptes à transiger, qui peuvent aliéner ou s'obliger. Dès lors, il nous suffira d'appliquer à la transaction les principes généraux concernant la capacité et le pouvoir d'aliéner ou de s'obliger. Nous serons donc très-brefs sur les personnes dont la capacité ou le pouvoir ne présentent pas de particularités en notre matière.

Notre question en contient deux, comme on a dû le remarquer, d'après ce que nous venons de dire : 1° la question de capacité, c'est-à-dire celle de savoir qui peut transiger pour son propre compte ; 2° la question de pouvoir, c'est-à-dire celle de savoir qui peut transiger pour le compte d'autrui.

SECTION I

DE LA CAPACITÉ DE TRANSIGER

133. — En droit romain comme en droit français, la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Qu'il nous suffise donc d'énumérer les incapables.

Mais, avant de les passer en revue, il est essentiel de faire une observation, c'est que, dans notre langue juridique, l'incapacité suppose la possibilité de donner le consentement ; par conséquent, les personnes qui ne peuvent point donner leur consentement, comme les fous, les *infantes*, ne sont pas seulement incapables en droit, mais absolument inaptes à contracter en fait et que leurs actes ne sont pas seulement annulables, mais complètement inexistants (L. 1, §§ 12 et 13, D., *de obl. et act.*, 44, 7 ; — L. 5, D., *de div. reg. jur.*, 50, 17 ; — §§ 8 et 10, I., 3, 19).

§ 1. — Des pupilles

134. — Nous allons maintenant nous occuper des pupilles sortis de l'*infantia* et qui peuvent donner leur consentement à un acte, du moins aux yeux de la loi. Pour ces pupilles, la règle est qu'ils peuvent seuls rendre leur condition meilleure, mais non la rendre pire, c'est-à-dire qu'ils peuvent acquérir un droit ou obtenir une libération, mais non perdre un droit ou consentir une obligation (L. 13, § 29, D., *de act. empti*, 19, 1 ; — Pr., I., 1, 21 ; — Gaius, 3, § 107). Pour qu'un acte du pupille soit complètement valable, il faut l'*auctoritas* du tuteur [1].

Ainsi, quand le pupille a seul conclu une convention synallagmatique, et particulièrement une transaction, qui suppose toujours des concessions réciproques, il faut la décomposer, la maintenir dans la mesure de l'a-

[1] Même pour les actes passés avec l'*auctoritas tutoris*, le pupille peut demander la *restitutio in integrum*, s'il éprouve une lésion.

vantage consenti en faveur du pupille, et l'anéantir dans celle du sacrifice consenti par le pupille. Cette règle, qui, appliquée rigoureusement, conduirait souvent à une iniquité criante, est heureusement tempérée par ce principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui (L. 14, D., *de cond. ind.*, 12, 6; — L. 206, D., *de reg. jur.*, 50, 17). Voyons comment les choses vont se passer par suite de la combinaison de ces deux principes.

135. — Supposons d'abord que le pupille jouait le rôle de demandeur. Il ne perd pas son action, qu'il peut maintenant recommencer, et cela alors même que l'action devait s'éteindre *ipso jure*, s'il était majeur (V. n^os^ 32 et suiv.). Seulement, pour ne pas se voir repoussé au moyen de l'exception de dol, il faut que notre pupille décharge son adversaire de l'obligation qu'il a contractée à son profit, ou lui rende ce qu'il a reçu en exécution de la transaction, dans la mesure du profit qu'il en a tiré.

Si l'on suppose maintenant que le pupille jouait le rôle de défendeur, l'action dont le demandeur a consenti l'abandon en sa faveur sera définitivement éteinte, si le pupille exécute de son côté la transaction. Il peut, s'il le préfère, invoquer la nullité de l'obligation qu'il a contractée, et s'il l'a déjà exécutée, il peut répéter ce qu'il a donné, par la *condictio sine causa ;* mais alors, son adversaire peut reprendre son action, si elle n'est pas éteinte *ipso jure*, et, dans le cas contraire, si l'extinction a eu lieu par acceptilation, il peut intenter contre le pupille la *condictio causa data, causa non secuta*, à l'effet d'obtenir soit l'exécution immédiate de son droit, soit la promesse de l'exécution ultérieure (LL. 4 et 10, D., *de cond. causa data, causa non secuta*, 12, 4).

136. — Quoi qu'il en soit, pour qu'une transaction consentie par un pupille puisse produire son effet tout entier, il faut que le tuteur donne son *auctoritas*. Mais l'*auctoritas tutoris* suffit-elle toujours pour que cette transaction soit valable? Non ! depuis un sénatus-consulte rendu sur la proposition de Septime Sévère, les transactions qui ont pour effet l'aliénation d'un immeuble rustique ou suburbain, doivent être autorisées par le magistrat (L. 4, C., *de præd. et al. rebus minor.*, 5, 71). Constantin étendit cette exigence aux immeubles urbains et aux meubles précieux (L. 22, C., *de admin. tutor.*, 5, 37). Ainsi, dans le dernier état du droit, quand une transaction portant sur un immeuble ou sur un meuble précieux doit avoir pour effet de l'enlever au pupille, que la possession de cet objet appartienne au pupille ou à son adversaire [1], elle doit être autorisée par le magistrat. De même, quand elle a pour effet l'aliénation d'un de ces objets, moyennant quoi le pupille obtiendra l'abandon de la prétention de l'autre partie, elle demande aussi à être autorisée par le magistrat. A l'inverse, si la transaction n'a pour effet ni de faire perdre sur un de ces objets la prétention du pupille, ni de faire sortir un objet de ce

[1] Ce point est contesté par un grand nombre d'auteurs (Voet, *ad Pandect.*, II, 15, n° 2 ; Molitor, *Les Obligations en Droit romain*, 2e édit., II, pp. 494 et 495 ; Dumas, *Thèse*, pp. 70 et 71 ; et les nombreux auteurs cités par Voet). Ils prétendent que, quand la transaction a pour effet de laisser la chose litigieuse rentrant dans notre catégorie à l'adversaire du pupille, qui la possède déjà, elle n'a pas besoin d'être autorisée par le magistrat, parce que, disent-ils, en cas de doute, le possesseur est présumé propriétaire. Cette opinion, qui ne peut invoquer aucun texte à son appui, ne me paraît pas admissible. En effet, cette présomption, si présomption il y a, est loin d'être générale, elle a été établie principalement pour déterminer le rôle du possesseur dans une action en revendication, au point de vue de la preuve de la propriété. Il est donc plus que téméraire de l'appliquer à notre matière.

genre du patrimoine dudit pupille, aucune autorisation judiciaire n'est nécessaire, il suffit de l'*auctoritas tutoris*.

§ II. — Des mineurs de vingt-cinq ans

137. — Pendant longtemps, tous les pubères, sans aucune distinction d'âge, étaient pleinement capables. Mais la loi Plœtoria vint punir les gens coupables d'avoir trompé les mineurs de vingt-cinq ans, d'une amende et de l'infamie, et qui, probablement, admit une exception en faveur des mineurs trompés. En outre, le préteur accordait de bonne heure la *restitutio in integrum*, toutes les fois que les mineurs subissaient une lésion.

L'empereur Marc-Aurèle établit la curatelle générale des mineurs de vingt-cinq ans, qui, en droit, ne changea rien, mais en fait, rendit plus rares, et l'action criminelle de la loi Plœtoria, qui tomba probablement en désuétude, et l'exception admise par cette même loi, et enfin la *restitutio in integrum*.

Enfin, dans le dernier état du droit, on distinguait nettement les mineurs sans curateur des mineurs en curatelle. Les premiers étaient sous l'empire de la législation ancienne, c'est-à-dire qu'ils étaient en principe pleinement capables, mais qu'ils pouvaient obtenir la *restitutio in integrum*, toutes les fois qu'ils éprouvaient une lésion, sans parler de l'exception de dol qu'ils pouvaient toujours opposer à leurs cocontractants de mauvaise foi. Les seconds, au contraire, étaient désormais assimilés aux pupilles : ils ne pouvaient rendre leur condition pire sans l'assistance du curateur [1].

[1] Pour plus de détails et pour les textes, je renvoie à M. Accarias,

En me plaçant dans ce dernier état du droit et dans l'hypothèse des mineurs sans curateur, — car pour les autres mineurs, il suffira d'appliquer purement et simplement ce que nous avons vu au paragraphe précédent, — j'examinerai brièvement les conséquences d'une transaction faite par un mineur de vingt-cinq ans.

138. — Il faut d'abord écarter les mineurs qui ont obtenu la *venia ætatis* : ils ne peuvent plus demander la *restitutio in integrum* (L. 1, C., *de his qui veniam ætatis impetr.*, 2, 45). C'est à eux que se réfère probablement ce texte de Papinien, qui dit : « Celui qui n'est pas protégé au moyen de la restitution peut faire remise par convention des conséquences de la faute de ses tuteurs, car cette remise n'est pas réputée comme une donation, mais comme une transaction (L. 39, § 13, D., *de adm. et peric. tutor.*, 26, 7). » En effet, Papinien n'aurait pas employé cette périphrase : *Celui qui n'est pas protégé au moyen de la restitution* (*Eo qui restitutionis auxilio non juvatur*), pour désigner un majeur ; mais ce qu'il y a de décisif, c'est que les mineurs qui ont obtenu la *venia ætatis*, sont capables de transiger, mais non de faire une donation (L. 3, C., *si maj. fact. alien.*, 5, 74), tandis que les majeurs sont capables pour les deux actes.

Ainsi les mineurs qui ont obtenu du prince la *venia ætatis*, sont capables de transiger. Voilà la règle. A cette règle, il y a une exception, c'est que même après avoir obtenu la *venia ætatis*, les mineurs de vingt-cinq ans

Précis de Droit romain, 3e édition, I, pp. 412 et suiv. ; et à M. Appleton, *Cours de Droit romain*, I, pp. 63 et suiv. Je cite seulement les textes de notre titre qui se rapportent aux mineurs de vingt-cinq ans (LL. 4, 20, 22, 25 et 36, C., *de trans.*).

sont incapables d'aliéner les immeubles et les meubles précieux : les règles que nous avons posées à cet égard relativement aux pupilles, s'appliquent à ces mineurs (L. 3, C., *de his qui venia ætatis impetr.*, 2, 45).

139. — Envisageons maintenant un mineur de vingt-cinq ans, non pourvu de curateur et n'ayant pas obtenu la *venia ætatis*, et supposons qu'il ait obtenu la *restitutio in integrum* d'une transaction pour cause de lésion [1]. Le principe est que la transaction sera complètement anéantie et que les deux parties seront replacées dans le même état où elles étaient avant la convention. Pour appliquer ce principe, il est bon de distinguer suivant que l'action sur laquelle on a transigé est éteinte *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Est-elle éteinte *ipso jure* : le préteur donne au demandeur la même action à titre d'action utile. Est-elle éteinte *exceptionis ope* seulement : le magistrat accorde au demandeur l'action primitive, avec une réplique fondée sur la *restitutio in integrum* contre l'exception de transaction réclamée par l'autre partie (L. 2, C., *si adv. trans.*, 2, 32 ; — L. 3, C., *de accept.*, 8, 44) [2].

[1] Cette *restitutio in integrum* n'est pas spéciale aux mineurs sans curateur : elle peut être demandée aussi par les mineurs en curatelle et les pupilles. Mais ces deux dernières catégories d'incapables ont généralement la nullité de l'acte, qui les protège, et dans ce cas, la *restitutio in integrum*, qui est un moyen subsidiaire, ne sera pas accordée (L. 16, pr., D., *de minor.*, 4, 4). Ce n'est donc qu'en cas que les actes soient valables, mais causent une lésion à l'incapable, que la *restitutio in integrum* aura lieu.

[2] On a prétendu que, quand l'action du mineur est éteinte seulement *exceptionis ope*, il n'y a pas lieu à *restitutio in integrum*, car le mineur peut intenter l'action primitive et briser l'exception de transaction au moyen d'une réplique de dol. Ceci est manifestement démenti par la loi 2, C., *si adv. trans.*, 2, 32. Sans doute, il y a un cas où le mineur peut opposer une répique de dol sans obtenir pour cela

Quant à l'engagement pris moyennant l'abandon de l'action, il ne recevra pas d'exécution, ou s'il a déjà été exécuté, il y aura lieu à répétition. Seulement il y a une faveur toute particulière pour le mineur, qui ne restituera jamais que ce dont il sera enrichi (L. 7, § 5; L. 27, § 1, D., *de minor. XXV annis*, 4, 4).

Tant qu'un mineur de vingt-cinq ans, non pourvu de curateur, n'obtiendra pas la *restitutio in integrum*, dont l'opportunité est laissée au pouvoir discrétionnaire du magistrat, toutes transactions qu'il aura consenties seront valables, comme ayant été faites par un homme parfaitement capable ; sauf dans un cas, c'est quand elles portent sur les immeubles ou les meubles précieux. En effet, ici, nous avons vu que les mineurs ayant obtenu la *venia ætatis* sont encore obligés d'avoir l'autorisation du magistrat : à plus forte raison, ceux qui n'ont pas obtenu cette faveur du prince, sont-ils soumis à la même règle.

§ III. — Des prodigues

140. — Les prodigues interdits sont assimilés aux pupilles, et comme eux, ils ne peuvent que rendre leur condition meilleure (L. 6, D., *de verb. obl.*, 45, 1; — L. 3, D., *de novat.*, 46, 2).

la *restitutio in integrum :* c'est lorsque la mauvaise foi de son co-contractant est prouvée (V. n° 138). Mais, pour cela, il faut commencer par prouver cette mauvaise foi, qui est toujours difficile à prouver. C'est pourquoi on recourait peut-être plus souvent à la *restitutio in integrum*, qui s'accordait assez facilement au profit d'un mineur, ce qui expliquerait les termes généraux dont se sert la loi 2 que nous avons citée.

§ IV. — Des fils de famille

141. — La capacité des fils de famille diffère suivant qu'ils traitent avec leurs pères de famille ou avec des tiers. Dans le premier cas, ils ne peuvent être *civiliter* ni créanciers ni débiteurs; ils peuvent l'être seulement *naturaliter*.

Dans le second cas, il faut faire une distinction entre l'acquisition et l'aliénation. Au point de vue de l'acquisition, les fils de famille ne peuvent acquérir que pour le compte de leurs pères de famille. Au point de vue de l'aliénation, il ne peut être question de l'aliénation directe, les fils de famille n'ayant en principe aucun patrimoine propre: je ne parle donc que de l'aliénation indirecte au moyen d'une obligation. Ici la capacité des fils de famille n'est pas la même suivant qu'ils sont pubères ou impubères. Sont-ils impubères : ils ne peuvent s'obliger, même avec l'autorisation de leurs pères (L. 141, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1 ; — § 10, *in fine*, I., 3, 19). Ils ne contractent que des obligations naturelles. Sont-ils déjà pubères: ils sont parfaitement capables ; mais leurs obligations ne peuvent recevoir exécution que quand ils seront devenus *sui juris*, car ils n'ont en principe aucun patrimoine, pendant qu'ils sont *in patria potestate*, et leurs obligations ne répercutent pas généralement sur le patrimoine de leurs pères (L. 39, D., *de oblig.*, 44, 7; — L. 141, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1 ; — L. 8, § 4, D., *de accept.*, 46, 4).

142. — L'application de ces principes en matière de transaction semblerait conduire souvent à une injustice

criante. Prenons un exemple : un fils de famille réclame un immeuble faisant partie de son pécule et possédé actuellement par un autre ; il intervient une transaction entre eux, d'après laquelle le possesseur de l'immeuble promet de le restituer et le fils de famille de payer une certaine somme. Supposons que les deux parties stipulent : il naît une action *ex stipulatu* au profit de chacune. Le fils de famille acquiert pour le compte de son père une action par laquelle il peut, lui ou son père, forcer l'autre partie à restituer l'immeuble. Son adversaire acquiert aussi une action *ex stipulatu* contre lui et ne peut pas lui opposer l'exception de dol ; mais cette action, qu'il peut sans doute intenter dès à présent, n'aboutira pas à un résultat satisfaisant, car le fils de famille n'a pas de bien propre en principe, et il ne peut pas intenter cette action contre le *paterfamilias*. Voilà le résultat inique auquel aboutissait dans le très-ancien droit l'application des principes concernant les fils de famille, mais qui ne tarda pas à être tempéré par les différentes restrictions que nous allons étudier.

143. — Première restriction. Sur les biens rentrant dans les pécules *castrense* et *quasi-castrense*, le fils de famille peut seul et librement transiger, comme s'il était *sui juris* ; et le père n'aurait aucune qualité pour transiger sur ces biens. Il faut ajouter que les transactions consenties par les fils de famille peuvent toutes être exécutées sur ces biens.

Sur le pécule adventice, pour que la transaction soit valablement faite, il faut le consentement du père et du fils. Quand le fils de famille est impubère ou absent, le père peut seul transiger, mais le fils a la ressource de

la *restitutio in integrum* en cas de lésion. C'est du moins le droit de Justinien. Quant aux transactions consenties par le fils de famille et qui ne portent pas sur le pécule adventice, elles ne sauraient être exécutées sur ce pécule, pendant que notre fils de famille est *in potestate* [1].

144. — Deuxième restriction. Pour le pécule profectice, et autrefois il n'y avait que ce pécule, c'est-à-dire les biens dont le père confie l'administration au fils, il faut faire une démarcation entre les fils de famille ayant la libre administration de ce pécule et ceux qui ne l'ont pas. Pour ces derniers, ils ne peuvent pas transiger sur les biens contenus dans ce pécule, car les fils de famille n'ayant pas la libre administration de leur pécule ne peuvent pas l'aliéner et la transaction renferme l'aliénation, ou plus exactement, ils peuvent obtenir l'abandon de la prétention de l'autre partie sur ces biens, mais ils ne peuvent pas abandonner leur prétention sur ces mêmes biens.

Quant aux fils de famille ayant la libre administration de leurs pécules profectices, ils peuvent les aliéner à titre onéreux, et par suite *transactionis causa,* la transaction supposant toujours des concessions réciproques (L. 28, § 2, D., *de pactis*, 2, 14 ; — L. 8, § 5, D., *quib. modis pignus,* 20, 6 ; — L. 7, pr., D., *de donat.*, 39, 5 ; — L. 34, pr., D., *de novat.*, 46, 2). Au reste, la question de savoir si le père, en donnant un pécule à son fils, a voulu lui accorder le pouvoir de transiger

[1] Pour les détails et les textes, V. Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, I, pp. 727 et suiv. ; II, p. 1186, *in fine* ; Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, I, pp. 133 et 134.

sur ce pécule, est une question de fait (L. 1, § 1, D., *quæ res pign.*, 20, 3).

Pour les obligations contractées par le fils de famille en retour de l'abandon de la prétention de l'autre partie, et d'une manière plus générale, toutes les obligations contractées par lui, même à l'occasion d'une affaire tout à fait étrangère au pécule profectice, elles s'exécutent sur ce pécule, sans même avoir à distinguer entre le cas où le *filiusfamilias* a la libre administration de ce pécule et celui où il ne l'a pas. Du reste, il faut que la transaction soit sérieuse et ne déguise pas une donation [1].

145. — Voilà les principes. Voyons maintenant comment il faut les appliquer.

D'abord, si le *paterfamilias* profite de la transaction conclue par son fils, il est tenu dans cette mesure par l'action *de in rem verso* sur tous ses biens autres que ceux qui sont contenus dans le pécule. Pour le reste, ou quand la transaction ne profite nullement au *paterfamilias*, si ce n'est indirectement par le canal du pécule, cette transaction s'exécute sur le pécule jusqu'à concurrence de son actif, au moyen de l'action *de peculio*.

Il convient toutefois de remarquer que dans les contrats synallagmatiques, et la transaction revêt sou-

[1] C'est peut-être par cette idée qu'on doit expliquer le texte de Marcien (L. 1, § 1, *quæ res pign.*, 20, 3), où il est dit que le fils de famille, pas plus que l'esclave, ne peut obliger son pécule pour autrui, *comme il ne peut pas faire une donation (sicut nec donare eis conceditur)*. Or nous verrons bientôt que le fils de famille, à la différence de l'esclave, peut intercéder pour autrui. Mais, comme il ne peut pas faire de donation, il ne peut pas incéder *donandi animo*: voilà, il me semble, tout ce que Marcien veut dire par ce texte. Ce qui me le fait croire, c'est cette incidente : *Sicut nec donare*, etc.

vent [1] cette forme, ces règles qui s'appliquent rigoureusement au cas où c'est l'autre partie qui agit contre le *paterfamilias*, reçoivent une dérogation, toute d'équité, dans le cas contraire : le *paterfamilias* qui poursuivra l'exécution d'un contrat synallagmatique se trouvera obligé de l'exécuter aussi de son côté, non plus dans la mesure de son enrichissement et de l'actif du pécule, mais dans l'intégralité de l'obligation (L. 31, § 1, D., *de reb. cred.*, 12, 1 ; — L. 9, pr., D., *de compens.*, 16, 2; -- L. 57, pr., D,, *de æd. ed.*, 21, 1).

146. Troisième restriction. -- Nous venons de parler de l'action *de in rem verso* qui n'était qu'un prélimi-naire de l'action *de peculio*, ou pour être plus exact, qui était virtuellement contenue dans cette dernière action (§ 4, I., 4, 7). Mais elle peut aussi être intentée isolément (L. 1, §§ 1 et 2, D., *de in rem verso*, 15, 3).

147. Quatrième restriction. — Quand le père de famille a donné ordre à son fils de faire une transaction, le tiers qui a contracté avec ce fils de famille a l'action *quod jussu* contre le père.

148. Cinquième restriction. — Quand le père a préposé son fils à l'exploitation d'un navire ou d'un commerce, si le fils transige dans l'intérêt de l'exploitation dont il est chargé, cette transaction peut être invoquée contre le père, au moyen de l'action exercitoire ou institoire.

[1] Je ne dis pas toujours, car quand, par exemple, la transaction est suivie de stipulations des deux côtés, comme je l'ai supposé plus haut (nº 142), il y a deux contrats unilatéraux, légalement indépendants l'un de l'autre.

149. — Ainsi, en général, le fils de famille transige valablement, contracte des obligations civiles et oblige même son père dans les cas que nous venons d'énumérer.

Il y a cependant un cas où il ne peut pas transiger valablement, c'est quand la transaction porte sur un emprunt d'argent, fait contrairement au sénatus-consulte Macédonien. Ici le fils de famille qui transige ne contracte qu'une obligation naturelle, et il n'oblige jamais le père, même dans la mesure du pécule, à moins que le père n'ait donné approbation à cette transaction.

§ V. — Des filles de famille

150. — Jusqu'à l'époque classique, les filles de famille étaient complètement incapables de s'obliger civilement (L. 3, § 4, D., *commodati*, 13, 6; — G., III, § 104; — F. V., § 99).

A l'époque de Justinien, les filles de famille sont assimilées aux fils de famille [1].

§ VI. — Des esclaves

151. — Ici encore, il faut distinguer les rapports de l'esclave avec son maître et ses rapports avec les tiers. Dans ses rapports avec son maître, sa capacité est la même que celle du fils de famille: il est incapable d'être créancier ou débiteur civil; il peut être créancier ou débiteur naturel.

[1] C'est ce qui résulte de l'altération certaine qu'on trouve dans un texte de Gaius (L. 141, § 2, D., *de verb: obl.*, 45, 1), où il faut substituer *pubere* à *impubere*.

Dans ses rapports avec les tiers, il peut acquérir des droits, mais seulement pour le compte de son maître, et il n'existe pas ici ces exceptions qui existaient pour les fils de famille (n° 148). Quant au point de vue de l'aliénation, il faut partir de cette idée que l'esclave n'ayant point de personnalité, n'est jamais capable, ce qui le sépare nettement du fils de famille. Ainsi, en principe, il ne s'oblige jamais civilement, et il n'oblige pas non plus son maître. A ce dernier point de vue, les quatre dernières restrictions, dont il a été question pour le fils de famille, s'appliquent aussi ici. Seulement celle qui est relative au pécule doit être accompagnée d'une observation, qui la modifie un peu. L'esclave, à la différence du fils de famille, n'a pas de capacité propre. Si donc il est capable de grever son pécule d'obligations, c'est qu'il emprunte la capacité du maître, qui, en constituant ce pécule, lui a donné le pouvoir de l'administrer. Ainsi, quand il contracte des obligations relativement à son pécule, il oblige son maître dans la mesure du pécule, même malgré lui (L. 29, § 1 ; L. 47, pr., D., *de peculio*, 15, 1). Mais, quand il s'oblige sans aucune utilité pour son pécule, il n'a plus cette capacité d'emprunt et ses actes ne sont plus valables civilement. Voilà pourquoi, à mon avis, l'esclave ne peut pas intercéder pour autrui, tandis que le fils de famille le peut très-bien (L. 30, § 1, D., *de pactis*, 2, 14 ; — L. 3, §§ 5, 6 et 9; L. 47, § 1, D., *de peculio*, 15, 1). C'est que, ici, il est trop évident que l'obligation de l'esclave est sans aucun rapport avec le pécule. Si, pour les autres actes, nous n'avons pas de texte qui les déclare nuls, peut-être les présumait-on faits dans l'intérêt du pécule [1].

[1] On admet généralement que le pécule doit répondre de toutes les

J'ajoute que l'esclave qui ne s'oblige jamais civilement par un contrat[1], s'oblige toujours naturellement.

SECTION III

DU POUVOIR DE TRANSIGER POUR AUTRUI

152. — A la différence de la capacité, le pouvoir de transiger, c'est-à-dire le droit de transiger pour le compte d'autrui, est l'exception, et il ne résulte que d'une convention ou d'une disposition de la loi. Ainsi, en prenant le contre-pied de la section précédente, nous allons énumérer ceux qui ont le pouvoir de transiger.

Nous en avons déjà vu deux : le fils de famille, qui a le pouvoir de transiger au nom de son père dans certains cas et avec certains effets ; et l'esclave, qui peut aussi transiger pour son maître. Nous n'en parlerons donc plus, et nous allons indiquer les autres personnes ayant le pouvoir de transiger.

153. — D'abord, le tuteur a le pouvoir de transiger pour son pupille (L. 46, § 7, D., *de admin. et peric. tut.*,

obligations de l'esclave, sans distinguer si elles sont relatives ou non au pécule, et que l'incapacité d'intercéder pour autrui n'est qu'une exception, qui s'expliquerait par le danger qu'il y aurait à laisser cette faculté à l'esclave (Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, II, pp. 387 et 1181 ; Appleton, *Cours de Droit romain*, II, p. 126 — M. Accarias paraît cependant adopter notre opinion dans sa *Thèse*, p. 110). Mais l'opinion que nous avons exposée au texte nous semble préférable. Les deux textes que nous avons cités plus haut et sur lesquels on s'appuie dans l'autre opinion (L. 29, § 1 ; L. 47, pr., D., *de peculio*, 15, 1), peuvent très-bien être expliqués comme statuant sur les contrats relatifs au pécule.

[1] Il s'oblige civilement par ses délits.

26, 7 ; — L. 54, § 5 ; L. 56, § 4, D., *de furt.*, 47, 2), que celui-ci soit encore *infans* ou déjà sorti de l'*infantia*. Dans le premier cas, c'est la nécessité, car l'*infans* ne peut pas transiger lui-même ; dans le second, cela n'est pas nécessaire en général, attendu que l'impubère sorti de l'*infantia* peut transiger lui-même avec *l'auctoritas* de son tuteur ; mais il ne faut pas perdre de vue le cas de son absence, et de plus, il est souvent beaucoup plus simple pour le tuteur de consentir une transaction lui-même que de se porter *auctor;* d'autant plus que le pupille, bien que sorti de l'*infantia*, n'est souvent pas plus capable qu'un *infans*, de s'occuper des actes de la vie civile.

154. — Quand le tuteur veut transiger seul au moyen d'une acceptilation à faire ou à recevoir, on ne conçoit pas d'abord comment il peut y arriver, parce que l'acceptilation étant un de ces actes légitimes, ne permet pas la représentation. Voici comment on tourne cette petite difficulté : on commence par nover, et le tuteur devient créancier ou débiteur à la place de son pupille, et peut alors faire ou recevoir l'acceptilation (L. 13, § 10, D., *de accept.*, 46, 4). On a contesté la légalité de ce procédé, en disant que la novation par changement de créancier ne peut s'opérer que sur l'ordre de l'ancien créancier (L. 20, pr., D., *de novat.*, 46, 2) [1]. Pour ma part, je crois qu'on peut l'expliquer de la manière suivante. Il est vrai que la novation par changement de créancier demande le consentement de l'ancien créancier [2]. Mais des textes formels accordent au tuteur

[1] Accarias, *Thèse,* p. 104.

[2] Je citerai, outre le texte cité par M. Accarias : LL. 8, § 5 ; 16 ; 22, D., *de novat.*, 46, 2.

le pouvoir de donner ce consentement à la place du pupille (L. 22, D., *de admin. et peric. tut.*, 26, 7; — L. 20, § 1, D., *de novat.*, 46, 2). Il est donc certain que le tuteur peut nover au nom de son pupille. Ce qu'il y a de plus douteux, c'est le point de savoir si le tuteur peut jouer dans une novation à la fois le rôle de l'ancien créancier au nom de son pupille, et celui du nouveau en son nom propre. Il faut répondre en principe que cela n'est pas possible (L. 18, D., *de auctor. tut.*, 26, 8; — I., 1, 21, § 3; — G., I, § 184; — U., 11, § 24) [1]. Mais, ici, les Romains ont mis de côté ce principe avec raison, car il n'y a pas l'intérêt du tuteur opposé à celui du pupille, qu'il est chargé de représenter, mais c'est uniquement dans l'intérêt du pupille qu'il agit.

La règle que nous venons d'expliquer s'applique aussi aux curateurs de l'adolescent, du fou, du prodigue, et au mandataire (L. 20, § 1; L. 34, § 1, D., *de novat.*, 46, 2; — L. 3; L. 13, § 10, D., *de accept.*, 46, 4).

155. — Le principe que le tuteur peut transiger pour son pupille, n'est vrai que sous bénéfice des quatre observations suivantes :

1° Ce sont les tuteurs onéraires seuls qui ont le pouvoir de transiger, et non les tuteurs simplement honoraires (L. 17, § 2, D., *de jurej.*, 12, 2; — L. 56, § 4, D., *de furt.*, 47, 2).

2° Il faut que la transaction ne cache pas une libéralité (L. 46, § 7, D., *de admin. et peric. tut.*, 26, 7). Cependant cette interprétation du texte, qui nous semble seule vraie, n'est pas acceptée par tout le monde. Les uns

[1] Tous ces textes se rapportent au tuteur *auctor*, mais pour le tuteur gérant, il y a une raison *a fortiori*.

disent que l'expression *diminuendi causa*, qu'on y trouve, ne signifie pas *donandi causa*, comme nous le pensons, mais que le jurisconsulte a voulu dire par là que le tuteur ne peut faire aucune transaction impliquant un sacrifice quelconque pour le pupille [1]. Cette opinion nous semble inadmissible, car elle conduit à rien moins qu'à interdire complètement au tuteur de transiger pour son pupille, toute transaction supposant la réciprocité de sacrifices. Elle aboutit donc à contredire notre texte, qui semble permettre au tuteur de transiger, et les autres textes plus formels que nous avons cités plus haut (n°153).

D'autres, sans aller jusque-là, en comprenant bien la gravité de notre objection, veulent cependant admettre une distinction : la transaction est-elle avantageuse pour le pupille, elle serait valable ; est-elle au contraire désavantageuse, elle serait nulle [2]. Cette interprétation des mots *diminuendi causa* ne nous satisfait point non plus. En effet, qu'entend-on par *transaction désavantageuse?* C'est apparemment une transaction qui cause un préjudice, une lésion, au pupille. Mais nous allons voir bientôt que toute transaction qui cause une lésion au pupille est attaquable par la *restitutio in integrum*. Dès lors, cette prétendue nullité ferait un double emploi avec la *restitutio in integrum*. Elle ne nous paraît pas d'ailleurs admissible, en présence des deux autres textes (L. 54, §5; L. 56, § 4, D., *de furtis*, 47, 2), qui ne font aucune distinction : les mots *diminuendi causa* employés dans notre loi 46 et auxquels on veut donner un sens qui est pour le moins douteux, ne nous

[1] Cujas, *Responsa Pauli*, lib. IX, ad L. XLVI, *de admin. tut.*, § 7.

[2] M. Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, I, p. 59.

paraissent pas suffisants pour admettre une restriction au principe posé par des textes si formels.

3° Depuis les empereurs Septime Sévère et Constantin, le tuteur ne peut plus transiger sur les immeubles et les meubles précieux. C'est même principalement pour les tuteurs qui gèrent, que les règles furent posées (V. n° 136 et textes qui y sont cités).

4° Enfin, même les transactions valables consenties par le tuteur peuvent être anéanties au moyen de la *restitutio in integrum*, toutes les fois qu'elles causeraient une lésion au pupille (L. 1, C., *si adv. trans.*, 2, 32).

156. — Tout ce que nous avons dit du tuteur, s'applique en général, *mutatis mutandis*, aux curateurs du mineur de vingt-cinq ans, du fou, du prodigue, et même du pupille : nous n'en parlerons donc pas davantage.

157. — Avant d'arriver au mandataire proprement dit, débarrassons-nous d'abord de deux catégories d'individus qu'on peut désigner sous le nom de mandataires légaux, avec le tuteur et le curateur que nous venons de voir : ce sont les administrateurs des cités et les *procuratores Cæsaris*.

Les premiers transigent valablement, quand il y a une difficulté sérieuse ; mais toute transaction qui déguiserait une mesure de faveur serait rescindée par le président de la province (L. 12, C., *de trans.*). Cette décision n'est, du reste, qu'une application d'une règle plus générale, posée dans la loi 4, pr., D., *de decr. ob ord. fac.*, 50, 9.

Quant aux *procuratores Cæsaris*, ils ne peuvent transiger qu'avec le consentement du prince, leur fonction con-

sistant uniquement à gérer, et non à disposer (L. 13, D., *de trans.*; — L. 1, § 1, D., *de off. procur. Cæs.*, 1, 19).

158. — Passons maintenant au mandataire proprement dit. Un premier point certain, c'est qu'un mandataire qui a reçu un mandat spécial de transiger a le pouvoir de transiger. Un second point non moins certain, c'est qu'un mandataire *in rem suam* peut valablement transiger, n'étant tenu de rendre compte à personne (L. 13, § 1, D., *de pact.*, 2, 14). Un troisième point aussi certain, mais en sens inverse, c'est qu'un mandataire *ad litem* n'a pas le pouvoir de transiger, car autre chose est plaider, autre chose est transiger (L. 13, pr., D., *de pact.*, 2, 14 ; — L. 7, C., *de trans.*) [1].

159. — Le point difficile est donc de savoir si un mandataire général (*procurator omnium rerum* ou *omnium bonorum*) a le pouvoir de transiger. Ce qui nous embarrasse, c'est que nous avons deux textes contradictoires (L. 12, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 60, D., *de procur.*, 3, 3). Le premier de ces textes dit formellement qu'un mandataire général peut valablement transi-

[1] D'après Lenel (*Palingenesia, Pauli ad Edictum*, lib. III), la loi 13, *de pact.*, contiendrait une interpolation des commissaires de Justinien ; le texte primitif aurait parlé du *cognitor* et non du *procurator*. Cf. Missol, *Thèse de Doctorat,* Lyon, 1887, p. 71. Quoiqu'il en soit, les raisons sont les mêmes pour les deux sortes de mandataire. Le mandataire *in rem suam*, qu'il soit *cognitor* ou *procurator*, n'a pas à rendre compte de sa gestion : il peut donc faire ce qu'il veut. Le mandataire spécial *ad litem*, de quelque manière qu'il ait reçu son mandat, n'a que le pouvoir de plaider : il ne peut donc pas transiger.

J'ajoute que, pour le *procurator* spécial *ad litem*, le rescrit de Gordien (L. 7, C., *de trans.*), qui ne porte aucune trace d'interpolation, décide formellement qu'il ne peut pas transiger valablement. Il faut remarquer que ce rescrit, rendu en 240, appartient encore à l'époque classique.

ger, tandis que le second texte lui dénie, non moins formellement, ce pouvoir. Le tout est donc de savoir si cette contradiction est réelle, ou si l'on peut concilier ces deux textes, dont la contradiction ne serait alors qu'apparente.

Dans une première opinion, on fait une distinction qui, par elle-même, n'a rien de déraisonnable : quand le mandant est présent, rien n'empêche le *procurator* de lui demander un mandat spécial de transiger sur une affaire déterminée, donc le *procurator* n'a pas le pouvoir de transiger sans consulter le mandant ; au contraire, lorsque le mandant est absent, il est impossible pour le mandataire général de lui demander un mandat spécial de transiger, donc ce mandataire doit avoir le pouvoir de transiger [1]. On s'appuie sur les textes qui permettent aux administrateurs des cités, de transiger sur les affaires intéressant leurs citées respectives, et qui n'accordent pas le même pouvoir aux *procuratores Cæsaris :* dans le premier cas, la cité étant une personne morale, ne peut donner son consentement pour charger les administrateurs de transiger pour elle ; tandis que, dans le second cas, l'empereur peut toujours donner un mandat spécial de transiger à ses *procuratores*, s'il le juge utile. Outre qu'il est téméraire d'assimiler un mandataire ayant reçu par convention un mandat d'un particulier, à un individu ayant un pouvoir public, cette assimilation n'est fondée sur aucun texte, les deux fragments contradictoires que nous avons cités ne parlant ni l'un ni l'autre de la présence ou de l'absence du mandant.

[1] Jaubert, *Thèse*, pp. 51 et 52. — Cf. Pothier, *Traité du Contrat de Mandat*, n° 157 (édit. Bugnet, V, pp. 236 et 237).

160. — La seconde opinion admet une autre distinction : si le mandataire est simplement *procurator omnium rerum*, il n'aura pas le pouvoir de transiger ; mais, s'il est *procurator omnium rerum cum libera administratione*, il pourra transiger [1]. Cette opinion, qui nous semble attacher trop d'importance aux mots employés par les parties, n'a même pas le mérite de s'appuyer sur les termes des textes, car le texte qui accorde formellement le pouvoir de transiger au mandataire général (L. 12, D., *de pact.*, 2, 14) ne parle que du *procurator omnium rerum*.

161. — Une troisième opinion essaye de concilier nos deux textes, en supposant bien gratuitement que la loi 60, *de procur.*, ne vise qu'un mandataire général *ad lites*, tandis que la loi 12, *de pact.*, concerne le mandataire général *ad negotia* [2]. Ainsi, d'après cette opinion, le mandataire général *ad negotia* aurait toujours le pouvoir de transiger ; mais le mandataire général *ad lites* ne pourrait jamais transiger. Les arguments qu'on donne sont bien faibles. On dit que la loi 17, § 3, D., *de jurej.*, 12, 2, accorde au mandataire général *ad negotia* le pouvoir de déférer le serment, et que, par analogie, il doit avoir le pouvoir de transiger [3]. On ajoute, d'autre part, que la loi 60, *de procur.*, se trouve sous un titre dont la plus grande majorité des fragments se réfère aux *procuratores ad litem*, et que, dès lors, il n'est pas étonnant que notre texte, bien qu'il ne le dise pas

[1] Maynz, *Cours de Droit romain*, 4e édit., II, p. 254.

[2] Accarias, *Thèse*, pp. 113 et 114.

[3] Voici ce texte, tel qu'il est donné par le Digeste : PROCURATOR *quoque quod detulit, ratum habendum est: scilicet, si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si idipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit.*

expressément, se rapporte néanmoins au *procurator ad lites*.

Nous faisons observer d'abord qu'on ne peut pas argumenter en notre matière d'un texte relatif au serment, car nous avons vu que, malgré leur ressemblance à certains égards, la transaction et le serment ne se confondent pas (n° 27, 5°), ce que l'auteur que nous combattons enseigne lui-même (*Thèse*, p. 19). L'authenticité de la loi 17, § 3, *de jurej.*, est d'ailleurs contestée. Lenel (*Op. cit.*, *Pauli ad Edictum*, lib. 18) soutient que les mots : *Scilicet... procurator sit*, ont été interpolés; il ne resterait alors que les premiers mots du paragraphe : PROCURATOR *quoque quod detulit, ratum habendumest;* ce qui voudrait dire que le mandataire qui a reçu mandat spécial de faire un pacte de serment, peut déférer valablement le serment. Quant à l'argument tiré de ce que le titre *de Procuratoribus* contient surtout des fragments relatifs aux *procuratores ad litem*, il est loin d'être concluant, d'autant plus que les deux fragments qui précèdent notre loi 60 se rapportent au *procurator omnium rerum*. Bref, ce système ne s'appuie en réalité que sur le seul texte de la loi 12, *de pact.*, et en supposant gratuitement que la loi 60, *de procur.*, se rapporte au *procurator ad lites*; il ne peut échapper à la critique que nous avons adressée aux deux systèmes précédents, savoir que l'on ajoute aux textes ce qu'ils ne disent pas [1].

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 113) suppose que « cette loi déclare obligatoire pour le mandant le pacte *de non petendo, même gratuit*, consenti par un mandataire général. » Ceci nous semble inexact; le texte ne déclare nullement que le mandataire général peut consentir un pacte *de non petendo, même gratuit:* il déclare simplement que ce mandataire peut faire un *pacte* (*paciscerétur*). Or un pacte peut n'être pas un pacte *de non petendo,* bien que les jurisconsultes aient coutume d'indiquer souvent ce pacte par le mot *pacte* tout court.

162. — Selon nous, voici la vérité. A l'époque classique, le mandataire général n'avait pas le pouvoir de transiger, et c'est la loi 60, *de procurat.*, sans correction ni addition, qui dit le vrai. Quant à la loi 12, *de pact.*, nous prétendons qu'elle contient une interpolation [1]; nous croyons que les mots *sive omnium rerum mearum procurator fuit* et la syllabe *ve* dans la proposition précédente après la conjonction *si*, ont été ajoutés par les compilateurs. Nous avons vu au numéro précédent, d'après Lenel, une interpolation analogue dans la loi 17, § 3, *de jurej.* C'est que les pouvoirs des mandataires ont été peu à peu étendus par les empereurs, et qu'à l'époque de Justinien, le mandataire général avait, à notre sentiment, le pouvoir de transiger.

Ce qui confirme notre conjecture, c'est que Modestin, dans un texte qui ne porte aucune trace d'interpolation importante[2] (L. 63, D., *de procur.*, 3, 3), nous dit que le mandataire général n'a pas le pouvoir d'aliéner, tandis qu'un texte de Justinien (I., 2, 1, § 43)[3] décide le contraire.

Bien mieux, un pacte *de non petendo* peut n'être pas gratuit : nous avons vu (nos 32 et suiv.) qu'un pacte *de non petendo* peut intervenir *transactionis causa*, et l'auteur dont il est question le dit aussi (*Thèse*, pp. 22 et suiv.). On n'a donc pas le droit de conclure de ce qu'une personne peut faire un *pacte*, qu'elle a le droit de consentir un pacte *de non petendo, même gratuit.* Il est de plus inadmissible qu'un mandataire général puisse faire un pacte *de non petendo gratuit*, c'est-à-dire une libéralité. Ce texte vise donc surtout un *pacte de transaction.*

[1] Voici ce fragment, tel que nous le trouvons au Digeste : *Nam et nocere constat : sive ei mandavi, ut pacisceretur,* SIVE OMNIUM RERUM MEARUM PROCURATOR FUIT...

[2] Lenel relève une interpolation évidente, mais qui n'a d'ailleurs aucune influence sur notre question (*Op. cit., Modestini Differentiarum*, lib. 6). Il conjecture avec raison que les mots *neque servos*, qui s'y trouvent après *neque mobiles, vel immobiles*, auraient été mis à la place des mots *nec mancipi.*

[3] Ce texte a dû être copié sur le livre II des *Res quotidianæ* de

Or, nous avons vu que, pour transiger, il faut avoir la capacité et le pouvoir d'aliéner (n° 132). Donc il est tout naturel que le mandataire général, qui ne pouvait pas aliéner à l'époque classique, ne pouvait pas non plus transiger, et qu'au temps de Justinien, ayant acquis le pouvoir d'aliéner, ils avaient acquis aussi celui de transiger.

Au reste, la question de savoir si un mandataire a le pouvoir de transiger est avant tout une question de fait. Le juge doit donc rechercher l'intention probable du mandant ; il ne doit pas attacher trop d'importance aux termes employés dans le contrat. Cette manière de voir est parfaitement conforme à la nature du mandat, qui est un contrat de bonne foi.

Gaius, dont un fragment se trouve inséré à la loi 9, § 4, D., *de adq. rer. dom.*, 41, 1. Bien que les termes des deux textes ne soient pas exactement les mêmes, ils disent à peu près la même chose, et nous supposons que ni l'un ni l'autre n'est le texte fidèle de Gaius.

CHAPITRE V

DES MODALITÉS DE LA TRANSACTION

163. — Toutes modalités qui peuvent affecter une obligation quelconque, comme le terme, la condition, le *modus*, l'*accessio*, la solidarité, peuvent aussi affecter les obligations résultant d'une transaction (L. 44, D., *de obl. et act.*, 44, 7).

Nous ferons observer cependant que, quand la transaction se fait par une acceptilation, il faut que cette acceptilation ne soit pas affectée d'une modalité expresse, l'acceptilation étant un de ces actes légitimes, qui, pour la forme, doivent toujours être purs et simples (L. 77, D., *de reg. jur.*, 50, 17). Cela ne veut pas dire que la transaction, au fond, doive toujours être pure et simple, quand elle se fait par acceptilation : la modalité peut être sous-entendue.

164. — Nous allons maintenant nous occuper particulièrement de la clause pénale, cette obligation conditionnelle, surbordonnée à l'inexécution de la transaction [1]. Nous avons deux textes qui parlent de transactions avec clause pénale. L'un (L. 40, § 1, D., *de pact.*, 2, 14) suppose une transaction portant sur une affaire dont il y a

[1] Cette modalité reçoit cependant la dénomination spéciale d'*accessio* (L. 44, §§ 4, 5 et 6, D., *de obl. et act.*, 44, 7).

appel : l'appelant s'engage à payer une certaine somme dans un certain délai, moyennant quoi son adversaire abandonnera le jugement rendu en sa faveur ; mais il est convenu que, si l'appelant ne payait pas la somme promise dans le délai convenu, il serait forcé d'exécuter le jugement de première instance : voilà bien une transaction avec clause pénale, car, si l'une des parties n'exécute pas la transaction, un jugement frappé d'appel deviendra définitif contre elle. L'autre texte (L. 9, C., *de trans.*) parle d'une transaction du même genre ; le demandeur à une action en revendication promet de payer dix *aurei* dans un certain délai à son adversaire, qui s'engage à son tour de lui restituer alors la possession de la chose ; mais celui-ci stipule que, si le demandeur ne payait pas dans le délai convenu, il ne pourrait plus réclamer la chose : voilà encore une transaction avec clause pénale, puisque notre demandeur est obligé d'exécuter la transaction, sous peine de perdre son action[1]. Le premier de ces deux textes suppose une clause pénale contenue dans un pacte, tandis que l'autre prévoit celle qu'on a revêtue de la forme de la stipulation et qu'on appelle spécialement *stipulatio pœnæ*. Nous nous renfermerons désormais dans cette dernière hypothèse, qui était beaucoup plus pratique que la première.

La clause pénale peut garantir l'une des deux obliga

[1] On voit quelquefois des transactions conditionnelles dans les deux hypothèses que nous venons d'étudier (Accarias, *Thèse*, p. 54). Nous croyons que c'est là une confusion. Une transaction conditionnelle est celle dont l'existence dépend d'un événement futur et incertain. Dans nos deux hypothèses, la transaction n'est pas anéantie par la défaillance de la condition, les parties ne reprennent pas leurs droits primitifs, si l'une d'elle, ne paye pas la somme qu'elle a promise. Donc nous n'avons pas ici de transactions conditionnelles, mais des transactions avec clause pénale.

tions qui résultent généralement d'une transaction, à savoir : cellepour le demandeur d'abandonner sa prétention et celle pour le défendeur de faire une prestation en échange. Dans ce dernier cas, il suffit d'appliquer les principes généraux (notamment LL. 77, et 115, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1 ; — L. 12, C., *de contr. et comm. stipul.*, 8, 38), à une exception près, qui résulte de la loi 41, C., *de trans.*, et que nous étudierons tout à l'heure[1].

Il en est de même, à notre sentiment, de la clause pénale garantissant l'abandon de l'action sur laquelle la transaction est intervenue. Cependant ici, comme la question a fait quelquefois des difficultés, et qu'il y a aussi des cas qui demandent quelques explications, nous exposerons brièvement les règles qu'il faudra appliquer dans cette hypothèse.

165. — Il faut remarquer tout d'abord que la clause pénale ne se comprend dans cette dernière hypothèse qu'autant que l'action du demandeur subsiste *ipso jure*.

En effet, si le demandeur a perdu son ancienne action *ipso jure*, le défendeur n'a pas à craindre d'être poursuivi par cette action. Les textes qu'on invoque quelquefois pour soutenir que la clause pénale peut utilement être ajoutée à l'acceptilation faite *transigendi causa*, pour mieux garantir l'abandon de l'ancienne action[2], se rapportent à la clause pénale stipulée du défendeur par le demandeur, qui a fait acceptilation de sa prétention (L. 15, D., *de trans.* ; — L. 40, C., *de trans.* ; — Paul, *Sent.*, 1, 1, § 3).

[1] Nous avons vu que même cette dérogation n'est pas tout à fait spéciale à la transaction (nº 1, 2e note).

[2] Favre, sur la loi 15, D., *de trans.* ; Accarias, *Thèse*, pp. 58 et 59 ; Dumas, *Thèse*, pp. 28 et 29 ; Jaubert, *Thèse*, p. 77.

Voici d'abord ce que nous dit le § 3, 1, 1, des Sentences de Paul, rapporté avec une légère altération dans la loi 15, D., *h. t.* : « Le pacte est habituellement suivi de stipulation Aquilienne : mais il est plus prudent d'y ajouter aussi une peine, parce que, *le pacte ayant été enfreint d'une manière quelconque*, la peine peut être réclamée *ex stipulatu* [1]. » Pour nous, voici ce que Paul veut dire par là : Quand on transige, on recourt généralement à la stipulation Aquilienne ; mais il est prudent pour le demandeur de stipuler une peine, car, si le défendeur n'exécute pas la transaction, il pourra intenter contre lui l'action *ex stipulatu* pour réclamer la peine. En effet, le demandeur a perdu *ipso jure* son ancienne action par la stipulation Aquilienne, il ne peut donc plus l'intenter, pour obtenir soit l'exécution de la transaction, soit la satisfaction à laquelle il prétendait avoir droit avant la transaction. D'un autre côté, Paul n'accordait pas l'action *præscriptis verbis* dans notre hypothèse (V. n° 61). Sans doute, il accordait l'action *de dolo*, mais il est évident qu'il est beaucoup plus prudent de stipuler la peine et d'acquérir ainsi l'action *ex stipulatu*.

Les auteurs que nous avons cités traduisent autrement ce texte : pour eux, *rescisso* QUOQUO MODO [2] *pacto pœna ex stipulatu repeti potest*, voudrait dire : le *défendeur* peut réclamer la peine, *si le demandeur intente contre lui son ancienne action, déjà éteinte* IPSO JURE *et que lui-même désire résoudre la transaction*. Ainsi, d'après ces auteurs, l'acceptilation faite après la stipu-

[1] Paul, *Sent.*, 1, 1, § 3 : *Pacto convento Aquiliana stipulatio subjici solet : sed consultius est hinc pœnam quoque subjungere, quia* RESCISSO QUOQUO MODO PACTO *pœna ex stipulatu repeti potest.*

[2] *Forte*, dans la loi 15, D., *de trans.*

lation Aquilienne serait résolue par l'arrivée de la condition tacite que, si les deux parties viennent à se repentir, l'opération sera résolue. Mais a-t-on jamais entendu parler d'une condition résolutoire, même tacite, qui affecterait l'acceptilation , acte essentiellement irrévocable? Les auteurs que nous combattons invoquent la loi 43, pr., D., *de jure dot.*, 23, 3. Mais ce texte ne parle que d'une condition suspensive tacite , qui peut très-bien affecter l'acceptilation.

166. — L'autre texte (L. 40, C., *de trans.*) suppose aussi une transaction conclue par stipulation Aquilienne, avec clause pénale. Les auteurs de cette constitution nous disent que le demandeur qui a éteint son action primitive par la stipulation Aquilienne peut ou bien demander l'exécution de la transaction, probablement au moyen de l'action *præscriptis verbis,* ou bien se contenter du payement de la peine stipulée, si son adversaire aime mieux le faire, en restituant en outre ce qu'il a reçu du demandeur *transigendi causa* , avant l'examen de la cause [1]. Ainsi, pour nous, c'est le demandeur qui a stipulé la peine, et l'action qu'il intente est toujours, dans l'hypothèse, l'action nouvelle née de la transaction, probablement l'action *præscriptis verbis*, et non jamais l'ancienne action, qui est éteinte définitivement.

Les auteurs dont nous avons parlé au numéro précédent, prétendent ici aussi que c'est le défendeur qui a sti-

[1] Voici le texte de la loi 40, C., *de trans. : Ubi pactum vel transactio scripta est, atque Aquilianæ stipulationis, et acceptilationis vinculis firmitas juris innexa est : aut subsecutis secundum leges accommodandus est consensus, aut* POENA UNA CUM HIS, QUÆ DATA PROBANTUR, ANTE COGNITIONEM CAUSÆ (SI ADVERSARIUS HOC MALUERIT) INFERENDA EST.

pulé la peine, et l'action dont il est question à la fin du texte est, non pas l'action *præscriptis verbis*, mais bien l'action primitive, qui se trouve ressuscitée par la résolution de l'acceptilation précédée de la stipulation Aquilienne. Par la même raison que dans le cas précédent, nous ne saurions admettre cette manière d'interpréter notre texte.

167. — Supposons donc la clause pénale garantissant un pacte *de non petendo*. La peine sera encourue, si le demandeur, après avoir reçu la prestation promise par le défendeur ou après l'avoir stipulée, exerce son action à laquelle il s'est engagé à renoncer. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la *litis contestatio* ait lieu : jusque-là, le demandeur n'agit pas, comme le dit très bien Paul, mais se propose d'agir : *Non petit, sed petere vult* (L. 15, D., *rat. rem. hab.*, 46, 8).

Le défendeur poursuivi contrairement à la transaction a le choix entre deux moyens : opposer l'exception de transaction ou intenter l'action *ex stipulatu*. Mais, en principe, il ne peut pas les cumuler ; si, donc, il oppose l'exception de transaction, il devra faire acceptilation de la peine (L. 10, § 1, D., *de pact.*, 2, 14 ; — L. 12, § 2, D., *de pact. dotal.*, 23, 4). S'il opte pour la poursuite de la peine, il ne peut plus invoquer la transaction, qui se trouve ainsi tacitement résolue. Et cette option se fera avant la *litis contestatio*, dans les actions de droit strict, par l'insertion ou la non-insertion de l'exception. En tous cas, il faut remarquer que le défendeur doit commencer par exécuter ou par promettre, dans le sens technique du mot, la prestation qu'il s'est engagé de faire à l'autre partie, soit pour opposer l'exception de transac-

tion, soit pour intenter l'action *ex stipulatu ;* sans quoi il sera repoussé par la réplique ou l'exception de dol.

168. — Ce principe de non-cumul du maintien de la transaction et de la peine stipulée n'est qu'un principe interprétatif de la volonté des parties : celles-ci peuvent donc y déroger par une clause spéciale : *rato manente pacto* ou *manente transactionis placito*, disent les textes. Cette observation, qui est vraie pour toute clause pénale (L. 115, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1), se trouve appliquée à la transaction dans deux textes (L. 16, D., *de trans.* ; — L. 17, C., *de trans.*). On a quelquefois voulu conclure de ces textes qu'en matière de transaction, le cumul était la règle. Mais ces textes nous semblent clairement supposer que *rato manente pacto* ou *manente transactionis placito* faisaient partie de la stipulation.

169. — On invoque alors un autre texte, qui paraîtrait plus favorable au système du cumul que ces derniers textes (L. 122, § 6, D., *de verb. obl.*, 45, 1). « Deux frères, dit le texte, ont divisé une hérédité entre eux et se sont promis de *ne rien faire contre cette division*; *une peine a été en outre promise l'un à l'autre, pour le cas où l'un d'eux aurait agi contre le partage*. Après la mort de l'un d'eux, celui qui a survécu réclame aux héritiers de l'autre, l'hérédité comme étant due en vertu d'un fidéicommis à lui laissé par son père : et il a été jugé contre lui par le motif que la transaction avait porté aussi sur le fidéicommis. On a demandé si la peine sera encourue? Scévola a répondu que la peine sera encourue, *d'après ce qu'on déclarait.* »

170. — Les uns ont essayé d'expliquer ce texte, réel-

lement embarrassant, en disant simplement que le jurisconsulte se serait contenté de déduire la conséquence logique du principe, abstraction faite de l'exception de dol, qu'on pouvait opposer à l'action *ex stipulatu*, qui existait *jure civili*. Si c'était là le véritable sens du texte, on ne comprendrait pas comment Scévola aurait jugé à propos de poser gravement une question aussi simple, car personne ne devait douter que l'action *ex stipulatu* ne subsistât *ipso jure*, tant qu'elle ne serait pas valablement éteinte, soit par la *litis contestatio*, soit par l'acceptilation; et on ne s'expliquerait guère surtout ces derniers mots du texte : *secundum ea, quæ proponuntur*, qui semblent faire allusion à une circonstance particulière de l'espèce.

D'autres ont proposé de se tirer d'affaire par cette supposition gratuite que la peine eût été stipulée *rato manente pacto*. Ce moyen, extrêmement commode pour faire dire à un texte ce qu'il ne dit pas, ne saurait être employé qu'en cas d'absolue nécessité, et je prétends démontrer que ce texte peut être expliqué sans l'aide d'aucune supposition ni d'aucune adjonction.

171. — Tout d'abord, il faut remarquer que l'opération à l'occasion de laquelle est intervenue notre *stipulatio pœnæ* est le partage d'une succession, opération complexe qui embrasse un nombre plus ou moins considérable de droits et d'obligations. D'après les termes de la stipulation, rapportés par le jurisconsulte, dès que l'un des copartageants aurait fait un seul acte, même peu important, la peine serait immédiatement due (*Nihil se contra eam divisionem facturos; et, si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit*). Mais, si, pour réclamer cette

peine, on était obligé, comme le voudrait l'application du principe de non-cumul, de renoncer à tous les avantages du partage, on hésiterait souvent à la réclamer : la *stipulatio pœnæ* ne serait qu'un leurre. Voilà pourquoi, à mon avis, Scévola présume dans notre espèce que les parties ont voulu stipuler la peine comme indemnité du trouble qu'elles pouvaient causer par un acte contraire à leur convention, et non comme un moyen de dédit. Mais il n'en résulte nullement qu'en matière de transaction au moins, le cumul de la peine et de l'exécution de la convention soit la règle. C'est plutôt une question de fait que le jurisconsulte a voulu trancher. En tous cas, on peut induire soit des termes de la convention, soit d'autres circonstances de fait, la volonté probable des parties contractantes de permettre le cumul, principe vrai, aussi bien en matière de transaction qu'en toute autre matière [1].

172. — Ainsi, jusque-là, tout est la simple application des principes généraux. Mais voici une véritable dérogation au droit commun. Elle résulte de la loi 41, C., *de trans*. Cette constitution des empereurs Arcadius et Honorius vise une transaction confirmée par un serment et édicte des peines tout à fait excessives contre la partie qui contreviendrait à cette transaction. Ces peines sont : 1° l'infamie ; 2° la perte des avantages résultant de la transaction ; 3° le payement de la peine promise, quand il y en a une ; enfin 4° l'exécution de la transaction de la part du contrevenant. Ainsi, si c'est le défendeur qui contrevient, outre l'infamie et le payement de la peine, qui sont inévi-

[1] Par les motifs que je viens d'indiquer, il est possible qu'en matière de partage, et non en matière de transaction, le cumul fût admis comme règle.

tables; le demandeur peut reprendre contre ui son action, qui devait être éteinte par la transaction, et lui réclamer en même temps la prestation par lui promise. Est-ce le demandeur qui intente son action, contrairement au serment prêté : sans parler de l'infamie et de la peine, il perdra son action et, en même temps, il sera obligé de restituer ce qu'il aura reçu en vertu de la transaction ou de s'abstenir de réclamer ce qu'on lui a *promis* pour la même cause [1].

Mais à quel moment sera-t-on considéré comme ayant contrevenu à la transaction? Si le contrevenant est le demandeur, à la différence de la règle générale en matière de clause pénale, il suffit qu'il adresse un *libellus* au magistrat ou une supplique au prince, tous deux actes introductifs d'instance : ainsi toutes les peines que nous avons vues seront encourues avant la *litis contestatio*. Si c'est le défendeur, il sera considéré comme ayant manqué à la foi du serment, quand il sera en demeure, c'est-à-dire qu'en principe, le demandeur devra lui adresser une *interpellatio*. Mais, quand il y a clause pénale, le défendeur encourra toutes les peines édictées par la loi 41, à l'expiration du délai convenu, s'il y en a un, et dans le cas contraire, aussitôt que l'exécution serait possible en fait. Le juge aura un pouvoir discrétionnaire pour trancher cette question de fait [2].

[1] Lorsque le défendeur s'est engagé seulement par un pacte et qu'il ne l'exécute pas encore, force sera pour le demandeur d'intenter son ancienne action, si elle n'est pas éteinte *ipsq jure*, afin d'obtenir l'exécution de la transaction, et le défendeur ne pourra pas invoquer cette constitution.

[2] Je renvoie pour les détails à Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, pp. 303 et 760. V. cependant Bufnoir, *Théorie de la Condition en Droit romain*, pp. 69 et suiv.

J'ajoute que ces peines excessives ne s'appliquent qu'aux majeurs de vingt-cinq ans.

Ainsi cette loi 41 contient des dérogations aux principes généraux, pour les transactions confirmées par un serment : elle permet le cumul de la peine, de l'exécution de la transaction, en tant qu'elle est avantageuse à la partie non coupable, et de sa résolution, en tant qu'elle lui est désavantageuse, sans parler de l'infamie et du moment où les peines sont encourues, plus rigoureux qu'en règle générale.

CHAPITRE VI

DES EFFETS DE LA TRANSACTION

173. — La transaction a pour effet d'éteindre un droit incertain et d'y substituer un droit certain. Nous avons vu au chapitre II que cette extinction du droit litigieux ou conditionnel s'opère *ipso jure* ou *exceptionis ope*, selon les formes dont on revêt la transaction ; nous y avons vu aussi que le nouveau droit est ou non garanti par une action, suivant que la transaction se présente sous la forme d'un contrat ou reste à l'état d'un pacte nu. Quoi qu'il en soit de la force plus ou moins énergique de ses effets, la transaction, comme la novation [1], aboutit toujours à l'extinction d'un droit et à la naissance d'un autre droit, qui remplace le premier, et il est en principe impossible de revenir sur les remises consenties (LL. 6 et 21, C., *de solut.*, 8, 43), ou de refuser d'exécuter les promesses faites (L. 23, *in fine*, C., *de trans.*; — L. 2, C., *de cond. ind.*, 4, 5) ou enfin de répéter ce qu'on a payé (L. 23,

[1] M. Molitor (*Op. cit.*, II, pp. 497 et 500) nous semble trop absolu, quand il affirme que la transaction faite par stipulation ou par contrat innommé est une véritable novation, ce qui n'est vrai, pour nous, que dans le cas où elle se fait par stipulation, et non par contrat innommé, où l'extinction de l'ancien droit et la naissance du nouveau droit résultent d'une stipulation unique, où le droit à éteindre est un droit de créance, et où, enfin, à l'époque classique au moins, il n'y a pas changement d'objet, conditions dont le concours sera extrêmement rare dans une transaction (V. pour les textes M. Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, II, pp. 148 et 149). Il est vrai que M. Molitor n'exige pas toutes ces conditions pour qu'il y ait novation, sauf que le droit à éteindre soit une créance (*Op. cit.*, *II*, pp. 461 et suiv.).

C., *de trans.* ; — L. 6, C., *de juris et facti ignor.*, 1,18; — L. 11, C., *de cond. ind.*, 4, 5) [1]. Nous avons vu même, au chapitre précédent, que, quand la transaction est accompagnée d'un serment, son inobservation est punie fort sévèrement.

De plus, quand la transaction a lieu avant la *litis contestatio*, soit après la *vocatio in jus*, soit avant, le magistrat peut refuser la formule (L. 22, § 1, D., *de in jus voc.*, 2, 4). Toutefois, lorsque la transaction a eu lieu avant la *vocatio in jus* et qu'elle n'a engendré qu'une exception, le magistrat se contente généralement d'insérer cette exception dans la formule qu'il délivre au demandeur.

174. — Une des conséquences les plus importantes de cette idée que la transaction éteint l'ancien droit et le remplace par un droit nouveau, c'est qu'elle peut servir de juste titre à l'usucapion et à l'action Publicienne (L. 29, D., *de usurp. et usucap.*, 41, 3 ; — L. 8, C., *de usuc. pro empt. vel trans.*, 7, 26). Pour le bien qu'on donne en échange de l'abandon total ou partiel du droit litigieux, il n'y a pas de doute possible : l'*accipiens* peut invoquer la transaction comme un juste titre d'usucapion, lorsque, ce bien n'ayant pas appartenu au *tradens*, le véritable propriétaire se présente pour le revendiquer ; ou s'appuyer sur cette transaction pour intenter la Publicienne, quand il viendra à perdre la possession de ce bien. Il en est de même du bien qui faisait l'objet de la transaction, mais sur lequel portait un droit conditionnel, et que les parties ont voulu, dans une transaction, rem-

[1] *Cf.* L. 12, D., *de trans.;* L, 65, § 1, D., *de cond. ind.*, 12, 6; L. 78, § 16, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1; LL. 2, 19 et 29, *C.*, *de trans.*

placer par un droit certain, hypothèse qu'on néglige trop souvent. Par exemple, j'ai une créance conditionnelle de 100 000 sesterces. Je transige avec mon débiteur, et je me contente d'un immeuble qui vaut 50 000 sesterces et dont mon débiteur me fait tradition immédiatement. Plus tard, je découvre que l'immeuble n'appartenait pas à mon débiteur, mais, si je l'ai possédé deux ans dans l'ancien droit, et dix à vingt ans dans le droit de Justinien, je l'usucaperai *pro transactione*, et si je viens à en perdre la possession avant de l'usucaper, j'intenterai la Publicienne au même titre.

175. — Le point qui peut faire des doutes est donc celui qui se rapporte au bien litigieux, dont l'une des parties a abandonné la possession à l'autre par suite d'une transaction. En effet, pourrait-on dire, celui qui acquiert ou garde la possession d'un bien litigieux par suite d'une transaction n'a pas l'intention d'acquérir la propriété de ce bien ; mais il croit que son droit était toujours légitime, et, par conséquent, l'effet de la transaction est déclaratif, et jamais attributif. Ce raisonnement est faux, et voici pourquoi. Quand un droit est litigieux et fait l'objet d'une contestation, personne ne peut jamais dire d'une manière certaine que ce droit est bien fondé, et qu'il sera consacré par le juge, s'il est porté devant lui, ou si l'on attend la fin du procès (V. n^{os} 3 et 4). Donc la partie transigeante qui acquiert ou conserve la possession du bien litigieux doit raisonnablement penser que, si elle est réellement propriétaire de la chose, elle évitera par la transaction l'ennui et le hasard du procès, et que, si elle n'en est pas propriétaire, elle acquerra, par là, le droit de son adversaire. Dès lors, on

ne peut pas dire que l'effet de la transaction est simplement déclaratif.

176. — Ce raisonnement, qui suffirait à lui seul pour admettre notre manière de voir, est d'ailleurs corroboré par les textes que nous avons cités. L'un d'eux (L. 8, C., *de usuc. pro empt. vel trans.*, 7, 26), il est vrai, est tout à fait général, et l'on pourrait à la rigueur soutenir qu'il ne vise que le bien cédé en échange de l'abandon du bien litigieux ou que celui qui faisait l'objet d'un droit conditionnel. Mais on n'en pourrait pas dire autant pour l'autre texte (L. 29, D., *de usurp. et usuc.*, 41, 3), qui est on ne peut plus clair. J'étais seul héritier ; mais, vous croyant mon cohéritier, je vous ai livré une partie des biens héréditaires [1]. Pomponius dit que vous ne pourrez usucaper ces biens, car on n'usucape pas *pro herede* des biens qui étaient possédés par l'héritier, et vous n'avez aucun autre titre de possession ; *à moins que*, ajoute le

[1] Il ne faudrait pas suppposer un partage, car, s'il y avait partage, le soi-disant héritier pourrait usucaper, sinon *pro herede*, du moins *pro suo*. En effet, le même Pomponius admet l'usucapion *pro suo* dans un cas de partage d'ascendant (L. 4, § 1, D., *pro suo*, 41, 10). D'un autre côté, nous avons un texte d'Ulpien (L. 7, § 5, D., *de Publ.*, 6, 2) qui accorde la Publicienne à titre d'échange ; or on sait que la Publicienne contient une fiction d'usucapion : il faut donc supposer une usucapion à ce titre. Mais, comme il ne semble pas que les Romains fissent de l'échange un titre spécial, et que, d'autre part, il semble qu'ils assimilaient le partage d'ascendant à l'échange (L. 20, § 3, D., *famil. ercis.*, 10, 2) [a].

[a] Un auteur considérable enseigne que le partage d'ascendant était dépourvu de toute valeur légale à l'époque classique (Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., I, p. 557, note 1, *in fine*), en se fondant sur le § 294 des Fragments du Vatican. Mais il ne me semble pas que ce texte se rapporte au partage d'ascendant : il s'agit là seulement d'une donation ordinaire, faite par un père de famille à son enfant *in potestate*. Il est bon d'ailleurs de remarquer que, dans la loi 20, *famil. ercisc.*, qui assimile notre partage à l'échange, Ulpien rapporte précisément l'opinion de Papinien, l'auteur du § 294 des Fragments du Vatican.

jurisconsulte, *nous n'ayons voulu transiger*. Il faut en conclure que, si, en partageant les biens héréditaires, nous avions voulu transiger, vous pourriez usucaper *pro transactione* [1].

le coéchangiste aussi usucapait probablement *pro suo* [b]. D'où l'on peut conclure que le partage à l'amiable, qui ressemblait tant au partage d'ascendant et qu'on assimilait aussi, et même *à fortiori*, à l'échange (L. 77, § 18, D., *de leg.* 2°, 31), devait servir de base à l'usucapion *pro suo*. Donc, s'il y avait eu partage dans l'hypothèse de la loi 29, *de usurp. et usucap.*, Pomponius n'aurait pas dit : *Propius est, ut usu eas capere non possis; quia nec pro herede usucapi potest...* NEQUE ALIAM ULLAM HABES CAUSAM POSSIDENDI.

[1] On a quelquefois critiqué cette décision de Pompinius, en disant que, si l'usucapion *pro herede* exige que les biens ne soient encore possédés par aucun héritier, c'est uniquement pour qu'il n'y ait pas de vol; que, si notre prétendu cohéritier est de bonne foi, il ne peut être question de vol; et qu'il n'y a pas de raison pour lui défendre d'usucaper. Cette critique ne me paraît pas fondée. En effet, pourquoi permet-on l'usucapion *pro herede* des biens héréditaires non possédés par aucun héritier? C'est parce qu'alors, le vol n'est jamais possible, l'hérédité n'appartenant encore à personne. Mais, quand il y a déjà un héritier qui possède l'hérédité, le vol devient possible, et alors, on exige un titre qui justifie la bonne-foi du possesseur. Ici ce titre manque. Peut-être dirait-on que notre soi-disant cohéritier pourra usucaper *pro suo*; mais on n'usucape pas *pro suo*, quand la loi établit une autre usucapion, dont on ne peut pas profiter, parce qu'on n'en remplit pas toutes les conditions ; sans quoi tous ceux qui ne rempliraient pas les conditions d'une autre usucapion viendraient réclamer l'usucapion *pro suo* et il serait alors beaucoup plus simple de dire qu'il n'y a que l'usucapion *pro suo*.

[b] On a soutenu que le coéchangiste, ainsi que le copartageant, usucapait *pro emptore*, et ce serait la loi 7, § 5, *de publ.*, qui nous l'apprendrait. Il m'est difficile de souscrire à cet avis. Le texte sur lequel on s'appuie se borne à dire : *Sed et si permutatio facta sit, eadem actio competit.* Sans doute, il a été question, dans les paragraphes précédents, de la Publicienne *pro emptore*, mais, dans le paragraphe suivant, on posera une règle générale à toute Publicienne, et dans le § 7, il sera question de la Publicienne *pro jurejurando* : il ne sera de nouveau question du titre *pro emptore* qu'au § 10 Par conséquent, la place du § 5 ne nous permettrait pas de supposer que le coéchangiste usucaperait ou aurait la Publicienne *pro emptore*. J'ajoute toutefois qu'avant la formation de la théorie des contrats innommés, les Sabiniens, qui assimilaient l'échange à la vente, voyaient probablement dans l'échange un titre *pro emptore*. Il est bon de noter cependant que Pomponius, l'auteur de notre texte, quoique Sabinien, ne semble pas avoir admis cette assimilation (Cf. n° 62).

177. — On pourrait cependant être tenté de soutenir encore que la transaction n'a qu'un effet déclaratif, en s'appuyant sur la loi 33, C., *h. t.*, qui tranche la question de garantie. Voici ce qu'elle dit en substance : Si l'une des parties transigeantes est évincée de l'objet donné en échange de l'abandon du droit litigieux, elle peut recourir en garantie contre son adversaire ; si c'est la chose litigieuse elle-même dont elle est évincée, elle n'a aucun recours en garantie. Rien de plus juste : dans le premier cas, la partie évincée n'avait pas du tout l'intention d'acquérir un droit litigieux, mais bien un droit certain (nous le supposons au moins, car autrement le recours en garantie ne serait pas possible même dans ce cas) ; si donc elle vient à être évincée, il est juste et équitable qu'elle en soit indemnisée [1]. Tout autre est sa situation dans le second cas : elle n'a pas voulu du tout acquérir un droit certain de son adversaire ; elle croyait, au contraire, que c'est elle qui avait ce droit ; seulement, comme elle n'en était pas bien sûre, elle a jugé prudent d'acheter la prétention de son adversaire, qui non plus ne pouvait pas affirmer que ce droit lui appartenait. Comment veut-on alors qu'elle puisse recourir en garantie contre la partie adverse, si, plus tard, elle vient à être évincée de ce droit si incertain ? Ne pourrait-on pas dire qu'il y a là une clause tacite de non-garantie ? Mais

[1] Cette garantie est sanctionnée différemment suivant qu'il y a eu stipulation ou non. Dans le premier cas, l'évincé a une action *ex stipulatu*, sans distinguer si la stipulation portait sur la garantie ou si c'est l'objet lui-même qui a été stipulé. Dans le second cas, il faut se demander si l'action primitive est éteinte *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Est-elle éteinte *ipso jure:* l'évincé a l'action *præscriptis verbis*. L'est-elle seulement *exceptionis ope* : elle peut être reprise et l'exception de transaction opposée par le défendeur sera brisée par la réplique de dol.

il ne faudrait pas en conclure que la transaction est déclarative, et surtout qu'elle ne sert pas de juste titre à l'usucapion et à la Publicienne, car, si la garantie n'est pas due dans cette hypothèse, ce n'est pas parce que la transaction est déclarative, mais c'est parce que la transaction porte sur un droit litigieux et incertain[1].

178. — Voilà les effets généraux de la transaction : ils sont analogues à ceux du jugement. En effe. la transaction opère une sorte de novation, bien que nous ayons vu qu'elle constituait rarement une novation proprement dite en droit romain (n° 173, 1re note), et l'on ne peut revenir à l'ancienne action, si ce n'est qu'après avoir obtenu la rescision de la transaction pour une des causes que j'étudierai au dernier chapitre et qui sont aussi des causes de nullité ou de rescision du jugement ; le jugement aussi opère une espèce de novation, et le demandeur ne peut plus recommencer son ancienne action, qui

[1] Nous lisons quelque part (Dumas, *Thèse*, p. 56) qu'on ne pourrait pas, par une clause expresse, stipuler la garantie de l'objet litigieux, car, dit-on, ce serait contraire à l'essence même de la transaction, qui ne peut avoir pour objet qu'une *res dubia*, qu'un droit douteux, qui ne saurait être garanti. Il y a là, à mon avis, une confusion. Sans doute, le caractère douteux du droit est l'essence même de la transaction. Mais cela veut dire qu'il faut qu'il y ait doute sur les droits respectifs des parties transigeantes, nullement sur les droits des tiers. Ainsi il se peut fort bien que l'une des deux parties, qui se prétendent chacune propriétaire de la chose litigieuse, croie fermement que, si ce n'est pas l'autre partie qui est propriétaire, c'est certainement elle, et jamais une autre. Bien mieux, il arrive souvent que l'une des parties, ou même toutes les deux croient au bien-fondé de leurs prétentions respectives, mais qu'elles aiment mieux transiger, parce qu'elles ne sont pas sûres de l'issue du procès. Dans ces cas, si la partie à laquelle la transaction attribue la chose est un homme prudent, elle peut vouloir stipuler la garantie, et l'autre partie consentira peut-être à la promettre, et cette promesse, pour être rare en pratique, n'en sera pas moins valable.

s'est éteinte bien avant le jugement, au moment de la *litis contestatio*, mais il a maintenant l'action *judicati*, si du moins c'est lui qui a gagné le procès.

La transaction peut être un juste titre pour usucaper et pour intenter la Publicienne, le jugement aussi peut constituer un juste titre d'usucapion et servir de base à la Publicienne (L. 3, § 1, *in fine*, D., *de Publ. in rem act.*, 6, 2)[1].

[1] Ce dernier point est fort controversé, et ce n'est pas la place ici de le discuter en détail; je me contente de présenter et de défendre sommairement le système qui me semble seul vrai. Selon moi, on peut usucaper *pro judicato* tout objet qu'on a reçu en vertu d'un jugement, soit d'un *jussus*, soit d'une condamnation, et intenter la Publicienne au même titre, si l'on vient à perdre la possession de cet objet.

Cette formule, on le voit, est des plus compréhensives ; elle est loin d'être admise par tout le monde. Je vais la justifier brièvement, en énumérant les principaux cas qui peuvent se présenter et dont chacun n'a pas laissé de soulever des objections.

1° Dans une action réelle, le défendeur, qui a usucapé *pendente judicio* une *res mancipi* et à qui le juge a ordonné par son *jussus* d'en retransférer la propriété, se contente d'en faire la tradition : le demandeur usucapera cette chose *pro judicato*, et s'il vient à en perdre la possession, il aura la Publicienne au même titre. On objecte que, dans ce cas, le juge aura ordonné de faire la mancipation. Mais, si, pour une raison ou pour une autre, le défendeur néglige de faire cette mancipation, le demandeur aura besoin d'usucaper, et s'il perd la possession avant d'accomplir l'usucapion, il ne pourra intenter que la Publicienne.

2° Toujours dans une action réelle, le défendeur restitue, conformément au *jussus* du juge, une chose dont ni lui ni son adversaire n'était propriétaire : celui-ci, s'il est de bonne foi, usucapera *pro judicato* et aura la Publicienne au même titre. Ceci a soulevé une objection qui semble au premier abord assez sérieuse: on dit que le jugement étant purement déclaratif, ne peut jamais constituer une *justa causa usucapiendi* de la chose même qui faisait l'objet du litige (Pellat, *Principes de la Propriété*, 2e édit., pp. 479 et 480). Ma réponse est bien simple : pour moi, la *justa causa usucapiendi* n'est autre chose que l'ensemble des circonstances qui justifient la bonne foi du possesseur; or, quand le juge a cru que c'était le demandeur qui était propriétaire, celui-ci est bien en droit de se croire propriétaire, et ainsi, le jugement qui le déclare propriétaire justifie pleinement sa bonne foi, qu'il allègue (En ce sens : M. Appleton, *Histoire de la Propriété prétorienne*, I, n° 188).

Enfin la transaction ne donne pas lieu à garantie de la chose litigieuse ; il en est de même du jugement.

3° Dans une action personnelle arbitraire, le défendeur donne une chose au demandeur sur le *jussus* du juge : si cette chose n'appartenait pas au défendeur, le demandeur de bonne foi l'usucapera *pro judicato* et aura la Publicienne également *pro judicato*. Ici je rencontre deux objections : 1° On dit que, dans ce cas, c'est au titre *pro soluto* que le demandeur usucapera. Je ne le crois pas : à mon sentiment, on n'usucape *pro soluto* que quand on n'a pas d'autre titre à invoquer ; sans quoi, tous les titres qui procèdent d'une convention, comme les titres *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro transactione*, deviendraient inutiles, attendu que dans ces différents cas, la tradition n'est que le payement d'une obligation et que le titre *pro soluto*, qui ne demande que la preuve du fait de payement, étant une fois admis, il n'y aurait plus de gens assez naïfs pour invoquer un autre titre, qui demanderait souvent une preuve autrement difficile et qui exigerait quelquefois des conditions qu'ils ne rempliraient pas. On s'expliquerait ainsi facilement un texte de Paul, qui nous dit formellement que l'acheteur ne peut pas usucaper *pro soluto* (L. 48, D., *de usurp. et usuc.*, 41, 3) (V. cependant une autre explication dans M. Appleton, *Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, mai-juin 1886; *De la Publicienne*, pp. 319 et suiv. ; *Histoire de la Propriété prétorienne*, I, n° 111). Il faut remarquer d'ailleurs qu'en cas de transaction, tout le monde semble d'accord pour admettre l'usucapion *pro transactione*, même pour la chose non litigieuse (Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, I, p. 100, f. ; *Histoire de la Propriété prétorienne*, I, n° 194 ; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3° édit., I, p. 557, note 1, 4°). Cette sévérité se comprend. Le juste titre est destiné à justifier la bonne foi ; or la bonne foi se justifie mieux quand on établit qu'on a acquis en vertu d'une convention, d'un legs, d'un jugement, que quand on se contente de dire qu'on a reçu à titre de payement. Sans doute, les Romains n'ont pas songé à toutes les causes d'obligations possibles et imaginables, et ils se sont crus obligés d'englober sous le titre compréhensif *pro soluto* les payements de toutes obligations résultant de conventions, de quasi-contrats, de délits, de quasi-délits, autres que les causes qui forment des titres particuliers, comme la vente, la donation, la dot, la transaction, le legs, le jugement. Mais, dans ces différents cas, où il y a des titres spéciaux, on ne peut usucaper qu'à ces titres. Donc, ici, on doit unicaper *pro judicuto*, et non *pro soluto*. — 2° On m'objecte d'autre part que le demandeur, dans notre hypothèse, doit usucaper « en vertu du titre même qui servait de base à sa demande. » (Accarias, *Précis de Droit romain*, 3° éd., I, p. 558, note, *in initio*.) Il faut observer tout d'abord qu'il y a des actions personnelles arbitraires, comme les actions *de dolo*, *quod metus causa*, qui n'ont

179. — Voilà les points de ressemblance entre la transaction et le jugement. Frappés de cette ressemblance, et surtout de cette idée que, de même qu'un jugement, la transaction met fin à une contestation, qui désormais ne pourrait plus être reprise, tout comme une affaire jugée, les Romains avaient coutume de comparer ces deux actes, qui cependant diffèrent l'un de l'autre plus qu'ils ne se ressemblent (L. 2, D., *de jurej.*, 12, 2 ; — L. 230, D., *de verb. sign.*, 50, 16 ; — L. 20, C., *de trans.*). Ce dernier texte est curieux. Une femme nommée Antistia demanda aux empereurs Dioclétien et Maximien si une transaction conclue à la deuxième heure de la nuit (qui correspond à peu près à sept heures du soir) n'était pas rescindable. Les empereurs crurent devoir répondre plus longuement qu'il ne fallait : ils commencèrent par dire que « l'on a décidé avec beaucoup de raison que l'autorité des transactions ne sera pas moindre que celle des

trait à aucun titre spécial. Quant aux actions *præscriptis verbis* et *communi dividundo*, la première suppose souvent une transaction ou un échange, et la seconde implique un partage. La transaction, nous l'avons vu, constitue un titre spécial. Mais, puisque la *litis contestatio* transforme le droit déduit *in judicium*, ne devrait-on pas permettre au demandeur d'usucaper *pro judicato*, au lieu de recourir au titre *pro transactione* ? Quant à l'échange et au partage, nous avons vu qu'ils ne constituent pas des titres particuliers et qu'on usucape alors *pro suo* (nº 176, 1re note). Mais, ici, nous avons un titre spécial, le titre *pro judicato*. Donc il faut l'invoquer plutôt que le titre *pro suo*.

4º Enfin, dans toutes actions tant réelles que personnelles, le défendeur condamné paye la condamnation ou donne en payement une chose quelconque, que cette chose soit la chose primitivement due ou non : le demandeur usucapera *pro judicato* et aura la Publicienne à ce titre. Ici surtout, on abonde en objections : dans ce cas au moins, dit-on, le demandeur usucapera *pro soluto*, car la condamnation l'a rendu créancier, s'il ne l'était déjà pas avant (Accarias, *loc. cit.* ; Appleton, *Histoire de la Propriété prétorienne*, I, nº 187). Mais cette objection est réfutée d'avance au cas précédent ; je n'y reviens donc pas.

choses jugées, car rien n'est conforme à la bonne foi comme l'observation de ce dont on est convenu. » Et ce n'est qu'à la fin que les auteurs du rescrit donnèrent la véritable raison : «... puisqu'aucune heure n'exclut le consentement d'un majeur de vingt-cinq ans, sain d'esprit. » Peut-être, comme on le conjecture, cette femme insinua-t-elle que l'on n'avait pas coutume de rendre un jugement à une pareille heure, et que la transaction, qu'on comparait généralement au jugement, devait être rescindée, quand elle avait été conclue à cette heure-là. Et les empereurs de répondre qu'un majeur pouvait consentir une transaction à toute heure. Voilà toute la signification, toute la portée de ce fameux texte : il n'en faudrait jamais conclure que la transaction aurait les mêmes effets que le jugement.

180. — Voici, en effet, les principales différences de ces deux actes [1] :

Première différence. — La transaction est un acte essentiellement synallagmatique et donne toujours naissance à des obligations réciproques, qui peuvent d'ailleurs être exécutées sur-le-champ ; tandis que le jugement est un acte unilatéral, en ce sens qu'il n'oblige que la partie perdante, sauf en cas de *mutua petitio*, où toutes les deux parties peuvent être condamnées.

181. — Deuxième différence. L'exécution du juge-

[1] Je ne parlerai pas ici de cette différence fondamentale au point de vue de la nature de ces deux actes, à savoir que l'un est une convention, tandis que l'autre est un acte d'autorité, qui peut avoir lieu même *in invitum*. J'en ai parlé au commencement de cet ouvrage (n° 2).

ment est mieux garantie que celle de la transaction, et cela à deux points de vue :

1° Le jugement est toujours sanctionné par une action spéciale, plus énergique qu'une action ordinaire, car, en cas d'*infitiatio*, elle est donnée *in duplum*, et qui s'appelle action *judicati*. Il en est tout autrement de la transaction : par elle-même, elle n'engendre aucune action. Revêt-elle la forme d'un contrat : elle donne lieu à l'action de ce contrat. Reste-t-elle à l'état de pacte nu : elle n'est sanctionnée par aucune action, et le demandeur, pour obtenir l'exécution de la transaction, n'a d'autre moyen que d'intenter son action primitive, ce qui peut amener la résolution de la transaction, si la partie adverse ne veut pas opposer l'exception de transaction (V. n^os^ 58 et suiv.) ;

2° Le créancier muni d'un jugement peut obtenir, par cela seul, l'autorisation du magistrat, tendante à l'exercice de toutes les voies d'exécution, tant sur la personne que sur les biens du débiteur. Le créancier qui invoquera seulement une transaction n'aura pas le même avantage, à moins que le défendeur n'avoue *in jure*, auquel cas il est assimilé au *judicatus*.

182. — Troisième différence. Nous avons vu (n° 33) qu'il arrive souvent que la transaction n'éteint pas *ipso jure* le droit litigieux ou conditionnel qui en fait l'objet. De même, le jugement laisse subsister *ipso jure* le droit sur lequel il est intervenu, quand le *judicium* était *imperio continens*, c'est-à-dire une instance engagée devant plusieurs juges, ou devant un juge, mais entre pérégrins, ou même entre citoyens romains, mais à plus d'un mille de Rome ; ou quand le *judicium*, tout en étant *legitimum*,

était *in rem*, ou même *in personam*, mais *in factum* (G., IV, §§ 105, 106 et 107). Dans les deux cas, le défendeur a une exception pour repousser la même action intentée de nouveau : exception de transaction, de pacte ou de dol, dans le premier cas ; exception *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ*, dans le second. Mais il y a cette différence entre les deux cas, que l'exception *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ* réussit toujours, tandis que l'exception *transactionis* ou celles qui la remplacent ne sont efficaces qu'autant que le défendeur satisfait, de son côté, à son engagement, soit en l'exécutant, soit en le promettant en due forme (V. n° 44).

183. — Quatrième Différence. Nous allons voir au chapitre suivant que la transaction, comme toute convention, n'a jamais d'effet qu'entre les parties. Il en est de même du jugement en principe. Mais il y a des cas exceptionnels, où le jugement produit son effet à l'égard des tiers, à la condition qu'il n'y ait pas fraude :

1° Le jugement rendu dans une action populaire est opposable par tous et à tous (L. 45, § 1, D., *de procur.*, 3, 3 ; — L. 30, § 3, D., *de jurej.*, 12, 2 ; — L. 3, § 13, D., *de libero homine exhib.*, 43, 29 ; — L. 3, pr., D., *de popul. act.*, 47, 23) ;

2° Celui qui est rendu en matière de filiation produit aussi un effet général (L. 1, § 16 ; L. 2 ; L. 3, D., *de agnosc. et alend. liber.*, 25, 3) [1] ;

[1] M. Maynz (*Cours de Droit romain*, 4e édit., I, pp. 584 et 585) veut étendre cette exception à toutes les questions d'état, mais les textes sur lesquels il s'appuie ne me semblent pas trancher notre question (L. 14, D., *de jure patronatus*, 37, 14 ; — LL. 1, 2, 3, 4 et 5, D., *de collus. deteg.*, 40, 16). En effet, le premier de ces textes nous dit simplement que le serment, à la différence du jugement, n'a

3° Celui qui est intervenu sur une pétition d'hérédité produit son effet pour tous ceux qui tiennent leurs droits de la succession (L. 8, § 16; L. 17, § 1, D., *de inoff. test.*, 5, 2; — L. 3, pr., D., *de pignor.*, 20, 1; — L. 50, § 1, D., *de legat.* 1°, 30; —L. 5, § 1; L. 14, D., *de appell.*, 49, 1; — L. 12, pr. et § 2, C., *de petit. hered.*, 3, 31) [1]. Cette exception souffre elle-même deux exceptions, ou deux cas où il y a retour au principe. Ce sont : 1° le cas où l'une des parties a fait défaut (L. 17, § 1, D., *de inoff.*

pas pour effet de rendre le jureur patron. Oui, le jugement a pour effet de rendre le gagnant patron, mais à l'égard de qui ? Le texte ne le dit pas, et il en faut conclure, il me semble, qu'ici comme ailleurs, le jugement n'a d'effet qu'entre les parties. Les derniers textes cités forment tout le titre *de collusione detegenda,* où l'on se propose, en permettant à tout le monde de dénoncer la fraude concertée entre un esclave et son maître, ou un affranchi et son patron, et tendante à faire juger cet esclave comme libre ou cet affranchi comme ingénu, d'éviter cet inconvénient grave au point de vue de l'intérêt général de remplir Rome de citoyens dont la moralité laissait beaucoup à désirer, et qui, par conséquent, pouvaient démoraliser la société romaine. Si donc, peut-on dire, le législateur s'est cru obligé de permettre cette dénonciation pour éviter cet inconvénient, c'est qu'apparemment, le jugement prononcé en faveur de l'esclave ou de l'affranchi est opposable à tout le monde, car, autrement, sans attendre la dénonciation d'une fraude, on pourrait toujours considérer ce jugement comme valable seulement entre le maître et l'esclave, et non à l'égard des autres ! Pour ma part, je ne le crois pas ; si le législateur s'est cru obligé de permettre cette dénonciation pour éviter l'encombrement de citoyens peu honorables, ce n'est pas parce qu'en droit, le jugement intervenu entre le maître et l'esclave produit son effet à l'égard de tous, mais c'est parce qu'en fait, si cette dénonciation avantageuse, qui rend le dénonciateur propriétaire de l'esclave, ou patron de l'affranchi en question, n'existait pas, personne ne poursuivrait cette fraude, d'autant plus que, souvent, il est fort difficile, pour qui n'en est pas le maître ou patron, de prouver qu'un individu est esclave ou affranchi. Voilà, à mon avis, toute la signification de cette disposition légale. D'ailleurs, plusieurs textes, que l'auteur que je combats cite lui-même, je ne sais trop pourquoi, sont tout à fait contraires à cette extension (LL. 9 et 42, D., *de liberali causa*, 40, 12 ; — LL. 1 et 5, D., *si ingen. esse dicet.*, 40, 14).

[1] Il faut remarquer que la *querela inofficiosi testamenti* n'est au fond qu'une pétition d'hérédité (L. 20, D., *de inoff. test.*, 5, 2).

test., 5, 2; — L. 50, § 1, D., *de legatis* 1°, 30; — L. 14, § 1, D., *de appell.*, 49, 1); 2° celui où la *querela inofficiosi testamenti* a été intentée après cinq ans, *ex magna et justa causa* (L. 8, § 17, D., *de inoff. test.*, 5, 2) [1];

4° Le jugement intervenu sur un droit indivisible a l'autorité de chose jugée à l'égard de tous les cotitulaires du droit (L. 31, § 7, D., *de negot. gest.*, 3, 5; — L. 4, § 3; L. 19, D., *Si serv. vindic. vel ad alium pertinere neg.*, 8, 5) [2].

[1] On a voulu ajouter une troisième restriction : les créanciers de la succession, qui peuvent certainement se prévaloir du jugement rendu dans une pétition d'hérédité (L. 50, § 1, *in fine*, D., *de legat.* 1°, 30), ne devraient pas subir ce jugement (Maynz, *Op. cit.*, p. 496, note 59). Mais le texte sur lequel on s'appuie ne me semble pas regarder les créanciers de la succession, mais les créanciers personnels de l'héritier (L. 3, pr., D., *de pignor.*, 20, 1). En effet, ce texte parle du *debitor vindicans hereditatem*. S'il s'agissait là d'un héritier du débiteur qui intente la pétition d'hérédité, il faudrait convenir que le texte n'excelle pas en clarté; il est beaucoup plus simple de donner aux mots leur sens ordinaire et de supposer qu'il s'agit là d'un débiteur qui a hypothéqué ou donné en gage un objet faisant partie d'une succession à laquelle il prétend avoir droit. Ici, en effet, il y a des raisons sérieuses de douter : d'une part, le créancier ne tenant son droit que de son débiteur, si celui-ci est déclaré comme n'ayant aucun droit sur la succession dont le *pignus* fait partie, il semblerait que le créancier perdît son droit de gage; mais, d'autre part, il peut être considéré comme tiers, car il a acquis son droit réel sur la chose avant la pétition d'hérédité, ou pour parler plus exactement, avant la *litis contestatio* (il faut le supposer du moins). Et c'est cette dernière solution que consacre Papinien dans notre texte. Au contraire, s'il s'agissait d'un créancier de la succession ayant un droit de gage ou d'hypothèque, le doute ne se concevrait guère, car le créancier gagiste ou hypothécaire peut exercer son action quasi-servienne contre quiconque possède la chose, sans distinguer si le possesseur est ou non l'héritier de son débiteur défunt, et le jugement rendu dans une pétition d'hérédité n'a rien à y voir.

[2] M. Maynz (*op. cit.*, II, p. 591) prétend que la chose jugée opère à l'égard des *correi* et des cautions, et cela à cause de l'indivisibilité du droit, à ce qu'il semble (I, p. 585, note 46). Mais, si la chose jugée peut être opposée par les *correi* et par les cautions, c'est, il me semble, que, sans avoir figuré personnellement au procès, ils sont ce-

5° Enfin, un jugement quelconque est opposable à tous ceux qui, ayant le droit d'intervenir dans le procès et connaissant bien qu'il y avait procès, ont négligé d'y intervenir (L. 63, D., *de re jud.*, 42, 1 ; — L. 29, § 1, D., *de except. rei jud.*, 44, 2) [1].

184. — Dans tous ces cas exceptionnels, si l'on suppose une transaction, au lieu d'un jugement, elle n'aura jamais d'effet qu'entre les parties transigeantes. Toutefois, le contraire semblerait résulter de la loi 5, §§ 3 et 4, D., *de appell.*, 49, 1, où il est question d'une transaction intervenue sur la *querela inofficiosi testamenti*. Ce pendant censés avoir été représentés par leur coobligé ou par le débiteur principal qui a obtenu le jugement d'absolution (V. nos 199 et suiv.) [a] Il faut remarquer d'ailleurs que la chose jugée n'est jamais opposable à ces personnes par le créancier, qui a obtenu le jugement de condamnation.

On peut encore se demander si le jugement rendu sur une obligation dite *indivisible* a l'autorité de la chose jugée. Mais il faut répondre négativement, parce que, comme le dit très bien M. Maynz (*Op. cit.*, *II*, p. 105, note 1, et p. 110, note 26, *in fine*), l'obligation elle-même est toujours divisible, et que c'est la prestation seule qui est indivisible.

[1]. Ceci peut paraître contredit par la loi 3, pr., D., *de pign.*, 20, 1, que j'ai citée au 3°. Elle dit en effet que le jugement intervenu dans la revendication ou la pétition d'hérédité intentée par le débiteur n'est pas opposable à son créancier gagiste ou hypothécaire. Or le créancier gagiste ou hypothécaire a certainement le droit d'intervention. Si donc, ayant connaissance du procès, il a négligé d'y intervenir, il n'aura pas le droit de méconnaître la chose jugé entre son débiteur et le défendeur, et c'est ce que dit expressément la loi 63, *de re judic.* Il faut donc supposer la bonne foi du créancier dans l'hypothèse de la loi 3, pr., *de pign.*, et, comme c'est la bonne foi, et non la mauvaise foi, qui se présume, on ne saurait reprocher au jurisconsulte de décider d'une manière générale que le jugement rendu contre le débiteur n'est pas opposable à son créancier gagiste ou hypothécaire.

[a] A l'époque classique, cet effet de la chose jugée n'avait guère, du reste, d'importance pratique, attendu que, bien avant le jugement, la *litis contestatio* éteignait l'action, même à l'égard de ces personnes. V. Cependant L. 21, § 4, D., *de except. rei jud.*, 44, 2.

texte nous dit que, si la transaction est intervenue sur un jugement de première instance, qu'il ait été déjà l'objet d'un appel ou non, les légataires peuvent plaider sur l'appel ou interjeter appel, toutes les fois qu'ils croient à une fraude. Si cette transaction peut cacher une fraude à l'égard des légataires, c'est qu'elle leur est opposable! Non! ce n'est pas la transaction qui leur est opposable, mais c'est le premier jugement qui va devenir définitif par suite de la transaction, et il serait injuste de ne pas permettre aux légataires, à qui ce jugement est opposable, de déjouer la fraude du légitimaire et de l'institué, en plaidant sur l'appel, ou en interjetant appel, droit qui leur est accordé par plusieurs textes (L. 50, § 1, D., *de legat.* 1°, 30; — L. 5, § 1; L. 14, pr., D., *de appel.*, 49, 1). Voilà toute la signification du fragment dont il s'agit. Au reste, il est bon de remarquer que la transaction, qui peut cacher une fraude au préjudice des légataires, peut aussi avoir un effet indirect à leur profit. Ainsi je suppose un jugement de première instance donnant tort au légitimaire, au lieu d'un jugement faisant tomber le testament; si, par une transaction, le *querelans* renonce à son droit à l'appel, cette transaction aura pour effet de rendre l'appel désormais impossible et le testament à jamais inattaquable.

185. — Cinquième Différence. Un débiteur corréal condamné par un jugement à payer la totalité de la dette, on a fini par l'admettre du moins, a une action utile en recours contre son codébiteur, sans qu'il ait à justifier qu'ils étaient *socii*, ni qu'il ait formellement stipulé la cession d'actions [1]. Au contraire, nous allons voir dans le cha-

[1] Je renvoie pour les détails et pour les textes à M. Demangeat,

pitre suivant qu'un débiteur corréal non *socius*, s'il a transigé sans demander la cession d'actions, n'aura aucun recours contre son codébiteur.

186. — Sixième Différence. Une personne qui, croyant par erreur à l'existence d'un jugement qui la condamnait, aura payé cette prétendue condamnation, n'aura pas la *condictio indebiti* (L. 1, C., *de cond. ind.*, 4, 5). C'est une conséquence de cette règle inexplicable que la *condicio indebiti* n'est jamais accordée dans les causes *quæ infitiatione duplantur* (L. 4, C., *de cond. ind.*, 4, 5; — I., 3, 27, § 7) [2].

Le payement fait par erreur en exécution d'une transaction qui n'a jamais existé, donne certainement lieu à répétition (L. 23, pr., D., *de cond. ind.*, 12, 6).

Des Obligations solidaires en Droit romain, pp. 225 et suiv.; à M. Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, II, pp. 138 et 139, et à M. Maynz, *Cours de Droit romain*, 4e édit., II, pp. 73 et suiv.

[2] Cf. nº 117, note.

CHAPITRE VII

DES PERSONNES A QUI ET PAR QUI LA TRANSACTION PEUT ÊTRE OPPOSÉE

187. — Les conventions ne produisent d'effet qu'entre les parties ; la transaction, qui en est une, ne produit non plus d'effet qu'entre les parties (LL. 2 et 3, C., *int. al. act.*, 7, 60).

Par *parties*, il faut entendre non seulement ceux qui étaient présents à la transaction, mais aussi tous ceux qui y étaient représentés par eux, soit en vertu d'un mandat légal ou conventionnel, soit comme leurs ayants cause. A l'inverse, même ceux qui étaient présents à la transaction ne sont pas parties, mais tiers, toutes les fois qu'ils se présentent en une autre qualité.

Ce qu'il y a de difficile, c'est de distinguer les ayants cause des tiers. La question ne fait pas de doute pour les successeurs universels, héritiers ou autres, qui sont toujours des ayants cause, même quand ils sont eux-mêmes incapables de transiger (L. 2, C., *de his quib. ut ind.*, 6, 35).

188. — Les ayants cause qu'on peut assimiler aux successeurs universels sont les créanciers chirographaires, qui profitent ou souffrent de la transaction de leur débiteur. Toutefois ceci n'est vrai que sous bénéfice des deux conditions suivantes :

1° Si le débiteur a transigé en fraude des droits de

ses créanciers, ceux-ci peuvent attaquer la transaction au moyen de l'action Paulienne.

189. — 2° Si la transaction du débiteur peut modifier le gage commun de ses créanciers, elle ne peut apporter aucune modification à leurs créances mêmes. Ulpien fait une application de cette idée élémentaire dans la loi 8, § 5, D., *h. t.* Titius reçoit un legs, à la charge de fournir des aliments à Séius, à titre de condition ou de fidéicommis. Nous avons vu précédemment, au chapitre III, que Séius ne pourrait valablement transiger sans l'autorisation du magistrat. Mais Titius, lui, peut valablement transiger sans cette autorisation, attendu que, ajoute le jurisconsulte, sa transaction ne saurait diminuer les aliments de Séius.

Cette dernière règle souffre elle-même une dérogation remarquable. Un rescrit de Marc-Aurèle, qui, probablement, ne fit que régulariser une pratique qui existait déjà, décide qu'une transaction conclue entre l'héritier et les créanciers héréditaires, dans le but de déterminer le premier à faire adition moyennant des remises consenties par ces derniers, oblige tous les créanciers *convoqués,* qu'ils fussent présents ou non, qu'ils fussent d'avis favorable ou défavorable, à condition que la transaction eût lieu devant le préteur et qu'elle fût approuvée par la majorité des créanciers, qui se calcule conformément aux lois 8 et 9, D., *de pact.*, 2, 14 (V. n° 8)[1].

[1] M. Accarias conjecture que ce serait là l'origine du concordat (*Thèse*, p. 123). Voir aussi Pothier, *Traité des Obligations*, n° 88; Demangeat, sur Bravard-Veyrières, *Traité des Faillites et des Banqueroutes*, p. 380, note 1, *in fine*. M. Thaller, au contraire, n'y voit que l'origine du bénéfice d'inventaire (*Des Faillites en droit comparé*, I, p. 13, note 4). J'inclinerais plutôt du côté de la première conjecture, par cette raison que notre opération, comme le concordat, n'oblige

190. — La transaction conclue par le débiteur avec un autre ne peut pas changer non plus la personne du débiteur. La délégation, ou novation par changement de débiteur, quand elle se fait par une stipulation unique, peut intervenir à titre de transaction, mais elle suppose essentiellement le consentement du créancier, auquel cas celui-ci est partie à l'opération, et non ayant cause de son débiteur. Donc, sans le consentement du créancier, aucune transaction entre le débiteur et une autre personne ne peut changer le débiteur à l'égard du créancier,

l'héritier qu'à un dividende fixe et lui laisse cet espoir que, si le patrimoine du défunt a une valeur supérieure à ce dividende, ce sera lui qui en profitera ; tandis que le bénéfice d'inventaire l'oblige jusqu'à concurrence de l actif de la succession et que l'héritier n'en retirera aucun profit qu'autant que l'hérédité est solvable. Toutefois, il faut s'empresser d'ajouter, avec M. Accarias, que le seul point essentiel de cette ressemblance entre notre opération et le concordat est que tous les créanciers chirographaires qui ont été convoqués, qu'ils fussent présents ou absents au traité, sont tenus de respecter la décision prise par la majorité (L. 10, pr., D., *de pact.*, 2, 14 ; — C. de comm., art. 516). Il y a beaucoup de différences de détail, dont voici les trois principales : 1° Au concordat, outre les convocations individuelles adressées à tous les créanciers connus, il y a une convocation collective insérée dans les journaux (C. de comm., art. 504) ; par conséquent, tous les créanciers chirographaires, sans exception, sont censés avoir été convoqués et sont tenus d'observer la décision de la majorité (C. de comm., art. 516) [a] ; — A Rome, la convocation collective n'étant pas connue, les créanciers convoqués individuellement étaient seuls tenus de respecter le traité ; — 2° Le concordat exige le concours de deux majorités : la majorité en nombre des créanciers et les deux tiers des créances (L. du 4 mars 1889, art. 15 et 20) ; — A Rome, la majorité exigée était la majorité ordinaire des créances ; quand il y avait partage, c'était le nombre qui l'emportait ; si le nombre était aussi égal, le préteur devait incliner du côté du camp où il y avait des créanciers de distinction ; et à défaut de cette différence même, il devait suivre l'avis le plus humain (L. 8, D., *de pact.*, 2, 14) ; — 3° Le tribunal de commerce n'est jamais obligé d'homologuer un concordat (C. de comm., art. 515) ; — En droit romain, le préteur était tenu de consacrer l'avis de la majorité (L. 7, § 19, D., *de pact.*, 2,14).

[a] Il serait inexact de dire, avec M. Accarias, que les créanciers non convoqués sont aussi liés.

qui ne saurait ni se voir forcé d'accepter le nouveau débiteur, ni le poursuivre malgré lui. Ainsi, par exemple, Primus est débiteur de Secundus pour 100. Il se prétend créancier de Tertius pour 200. Celui-ci le nie. Il intervient une transaction, par laquelle Primus abandonne sa prétention, à la condition que Tertius s'obligera à sa place pour 100 à l'égard de Secundus. Si Secundus y consent, rien de mieux : Primus sera libéré et Tertius sera obligé à sa place. Mais, si Secundus reste étranger à la transaction, Primus demeurera son débiteur et la transaction ne lui est pas opposable.

Par application de cette idée, incontestable en droit romain, les créanciers héréditaires, à moins qu'ils n'y fussent parties, ne sont point tenus de respecter une transaction intervenue entre un prétendu héritier institué et un prétendu héritier légitime et aux termes de laquelle chacun de ces derniers aura une certaine portion de l'hérédité. Par application de la même idée, il faudrait décider qu'à l'inverse, les créanciers n'ont pas le droit d'invoquer cette transaction, pour poursuivre les parties transigeantes. Mais Scévola décide, dans l'intérêt des créanciers, qu'ils pourront poursuivre chacune des parties transigeantes, dans la mesure de la portion que la transaction lui a attribuée. C'est ainsi, du moins, que nous comprenons la loi 14, D., *de trans.* : *Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta, certa lege finita est : quæro, creditores quem convenire possunt? Respondit, si iidem creditores essent (qui transactionem fecissent)*, ID OBSERVANDUM DE ÆRO ALIENO, QUOD INTER EOS CONVENISSET[1] : *si alii creditores essent, prop-*

[1] Cette leçon, conforme aux Basiliques et que j'emprunte à Cujas et à Mommsen, n'est pas celle du texte florentin, reproduit par Galisset et dans lequel ces mots : *Id observandum de æro alieno, quod*

ter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est.

inter eos convenisset, ne se trouvent pas. Mais, pour moi, sans ces mots, le texte semble assez difficile à comprendre. Tel n'est pas l'avis de M. Molitor (*Op. cit.*, II, pp. 502 et 503), qui s'en tient au texte florentin, en s'appuyant sur la vaine redondance que formeraient les mots *id observandum,* etc. Je réponds d'abord que ces mots ne formeraient point une vaine redondance. Dans la première hypothèse, où les créanciers étaient parties à la transaction, ils sont obligés de respecter leur convention à eux ; tandis que, dans la seconde hypothèse, bien que tiers, ils peuvent poursuivre les parties transigeantes, en s'appuyant sur la transaction, à laquelle ils restaient étrangers, à cause de l'incertitude de la qualité d'héritier (*propter incertum successionis*). Ainsi, alors même que la solution serait absolument la même dans les deux cas, puisque le motif n'est pas le même, on pourrait dire sans redondance : *id observandum*, etc. Mais il y a plus : la solution n'est pas du tout la même : 1° Quand les créanciers sont eux-mêmes parties transigeantes, non seulement ils peuvent poursuivre les prétendus héritiers institué et ab intestat proportionnellement à la part attribuée à chacun par la transaction, mais ils en sont tenus, tandis que, si les créanciers sont des tiers, ils n'en sont pas tenus, mais qu'ils le peuvent ; et l'auteur que je combats ne semble pas le contredire ; 2° Dans la seconde hypothèse, les créanciers ont des actions utiles ; mais dans la première, je ne crois pas, comme M. Molitor, qu'ils aient des actions utiles. En effet, dans ce cas, que les créanciers soient eux-mêmes des héritiers institués ou légitimes, ou qu'ils aient donné leur consentement à la transaction en qualité de créanciers, qui sont toujours intéressés à avoir tel ou tel débiteur, au lieu de tel ou tel autre (Certains auteurs : [Molitor, *op. cit.*, II, pp. 502 et 503 ; Dumas, *Thèse*, p. 60] paraissent oublier cette seconde hypothèse, qui devait cependant être assez fréquente, si l'on songe surtout que le jugement intervenu sur une pétition d'hérédité était opposable aux créanciers de la succession, qui, par conséquent, avaient un droit d'intervention [V. n° 183, 3°]. Et ces créanciers sont de véritables parties transigeantes, car ils renoncent à une partie de leurs créances en faveur du véritable héritier, en même temps qu'ils acquièrent une créance nouvelle contre l'autre prétendant), s'ils poursuivent les autres parties transigeantes, ce n'est pas par des actions utiles, mais bien par l'action *ex stipulatu*, s'ils ont stipulé ; par l'action *præscriptis verbis*, s'ils n'ont pas stipulé, mais s'ils ont exécuté la transaction de leur part, par exemple en livrant aux autres parties une partie de l'hérédité ou en faisant acceptilation de tout ou partie de leurs créances ; enfin, dans les autres cas, par leurs anciennes actions telles quelles, en brisant l'exception de transaction par la réplique de dol : tout

191. — On a contesté cette interprétation et soutenu que non seulement les créanciers de la succession sont autorisés à poursuivre les deux prétendus héritiers, en se fondant sur leur transaction, mais qu'ils en sont tenus [1]. Je trouve dans la thèse de M. Accarias (p. 126) une réfutation qui n'en est pas une. L'éminent romaniste nous dit que « le jurisconsulte, décidant que, dans la première hypothèse prévue, la transaction lie les créanciers, semble bien indiquer par là qu'ils ne sont plus tenus de l'observer dans la seconde hypothèse. » C'est une erreur, car le jurisconsulte emploie le gérondif, *observandum, conveniendus*, dans la première aussi bien que dans la seconde hypothèse, et il serait difficile de dire que, si le premier gérondif est impératif, il n'en est pas de même du second. L'autre argument de l'auteur de la remarquable thèse est plus heureux. « Le consultant ne demande pas, dit-il, qui les créanciers doivent poursuivre, mais qui ils *peuvent* poursuivre. » Pour moi, l'argument principal c'est qu'il serait fort injuste de changer le débiteur malgré le créancier, et que cette transaction, si elle était opposable aux créanciers de la succession, aurait précisément ce résultat injuste de changer, au moins pour une partie, leur débiteur malgré eux.

192. — Pour échapper à la critique que je viens de formuler, on a quelquefois restreint l'application obligatoire de notre transaction à l'égard des créanciers héréditaires aux cas où ils n'en souffriraient pas *d'une façon sérieuse* [2]. Cette restriction arbitraire, qui n'est appuyée comme dans les autres transactions, car il n'y a pas de raison pour décider autrement ici qu'ailleurs (V. nos 58 et suiv.).

[1] Maynz, *op. cit.*, II, p. 584.

[2] Jaubert, *Thèse*, p. 86.

sur aucun texte, n'est pas seulement rationnelle. Qu'une transaction puisse être opposée aux parties transigeantes par des tiers, on le comprend, car, en somme, c'est un acte librement consenti par elles et qui est toujours obligatoire entre elles. Mais on ne peut pas en dire autant de son application contre des tiers, qui se trouveraient liés par un acte traité par d'autres sans eux. Qu'on ne dise pas que cette application, par hypothèse, ne doit pas leur *nuire d'une façon sérieuse !* Qu'entend-on par *nuire d'une façon sérieuse ?* Il y aurait toujours un préjudice évident, c'est qu'au lieu de poursuivre un seul débiteur, les créanciers se trouveraient obligés d'en poursuivre deux, qu'au lieu de recevoir le payement intégral, ils se trouveraient forcés de se contenter d'un payement partiel. L'un d'eux, sans être insolvable, peut être plus récalcitrant que l'autre ; il peut habiter un pays plus éloigné que celui de l'autre ; etc., etc. Sont-ce là des préjudices sérieux? En tous cas, le premier préjudice, qui est inévitable, me semble suffisant pour permettre aux créanciers de rechercher lequel des deux prétendants est le véritable héritier.

193. — En somme, l'idée du jurisconsulte est pour nous celle-ci : Quand il y a un individu qui se prétend héritier testamentaire et un autre qui prétend que le testament est nul et que c'est lui qui est l'héritier *ab intestat*, si une transaction intervient entre eux, les créanciers, eux, ont certainement le droit de prouver, s'ils le peuvent, la validité du testament pour poursuivre *in solidum* l'héritier institué, ou le contraire pour poursuivre l'héritier légitime, car la succession légitime et la succession testamentaire étant absolument incompatibles, si l'adition de

l'héritier institué est valable, celle de l'autre est nécessairement nulle, ou *vice versa*. Mais, puisque les deux prétendants, par une transaction, ont renoncé à éclaircir cette question, il est beaucoup plus simple de permettre aux créanciers de ne pas l'éclaircir davantage et de demander le payement de leurs créances proportionnellement à la part attribuée à chaque prétendant, ce qui ne lui porterait aucun préjudice, bien au contraire, attendu que chacun des deux prétendants se prétendait héritier pour le tout, et par suite débiteur pour le tout, et que, d'autre part, celui qui aurait payé toutes les dettes serait obligé d'exercer son recours contre l'autre. Maintenant, comme cette solution est contraire au droit civil, on donnera aux créanciers des actions utiles.

194. — Cujas suppose que notre texte vise la transaction intervenue sur une *querela inofficiosi testamenti*. Cette supposition est inadmissible, parce qu'un testament attaqué pour cause d'inofficiosité reste valable, tant qu'un jugement ne vient pas l'annuler. Si donc une transaction vient à intervenir entre l'héritier institué et le *querelans*, par laquelle ce dernier renonce à sa *querela*, le testament deviendra inattaquable et l'héritier véritable sera l'héritier institué : les créanciers n'auront pas le droit de poursuivre le *querelans*, parce qu'il n'y a pas *incertum successionis*. Il s'agit donc là d'un testament attaqué comme *injustum, ruptum, irritum* ou *desertum*.

195. — Nous venons de parler des ayants cause universels ; parlons maintenant des ayants cause particuliers. Le principe est bien simple, c'est que tous ceux qui ont traité avant la transaction sont des tiers, et que tous ceux

qui ont traité après sont des ayants cause. Pour appliquer ce principe, qui comporte certains tempéraments, il convient de distinguer suivant que la transaction porte sur un droit réel ou sur une créance. Supposons donc d'abord la transaction portant sur un droit réel, et sous-distinguons plusieurs hypothèses :

Première hypothèse. Primus prétend être propriétaire d'un immeuble possédé par Secundus ; par suite d'une transaction, il abandonne sa prétention, moyennant une prestation de Secundus (ou bien c'est lui qui était possesseur et qui abandonne la possession à Secundus). Quelque temps après, Tertius se présente, prétendant que Primus lui a mancipé l'immeuble. Tertius sera-t-il ayant cause ou tiers, relativement à la transaction? La question se résoudra différemment, selon les dates respectives des deux actes. La transaction est-elle antérieure à la mancipation : elle est opposable à Tertius ; est-elle postérieure : elle ne lui est pas opposable.

Deuxième hypothèse. Primus, au lieu de manciper l'immeuble à Tertius, se contente de le lui promettre, *verbis* ou autrement. Ici Tertius est toujours ayant cause de Primus, sans demander si son droit est antérieur ou postérieur à la transaction, car il n'est qu'un créancier chirographaire, et nous venons de voir que les créanciers chirographaires sont tous des ayants cause de leur débiteur [1].

Troisième hypothèse. Primus, possesseur de l'im-

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 117) se contente de dire qu'ici, les deux prétentions n'ont rien d'incompatible. Cette manière de dire me semble un peu inexacte, car Tertius étant créancier d'un corps certain, si l'on veut exécuter sa créance, on heurtera certainement le droit de Secundus. Il vaut mieux expliquer la solution donnée au texte par la qualité d'ayant cause qui appartient à Tertius.

meuble, gardait encore la possession, bien qu'il ait promis à Secundus de la lui abandonner. Tertius se présente prétendant que Primus lui a mancipé ou seulement livré l'immeuble. Quelle que soit la date de cette mancipation ou de cette tradition, par rapport à celle de la transaction, Tertius peut toujours méconnaître la transaction, qui n'a engendré qu'une créance au profit de Secundus.

Quatrième hypothèse. Primus garde toujours l'immeuble : il ne l'a livré ni à Secundus ni à Tertius, à qui d'ailleurs il ne l'a pas mancipé. Ici tous les deux ne sont que des créanciers qui ont un droit égal, quelle que soit la date de leurs créances, et ce n'est qu'au jour de l'exécution de l'une des deux conventions que l'on pourra dire que l'un l'emportera sur l'autre [1].

196. — Supposons maintenant une transaction portant sur une créance. Le seul cas qui puisse faire un peu de difficulté, c'est celui de la cession de la créance litigieuse. Par application du principe posé plus haut (n° 195), on devrait dire que, si la transaction est antérieure à la cession, elle est opposable au cessionnaire, mais que, dans le cas contraire, elle ne lui est pas opposable. De ces deux déductions logiques du principe, la première reçoit la pleine application ; mais il n'en est pas de même de la seconde. Dans le cas où le débiteur a fait transaction avec le cédant, dans l'ignorance de la

[1] J'ai toujours supposé, pour la simplicité, qu'il s'agit d'un droit de propriété. Mais il va sans dire qu'on peut supposer un autre droit réel quelconque, notamment l'hypothèque, avec cette observation que l'hypothèque, à la différence des autres droits réels, peut s'établir par une simple convention. Ainsi un créancier hypothécaire, relativement à son hypothèque, ne doit pas être traité comme ayant cause universel de son débiteur, mais comme ayant cause particulier à l'égard des acquéreurs antérieurs de la chose hypothéquée.

cession, cette transaction est opposable au cessionnaire, dont le droit cependant est né avant la transaction. En voici la raison. A Rome, à la différence de ce qui est admis en droit français, les créances elles-mêmes étaient incessibles, et pour en céder les avantages, ce qui était possible même à Rome, on recourait en général à la *procuratio in rem suam*. Donc, jusqu'à la *litis contestatio*, le cessionnaire n'était qu'un simple mandataire et le cédant restait le véritable créancier. Maintenant, si le débiteur avait connaissance de la cession et que néanmoins il transigeât avec le cédant, il commettait un dol : si donc il voulait opposer cette transaction au concessionnaire, celui-ci pouvait la repousser au moyen d'une exception ou d'une réplique de dol. Voilà, du moins, ce qui résulte des principes généraux admis à la fin de l'époque classique [1].

197. — L'idée que nous venons d'exposer se trouve appliquée par Papinien à la vente d'hérédité et à la restitution de fidéicommis (L. 17, D., *de trans.*) : « Le ven-

[1] On part souvent d'une idée qui me semble un peu inexacte. On dit qu'après la cession, le véritable créancier est le cessionnaire, et que le cédant n'a plus le droit de traiter avec le débiteur; si donc le débiteur de bonne foi peut conclure avec le cédant une transaction opposable au cessionnaire, c'est, dit-on, une décision toute de faveur (Accarias, *Thèse*, pp. 118 et 119; Jaubert, *Thèse*, pp. 79 et 80). Je dis que cela est inexact : en effet, même dans le dernier état du droit romain, la cession n'était pas en principe opposable au débiteur avant la *certioratio*; ainsi, par exemple, si le débiteur venait à acquérir une créance contre le cédant avant la *certioratio*, alors même qu'il avait déjà connaissance de la cession, il pouvait l'opposer en compensation au cessionnaire (V. Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 555; Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, II, p. 168). J'ajoute qu'il n'est pas prouvé qu'au temps de Papinien, sur le texte de qui on raisonne, la *certioratio* avait déjà l'effet de la *litis contestatio*, et qu'elle rendait le concessionnaire le véritable créancier.

deur d'une hérédité, dit-il, après avoir cédé ses actions à l'acheteur [1], a transigé avec un débiteur héréditaire, qui ignorait la vente d'hérédité : si l'acheteur de l'hérédité veut exiger cette dette, l'exception de la transaction doit être accordée au débiteur, à cause de sa bonne foi. Il faut donner la même réponse à l'égard de celui qui a reçu une hérédité à titre de fidéicommis, si l'héritier a transigé avec un débiteur de bonne foi. »

Premier cas. Primus, héritier d'une personne, vend l'hérédité à Secundus. Quelques jours après, un des débiteurs héréditaires, Tertius, à qui Secundus n'a pas eu le soin de signifier la vente et qui l'ignore complètement, vient proposer à Primus une transaction, que celui-ci s'empresse d'accepter. Plus tard, Secundus poursuit Tertius en payement de sa dette. Si on appliquait rigoureusement le principe que nous avons posé au début, on devrait décider que la transaction de Tertius, intervenue après la cession, n'est pas opposable à Secundus. Mais le jurisconsulte décide avec raison que Tertius, qui a transigé de bonne foi avec Primus, peut opposer la transaction à Secundus, qui a négligé de l'avertir de la cesssion.

Deuxième cas. Primus, héritier fiduciaire, restitue le fidéicommis à Secundus, fidéicommissaire, et puis transige avec un débiteur héréditaire, Tertius. Par application rigoureuse de notre principe, Tertius ne saurait opposer sa transaction à Secundus. Mais, par la même raison que dans le cas précédent, Papinien déclare la transaction opposable à Secundus.

198. — J'ai dit (n° 196) que le principe auquel je

[1] Depuis Antonin le Pieux, cette cession était toujours sous-entendue (L. 16, pr., D., *de pact.*, 2, 14).

viens d'ajouter deux tempéraments avec Papinien, reçoit pleine application pour les transactions antérieures à la cession. Cette application, cependant, a été quelquefois contredite pour le cas de fidéicommis [1]. Le fiduciaire, dit-on, est un propriétaire sous condition résolutoire; donc ses actes, les transactions comme les aliénations, relatifs aux objets qu'il doit restituer au fidéicommissaire, si celui-ci réclame la restitution, sont résolubles comme son droit: ils ne sont donc pas opposables au fidéicommissaire, qui n'a pas donné son consentement. Bien que l'auteur ne le précise pas, il est évident que, si ce raisonnement était exact, il s'appliquerait aussi bien aux créances héréditaires qu'aux choses corporelles. Mais, en s'attachant d'abord aux choses corporelles, il y a un point à peu près certain : c'est que, même en admettant la prétendue résolution rétroactive du droit du fiduciaire, la propriété légalement transmise par lui à un tiers ne reviendrait pas de plein droit sur la tête du fidéicommissaire. Cette observation faite, je vais plus loin et je dis que rien ne prouve que cette prétendue résolution rétroactive du droit du fiduciaire ait jamais été admise. Tout porte à croire, au contraire, que le droit du fiduciaire était transmis au fidéicommissaire par la restitution, si l'on songe surtout que le fidéicommis n'était pas longtemps obligatoire, que, même après qu'il fut devenu obligatoire, il s'exécutait au moyen d'une cession d'hérédité jusqu'au SC. Trébellien, qui, en rendant ce détour inutile, ne semble pas avoir bouleversé complètement la théorie et fait rétroagir le droit du fidéicommissaire ; si l'on songe

[1] Jaubert, *Thèse*, pp. 80 et suiv.

encore que le droit romain était beaucoup plus hostile que le droit français à toute résolution rétroactive. Par conséquent, un débiteur héréditaire, aussi bien qu'un tiers acquéreur, qui aura traité avec le fiduciaire avant la restitution, même connaissant bien l'existence du fidéicommis, peut opposer ce traité au fidéicommissaire. Mais, dans ses rapports avec le fiduciaire, le fidéicommissaire peut lui demander des dommages et intérêts toutes les fois que cet acte causera un préjudice au fidéicommissaire, du moins à partir de l'époque où le fidéicommis devint obligatoire, c'est-à-dire à partir d'Auguste. Et, en cas d'insolvabilité du fiduciaire, le fidéicommissaire, qui est son créancier, peut exercer l'action Paulienne, si les conditions de cette action se trouvent réunies. Mais, en principe, encore une fois, la transaction conclue avec le fiduciaire par un débiteur héréditaire, comme par un tiers quelconque, relativement aux objets du fidéicommis, avant la restitution de ces objets, est opposable au fidéicommissaire, qui n'était qu'un créancier du fiduciaire et qui n'est, par conséquent, que son ayant cause (I., 2, 24, § 1; — G., II, § 262; — Paul, *Sent.*, 4, 1, § 18). J'ajoute que notre loi 17 me fournit un fort argument, car, en décidant que les transactions conclues par le fiduciaire après la restitution sont oppposables au fidéicommissaire, elle suppose évidemment que celles qui ont été conclues avant la restitution lui sont opposables *à fortiori*.

199. — Nous avons dit, en commençant ce chapitre, qu'il faut entendre par parties non-seulement ceux qui étaient présents à la transaction, mais aussi ceux qui y étaient représentés par leurs mandataires légaux ou con-

ventionnels. Mais, pour ces notions, nous renvoyons, en principe, soit à notre chapitre IV, soit aux règles générales de chacun de ces mandats légaux ou conventionnels, que nous n'avons pas à étudier ici : nous nous contentons de dire que le principe de non-représentation empêchait longtemps les droits et les obligations résultant des actes du mandataire, de naître directement sur la tête du mandant, mais que des moyens plus ou moins ingénieux ont fini par être inventés, à l'effet d'obtenir les résultats voulus.

Il y a cependant une catégorie de personnes, qui peuvent être considérées comme mandataires légaux ou conventionnels et dont nous allons nous occuper ici : nous voulons parler des créanciers ou débiteurs qui peuvent être considérés comme mandataires vis-à-vis les uns des autres, c'est-à-dire : 1° des *correi stipulandi* [1]; 2° des *correi promittendi*; 3° des créanciers *in solidum* [2]; 4° des débiteurs *in solidum*, et 5° des fidéjusseurs.

200. — 1° Des *Correi stipulandi*. Si l'un des *correi stipulandi* a fait avec le débiteur commun une transaction par laquelle il fait remise de sa créance, la question est de savoir si cette transaction est opposable aux autres

[1] Nous supposons, pour plus de simplicité, que l'obligation corréale résulte d'une stipulation, cas de beaucoup le plus fréquent, mais il ne faut pas oublier qu'elle résulte aussi d'autres actes. Du reste, comme la stipulation est la source ordinaire de cette obligation, on a fini, semble-t-il, par appeler *rei stipulandi* ou *promittendi* même les créanciers ou débiteurs dont la créance ou la dette corréales résultent d'une autre cause que la stipulation (L. 9, pr., D., *de duob. reis*, 45, 2).

[2] Les *correi* sont des créanciers ou des débiteurs *in solidum* par excellence. Mais, pour les distinguer des autres qui sont des créanciers ou des débiteurs *in solidum*, sans être des *correi*, nous appellerons les premiers toujours *correi* et les seconds simplement *in solidum*.

correi. Pour répondre à cette question, il faut distinguer suivant que la remise s'est faite par acceptilation ou par simple pacte.

Dans le premier cas, l'extinction de l'obligation a lieu *ipso jure* à l'égard de tous les *correi*, sans avoir à rechercher s'ils sont *socii* ou non (L. 2, D., *de duob. reis*, 45, 2; — L. 13, § 12, D., *de accept.*, 46, 4). Maintenant, dans les rapports des *correi* entre eux, s'ils sont *socii*, ils se partageront l'avantage de la transaction, ou, si la transaction constitue une faute du *correus* transigeant, les autres auront contre lui une action en indemnité, et l'action à leur disposition sera dans les deux cas l'action *pro socio*.

201. — Quand la remise a été consentie par un pacte *de non petendo*, il semble qu'elle n'est jamais opposable aux *correi* qui y sont restés étrangers, non-seulement *ipso jure*, ce qui est bien naturel, non-seulement encore au moyen de l'exception *pacti conventi*, ce qui se comprendrait mieux, mais même au moyen de l'exception de dol, comme on l'a préconisé, et cela, sans demander si les *correi* sont *socii* ou non. Cette décision qui nous semble clairement résulter de la loi 27, pr., D., *de pact.*, 2, 14 [1], a été cependant contestée.

Les uns veulent donner l'exception de dol au débiteur, quand il y a société entre les créanciers, sous le prétexte que, autrement, l'action du créancier étranger à la trans-

[1] *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit: an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur. Sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint: quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

action réfléchirait contre le créancier transigeant, et que la transaction ne produirait pas d'effet[1]. Mais la question est précisément de savoir si cette transaction doit produire son effet, et nous sommes obligés de répondre négativement, en présence de la loi 27, qui nous dit qu'un *correus stipulandi* n'a pas le pouvoir de faire un pacte *de non petendo* opposable à son cocréancier.

D'autres, plus arbitraires encore, prétendent que, dans le même cas de *correi socii*, le pacte est opposable aux *correi* non transigeants, dans la mesure de la part du *correus* transigeant [2]. Mais le texte de la loi 27, tout à fait général, ne comporte pas cette restriction.

Tout au plus pourrait-on soutenir que cette controverse qui existait entre Labéon, Proculus, Atilicinus, Nératius, Scévola et Paul d'une part (L. 27, pr., D., *de pactis*, 2, 14; — L. 93, pr., D., *de solut.*, 46, 3), et Vénuléius de l'autre (L. 31, § 1, D., *de novat.*, 46, 2), sur la question de savoir si l'un des *correi stipulandi* avait le pouvoir de faire une novation opposable aux autres *correi* [3], divisait aussi ces jurisconsultes pour le pacte *de non petendo* [4], et que le dernier jurisconsulte, qui, plus logique que les autres, admettait que chacun des *correi*, qui pouvait éteindre la créance en recevant le payement, en

[1] Accarias, *Thèse*, p. 133; Jaubert, *Thèse*, pp. 89 et 90; Dumas, *Thèse*, pp. 65 et 66.

[2] Vinnius, *Select. Quæst.*, lib. 1, cap. 6.

[3] Des auteurs ont essayé de concilier ces textes contradictoires et de nier la divergence d'opinions qui existait réellement, à mes yeux, entre les jurisconsultes. Mais je renvoie pour les explications plus ou moins ingénieuses qu'ils ont imaginées et leurs réfutations à M. Demangeat, *Des Obligations solidaires en Droit romain*, pp. 308 et suiv. Cf. M. Appleton, *op. cit.*, II, pp. 139 et 157.

[4] Cette controverse se retrouverait, telle qu'elle était, en matière de transaction, si l'on supposait le cas rare où la transaction se ferait au moyen de la novation proprement dite (V. nº 173, 1re note).

poursuivant le débiteur ou en faisant l'acceptilation, pouvait l'éteindre aussi en la novant, admettait également que le pacte *de non petendo* consenti par l'un des *correi* était opposable aux autres [1].

202. — Il faut remarquer que la solution de Paul n'aboutit pas généralement à une injustice. Si, avant l'exécution de la transaction, le débiteur est poursuivi par le *correus* transigeant, il peut le repousser par l'exception de transaction, en exécutant la convention de son côté, et le droit, une fois déduit en justice, ne peut plus être exercé de nouveau par un autre *correus*. Si c'est un autre *correus* qui poursuit le débiteur, il aura certainement la condamnation, mais dans ce cas, le débiteur n'aura plus à craindre une poursuite quelconque du *correus* avec qui il a transigé, car celui-ci n'a plus aucun moyen légal de le poursuivre.

S'il a eu l'imprudence d'exécuter la transaction avant la poursuite, il peut encore ne pas subir de préjudice, quand c'est le *correus* transigeant qui le poursuit après, car il lui opposera victorieusement l'exception de transaction. Mais, même quand c'est un autre *correus* qui l'actionne, il ne subira pas nécessairement de préjudice, car, bien qu'il doive être condamné, il aura la *condictio causa data causa non secuta* contre celui qui a transigé avec lui.

Ainsi cette décision de Paul, qui peut nous paraître un

[1] Je ne cite que pour mémoire l'opinion assez bizarre de M. Molitor (*Op. cit.*, II, p. 500) et qui n'est pas bien clairement exposée, d'après laquelle il semblerait que la transaction de l'un des *correi stipulandi* fût toujours opposable aux autres, s'il n'y avait pas société entre eux, et que, dans le cas contraire, elle ne leur fût jamais opposable que dans la mesure de la part du *correus* transigeant.

peu étrange, à nous autres modernes, n'a cependant d'effet réellement fâcheux, que quand le débiteur a eu l'imprudence d'exécuter son obligation résultant de la transaction, sans attendre la poursuite judiciaire, que c'est un *correus* autre que celui qui a transigé avec lui, qui le poursuit, et que le *correus* transigeant est insolvable. En somme, celui-là seul peut subir un préjudice, qui aura été assez imprudent pour exécuter d'abord la transaction.

J'ajoute que, dans les rapports des *correi* entre eux, lorsque la transaction produit son effet, ceux qui n'y ont pas pris part peuvent recourir contre le *correus* transigeant par l'action *pro sicio*, s'ils sont *socii*, soit pour partager le bénéfice de la transaction, soit pour demander l'indemnité du préjudice qui a pu être causé par la transaction.

203. — 2° Des *Correi promittendi*. Ici encore, il faut distinguer suivant que l'abandon de la créance litigieuse s'est faite par acceptilation ou par pacte *de non petendo*. Dans le premier cas, comme pour la corréalité active, l'extinction de la créance a lieu *ipso jure* (L. 2, D., *de duob. reis*, 45, 2 ; — L. 16, pr., D., *de accept.*, 46, 4) [1].

[1] M. Jaubert (*Thèse*, p. 90) prétend qu'il en serait de même, quand la transaction a eu lieu à l'aide d'une *stipulation*. Qu'entend-il ici par *stipulation?* S'il n'entend par là que cette stipulation, rare en matière de transaction, comme nous l'avons déjà dit plusieurs fois (n° 173, 1re note, et n° 201, 5e note), qui s'appelle *novation*, nous serons d'accord. Mais, pour toute autre stipulation, notamment celle par laquelle le créancier s'est fait promettre une certaine prestation en échange du pacte *de non petendo*, qu'il a consenti, elle n'aura jamais pour effet d'éteindre le droit *ipso jure*.

M. Dumas (*Thèse*, p 66) émet une opinion bien autrement fantaisiste, d'après laquelle, pour que la transaction libérât tous les *rei*

Quand la transaction a été faite par pacte *de non petendo*, si les *correi* sont *socii*, l'action qui subsiste *ipso jure* peut être repoussée au moyen de l'exception *pacti conventi*, non-seulement par le *correus* qui a transigé, mais aussi par les autres (L. 23, *in fine*, et L. 25, pr., D., *de pact.*, 2, 14; — L. 9, § 1, D., *de duob. reis*, 45, 2). Si les *correi* ne sont pas *socii*, la transaction ne peut être opposée, en principe, par les *correi* non transigeants. Mais ce principe reçoit une exception, à notre sentiment, quand il est démontré que le créancier, en faisant la transaction, avait l'intention de libérer tous les codébiteurs. Nous nous appuyons, pour l'admettre, sur un argument par analogie ou même *a fortiori*, tiré des lois 25, § 2, et 26, D., *de pact.*, 2, 14, qui accordent l'exception de dol au débiteur principal et aux cofidéjusseurs, quand le pacte *de non petendo* a été consenti par le créancier à un fidéjusseur, avec l'intention de libérer tous les obligés, comme nous allons le voir tout à l'heure [1].

Cette différence entre la corréalité active et la corréalité passive se comprend facilement. En cas de corréalité active, le pacte n'a été consenti que par l'un des créanciers, tandis qu'il a été consenti par le créancier unique, par hypothèse, en cas de corréalité passive. Dès lors, quoi d'étonnant à ce que le pacte soit opposable au créancier qui l'a consenti, même par d'autres que celui qui a traité avec lui, et qu'il ne le soit pas aux créanciers qui n'y ont point consenti?

promittendi, il faudrait qu'elle eût eu lieu *par stipulation Aquilienne avec acceptilation*. On dirait que l'auteur a complètement oublié le cas, de beaucoup le plus fréquent, où la corréalité résulte d'une stipulation, et où, par conséquent, on n'a nullement besoin d'une stipulation Aquilienne pour éteindre *ipso jure* l'obligation corréale.

[1] En ce sens: Demangeat, *op. cit.*, pp. 294 et 295.

Il va de soi qu'en cas de société, les *correi*, qui profitent de la transaction, doivent subir *pro socio* le recours du *correus* qui a transigé. Quand il n'y a pas société, ce recours n'est possible que par suite de la cession d'actions, consentie par le créancier, auquel cas ce n'est pas l'action *pro socio*, mais les actions du créancier, qu'on exerce. En tous cas, le créancier n'a point d'action contre les *correi* qui n'ont pas transigé, pour leur demander l'exécution des obligations résultant de la transaction [1].

204. — 3° DES CRÉANCIERS *in solidum*. Vu la rareté relative du cas probablement, nous n'avons aucun texte réglant la matière. M. Demangeat [2] en a conclu que les créances *in solidum* étaient réglées de la même façon que les créances corréales. Cette conclusion ne nous semble point justifiée. Du moment que les deux sortes d'obligations solidaires étaient réglées différemment au point de vue passif, dans le silence des textes, il nous semble plus logique de supposer qu'elles étaient réglées différemment aussi au point de vue actif. Or, comme nous le verrons au numéro suivant, le principe était radicalement différent au point de vue passif, suivant qu'il s'agissait d'obligations corréales ou d'obligations *in solidum*. Dans les premières obligations, l'obligation est unique : *Una res vertitur*, dit Justinien (I., 3, 16, § 1); tandis que, dans les dernières, il y a plusieurs obligations : la preuve c'est que la *litis contestatio* faite avec

[1] Ici encore, comme dans le cas de corréalité active, M. Molitor veut appliquer sa théorie, toute contraire aux textes et aux principes du droit romain (*Op. cit.*, pp. 500 et 501).

[2] *Op. cit.*, pp. 401 et suiv.

l'un des débiteurs *in solidum* ne libère pas les autres, contrairement à ce qui arrive pour les *correi* (Pour les *correi* : L. 51, § 4, D., *de evict.*, 21, 2 [1] ; — LL. 2 et 16, D., *de duob. reis*, 45, 2 ; — L. 5, *in fine*, D., *de fidej.*, 46, 1 ; — Pour les débiteurs *in solidum* : LL. 3 et 4, D., *de effusis*, 9, 3 ; — L. 18, § 3, D., *de pecun. constit.*, 13, 5 ; — L. 5, § 15, D., *commodati*, 13, 6 ; [2] — L. 1, § 43, D., *depositi*, 16, 3 ; — L. 7, § 4, D., *quod falso tut.*, 27, 6 ; — L. 18, § 1, D., *de adm. et peric. tutor.*, 26, 7 ; — L. 41, § 1 ; L. 52, § 3, D., *de fidej.*, 46, 1 ; — L. 28, *in init.*, C., *de fidej.*, 8, 41 ; — Paul, *Sent.*, 2, 17, § 16). Nous considérons que la même différence existe entre les deux sortes d'obligations au point de vue actif. La seule difficulté est de savoir quelles sont les causes de la créance *in solidum*, et, sur ce point, les auteurs sont loin d'être d'accord [3]. Mais il serait trop long de traiter cette question ici. Nous nous bornons donc à appliquer le principe que nous venons d'admettre, à la transaction consentie par un des créanciers *in solidum*, sans nous demander la cause de leurs créances [4].

D'abord, ni l'acceptilation, ni le pacte faits par l'un des

[1] Ce texte ne parle que de débiteurs *in solidum*, mais nous pensons avec MM. Demangeat (*Op. cit.*, p. 74) et Appleton (*Op. cit.*, II, p. 137, note 1) qu'il se réfère aux obligations corréales.

[2] *Etsi alter conventus* PRÆSTITERIT, *liberabit alterum*. Ce texte suppose certainement des obligations *in solidum*, bien que M Demangeat (*Op. cit.*, p. 153) paraisse admettre le contraire. En ce sens : M. Appleton, *op. cit.*, II, p 137, note 2.

[3] Par exemple : M. Appleton (*op. cit.*, II, p. 140) ne paraît pas admettre toutes les causes qu'énumère M. Molitor (*Op. cit.*, II, pp. 611 et suiv.).

[4] Supposez, par exemple, deux personnes qui ont fait un dépôt et qui sont convenues que l'une d'elles pourra réclamer la totalité du dépôt, hypothèse prévue par la loi 1, § 44, D., *Depositi*, 16, 3, et où tous les auteurs qui reconnaissent l'existence d'une créance *in solidum* non corréale semblent d'accord pour voir une créance de cette nature.

créanciers n'éteignent jamais *ipso jure* le droit des autres. Seulement, les autres créanciers ne pourront poursuivre leur débiteur que déduction faite de la part de celui qui a transigé [1].

205. — 4° Des Débiteurs *in solidum*. J'ai dit au numéro précédent qu'il y a autant d'obligations que de débiteurs *in solidum*, à la différence de l'obligation corréale qui est toujours unique. Par application de ce principe, qui est certain au point de vue passif, où je me place maintenant, car il y a tant de textes qui l'établissent et que j'ai cités ci-dessus, ni l'acceptilation, ni le pacte *de non petendo* faits en faveur de l'un des débiteurs *in solidum* n'éteignent jamais *ipso jure* les obligations des autres. Le créancier peut donc poursuivre ces derniers, qui ne pourraient même pas lui opposer l'exception *pacti conventi*. C'est ce qui résulte clairement, pour la matière de la transaction, de la loi 1, C., *de trans.*, qui décide que, de plusieurs tuteurs ou curateurs, quelques-uns seulement ayant transigé avec le pupille ou la personne en curatelle, les autres peuvent encore être poursuivis. Mais peuvent-ils être poursuivis pour le tout ou pour leurs parts seulement ? Je réponds sans hésitation que c'est pour leurs parts seulement qu'ils peuvent être poursuivis. En effet, la jurisprudence romaine a fini par admettre le recours d'un des débiteurs *in solidum* qui a payé la dette entière contre ses codébiteurs [2]. Cela étant, si les tuteurs ou curateurs qui n'ont pas pris part à la transaction étaient obligés de payer la totalité de la

[1] Nous en donnerons la raison au numéro suivant, en traitant des débiteurs *in solidum*.

[2] V. Appleton, *op. cit.*, II, p. 139, et Demangeat, *op. cit.*, pp. 225 et suiv.

dette, ils recourraient contre leurs cotuteurs ou cocurateurs, qui perdraient ainsi l'avantage résultant de la transaction, ce qui serait contraire à la bonne foi. Cela résulte d'ailleurs, à mon avis, de la loi 45, D., *de adm. et peric. tut.*, 26, 7, qui déclare que le pupille qui a libéré un de ses deux tuteurs ne peut plus poursuivre l'autre pour la part du premier, décision qu'elle applique aussi aux deux magistrats collègues [1]. Cette décision doit naturellement être généralisée, et quand l'action exercée n'est pas une action de bonne foi, le défendeur devra faire insérer dans la formule l'exception de dol [2].

Puisque c'est la possibilité du recours qui rend la transaction conclue par un des débiteurs *in solidum* opposable aux autres dans la mesure de sa part, si ce recours n'est pas possible par exception, cette transaction n'est point opposable aux débiteurs qui y sont restés étrangers. La loi 15, D., *de tut. et rat. dist.*, 27, 3, tire une conséquence de cette idée, toujours en matière de transaction émanant d'un des cotuteurs. Si la transaction porte sur un dol commun des cotuteurs, l'ex-pupille peut poursuivre encore le tuteur qui n'a pas transigé, et

[1] M. Demangeat cite encore la loi 95, § 11, D., *de solut.*, 46, 3, qui concerne le *mandatum pecuniæ credendæ* (*op. cit.*, p. 236). Mais, contrairement à ce qu'enseigne le savant auteur, je ne puis pas voir des obligations qu'on appelle généralement *in solidum* dans celles qui résultent d'un *mandatum pecuniæ credendæ* contre le débiteur principal et le *mandator*.

[2] M. Accarias (*Thèse*, pp. 135 et 136) prétend que toutes obligations *in solidum* résultent de contrats ou quasi-contrats de bonne foi et il invoque l'autorité de M. Demangeat. C'est une inadvertance : il y a certainement des obligations *in solidum* résultant de délits ou de quasi-délits (L. 14, § 15; L. 15, D., *quod metus causa*, 4, 2; — L. 1, § 10; LL. 3 et 4, D., *de his qui effud.*, 9, 3 ; — L. 1, C., *de cond. furt.*, 4, 8), et l'auteur dont M. Accarias invoque l'autorité le dit formellement (*op. cit.*, pp. 175 et suiv.).

celui-ci n'a aucun moyen de le repousser, car, en droit romain, il n'y avait point de recours dans ce cas, si l'un payait le tout [1]. Toutefois, comme, en somme, le pupille ne doit pas obtenir satisfaction deux fois, il devra naturellement déduire ce qu'il a reçu par la transaction, du montant total du préjudice qu'il a subi, quand il poursuivra le second tuteur [2].

J'ajoute que le débiteur *in solidum* qui a transigé aura un recours contre ses codébiteurs, s'il a payé, par suite de cette transaction, plus que sa part, puisqu'alors, ce payement profitera aux autres.

206. — 5° Des fidéjusseurs. Ici il faut distinguer si la transaction émane du débiteur principal ou d'un des fidéjusseurs.

Si elle émane du débiteur principal, elle libérera le ou les fidéjusseurs, *ipso jure* s'il y a eu acceptilation, en supposant que l'obligation principale était *verbis ; exceptionis ope* s'il n'y a eu qu'un pacte (L. 68, § 2, D., *de fidej.*, 46, 1). Ce résultat aura lieu, alors même que le fidéjusseur aura déjà été condamné (L. 7, § 1, D., *de*

[1] V. Appleton, *op. cit.*, II, p. 139.

[2] M. Accarias semble avoir mal compris la loi 15, *de tut. et rat. dist.*, lorsqu'il nous dit que « le jurisconsulte y décide que ce que l'un des tuteurs a payé en exécution de la transaction ne diminue pas l'obligation de l'autre (*Thèse*, p. 136). » Sans doute, la transaction ne profite pas au tuteur qui n'a pas transigé, comme le dit très-bien Ulpien, en ce sens qu'il ne peut pas invoquer la remise consentie par le pupille (*transactio nihil proderit alteri*); mais le payement lui profite toujours, qu'il ait été effectué *transigendi causa* ou autrement : ce qui nous semble résulter, par analogie, de la fin du texte, où il est dit que le payement de la condamnation prononcée contre l'un profite à l'autre. Pourquoi ? parce que le pupille ne peut obtenir satisfaction deux fois (*Quod si conventus alter præstitisset, proficiet id quod præstitit, ei cui conventus non est: licet enim ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere*).

trans.). Ceci peut étonner au premier abord : en effet, 1° la *litis contestatio* faite contre le fidéjusseur a eu pour résultat d'éteindre l'action, même contre le débiteur principal; quel intérêt celui-ci trouve-t-il à transiger avec son créancier, alors qu'il lui suffit d'opposer l'extinction de l'action par *litis contestatio*? 2° La transaction sur la chose jugée est interdite (n° 16); comment supposer alors une transaction, après que le fidéjusseur a été déjà condamné?

La réponse à la première objection est facile. Sans doute, le débiteur peut opposer la déduction du droit en justice, pour repousser son créancier ; mais il n'en reste pas moins tenu à l'égard de son fidéjusseur, qui a une action en recours contre lui. En transigeant avec le créancier, il éteint son obligation et libère ainsi son fidéjusseur, dont l'obligation n'a plus sa raison d'être.

La seconde objection est peut-être un peu plus embarrassante. En effet, on ne peut pas dire que la chose jugée se restreint strictement entre le créancier et le fidéjusseur : le débiteur principal peut certainement s'en prévaloir (L. 42, § 3, D., *de jurej.*, 12, 2) [1]. La réponse serait bien facile, si l'on pouvait supposer que le jugement n'est pas définitif (n° 17) ; mais cette supposition n'est pas possible, car notre texte, après avoir déclaré la validité de la transaction intervenue entre le créancier et le débiteur principal, donne la décision contraire pour

[1] Il faut noter que ceci ne se confond pas avec l'effet extinctif de la *litis contestatio*, même à l'époque classique. Nous trouvons dans la loi 21, § 4, D., *de except. rei jud.*, 44, 2, une application de l'exception *rei judicatæ* opposée par le fidéjusseur, en se fondant sur un jugement rendu en faveur du débiteur principal. A l'inverse, le débiteur principal pourra, dans la même hypothèse, opposer l'exception de la chose jugée en faveur du fidéjusseur. Cf. n° 183, 4e note.

la transaction conclue par le fidéjusseur condamné, qui serait obligé de payer la différence entre ce qu'il aura donné *transactionis causa* et le montant de la condamnation. Il faut donc se résigner à supposer un jugement inattaquable. Voici comment je veux expliquer cette décision, qui peut sembler au premier abord un peu étonnante : oui, la chose jugée peut être opposée par le débiteur principal ; par conséquent, si le jugement dont il s'agit était un jugement d'absolution sur la question d'existence de la dette, non-seulement le débiteur principal aurait toujours intérêt à l'opposer à son créancier, qui pourrait l'actionner, mais même il ne pourrait pas transiger valablement [1]. Mais tel n'est point notre cas : il s'agit ici d'un jugement de condamnation, et le créancier ne saurait jamais intenter l'action *judicati* contre le débiteur principal, qui n'est point *judicatus*. La chose jugée fait donc défaut dans ce cas, et une transaction peut valablement intervenir entre le créancier, qui ne peut pas se prévaloir, contre le débiteur principal, du jugement de condamnation qu'il a obtenu contre le fidéjusseur, et le débiteur principal, qui peut ainsi éviter le recours du fidéjusseur.

207. — Supposons maintenant que la transaction est intervenue entre le créancier et l'un des fidéjusseurs. Si elle a eu lieu par acceptilation [2], le débiteur principal,

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 137), et après lui, MM. Dumas (*Thèse*, p. 64) et Jaubert (*Thèse*, p 88), qui reproduisent visiblement l'explication du premier auteur, se contentent de dire que « la chose jugée n'empêche la transaction qu'entre les parties qui ont figuré dans l'instance. » D'une manière générale, la formule ne me semble pas exacte, comme j'espère l'avoir démontré au texte.

[2] M. Dumas parle ici encore de sa fameuse *stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation* (*Thèse*, p. 64), et ici c'est un véritable nonsens, attendu que la fidéjussion supposant toujours une stipulation,

ainsi que les cofidéjusseurs, est libéré *ipso jure*. Si elle a eu lieu par un simple pacte, en principe, elle ne leur profite pas (L. 23, D., *de pact.*, 2, 14). Cependant, quand la fidéjussion n'a pas eu lieu *donandi animo*, le créancier qui poursuivra le débiteur principal ou les cofidéjusseurs, sera obligé de réduire son action du montant de ce que le fidéjusseur transigeant aura payé ou dûment promis par suite de la transaction, car sans quoi, si c'est le débiteur principal qui est poursuivi, le fidéjusseur perdrait son recours contre lui, le débiteur ne pouvant pas être tenu de payer deux fois pour une même cause ; ou, si ce sont les cofidéjusseurs que le créancier poursuit, ils auraient un recours contre le débiteur principal, et par la même raison, le fidéjusseur qui a transigé perdrait encore son recours, à moins qu'on ne décide que ce sont les autres qui devraient perdre leur recours en partie. La loi 15, §1, D., *de fidej.*, 46, 1, [1] me semble confirmer cette solu-

il n'y aurait jamais lieu de faire une stipulation Aquilienne, pour éteindre l'obligation *ipso jure* au moyen de l'acceptilation.

[1] *Si ex duobus, qui apud te fidejusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit : nec alter liberabitur ; et, si ab altero quindecim petere institueris,* NULLA EXCEPTIONE SUMMOVERIS : *reliqua autem quinque si a priore fidejussore petere institueris, doli mali exceptione summoveris.* — Julien dit : *Nulla exceptione summoveris.* On pourrait cependant dire que le cofidéjusseur a l'exception de division. Non, ce serait une erreur, car la division ne peut être demandée que s'il y a des cofidéjusseurs au moment du payement. Or le créancier n'est point obligé de conserver l'un des fidéjusseurs pour poursuivre l'autre. Donc le pacte *de non petendo* consenti en faveur de l'un empêche l'autre d'opposer l'exception de division (L. 23, D., *de pactis*, 2, 14). Il faut remarquer, du reste, que le livre 51 du Digeste de Julien, dont notre loi 15 est tirée, fut écrit sous le règne d'Antonin le Pieux ou de Marc-Aurèle et Vérus, comme le démontre très bien Fitting (*Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, p. 6), et par conséquent, après le rescrit d'Hadrien qui introduisit le bénéfice de division au profit des fidéjusseurs.

tion. Il est vrai qu'elle ne parle que des cofidéjusseurs, mais, d'après le raisonnement que je viens de faire, elle doit s'appliquer *a fortiori* au débiteur principal, car, si les cofidéjusseurs, qui n'ont aucun recours contre le fidéjusseur transigeant[1], peuvent opposer la transaction, dans la mesure de la somme payée *transactionis causa*, c'est que ce dernier a son recours contre le débiteur principal. L'exception de dol sera donc accordée et au débiteur principal et aux cofidéjusseurs, si le créancier vient à leur réclamer le montant intégral de la dette. J'ajoute que s'il est démontré qu'en transigeant, le créancier a voulu libérer non-seulement le fidéjusseur avec qui il traitait, mais tous les coobligés, ceux-ci, sans pouvoir invoquer l'exception *pacti conventi*, pourront néanmoins opposer l'exception *doli mali* à toute poursuite du créancier (L. 25, § 2 ; L. 26, D., *de pact.*, 2, 14)[2].

208. — En somme, la transaction profite ou nuit aux parties et à leurs ayants-cause ; elle ne profite ni ne nuit aux tiers. Nous trouvons dans les textes deux applications de cette dernière idée :

1° La transaction consentie par l'héritier testamentaire ne profite ni ne nuit aux légataires et aux esclaves affran-

[1] Pour ne pas trop compliquer cette matière déjà assez compliquée, j'ai mis de côté exprès jusqu'ici les *sponsores* et les *fidepromissores*, dont les règles sont en général les mêmes que celles des fidéjusseurs. Cependant il convient de remarquer ici que ces deux catégories d'*adpromissores* ont recours les uns contre les autres, à la différence des fidéjusseurs qui n'en ont point. La décision de la loi 15, *de fidej.*, doit donc s'appliquer à ces cautions avec plus de raison encore qu'aux fidéjusseurs.

[2] Cf. n° 203. — M. Dumas (*Thèse*, p. 64) me semble confondre cette hypothèse avec celle de la loi 15, *de fidej.*

chis par le testament. Cette décision, tout à fait rationnelle, se trouve consacrée dans deux hypothèses :

La première est celle des loi 3, pr., D., *de trans.*, et 29, § 2, D., *de inoff. test.*, 5, 2. L'héritier institué, attaqué par un légitimaire *de inofficioso testamento*, transige avec lui. Les esclaves affranchis par le testament conservent leur liberté ; les légataires peuvent demander l'exécution de leurs legs à l'héritier institué, qui, en transigeant, a dû songer à ces charges. Il est même remarquable que cette transaction affermit ces libéralités, en rendant désormais la *querela de inofficioso testamento* impossible, de la part du légitimaire transigeant au moins. Cette règle doit être étendue à toutes transactions sur la nullité du testament.

On a quelquefois voulu introduire une restriction à cette règle et imposer la transaction aux légitimaires, « quand ils peuvent le faire sans préjudice pour eux », en ce sens qu'ils demanderaient leurs legs, proportionnellement à la part que chacune des parties transigeantes s'est attribuée[1]. Cette restriction, que j'ai déjà rejetée pour les créanciers héréditaires (n° 192), est absolument impossible à admettre ici, par la raison bien simple que les légataires n'ont aucun droit à l'égard de l'héritier légitime. Ils ne pourraient donc pas le poursuivre, alors même qu'ils le préféreraient, ce qui les différentie des créanciers (L. 14, D., *de trans.* ; — n^os^ 190 et suiv.). J'ai d'ailleurs expliqué que, même pour les créanciers auxquels la loi 14 est applicable, 1° elle ne leur impose rien ; 2° qu'elle est étrangère à la *querela de inofficioso testamento*. Donc les créanciers, tout comme les léga-

[1] Jaubert, *Thèse*, p. 86.

taires, peuvent poursuivre l'héritier institué seul, et cela dans notre hypothèse plus encore que dans celle d'un testament attaqué comme absolument nul [1].

209. — La deuxième hypothèse concerne la transaction intervenue entre l'héritier d'une succession insolvable et les créanciers héréditaires, dont nous avons parlé plus d'une fois (nos 8 et 189). La loi 3, § 1, D., *ad leg. Falc*, 35, 2, décide avec raison que, si, grâce aux remises consenties par les créanciers, la liquidation laisse quelque chose à l'héritier, les légataires ne sauraient rien lui réclamer, car l'hérédité étant insolvable par l'hypothèse, ce que l'héritier retient ne lui revient pas de l'hérédité, mais de la transaction : les legs ne sont jamais payés qu'autant que l'hérédité est solvable (L. 1, § 17, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1).

210. — 2° En principe, la transaction conclue par un possesseur d'hérédité ne profite ni ne nuit à l'héritier véritable. C'est, du moins, ce qui résulte d'un texte de Scévola (L. 3, § 2, D., *de trans.*). « Le débiteur, dit-il, dont le créancier avait vendu le gage, a transigé pour une somme modique avec Mævius, qui se disait l'héritier légitime du créancier; ensuite, un testament ayant été produit, il a paru que Septicius était héritier : on a demandé si, dans le cas où le débiteur intenterait l'action pignoratice contre Septicius, celui-ci pourrait user de l'excep-

[1] Noodt (*De pact. et trans.*, cap. 22 ; *Probab. jur. civ.*, lib. II, cap. 11) ne voit qu'une décison de faveur dans la loi 14. Cette conjecture, réellement injurieuse à l'adresse de Scévola, auteur de ce texte, n'est nullement nécessaire, lorsqu'on peut concilier si bien, comme j'espère l'avoir démontré, ce fragment avec la loi 3, *h. t.*, du même auteur.

tion tirée de la transaction faite avec Mævius, qui n'était point héritier alors, et s'il pourrait répéter par une *condictio*, comme reçu au nom de l'hérédité, l'argent qui a été payé par le débiteur à Mævius en qualité d'héritier ? Scévola a répondu que d'après les faits exposés, Septicius ne le pouvait pas, parce que ce n'est pas lui qui a transigé avec le débiteur et que Mævius n'a pas reçu l'argent comme gérant l'affaire de Septicius. »

211. — Voici l'hypothèse prévue par le jurisconsulte: le créancier gagiste, après avoir vendu son gage, meurt laissant un testament, par lequel il institue Septicius héritier. Or, à l'époque du jurisconsulte, le créancier n'avait probablement pas, en principe, le droit de vendre le gage (L. 73, D., *de furt.*, 47, 2). Le débiteur pouvait donc réclamer la restitution du gage, en offrant de payer la dette. Mais, ignorant l'existence d'un héritier institué, il s'adresse à Mævius qui se dit l'héritier légitime du créancier. Il transige avec lui, en lui donnant une somme modique, parce que, sans doute, le prix de la vente n'était pas suffisant pour désintéresser complètement le créancier. On découvre le testament, et le débiteur, se repentant de la transaction, intente l'action pignoratice contre l'héritier institué, Septicius. Alors deux questions se posent: 1° Septicius peut-il lui opposer l'exception de transaction? 2° Peut-il réclamer à Mævius la restitution de la somme payée par le débiteur? Scévola répond négativement aux deux questions; à la première, parce que ce n'est pas Septicius qui a transigé ; à la deuxième, parce que Mævius n'a pas voulu, en transigeant, gérer l'affaire de Septicius[1].

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 131) suppose arbitrairement que Mævius « ne possédait pas l'hérédité. » Outre qu'on n'a le droit de rien

212. — Ces décisions sont vraies en général. Mais il y a un cas où elles cessent d'être vraies, du moins d'après les principes admis à la fin de l'époque classique. On sait que le sénatus-consulte Juventien établit ce principe que le possesseur de bonne foi d'une hérédité ne doit pas souffrir des restitutions qu'il fera au véritable héritier [1]. Les jurisconsultes arrivèrent à en déduire cette conséquence que la vente d'un bien de l'hérédité, faite par le possesseur de bonne foi, sera opposable à l'héritier, toutes les fois que l'acheteur aura un recours contre son vendeur (L. 25, § 17, D., *de hered. petit.*, 5, 3). La raison qui explique cette solution nous la fait généraliser et nous dirons : toutes les fois que la méconnaissance d'un acte du possesseur de bonne foi d'une hérédité doit donner lieu à un recours contre lui, l'héritier véritable doit le tenir pour valable. Comme conséquence de ce principe, il faut décider, dans notre hypothèse, que la transaction de Mævius serait opposable à Septicius et par lui, si Mævius était de bonne foi, car le débiteur, qui croyait Mævius héritier, aurait un recours contre lui, si la transaction tombait, comme faite par un faux héritier (V. chap. IX).

ajouter au texte qu'en cas d'absolue nécessité, cette supposition est démentie par le texte même. En effet, que suppose le texte ? Que Mævius s'est comporté comme héritier du créancier, en transigeant sur la créance avec le débiteur. Or le possesseur d'une hérédité n'est pas seulement celui qui possède une chose corporelle appartenant à l'hérédité, mais aussi celui qui se comporte comme titulaire d'une créance de l'hérédité (L. 9, D., *de hered. petit.*, 5, 3) ; et l'éminent auteur le dira textuellement dans son remarquable *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 999.

[1] Il faut remarquer que le livre I du Digeste de Scévola, dont notre texte est tiré, fut certainement écrit après le sénatus-consulte Juventien, qui fut rendu en 129 (V. Rivier, *Introduction historique au Droit romain*, p. 332), tandis que le *proœmium* de notre texte parle des empereurs Marc-Aurèle et Vérus, dont le règne ne commença qu'en 161.

CHAPITRE VIII

DE L'ÉTENDUE DE LA TRANSACTION

213. — Pour savoir quelles sont les difficultés tranchées par une transaction, il faut rechercher quelle a été l'intention des parties transigeantes. En cas de doute, la question doit être tranchée dans le sens restrictif, car l'abandon d'un droit ne se présume jamais (L. 9, § 1, D., *de trans.* ; — L. 34, D., *de reg. jur.*, 50, 17). On peut considérer comme une application de cette règle la décision de Marc-Aurèle contenue dans la loi 8, § 12, D., *h. t.*, et dont nous avons parlé au chap. III, sect. IV, § II (n° 124, *in fine*). Cet empereur décide, en effet, que la transaction portant sur des *aliments* (*alimenta*) n'est censée porter ni sur l'*habitation* (*habitatio*), ni sur le *vêtement* (*vestiarium*), bien que le mot *alimenta* puisse comprendre tout ce qui est nécessaire à l'entretien des hommes.

On a quelquefois contesté la règle que nous venons de poser, en s'appuyant sur la loi 122, § 6, D., *de verb. obl.*, 45, 1. Deux frères se sont partagé les biens laissés par leur père décédé et se sont promis de ne rien faire contre ce partage, promesse sanctionnée par une clause pénale. L'un meurt ; l'autre poursuit ses héritiers, prétendant que leur père leur a laissé son patrimoine en fidéicommis réciproque au profit du survivant. Le jugement déboute sa demande, par la raison qu'il y a eu transaction sur le fidéicommis. On se demande si la peine

est encourue. Scévola répond qu'elle est encourue. Ainsi, dit-on, Scévola interprète extensivement l'opération dont il s'agit : alors que nos deux frères ont fait seulement un partage, il y voit aussi une transaction sur le fidéicommis ! Cette objection n'est pas sérieuse : le jurisconsulte ne présume pas le moins du monde une transaction dans un partage, il constate seulement que le juge appelé à statuer sur cette question a déclaré que le partage contenait aussi transaction sur le fidéicommis. Peut-être y avait-il des circonstances de fait, qui ont fait décider ainsi. Scévola, d'ailleurs, ne l'approuve ni ne le combat, car ce n'est pas là la question qu'on lui a soumise : la seule question à laquelle il avait à répondre était celle-ci : la clause pénale est-elle encourue? Et ici, il répond avec raison qu'elle est encourue, parce qu'il a été jugé que le partage contenait transaction sur le fidéicommis.

214. — Puisque c'est l'intention des parties qui détermine l'étendue de la transaction, il faut poser en principe que la transaction n'est censée porter que sur les droits auxquels on a songé, quels que soient les termes employés dans la convention. En voici quelques applications que nous trouvons dans les textes :

1° Quand il s'agit d'une transaction spéciale, portant sur un droit déterminé, alors même qu'on aurait dit : *Nihil amplius peti*, et qu'on n'aurait pas ajouté : *eo nomine*, la transaction ne s'étendrait pas sur d'autres questions que celle qu'on a voulu terminer par cette convention (L. 31, C., *de trans.*).

Ainsi je suppose que je prétends être propriétaire d'un immeuble que vous possédez. Je transige avec vous, et je vous laisse la possession de l'immeuble, moyennant

une certaine somme que vous me payez. Plus tard, le véritable propriétaire de l'immeuble me le donne : je puis revendiquer l'immeuble contre vous.

De même, je me prétends votre créancier pour 100 comme vendeur. Je transige avec vous et je me contente de 50. Si, en outre, je suis votre créancier encore pour 100 comme prêteur, il est bien évident que je puis vous réclamer de nouveau 100.

215. — 2° La transaction sur les droits résultant d'un testament ne s'étend pas sur ceux qui résultent d'un codicille postérieurement découvert (L. 3, § 1, et L. 12, D., *de trans.*).

Le premier de ces textes parle encore d'une transaction spéciale, portant sur un fidéicommis. On découvre, après la transaction, un codicille qui confirme le fidéicommis. On demande si on peut réclamer la différence entre la somme reçue *transigendi causa* et le montant du fidéicommis, en s'appuyant, non pas sur le testament, sur lequel on a transigé, mais sur le codicille, dont on ne connaissait seulement pas l'existance. Scévola répond qu'on le pourra.

Le second texte, au contraire, vise une transaction générale sur tous les droits résultant d'un testament. Plus tard, on découvre un codicille : Celse nous dit que la transaction ne s'étend pas sur ce codicille.

On pourrait être tenté d'opposer à ces textes les lois 78, § 16, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1, et 19, C., *de trans.*, qui décident formellement qu'on ne peut pas résoudre une transaction, sous prétexte des pièces postérieurement trouvées et qui établissent le droit de l'une des parties : le premier de ces deux textes, du même auteur que la

loi 3, *h. t.*, prévoit précisément le cas de fidéicommis. Faudra-t-il en conclure que la découverte d'un codicille n'anéantit point la transaction et qu'on ne peut rien réclamer en vertu de ce codicille? Ce serait une erreur : les pièces dont parlent les lois 78, D., *ad SC. Treb.*, et 19, C., *h. t.*, sont des preuves écrites du droit sur lequel on a transigé, tandis que le codicille, dans les lois 3 et 12, D., *h. t.*, établit un droit nouveau, constitue un titre indépendant du testament, qui a fait l'objet de la transaction [1].

216. — 3° Quand deux droits ayant la même nature et la même origine existent contre la même personne, s'ils viennent à se réunir sur la tête d'un seul, la transaction portant sur l'un de ces deux droits ne s'étend pas sur l'autre [2].

Ce principe se dégage de deux textes (L. 9, pr., D., *de trans.*; — L. 2, C., *de his quibus ut indig.*, 6, 35). Le premier suppose deux frères ayant les mêmes tuteurs : l'un d'eux transige avec ses tuteurs sur les comptes de sa tutelle. Il hérite de son frère : il peut intenter victorieu-

[1] Pour concilier la loi 3 avec les lois 78, D., *ad SC. Treb.*, et 19., C, *h. t.*, Accurse suppose que, dans la loi 3, le fidéicommissaire aurait obtenu la *restitutio in integrum*. Mais cela n'est nullement nécessaire.

[2] M. Accarias (*Thèse*, pp. 127 et suiv.) présente ce principe comme une des applications de cette idée que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties. Cela me semble inexact : quand on parle de cette dernière idée, on suppose l'identité de l'objet ; quand l'objet n'est pas identique, la convention ne produit pas d'effet, non-seulement à l'égard des tiers, mais même entre les parties. Or, ici l'objet n'est pas le même : la tutelle de Primus n'est pas celle de Secundus ; la part de Polla dans la succession de son père n'est pas celle de son frère. Donc c'est une question relative à l'objet de la transaction et non aux personnes qui en profitent ou en souffrent.

sement contre les mêmes tuteurs l'action de tutelle de son frère.

Le deuxième texte concerne la transaction sur un testament qui dépouille une femme nommée Polla et son frère, héritiers *ab intestat* du défunt. Polla transige avec l'héritier institué sur le testament qu'elle attaquait comme faux. Elle meurt laissant son frère comme héritier : celui-ci peut attaquer le même testament pour sa part, bien qu'il ne le puisse pas pour la part de sa sœur, à qui il a succédé.

217. — 4° La loi 29, C., *h. t.*, parlant d'une transaction générale, nous dit que, si l'on trouve après la transaction certains objets dont on ne connaissait pas l'existence, on ne peut pas, sous ce prétexte, demander la rescision de la transaction, mais que les objets qui se trouvaient en mains tierces au moment de la transaction et auxquels on n'a point songé, ne sont pas censés compris dans la convention.

218. — 5° L'héritier légitime qui a transigé sur les causes de nullité du testament, autres que la *querela de inofficioso testamento*, peut encore attaquer le testament pour cause d'inofficiosité (L. 9, § 3, D., *de trans.*).

Il faut remarquer que le texte ne suppose pas que notre héritier ait transigé « *de la manière la plus générale avec l'institué*, » comme le dit M. Accarias [1], mais qu'il ait transigé sur les autres causes que l'inofficiosité (*de aliis causis cum adversariis pacto transegit*). En effet, si l'héritier légitime avait eu déjà des doutes sur

[1] *Thèse*, p. 142.

l'inofficiosité du testament et qu'il eût transigé « *de la manière la plus générale avec l'institué*, » on pourrait dire qu'il ait transigé même sur la *querela de inofficioso testamento*. Du reste, en cas de doute, il faut toujours revenir au principe fondamental que l'abandon d'un droit s'interprète restrictivement.

219. — 6° Enfin les lois 5, D., et 3, C., *h. t.*, nous disent avec raison que même la stipulation Aquilienne ne s'étend qu'aux droits prévus par les parties. On pourrait, en effet, être tenté de dire que la formule de la stipulation Aquilienne étant des plus compréhensives, si l'on n'a pas soin de la restreindre formellement à certains droits, elle embrassera nécessairement tous les droits ou prétentions qu'on a ou qu'on aura contre son adversaire. Mais il n'en est rien : les droits auxquels on n'a pas songé en transigeant échappent toujours à l'extinction collective résultant de la stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation. Le premier des deux textes que nous avons cités est bon à reproduire ici : « Lorsqu'il intervient, nous dit Papinien, une stipulation Aquilienne, qui procède du consentement, les litiges auxquels on n'a pas songé demeurent en état. Car l'interprétation des prudents a brisé une libéralité captieuse. » En effet, si, sous le prétexte de la généralité de la formule de la stipulation Aquilienne, on y faisait entrer même les litiges auxquels les parties n'ont point songé, ce serait surprendre une libéralité que l'une des parties ne voulait pas du tout faire à l'autre, car les conditions de la transaction ayant été arrêtées en vue des autres droits et prétentions seulement, ceux auxquels on n'a pas songé

se trouveraient donnés gratuitement sans le consentement du donateur [1].

[1] Comme nous l'avons fait entrevoir précédemment (n° 38, 2e note), il se peut que ce texte ne concerne pas la stipulation Aquilienne intervenue *transigendi causa*, mais *donandi animo :* il s'expliquera ainsi aussi bien qu'en le supposant relatif à la transaction. Mais l'idée que nous soutenons au texte restera vraie, même sans l'appui de la loi 5.

CHAPITRE IX

DE LA NULLITÉ, DE LA RESCISION ET DE LA RÉSOLUTION DE LA TRANSACTION

SECTION I

DE LA NULLITÉ DE LA TRANSACTION

220. — La transaction, comme un autre acte quelconque, peut être *nulle*, c'est-à-dire qu'elle ne produit pas d'effet d'après les principes du droit. Telles sont celles qui manquent d'une des conditions essentielles, qui portent sur un objet prohibé par la loi, ou qui ont été conclues par un incapable. Dans tous ces cas, la nullité n'a pas besoin d'être prononcée : elle résulte de la loi [1].

[1] V. Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, II, pp. 32, 37 et suiv.; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit. II, pp. 216 et suiv., 235 et suiv.; Ortolan, *Explication historique des Instituts*, 11e édit., III, pp. 193 et suiv.; Maynz, *Cours de Droit romain*, 4e édit., I, p. 466, II, pp. 126, 127, 152 et suiv.

Nous avons suivi l'exemple de beaucoup d'auteurs, en nous servant des expressions *nullité* et *rescision*, qui ne sont probablement pas romaines. Mais, pour commodité de langage, nous employons ces expressions, et la distinction entre les deux cas nous semble nécessaire pour la clarté des règles relatives à cette matière. Sans doute, les intérêts pratiques de cette distinction ne se présentaient pas toujours comme on le croirait au premier abord. Ainsi, par exemple, bien qu'une transaction sur chose jugée soit nulle en droit, si elle a lieu par acceptilation, cette acceptilation n'en restera pas moins valable, et pour obtenir le montant de la condamnation, il faudra recourir à une *condictio sine causa*, comme nous le verrons bientôt. Mais, au fond, notre distinction existe et elle a souvent des intérêts pratiques très-importants. D'abord, quand il manque un des éléments essentiels d'une convention, comme le consentement ou l'objet, quelle

Les transactions qui manquent d'une des conditions essentielles ne donnent même pas naissance à des obligations naturelles. Celles qui portent sur un objet prohibé par la loi ne produisent pas non plus d'obligations naturelles, quand cette prohibition est d'ordre public, comme celle relative à la transaction portant sur des crimes; elles donnent naissance, en général, à des obligations naturelles, lorsque la prohibition n'a pas pour motif l'ordre public, par exemple lorsqu'elle a pour but de protéger certaines personnes, comme dans la transaction sur aliments [1]. Quant aux incapables, ils sont toujours tenus d'obligations naturelles. Nous renvoyons pour les détails à ce que nous avons dit aux chapitres I, III et IV.

221. — Avant de parler des conséquences de la nullité, nous avons à faire une observation, qui s'applique aussi à la rescision. C'est que la transaction étant nécessairement une convention synallagmatique (V. nos 22 et suiv.), est aussi nécessairement complexe, et il arrive souvent qu'une partie seulement de cette convention est nulle, le reste demeurant valable; il arrive aussi que, bien que la transaction tout entière soit nulle, il y a des

que soit la forme qu'elle revêt, elle est radicalement nulle. Ainsi, une stipulation ou une acceptilation émanant d'un fou est entièrement inexistante. De même, les actes d'un incapable tombent complètement, quand il demande la nullité; par exemple, l'acceptilation faite par un pupille *sine auctoritate tutoris* ne produit pas d'effet, dès qu'il en réclame la nullité. Mais les intérêts de notre distinction se présentent même en dehors de ces cas, quoiqu'ils soient moins importants. Ainsi un pacte de transaction émanant d'un fou, d'un incapable, ou portant sur un objet prohibé, ne donne pas lieu à l'exception d'une transaction, ou si le magistrat l'accorde, le juge dira qu'elle fait défaut en fait et il n'aura pas besoin d'une réplique pour l'écarter.

[1] V. Massol, *De l'Obligation naturelle*, 2e édit., pp. 24 et suiv.

actes consommés irrévocablement, qui ne peuvent être anéantis. Cela est généralement contraire à l'équité, et on a imaginé différents moyens pour y remédier. Nous en avons déjà parlé à plusieurs reprises (V. nos 126, 127, 134 et suiv.). Nous nous bornerons donc ici à indiquer sommairement comment les choses vont se passer pratiquement, en prenant pour exemple une transaction sur chose jugée.

222. — La chose jugée peut être ou bien en faveur du demandeur, ou bien en faveur du défendeur, c'est-à-dire qu'elle peut résulter ou d'un jugement de condamnation, ou d'un jugement d'absolution. Dans le dernier cas, si le défendeur a déjà exécuté la transaction ou fait une promesse, il peut intenter la *condictio sine causa* pour obtenir la restitution ou la libération (L. 3, D., *de cond. sine causa*, 12, 7). S'il n'a encore rien donné ni rien promis, le demandeur ne pourra ni reprendre son ancienne action, qui a été éteinte par la *litis contestatio*, ni intenter aucune autre action, car, alors même qu'il aurait faite une acceptilation, cette acceptilation étant nulle faute de dette, n'aurait point engendré l'action *præscriptis verbis* en faveur du prétendu créancier.

223. — Si nous supposons un jugement de condamnation, il faut nous demander si le demandeur s'est contenté d'un pacte *de non petendo* ou a fait une stipulation novatoire suivie d'acceptilation [1]. Dans le premier cas,

[1] Pour éteindre *ipso jure* l'obligation résultant d'une condamnation, il faut nécessairement commencer par la nover. En effet, l'ancien droit, sur le fondement duquel la condamnation a été prononcée, avait été éteint par la *litis contestatio*, qui avait donné naissance au droit

il intentera l'action *judicati*, et le défendeur ne pourra obtenir contre lui l'exception de pacte, ou s'il l'a obtenue, le juge dira qu'elle n'est pas fondée, parce que le pacte est entièrement nul.

S'il est intervenu une stipulation suivie d'acceptilation, l'action *judicati* est éteinte *ipso jure* et ne peut être reprise. C'est ce qui résulte de la loi 32, C., *h. t.* : « C'est un point non douteux qu'on transige inutilement sur la chose jugée : donc, si tu n'as pas éteint l'action qui te complète, par stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation, le président de la province veillera, conformément aux lois, à l'exécution du jugement. » Vinnius et Voët supposent qu'il s'agit là d'une stipulation Aquilienne intervenue gratuitement, parce que, disent-ils, celle qui serait intervenue *transigendi causa* étant complètement nulle, n'aurait pu éteindre l'action *judicati*. Mais il saute aux yeux que le texte ne parle que de la transaction et ce serait ajouter au texte que de supposer que la stipulation Aquilienne dont il est question serait gratuite. L'erreur

à la condamnation. Ce dernier droit a lui-même subi une transformation au moment de la condamnation, qui a engendré une nouvelle obligation. Donc, alors même que le droit primitif résultait d'une stipulation, l'acceptilation sans stipulation novatoire ne saurait éteindre *ipso jure* le droit résultant de la condamnation. Mais il faudrait se garder de dire, comme semble le supposer M. Accarias (*Thèse*, p. 91), qu'on doit toujours recourir à la stipulation Aquilienne. On peut, en effet, nover toute obligation sans recourir à la stipulation Aquilienne. Or, la condamnation n'engendre jamais qu'une obligation. Sans doute, comme, par hypothèse, le créancier ignore l'existence de la condamnation (n° 18), il ne stipulera pas le montant de la condamnation. Mais il peut très-bien stipuler ce qui lui est dû à l'occasion de telle ou telle affaire, par exemple à l'occasion d'une tutelle, d'une société. Maintenant la formule de la stipulation Aquilienne étant extrêmement commode, parce qu'elle embrassait toutes sortes de droits, peut-être s'en servait-on même quand elle n'était pas nécessaire : ce qui expliquerait pourquoi la loi 32, citée au texte, ne parle que de la stipulation Aquilienne.

de ces jurisconsultes provient de ce qu'ils pensent à tort que la stipulation Aquilienne intervenue en exécution d'une transaction nulle doit être nécessairement nulle. La stipulation Aquilienne, au contraire, a sa *causa* en elle-même et la transaction n'en est qu'un motif.

Donc la stipulation a définitivement éteint l'action *judicati ;* mais alors, quel est le remède dont on pourra se servir pour annuler pratiquement la transaction ? Cujas donne l'action *de dolo ;* mais cela me semble inadmissible. D'abord, l'action *de dolo* suppose nécessairement un dol commis par le défendeur ; donc elle n'est pas possible quand il n'y a aucun dol commis. Bien plus, l'action *de dolo* étant une action subsidiaire (L. 1, § 1, D., *de dolo malo*, 4, 3), s'il est démontré qu'il y a une autre action au profit du demandeur, il n'aura pas l'action *de dolo*. Or je prétends qu'il a une autre action : la *condictio sine causa*, au moyen de laquelle il demandera le payement immédiat de la condamnation, ou tout au moins la promesse en due forme de la payer ultérieurement.

Si le défendeur a déjà exécuté la transaction, ce qu'il a payé s'imputera sur la condamnation. S'il a par hasard exécuté et le jugement et la transaction, il aura la *condictio sine causa* pour répéter ce qu'il a payé *transigendi causa* (L. 7, § 1, D., *de trans. ;* — L. 23, § 1, D., *de condict. ind.*, 12, 6).

SECTION II

DE LA RESCISION DE LA TRANSACTION

224. — A la différence des actes nuls, les actes que nous appelons *rescindables* sont parfaitement valables

d'après les principes du droit, mais, par raison d'équité ou d'utilité publique, on permet au magistrat ou au juge de les rescinder. Donc, tandis que la nullité n'a pas besoin d'être prononcée, la rescision ne résulte que d'un décret ou d'une sentence [1].

225. — Écartons tout d'abord une cause de rescision qui ne s'applique pas à la transaction : je veux parler de la lésion [2]. La lésion toute seule n'a jamais été une cause

[1] V. pour l'erreur : Appleton, *Op. cit.*, II, pp. 32 et 33 ; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, pp. 224 et 225 ; Ortolan, *Op. cit.*, III, p. 221, *in fine ;* Maynz, *Op. cit.*, II, pp. 159 et suiv. ; — Pour le dol : Appleton, II, pp. 33 et suiv. ; Accarias, II, pp 223 et 224. ; Ortolan, III, p. 222 ; Maynz, II, pp. 161 et suiv. ; — Pour la violence : Appleton, II, pp. 35 et suiv. ; Accarias, II, pp. 223 et 224 ; Ortolan, III, p. 222 ; Maynz, II, pp. 168 et suiv. ; — Pour la minorité : Appleton, I, pp. 63 et suiv. ; Accarias, I, pp. 405 et suiv. ; Ortolan, II, pp. 193 et suiv. ; Maynz, I, pp. 609 et suiv. — V. en outre n° 220, 1re note.

Il ne faudrait pas dire, avec Doneau (*Ad leg.* 19, C., *de trans.*) et Vinnius (*De trans.*, cap. VIII), que ce résultat tiendrait au caractère de la transaction, qui serait un contrat de droit strict. Ce serait une grosse erreur : nous avons vu que la transaction par elle-même n'est pas un contrat, qu'elle peut revêtir la forme d'un contrat, mais qu'alors, elle n'est pas le plus souvent un contrat de droit strict, car elle revêt le plus généralement la forme d'un contrat innommé, qui est toujours, à notre sentiment, un contrat de bonne foi (L. 1, pr, *in fine*, D., *de æstimat.*, 19, 3 ; = I., 4, 6, § 28), et qu'elle n'est un contrat de droit strict que quand elle se forme par stipulation. Mais il ne faudrait pas non plus tomber, avec M. Accarias (*Thèse*, p. 145), dans l'autre exagération, et dire que « la transaction rentre dans la catégorie des contrats innommés, lesquels sont tous de bonne foi. » Nous nous empressons d'ajouter que le même auteur admet comme nous que la transaction peut aussi se former par stipulation, quand il traite des formes de la transaction (*Thèse*, pp. 28, 37, 38, 43 et suiv.). V. chap. II.

[2] On représente quelquefois la lésion comme étant toujours le résultat d'une erreur (Accarias, *Thèse*, p. 146 ; Jaubert, *Thèse*, p. 98). C'est une exagération. Sans doute, la lésion peut être le résultat d'une erreur, mais elle ne la suppose pas nécessairement, et la rescision de la vente pour cause de lésion semble avoir été précisément inventée en vue d'une lésion ne résultant d'aucune erreur, car elle a pour but

de rescision pour les majeurs jusqu'aux empereurs Dioclétien et Maximien. Ces empereurs introduisirent la rescision de la vente pour cause de lésion d'outre-moitié (LL. 2 et 8, C., *de rescind. vend.*, 4, 44). Cette décision, très critiquable, qui est, en tous cas, de droit exceptionnel, doit être interprété restrictivement et ne doit jamais être étendue par analogie. Ainsi je n'admettrais pas avec certains auteurs qu'elle serait appliquable à des contrats qui présentent plus ou moins d'analogie avec la vente. A plus forte raison, ne saurais-je l'admettre en matière de transaction, convention absolument aléatoire. Cela résulte d'ailleurs de la loi 78, § 16, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1, où Scévola déclare inattaquable une transaction qui cause une lésion de trois quarts. Cela résulte aussi de la loi 65, § 1, D., *de cond. ind.*, 12, 6, où Paul considère comme inattaquable une transaction sur un litige qui n'existait que dans l'imagination des parties, transaction qui, par conséquent, cause une lésion pour le tout à celui qui a payé ou promis quelque chose. Cela résulte enfin de tous les textes qui assimilent notre convention à la chose jugée et au serment (L. 2, D., *de jurej.*, 12, 2; — L. 230, D., *de verb. sign.*, 50, 16; — L. 20, C., *de trans.*). Tous ces textes, sauf le dernier, qui est de Dioclétien et Maximien mêmes, sont sans doute antérieurs à ces empereurs, qui introduisirent la rescision pour cause de lésion. Mais il faut croire, jusqu'à la preuve du contraire, que Justinien ou plutôt ses compila-

de protéger le vendeur qui sait bien que sa chose vaut beaucoup plus, mais qui est obligé de la vendre à vil prix, parce qu'il a un besoin pressant d'argent (Appleton, *Op. cit.*, II, p. 63; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit. II, p. 454, *in fine*; Ortolan, *Op. cit.*, III, p. 289).

teurs n'auraient pas inséré ces textes, si ceux-ci avaient été contraires au droit de leur temps.

226. — La question ne se serait même jamais posée, n'était un texte des mêmes empereurs Dioclétien et Maximien, qui semblent au premier abord donner la décision contraire à celle que je viens de soutenir (L. 5, C., *de dolo malo*, 2, 21). Ce texte suppose une fille émancipée et héritière de sa mère. Elle a pour tuteur son père, qui est son patron. Elle transige de bonne foi avec lui. Les auteurs du rescrit lui disent que, si elle a libéré son père par une novation suivie d'acceptilation et qu'elle éprouve une lésion considérable, elle peut intenter, non pas l'action de dol à cause des égards qu'elle doit à son père, mais une action *in factum*. D'où l'on pourrait être tenté de conclure que la lésion dans une transaction peut donner lieu à une rescision, et que cette rescision peut être demandée en intentant l'ancienne action, si cette action subsiste encore, l'action de dol dans le cas contraire, et l'action *in factum*, quand l'action de dol est impossible.

227. — Cette conclusion me semble tout à fait inadmissible. D'abord, pour pouvoir intenter l'action de dol, on doit établir un dol : la lésion toute seule ne constitue pas un dol. Puis, quand on permet de demander la rescision d'un acte pour cause de lésion, on détermine au moins le montant du préjudice nécessaire pour la demander, comme en matière de vente, où ce taux est de plus de la moitié. Ici on parle simplement d'une lésion considérable (*Si læsa es immodice*). Tout cela me fait croire que la conclusion qu'on tire de notre texte est fausse.

Faudrait-il alors admettre avec M. Accarias [1] que le père a pratiqué un dol, mais que l'action *in factum* « ne sera possible qu'autant que le dol aura causé à l'enfant un dommage de certaine gravité, et qu'on fermera les yeux sur un dol inoffensif [2] ou médiocrement préjudiciable ? » Je ne saurais admettre une pareille théorie qu'autant que j'aurais un texte autrement formel que notre loi 5.

Pour ma part, voici comment je propose d'expliquer ce texte, explication qui, à défaut d'autre mérite, a au moins celui de ne rien ajouter au texte. Dans le cas où le débiteur est un père et où la transaction cause à l'enfant un préjudice considérable, les empereurs Dioclétien et Maximien présument que le père a abusé de son ascendant et de la confiance de son enfant, pour se faire libérer à des conditions très avantageuses pour lui, et qu'il y a ainsi un véritable dol.

228. — Nous avons donc quatre causes de rescision de la transaction : 1° l'erreur ; 2° le dol ; 3° la violence, et 4° la minorité de vingt-cinq ans. Mais, pour cette dernière cause de rescision, nous en avons déjà parlé en traitant de la capacité. Nous ne nous occuperons donc ici que des trois autres causes.

§ I. — DE L'ERREUR

229. — L'erreur sur le point litigieux qui a fait l'ob-

[1] Thèse, p. 148.

[2] Il est bon de remarquer qu'un dol réellement *inoffensif* ne donne jamais lieu à l'action *de dolo*, car point d'intérêt, point d'action. C'est ce que nous apprendra aussi l'auteur que je combats dans son célèbre *Précis de Droit romain*, 3e édit, II, p. 1061.

jet de la transaction n'est jamais une cause de nullité ni de rescision. En effet, cette erreur était bien prévue au moment de la transaction, car, lorsque deux personnes émettent de bonne foi [1] des prétentions contraires, elles savent bien que l'une d'elles au moins se trompe, et quoique, d'habitude, chacun ait confiance dans le bien-fondé de sa prétention, il a au moins des doutes sur l'issue du procès. En effet, la question une fois portée en justice, on n'est jamais sûr de son gain. La transaction a eu justement pour but de mettre fin à cette incertitude, moyennant l'abandon des prétentions respectives, qui font place à des droits moindres, mais sûrs. Dès lors, comment veut-on rescinder cette transaction sous prétexte d'une erreur, c'est-à-dire de la découverte qu'on viendrait à faire après, des preuves du bien-fondé de sa prétention, que la transaction avait précisément pour but d'enterrer [2] ?

230. — Nous allons passer en revue les textes qui appliquent notre principe :

[1] Quand l'une des parties est de mauvaise foi, elle sait bien qu'elle n'a aucun droit et il ne peut y avoir question d'erreur de sa part. Mais nous avons vu qu'il n'y a pas alors transaction et qu'il y a même lieu à l'action *de calumnia* (nº 4).

[2] On prétend quelquefois que, dans ce cas, « il n'y a pas à proprement parler d'erreur (Jaubert, Thèse, p. 96). » Cela n'est pas exact. En effet, quand on a transigé croyant son droit douteux et qu'on trouve après des preuves certaines de son droit,ou quand le droit de son adversaire paraissait, sinon incontestable,du moins assez probable, ce qui a fait conclure la transaction, et qu'on acquiert la certitude de l'inexistence de ce droit, ou encore quand on a transigé sur une hérédité qui ne semblait contenir qu'une valeur de 100 et qu'on découvre ensuite qu'elle valait 200, est-ce qu'on peut dire qu'il n'y a pas d'erreur? Seulement ce sont des erreurs qu'on prévoyait ou qu'on devait prévoir: voilà pourquoi elles ne donnent pas ouverture à l'action en rescision.

1° La répétition de l'indu n'est pas possible après la transaction (L. 65, § 1, D., *de cond. ind.*, 12, 6; — L. 23, C., *de trans.*; — L. 6, C., *de juris et facti ignor.*, 1, 18; — LL. 2 et 11, C., *de cond. ind.*, 4, 5) [1].

2° Les écrits trouvés après la transaction et qui attesteraient soit que la prétention de l'une des parties transigeantes était complètement fondée, soit que l'avantage auquel elle avait droit était bien plus considérable que

[1] M. Molitor cite la loi 2, C., *h. t.*, comme un texte exprimant la même idée que ceux que je signale ici, ce qu'on peut soutenir à la rigueur (*Op. cit.*, II, p. 508). Mais ils ne me semblent rapporter fidèlement ni l'hypothèse prévue ni la décision contenue dans ce texte. « Supposons, dit-il, que dans le *doute*, une personne transige et *paye* à ce titre une somme que par la suite elle a trouvé ne pas devoir. *L'héritier légitime a transigé avec l'héritier testamentaire sur la validité du testament. Il offre de prouver ensuite que le testament est nul, révoqué*, qu'il ne devait pas ce qu'il a payé : d'après la loi 2, la transaction est valable, l'*erreur* tombant sur le point considéré comme *douteux*. » Or voici la traduction la plus fidèle du texte: « Puisque tu déclares avoir transigé avec ta sœur sur une hérédité et par suite avoir reconnu que tu lui devais une somme déterminée (et promis par stipulation de la payer), bien qu'il n'y eût eu aucune question d'hérédité, la transaction étant néanmoins intervenue par la crainte d'un procès, l'argent est considéré comme régulièrement promis, etc. » Ainsi le texte ne me semble supposer aucune erreur: il me semble dire en substance que, quand même il n'y aurait aucune raison de douter, la transaction intervenue pour éviter un procès qui allait s'engager n'en est pas moins valable. M. Molitor me semble donc supposer gratuitement un *doute* et une *erreur* que le texte ne suppose pas. Puis il suppose qu'on a *payé* une somme alors qu'on l'a seulement promise. Enfin, « *l'héritier légitime a transigé avec l'héritier testamentaire*, etc., » n'est qu'une pure invention de sa part, invention qui ne me semble même pas s'accorder avec l'idée exprimée dans le texte. Voici, selon moi, l'hypothèse la plus vraisemblable prévue dans la loi 2 : Luctatius, qui consulte l'empereur Caracalla, est un héritier testamentaire; sa sœur, qui, si le testament n'eût pas existé, aurait été sa cohéritière ab instestat, conteste la validité du testament ; Luctatius sait pertinemment que le testament est valable, mais, pour éviter un procès avec sa sœur, il lui promet de payer une somme déterminée. Il demande à l'empereur si sa promesse faite *transigendi animo* est valable, et l'empereur lui répond affirmativement.

celui qu'elle tire de la transaction, ne permettent pas de rescinder cette transaction (L. 78, § 16, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1 ; — L. 19, C., *de trans.*).

3° Enfin on ne peut pas non plus faire rescinder une transaction générale sous le prétexte de n'avoir pas songé à une partie des droits ou des objets qui formaient certainement l'universalité sur laquelle on a transigé, que l'existence de ces droits ou de ces objets fût ou non connue d'une manière précise au moment de la transaction (L. 12, D., *de trans.* ; — L. 29, C., *de trans.*) [1].

231. — Supposons maintenant que l'erreur porte sur un point que les parties considéraient comme certain et qui les a déterminées à transiger. Elle donne lieu à rescision, ce qui résulte des textes suivants :

1° L. 42, C., *h. t.* Une transaction est intervenue sur la foi de pièces fausses : elle est rescindable. Mais, pour cela, il faut trois conditions : 1° Il faut que le faux soit légalement prouvé, qu'il soit reconnu par jugement civil ou criminel ou par la partie qui a produit les pièces; 2° il faut que les parties ignorassent le faux ; si elles avaient des doutes sur la sincérité des pièces et qu'elles aient justement transigé sur ce point, la transaction sera inattaquable ; 3° il faut enfin que ce soient ces pièces

[1] On peut encore considérer comme une application de l'idée que j'ai exposée, la loi unique, C., *de errore calc.*, 2, 5, où il est dit que l'erreur de calcul doit être rectifiée, à moins qu'on ait transigé sur ce point. Ainsi l'erreur de calcul, glissée par mégarde même dans une transaction, doit être rectifiée; mais, si la transaction portait précisément sur cette erreur, ou tout au moins si, en transigeant, on voulait se défendre de soulever de nouveau des difficultés, même pour l'erreur de calcul, la transaction restera inattaquable. Par exemple, quand la transaction porte sur un compte compliqué, il peut arriver que les parties conviennent de ne point soulever de difficultés, même pour l'erreur de calcul.

fausses qui aient déterminé les parties à transiger, sans quoi nous retomberions dans le cas précédent, où l'erreur ne donne pas lieu à rescision. Le texte ajoute que, quand la transaction contient plusieurs clauses plus ou moins indépendantes les unes des autres, celles-là seules seront rescindées qui ont été déterminées par les pièces fausses [1].

232. — 2° L. 36, *in fine*, D., *famil. ercisc.*, 10, 2. Vous êtes héritier institué pour le tout; vous croyez par erreur que Titius est votre cohéritier et vous partagez l'hérédité avec lui. Vous découvrez plus tard que vous vous êtes trompé : pourrez-vous répéter ce que vous avez donné à Titius? Paul répond que si le partage a eu lieu en justice, vous ne le pouvez pas, mais que, si le partage était amiable, vous pouvez répéter, à moins que vous n'ayez transigé sur le point de savoir si Titius était votre cohéritier. Voilà, du moins, comment je comprends le texte de Paul. En voici l'explication : si les copartageants tenaient pour certain qu'ils étaient cohéritiers, comme l'erreur porte sur un point déterminant, car, s'ils n'étaient pas cohéritiers, il ne pouvait être question de partage, le partage amiable est rescindable; mais, si ce point était douteux et que les parties aient voulu en transiger, la transaction est inattaquable. Comme on le voit, le texte ne suppose pas une transaction intervenue entre deux

[1] Cette rescision partielle est le plus souvent contraire à la nature de la transaction, et il est généralement fort difficile d'affirmer que telle clause d'une transaction est absolument indépendante du reste. Les rédacteurs du Code avaient donc raison de rescinder entièrement une transaction fondée sur pièces fausses. Nous nous demanderons d'ailleurs, dans notre partie française, s'il ne vaudrait pas mieux supprimer complètement cette cause de rescision.

personnes qui se croient cohéritiers, mais un partage amiable, et il décide accidentellement que, si une transaction est intervenue sur la question de savoir si une des parties est cohéritier de l'autre, elle sera inattaquable. Cependant la même raison conduit à la même solution, en supposant une transaction au lieu d'un partage, d'autant plus qu'on peut soutenir que le partage cache une transaction, comme nous l'avons vu au commencement de cet ouvrage (n° 1, 2e note).

233. — L'auteur de la thèse remarquable que j'ai tant de fois citée, me semble complètement dans l'erreur, lorsqu'il prétend que Paul, dans ce texte, met en relief la différence entre le partage et la transaction, que, si le jurisconsulte déclare la convention rescindable, c'est qu'elle est un partage, et que, s'il était une transaction, elle serait inattaquable [1]. En effet, le jurisconsulte ne me semble pas du tout mettre en relief la différence entre le partage et la transaction, mais entre le cas où aucun doute n'existait chez les parties sur leur qualité de cohéritiers, et celui où une transaction est venue trancher ce point, qui leur semblait douteux au moment de la convention : *Plane si sine judice diviserint res*, nous dit-il, *etiam condictionem earum rerum, quæ ei cesserunt, quem coheredem esse putavit, qui fuit heres, competere dici potest :* NON ENIM TRANSACTUM INTER EOS INTELLIGITUR, CUM ILLE COHEREDEM ESSE PUTAVERIT. Donc, si les parties n'avaient aucun doute sur leur qualité de cohéritiers au moment de leur convention, que cette convention soit un partage ou une transaction, elle est rescindable. D'ail-

[1] Accarias, p. 2, note 1.

leurs, si dans l'hypothèse précédente (transaction sur pièces fausses), la transaction est rescindable, parce que l'erreur porte sur un point déterminant, pourquoi ne le serait-elle pas dans notre hypothèse, parce que, ici encore, l'erreur porte sur un point déterminant?

234. — On cite aussi la loi 3, § 2, D., *de trans.*, comme donnant la même solution que les deux textes précédents [1]. Mais, ce texte, dont je me suis occupé longuement plus haut (nos 210 et suiv.), ne tranche pas du tout notre question, il concerne la question de savoir par qui la transaction peut être opposée : il nous dit, en substance, que la transaction conclue par un possesseur d'hérédité ne peut être, en principe, opposé par le véritable héritier; il ne nous dit point si la transaction subsistera ou sera rescindée dans les rapports entre le possesseur d'hérédité et sa contre-partie, qui est dans l'hypothèse un débiteur héréditaire.

Seulement, par application de la règle qui se dégage, à mes yeux, des deux textes précédents, je n'hésite pas à dire que notre transaction est rescindable, car c'est uniquement sur la croyance que son cotransigeant est l'héritier de son créancier, que notre débiteur a transigé. Le futur inspecteur général des Facultés de droit le conteste dans sa thèse [2] : il prétend que la transaction ne tomberait qu'autant qu'il y avait *calumnia* de la part du possesseur d'hérédité, en s'appuyant sur la loi 65, § 1, D., *de cond. ind.* Mais j'espère avoir réfuté d'avance cette opinion, attendu que la loi 65 ne vise qu'une

[1] Maynz, *op. cit.*, II, p. 156, note 11, et p. 582, note 10 ; Molitor, *op. cit.*, II, p. 508 ; Dumas, *Thèse*, p. 79.
[2] P. 131, note 2.

erreur sur le point contesté, et non sur le point que les parties considéraient comme certain, seul cas auquel la transaction est rescindable en vertu de la loi 42, C., *h. t.*, et de la loi 36, D., *fam. ercisc.*

235. — M. Molitor a voulu rattacher à notre règle l'impossibilité de transiger sur chose jugée ; écoutons-le un instant :

« Nous avons vu plus haut, dit-il, que la transaction dans une cause souverainement décidée par un jugement à l'insu des parties, est nulle ; que cependant la transaction est valable lorsque les parties qui ont transigé ont douté de l'existence ou de la validité de cette décision même. Pourquoi la transaction est-elle nulle au premier cas, lorsque les parties ont ignoré l'existence du jugement ? Parce que, ayant ignoré le jugement, elles ont considéré comme certain ce point : que le litige n'était pas encore décidé, et que certainement elles n'auraient pas transigé si elles avaient eu connaissance du contraire.

« Au second cas, lorsque les parties ont eu des doutes sur l'existence du jugement, la transaction est valable, quel que soit l'événement. Ainsi, supposez que le jugement soit découvert après la transaction, celle-ci reste valable, la partie qui aura transigé sur ce point, ne pourra se prévaloir de la découverte pour faire annuler la transaction, qui a une cause suffisante dans le doute et l'incertitude des parties [1] ».

236. — Cette doctrine n'a rien d'irrationnel, mais je doute fort qu'elle fût celle des Romains. Ils disent que

[1] *Op. cit.*, II, p. 507.

la transaction sur chose jugée est radicalement nulle : *nullius esse momenti*, dit Ulpien (L. 23, § 1, D., *de cond. ind.*, 12, 6) ; *super judicato frustra transigi*, disent les empereurs Dioclétien et Maximien (L. 32, C., *de trans.*). Ils l'expliquent de la manière suivante : la transaction suppose nécessairement une incertitude ; or, quand il y a un jugement passé en force de chose jugée, cette incertitude manque et la transaction fait défaut. Sans doute, il suffit en principe que cette incertitude existe dans l'esprit des parties ; mais ici, les Romains ont cru devoir annuler la transaction, probablement par respect de la chose jugée [1]. Au contraire, dans le cas où il y a erreur sur un point déterminant, tous les éléments essentiels se trouvent réunis à mes yeux : je vais démontrer dans un instant que les parties ont réellement consenti malgré leur erreur ; il y a un point douteux, par hypothèse, qu'on a voulu trancher par une transaction ; il faut supposer aussi qu'il y a des concessions réciproques. Ainsi on ne peut pas dire qu'il n'y a pas transaction. Seulement cette transaction est entachée d'un vice qui, tout comme le dol et la violence, rend le consentement imparfait, sans cependant le détruire, et qui, par conséquent, permet la rescision de la transaction. Il est vrai que M. Molitor, avec bien d'autres, soutient que l'erreur qui nous occupe en ce moment exclut complètement le consentement, ce que nous verrons bientôt.

237. — On voit aussi quelquefois dans la loi 3, C., *h. t.*, une application de notre règle, à savoir que l'erreur sur un point déterminant que les parties, en transigeant,

[1] Nous verrons dans notre troisième partie si les rédacteurs du Code civil ont adopté cette doctrine.

considéraient comme certain, donne lieu à la rescision [1]. Voici l'hypothèse : vous avez transigé avec votre curateur sur les comptes de curatelle et vous avez éteint votre action au moyen de la stipulation Aquilienne. Mais, au moment de cette transaction, vous croyiez qu'il ne vous était dû que 200 ; votre curateur le contestait et prétendait qu'il ne vous devait que 100 : la transaction vous a donné droit à 150 [2]. Plus tard, vous découvrez qu'il vous était dû 300. Dans ce cas, dit l'empereur Alexandre Sévère, vous pouvez réclamer encore 100 à votre curateur, votre action n'étant pas considérée comme déduite dans la stipulation Aquilienne pour ces 100, auxquels vous n'avez pas songé en transigeant. Alors on dit qu'il y a erreur sur un point déterminant que vous considériez comme certain, à savoir que votre créance ne s'élevait pas au delà de 200.

Cette opinion, sans être insoutenable, s'accorde mal cependant avec la solution qu'on donne. Si c'était là une erreur du genre de celles qui sont prévues par les lois 42, C., *de trans.*, et 36, D., *fam. ercisc.*, elle devrait donner lieu à rescision. Or, ici, on ne rescinde pas du tout la transaction : on se contente de dire que les 100 auxquels vous n'avez pas songé resteront en dehors de la transaction et ne seront pas réputés éteints par la stipulation Aquilienne. Voilà pourquoi j'ai considéré notre

[1] Jaubert, *Thèse*, p, 96.

[2] M. Jaubert suppose qu'aucune incertitude n'existait sur le montant de la somme due par le curateur, mais que les parties étaient en désaccord, par exemple, sur le montant des impenses dues au curateur. Cette supposition ne me semble pas vraisemblable, car le rescrit parle du reliquat (*Quantam pecuniam reliquam ex administratione cura deberi probatum fuerit*), ce qui fait supposer que les impenses étaient déjà déduites, ou tout au moins, qu'elles faisaient un élément des comptes sur lesquels on a transigé.

texte comme une application de cette règle que la transaction se restreint aux objets auxquels on a songé, et non comme celle de la règle dont je m'occupe maintenant (n° 219).

238. — J'ai toujours supposé que l'erreur sur un point déterminant et que les parties considéraient comme certain, donne lieu à rescision, c'est-à-dire qu'elle n'annule pas de plein droit la transaction. Tel n'est pas l'avis général : on admet généralement que cette erreur exclut le consentement et rend la transaction inexistante [1]. Pour ma part, il m'est impossible de l'admettre, d'abord parce que la loi 42, C., *h. t.*, semble décider le contraire, en disant simplement que la transaction sera rétractée (*retractari*), ensuite parce que, juridiquement, cette doctrine ne me semble pas conforme aux principes généraux du droit romain. En effet, d'abord, dans l'hypothèse de pièces fausses, on ne peut pas dire qu'il n'y a pas consentement : le demandeur a bien consenti à abandonner sa prétention et le défendeur à faire une prestation, c'est du moins le cas ordinaire. Maintenant, comme ce consentement a été déterminé par une erreur, il est juste de permettre la rescision de la convention, qui n'est jamais nulle. Dans les deux autres cas, c'est-à-dire dans le cas où le seul héritier véritable traite avec une personne qu'il croit son cohéritier, et dans celui où le débiteur héréditaire transige avec un possesseur d'hérédité le prenant pour le véritable héritier, d'après les principes du droit français,

[1] Maynz, *op. cit.*, II, pp. 581 et 582; Molitor, *op. cit.*, II, pp. 506 et suiv. Dumas (*Thèse*, p. 79), après avoir déclaré que l'erreur est une cause de rescision, s'empresse d'ajouter que, quand elle porte sur un point que les parties ont considéré comme certain, il n'y a pas eu consentement.

on devrait dire qu'il y a défaut de consentement, car, en droit français, on exige l'existence de la cause, et il y a dans nos hypothèses erreur sur la cause. En effet, la cause de l'obligation de l'héritier qui transige avec un individu qu'il croit à tort son cohéritier est l'abandon des droits de ce dernier, dont l'existence ne fait point l'objet de la transaction. L'erreur porte donc sur cette cause. De même, l'obligation du débiteur héréditaire qui transige avec un héritier apparent a pour cause d'éteindre sa dette, certaine ou douteuse, à l'égard de la succession. Cette dette subsiste toujours à l'égard de la succession, la personne avec qui il a transigé n'étant pas le véritable héritier : voilà une erreur portant sur la cause [1]. Mais il n'en est pas de même en droit romain : on n'y exige pas, en principe, l'existence de ce que nous appelons la *cause*. Par exemple, quand on fait la promesse par stipulation de payer une somme, croyant la devoir déjà, en droit français, on dirait qu'il n'y a pas consentement, car il y a erreur sur la cause, mais, en droit romain, on dit que le consentement existe, car on a bien consenti à payer la somme, et que la promesse est valable d'après les principes du droit [2]. Il en doit être de même dans nos hypothèses.

239. — Quant aux moyens d'obtenir cette rescision, voici, à mon avis, comment ils variaient suivant les cas.

[1] Nous examinerons cependant, en traitant du droit français, si les rédacteurs du Code civil ont bien déduit cette conséquence logique des principes généraux qu'ils consacrent, ou s'ils n'admettent jamais qu'une cause d'annulation pour erreur sur la personne, même dans nos deux hypothèses.

[2] V. Appleton, *Op. cit.*, II, pp. 31 et 148 ; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, pp. 214, 215, 704 et 705 ; Ortolan, *Op. cit.*, III, pp. 155 et 156.

Supposons d'abord que c'est le demandeur qui veut faire rescinder la transaction. Si son ancienne action subsiste encore *ipso jure*, il l'exercera et il obtiendra une réplique de dol contre l'exception *pacti conventi* que demandera son adversaire. Si son action est éteinte *ipso jure*, la *restitutio in integrum* lui sera accordée, pourvu que le préteur considère son erreur comme *justus error* (L. 2, D., *de in integ. restit.*, 4, 1 ; — Paul, *Sent.*, 1,7, § 2). Dans l'hypothèse de la loi 36, *fam. ercisc.*, il aura la *condictio sine causa* (L. 36, *in fine*, D., *fam. ercisc.*, 10,2), et, par conséquent, il n'obtiendra pas la *restitutio in integrum*, qui est un moyen suprême. M. Accarias propose l'action *de dolo* [1]; mais je ne l'accepterai que quand il y aura dol [2], et, même dans ce cas, nous verrons bientôt que, si la *restitutio in integrum* est possible, il faut l'exercer de préférence à l'action de dol.

Si c'est le défendeur qui veut demander la rescision, avant l'exécution, il se bornera à ne pas exécuter la transaction, et, si son adversaire a acquis l'action *præscriptis verbis* ou l'action *ex stipulatu*, il obtiendra contre lui une exception de dol. S'il a déjà exécuté, il aura la *condictio sine causa* (L. 36, *in fine*, D., *fam. ecrisc.*, 10, 2).

[1] *Thèse*, p. 154.

[2] On pourrait m'objecter comment moi, qui viens d'accorder la réplique de dol et qui ne tarderai pas à accorder l'exception de dol pour cause d'erreur, je ne veux pas admettre l'action de dol pour la même cause. Ceci est tout naturel: quand on veut agir *de dolo*, il faut qu'on ait un dol à reprocher à son adversaire ; or, ici, on n'en a encore, avant d'agir, aucun à reprocher à son adversaire, qui n'en a point commis *ab initio ;* tandis que, quand c'est son adversaire qui agit, le fait qu'il agit constitue un dol de sa part : il devrait abandonner son action, dès qu'il aura connaissance de la cause de rescision ; de même, quand il est poursuivi, il devrait s'abstenir d'opposer l'exception tirée de la transaction entachée d'un vice : en ne le faisant pas, il commet un dol.

§ II. — DU DOL

240. — Si l'erreur a été déterminée par un dol, elle peut donner lieu à rescision, quand elle ne pourrait pas par elle seule produire cet effet : mais il faut, pour cela, qu'elle ait été déterminante. Les textes de notre matière en donnent deux exemples [1] ; 1° la loi 9, § 2, D., *h. t.*, rescinde une transaction entre deux cohéritiers, dont l'un a pratiqué un dol à l'égard de l'autre, pour lui cacher une partie de l'actif de la succession [2] ; 2° la loi 19, C., *h. t.*, permet encore la rescision d'une transaction conclue en l'absence des pièces concernant le droit litigieux et soustraites par l'une des parties [3].

Il est à peine besoin de dire que la partie qui a commis le dol ne peut jamais demander la rescision (L. 30, C., *de trans.*).

[1] Des auteurs citent encore la loi 65, § 1, D., *de cond. ind.*, 12, 6, comme une application de notre règle (Maynz, *Op. cit.*, II, p. 581, note 9 ; Molitor, *Op. cit.*, II, p. 509). Ceci me semble inexact, attendu que, dans le cas de la loi 65, la transaction est complètement nulle (n° 4).

[2] On peut rapprocher ce texte de la loi 35, D., *de pact.*, 2, 14, qui suppose un partage intervenu entre trois cohéritiers, dont l'un a soustrait une somme d'argent appartenant à la succession, et qui permet aux deux autres de demander leurs parts de cette somme d'argent, malgré la convention de partage qui interdit toute réclamation ultérieure, convention que l'auteur du fragment qualifie *transaction* (V. n° 1, 2e note).

[3] Le texte dit : *per se*, VEL PER ALIUM *subtractis instrumentis* ; d'où l'on pourrait être tenté de conclure que la soustraction, opérée même par un autre que l'une des parties, donnerait lieu à rescision. Ce serait une erreur : un dol commis par un tiers ne permet jamais la rescision de la convention (V. Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 223). Il ressort d'ailleurs clairement du verbe *extorsisse* employé par les auteurs du rescrit, qu'il s'agit là d'une soustraction commise par l'une des parties, soit par elle-même, soit par intermédiaire d'un tiers.

J'ajoute que c'est celui qui allègue le dol, qui doit en fournir la preuve (L. 13, C., *de trans.*). Il ne suffit pas d'une simple allégation de dol (L. 22, C., *de trans.*).

Enfin il va de soi que, si la transaction porte précisément sur la question de dol, elle n'est pas rescindable (L. 4, *in fine*, C., *de trans.*). C'est un dol qui a déterminé l'une des parties à conclure la transaction, qui donne seul lieu à rescision, et non celui qui avait pu être commis auparavant et sur lequel on a transigé.

241. — Voici maintenant comment on met en mouvement cette cause de rescision.

Je suppose d'abord que c'est le demandeur qui a été victime de dol. Conserve-t-il encore *ipso jure* son ancienne action ? il l'exercera et obtiendra une réplique de dol contre l'exception de transaction qu'on lui opposera (L. 19, C., *de trans.*).

A-t-il perdu déjà *ipso jure* son action primitive? il aura l'action de dol, et, dans le cas où la qualité du défendeur empêchera cette action, elle sera remplacée par une action *in factum*, qui produira les mêmes effets, moins l'infamie (L. 11, § 1, D., *de dolo malo*, 4, 3. ; — LL. 4 et 19, C., *de trans.*; — L. 5, C., *de dolo malo*, 2, 21) [1].

[1] M. Accarias fait ici une remarque qu'il m'est difficile d'admettre dans ses termes mêmes (*Thèse*, p. 152). Il prétend qu'en cas de stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation, « pour que l'action *de dolo* ou l'action subsidiaire *in factum* puisse naître, il faut nécessairement que le dol ait existé au moment même de l'acceptilation ; qu'il ne suffirait pas qu'il eût été pratiqué lors de la stipulation Aquilienne. » D'abord, l'auteur me semble mal inspiré en supposant une stipulation Aquilienne extorquée par dol et l'acceptilation exempte du même vice, car il admet avec moi que ces deux opérations sont inséparables (*Thèse*, p. 24 ; — V. n° 38). Dès lors, la question ne peut guère se poser ; imaginerait-on que le dol qui a déterminé la stipulation Aquilienne est découvert avant l'acceptilation, qui peut intervenir quelques in-

On sait que l'action de dol et l'action subsidiaire *in factum* sont annales et intransmissibles passivement. D'où l'on pourrait conclure que le demandeur, victime du dol, qui aurait laissé périr son action *ipso jure*, serait moins bien traité que celui qui l'aurait éteinte seulement *exceptionis ope*. Mais cela n'est pas. En effet, il ne faut pas oublier que, si l'action de dol est annale et intransmissible passivement, après l'année, ou après la mort du débiteur, on peut, toujours en cas de dol, intenter une action *in factum*, fondée sur le principe : *Nemo debet ex alieno damno esse locuples*, qui est perpétuelle et transmissible aussi bien passivement qu'activement. Or, ici, la perte de l'action profite tout entière au défendeur ou à ses héritiers, et, si le demandeur n'a encore rien reçu *transactionis causa* ou s'il rend ce qu'il a reçu, l'action *in*

stants après la stipulation ? dans ce cas, comme l'acte n'est pas encore complet, si la victime du dol ne consent pas à faire acceptilation, la stipulation toute seule ne produirait aucun effet ; si l'acceptilation a lieu après la découverte du dol, elle confirme le commencement de l'opération, qui n'était pas sans tache. Mais tout cela n'est pas bien pratique, et, pour rendre la question réellement intéressante, il faudrait supposer une novation ordinaire suivie d'acceptilation. Ici il y a deux actes bien distincts et dont l'un peut être vicié, tandis que l'autre ne l'est point. Si, après avoir fait une novation par suite d'un dol commis par l'autre partie, le créancier découvre ce dol, il peut immédiatement exercer l'action de dol ou toute autre voie qui la remplacera. Il va sans dire que, s'il n'a pas encore découvert le dol au moment de l'acceptilation, bien que le dol n'ait pas été pratiqué à ce moment, il peut toujours demander la rescision de la convention. Si, maintenant, il a fait l'acceptilation malgré la connaissance du dol, dont il avait été victime au moment de la novation, l'acceptilation vaut conformation. D'ailleurs, le texte que l'éminent auteur cite à son appui (L, 1, § 7, D., *de dolo malo*, 4, 3) n'a aucunement trait à notre question : il décide simplement que, quand le demandeur avait une autre action que l'action de dol, qu'il a éteinte sciemment malgré la connaissance du dol, il n'aura pas l'action de dol, à moins que cette extinction même n'ait été extorquée par dol.

factum doit lui présenter tous les avantages de la première action (L. 28, D., *de dolo malo*, 4, 3).

La victime du dol, qui a l'action de dol, a aussi la *restitutio in integrum* (L. 1, et L. 7, § 1, D., *de in integ. restit.*, 4, 1 ; — L. 1, § 6, D., *de dolo malo*, 4, 3 ; — L. 33, D., *de re judic.*, 42, 1 ; — Paul, *Sent.*, 1, 7, § 2). Or l'une et l'autre sont des voies subsidiaires, dont on ne peut user qu'à défaut d'autre. Peut-on exercer l'une ou l'autre à son choix? Non ! voici, à mon avis, le principe : Lorsque les deux voies sont également ouvertes, il faut demander la *restitutio in integrum*, de préférence à l'action *de dolo* (L. 7, § 1, D., *de in int. restit.*, 4, 1; — L. 1, § 6, et L. 38, D., *de dolo malo*, 4, 3 ; — L. 33, D., *de re judicata*, 42, 1). Seulement la *restitutio in integrum*, qui n'était jamais accordée que *cognita causa* et qui semble avoir été abandonnée au pouvoir discrétionnaire du magistrat [1], s'accordait difficilement aux majeurs, bien qu'elle le fût plus facilement aux mineurs. Voilà comment on peut expliquer la loi 38, D., *de dolo malo*, 4, 3, qui, dans un cas de dol, accorde l'action *de dolo* aux majeurs et la *restitutio in integrum* aux mineurs. En effet, dans le premier cas, la *restitutio in integrum* était possible en théorie ; mais, comme elle s'accordait difficilement en fait, on recourait plutôt à l'action *de dolo* ; tandis que, dans le second cas, comme la *restitutio in integrum* s'obtenait facilement, on la demandait plutôt que l'action *de dolo* [2].

[1] V. Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 1328.

[2] En ce sens : Appleton, *Op. cit.*, II, p. 35. — V. cependant Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 1068, 2°.

M. Accarias soutient que « la *restitutio in integrum* ne présente un intérêt que lorsque la partie coupable de dol a aliéné gratuitement la chose qu'elle tenait en vertu de la transaction, parce que le dol n'est opposable qu'à l'auteur même du dol et à ses ayant-cause à titre gra-

Si c'est le défendeur qui a été victime de dol, n'a-t-il pas encore exécuté ? il n'exécutera pas, et, si son adversaire a acquis contre lui une action, soit l'action *præscriptis verbis*, soit l'action *ex stipulatu*, il la repoussera au moyen de l'exception de dol. A-t-il déjà exécuté ? il demandera la restitution de ce qu'il a donné au moyen de la *condictio sine causa*.

§ III. — DE LA VIOLENCE

242. — La violence est une cause de rescision de la transaction, comme de toutes les conventions (LL. 13 et 35, C., *de trans.* ; — *Veteris jurisc. consult.*, IX, 3). Mais, pour cela, il faut que la violence ait causé une crainte telle que la victime n'avait pas la liberté de consentir ou de ne pas consentir. C'est, d'ailleurs, à celui qui allègue la violence, à en fournir la preuve, comme ce qui arrive en cas de dol (L. 13, C., *de trans.*). La loi 35, C., *h. t.*, qualifie d'improbité l'acte d'une personne qui, sous prétexte de violence, demande la rescision d'une transaction conclue devant des amis et qui a déjà reçu exécution.

243. — Les moyens de réaliser la rescision pour cause de violence sont un peu différents de ceux que nous avons indiqués dans les deux cas précédents, bien qu'ils soient, à quelques détails près, sensiblement ana-

tuit. » (*Thèse*, p. 153.) Ceci me semble contestable, et je ne trouve mieux que de renvoyer à ce que l'auteur même que je combats écrira plus tard dans son *Précis de Droit romain*, auquel j'ai fait tant d'emprunts (3e édit., II, pp. 1068, 1069, 1329 et suiv.). V. aussi Appleton, *Op. cit.*, II, p. 262, IV.

logues ; car la violence est un vice du consentement autrement grave que le dol ou la simple erreur.

Commençons toujours par le demandeur qui aura été victime de violence. S'il conserve son ancienne action *ipso jure*, il l'exercera et brisera par la réplique *metus* l'exception de pacte qu'on peut lui opposer.

S'il a perdu *ipso jure* son action primitive, il aura l'action *quod metus causa* contre l'auteur de la violence ou contre tous ceux qui en profitent, notamment contre l'ancien défendeur; ou même contre l'acquéreur de bonne foi, car la violence, à la différence du dol, n'a pas besoin d'avoir été exercée par l'une des parties pour donner lieu à rescision. Le juge ordonnera, dans son *arbitrium*, de rétablir les choses dans leur premier état, c'est à-dire de retransférer la propriété, si elle a été perdue *ipso jure*, de payer ou de promettre la somme due, s'il en a été fait acceptilation, etc. Dans le cas où l'*arbitrium* n'aura pas été exécuté, le juge condamnera le défendeur au quadruple (L. 9, § 7, D., *quod metus causa*, 4, 2).

La victime de la violence a en outre l'action de dol (L. 14, § 13, D., *quod metus causa*, 4, 2) et l'*in integrum restitutio* (L. 1, D., *de in integ. restit.*, 4, 1 ; — L. 9, §§ 4 et 6; L. 21, §§ 5 et 6, D., *quod metus causa*, 4, 2; — L. 3, C., *de his quæ vi metusve causa*, 2, 20; — Paul, *Sent.*, 1, 7, § 2). L'utilité de l'action de dol résulte de l'infamie qui y est attachée. En effet, d'un côté, l'infamie effrayera bien des gens, plus que la condamnation au quadruple ; d'un autre côté, la victime de violence, quand elle est riche, tiendra souvent à faire punir le coupable par l'infamie, plutôt qu'à le faire condamner pécuniairement. Voilà pourquoi l'action de dol est donnée à côté de l'action *quod metus causa*, qui est pécuniai-

rement plus avantageuse; la victime de la violence aura le choix.

Quant à la *restitutio in integrum*, son utilité ne se conçoit pas au premier abord. Tandis que la *restitutio in integrum* n'aboutit jamais qu'à la réparation du dommage causé et ne s'accorde que pendant une année, l'action *quod metus causa* est *in quadruplum* pendant une année et *in simplum* après. Cette dernière voie n'est-elle donc pas toujours plus avantageuse que la première? Non! voici l'utilité de la *restitutio in integrum*. Supposez, par exemple, Primus qui se prétendait propriétaire d'un immeuble possédé par Secundus. Celui-ci a forcé son adversaire, par violence, à faire une stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation, moyennant une somme d'argent promise. Puis il a transmis à Tertius la propriété de cet immeuble. Sans doute, Primus, en intentant l'action *quod metus causa* contre Secundus, pourra obtenir le prix de l'immeuble ou même le quadruple, si Secundus est solvable. Il a aussi la même action contre Tertius, qui se trouve dans l'alternative de rendre la chose ou de payer le quadruple et qui, par conséquent, préférera d'ordinaire restituer l'immeuble [1]. Mais, si l'un et l'autre sont insolvables, puisque l'action *quod metus causa* est personnelle, bien qu'*in rem scripta,* Primus ne

[1] M. Accarias ne semble pas admettre cette action contre le tiers-acquéreur, parce qu'il s'écrie: « Comment veut-on que l'action *quod metus causa*, qui est personnelle, atteigne entre les mains de l'acquéreur une propriété valablement acquise ? » (*Thèse*, p. 150.) Mais c'est justement ce que nous dit la loi 14, § 5, D., *quod metus causa*, 4, 2. Il est vrai qu'Ulpien nous y révèle une certaine controverse sur ce point, mais, pour sa part, il se prononce dans le sens que nous avons indiqué au texte, avec Vivianus et Pédius, et, puisque nous trouvons ce fragment dans le Digeste et que nous n'en trouvons aucun qui le contredise, il faut bien admettre que c'est la solution définitivement admise.

pourra avoir ni la chose ni son prix. Il lui est donc plus avantageux, dans ce cas, d'obtenir la *restitutio in integrum*, par suite de laquelle, l'acceptilation étant rescindée, une action réelle fictice lui sera accordée (L. 9, § 4, D., *quod metus causa*, 4, 2). Voilà pourquoi les Romains donnaient aux violentés le choix entre l'action *quod metus causa*, l'action *de dolo* et la *restitutio in integrum*, bien que les deux dernières voies fussent en principe subsidiaires.

244. — Supposons maintenant que c'est le défendeur qui a été victime de violence. S'il n'exécute pas encore, il n'aura pas à exécuter, et, si son adversaire intente contre lui l'action *præscriptis verbis* ou l'action *ex stipulatu*, il la repoussera au moyen de l'exception *metus* [1]. S'il est poursuivi par l'ancienne action, il opposera tous les moyens de défense qui lui appartenaient avant la transaction ; et, si le demandeur invoque la réplique de pacte, il sera repoussé par une *duplicatio metus*. Nous verrons, dans la section suivante, dans quel cas le demandeur peut invoquer la réplique de pacte.

Si le défendeur a déjà exécuté, en vertu des mêmes textes et des mêmes motifs que dans le cas précédent, il aura le choix entre l'action *quod metus causa*, l'action *de dolo* et la *restitutio in integrum*, pour se faire restituer ce qu'il a donné ou fait.

[1] Il peut même prendre les devants et se faire donner acceptilation, s'il s'est engagé par stipulation (L. 9, § 7, *in fine*, D., *quod metus causa*, 4, 2). C'est là une des différences entre la violence et le dol. En cas de dol, comme l'action de dol est une action subsidiaire, elle n'est pas accordée au promettant qui a l'exception de dol (L. 40, D., *de dolo malo*, 4, 3), tandis que l'action *quod metus causa* n'ayant point ce caractère, peut être accordée, même dans le cas où le défendeur a l'exception *metus*.

SECTION III

DE LA RÉSOLUTION DE LA TRANSACTION

245. — La transaction, comme toutes conventions, peut être résolue du commun accord des parties, si toutefois la résolution ne cause aucun préjudice aux tiers, ou ce qui revient au même, les parties peuvent convenir entre elles d'une résolution de leur convention, qui ne nuira pas aux tiers. Les moyens d'opérer cette résolution varient suivant les formes dont se revêt la transaction.

A-t-on transféré la propriété ou un autre droit réel? L'acquéreur vous le retransférera (L. 14, C., *de trans.*).

A-t-on stipulé? On fera acceptilation.

A-t-on fait acceptilation? On stipulera de nouveau.

S'est-on contenté d'un pacte? Un pacte nouveau suffira.

246. — Dans ce dernier cas, le défendeur peut souvent résoudre la transaction, malgré le demandeur. En effet, comme l'autre partie, n'a, par hypothèse, rien donné, ni rien fait [1], ni non plus rien stipulé, elle n'aura aucune autre action que son action primitive. Supposons donc que le demandeur intente son ancienne action. Si le défendeur lui oppose un moyen de défense direct, il ne pourra pas invoquer la transaction. Ceci ne fait pas de doute pour les actions de droit strict. Mais, pour les actions de bonne foi, il y a une raison sérieuse d'en douter,

[1] Nous écartons les cas exceptionnels où un pacte produit *ipso jure* l'extinction du droit litigieux, et où, par conséquent, il constitue un fait engendrant un contrat innommé (n^os^ 32, 2°, et 43).

car, là, le juge doit en principe statuer d'après l'équité (*ex bono et æquo*) et l'équité exigerait que le défendeur qui a transigé, exécute la transaction, au lieu d'invoquer les moyens de défense auxquels il a expressément ou tacitement renoncé en transigeant. Cependant la théorie romaine des pactes ne nous permet pas de décider que, si le défendeur invoque un moyen de défense direct, le demandeur pourra le repousser, en alléguant la transaction. En effet, les pactes *ex intervallo*, même ajoutés aux contrats de bonne foi, ne produisent leur effet qu'*exceptionis ope* (L. 7, § 4; L. 27, § 2, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 72, pr., D., *de contr. empt.*, 18, 1 ; — L. 13, C., *de pact.*, 2, 3) [1]. A plus forte raison, tout pacte ayant pour but d'apporter des modifications à une action, même de bonne foi, qui ne résulte pas d'un contrat, mais *quasi ex contractu*, ne produira-t-il son effet qu'*exceptionis ope : Ex pacto actio neque nascitur neque tollitur* (L. 6, D., *de pact.*, 2, 14). Donc, lorsque le défendeur d'une action de bonne foi intente son ancienne action, après avoir transigé par pacte, si le défendeur ne lui oppose pas une exception, mais un moyen de défense direct, il n'aura aucun moyen de le forcer à respecter la transaction.

247. — Supposons maintenant que le défendeur invoque une exception qu'elle avait déjà avant la transaction. Ici il faut distinguer si l'action intentée est une action de bonne foi ou de droit strict. L'action est-elle de bonne foi : le demandeur peut repousser l'exception opposée par le défendeur, au moyen d'une réplique de pacte.

[1] Il faut toujours excepter les contrats consensuels non encore exécutés par aucune des parties (*rebus integris*), qui s'éteignent *ipso jure* par un pacte de transaction (n° 32, 2°).

Et le défendeur ne pourrait pas lui dire que c'est lui qui a commencé par violer la transaction, en intentant son ancienne action, à laquelle il avait renoncé, car il peut répondre qu'en intentant son action, il n'a pas du tout violé la transaction, que, l'*intentio* de son action étant ainsi conçue : *Quidquid ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere oportet ex fide bona*, il a pu s'en servir pour réclamer ce qui lui est dû *transactionis causa*.

Au contraire, si l'action est de droit strict, le demandeur ne peut invoquer la réplique de pacte que dans le cas où, l'objet dû restant toujours le même, la quantité seule en a été réduite par la transaction, et où le demandeur a eu soin de ne réclamer que cette quantité réduite, car, autrement, on peut lui reprocher d'avoir le premier enfreint la transaction, en réclamant autre chose que la chose due en vertu de la transaction, ou plus qu'il n'est dû en vertu de la même convention[1].

248. — Quoi qu'il en soit, si le défendeur n'oppose pas l'exception de transaction, il arrivera souvent que la transaction se trouve résolue. Dans ce cas, si le défendeur a déjà exécuté la transaction, en tout ou en partie, il pourra intenter la *condictio causa data, causa non secuta*, pour demander la restitution de ce qu'il a donné (L. 23, pr., D., *de cond. ind.*, 12, 6)[2].

[1] M. Accarias me semble trop absolu, lorsqu'il enseigne que « le défendeur, tant qu'il n'a pas exécuté, reste absolument libre de maintenir ou de résoudre la transaction ; qu'il lui est loisible, en effet, de ne pas répondre à la poursuite du demandeur par l'exception de pacte, et de s'en tenir aux moyens de défense qu'il pouvait invoquer antérieurement (*Thèse*, p. 40). »

[2] Cf. n° 44.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA TRANSACTION

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

249. — Après que le Droit romain eut été introduit dans l'ancienne France, il ne semble pas avoir subi de notables modifications dans notre matière. Et le peu de changements qui s'y introduisirent étaient dus pour la plupart à une mauvaise interprétation du Droit romain, interprétation qui fut quelquefois soutenue dans un but louable par de grands jurisconsultes comme les Dumoulin, les D'Argentré, les Pothier.

Nous allons donc parcourir rapidement les modifications principales qui furent apportées aux règles de Droit romain que nous venons d'étudier. Ces modifications concernent: 1° l'Objet de la transaction; 2° la Capacité requise pour transiger; 3° l'Effet de la transaction; enfin 4° la Rescision de la transaction.

CHAPITRE PREMIER

DE L'OBJET DE LA TRANSACTION

250. — Le principe était, dans l'ancien Droit français comme en Droit romain et dans le Droit français actuel, qu'on ne peut transiger que sur des objets qui sont dans le commerce. Seulement, quand il s'agit d'appliquer ce principe, il se présente des difficultés analogues à celles que nous avons vues pour le Droit romain.

D'abord, pour les questions d'état, on admettait généralement que la transaction était valable quand elle consacrait un état favorable, mais qu'elle était nulle dans le cas contraire, et cela, par suite d'une interprétation selon nous erronée du Droit romain[1].

L'application la plus importante de cette idée se trouve en matière de mariage. On décidait généralement que la transaction ayant pour but de valider un mariage attaqué comme nul était valable, tandis que celle qui devait annuler ce mariage était nulle. Il est vrai que le chapitre XI des Décrétales, *De transactionibus*, semble dire le contraire : « *Poteris ad componendum interponere partes tuas, et interdum aliquid severitati distrahere, exceptis nimirum casibus, qui compositionis, sive dispensationis remedium non admittunt utpote, conjugii sacramentum; quod cum, non solum apud Latinos et Græcos, sed*

[1] V. nos 82 et suiv.

etiam apud fideles et infideles existat, a severitate canonica, circa illud, recedere non licebit. » Mais la glose nous dit: « *Sic patet quod in matrimonio non habet locum transactio vel compositio*, UT CONTRA MATRIMONIUM ALIQUOD STATUATUR. » Et cette interprétation était enseignée par un grand nombre d'auteurs [1].

251. — Les différences peut-être les plus notables existaient entre le droit romain et l'ancien droit français, relativement à la transaction sur crimes et délits.

Rappelons brièvement les règles du droit romain: 1° La transaction sur délits privés est valable, sauf l'infamie qui frappe le défendeur par cela seul qu'il a transigé, quand l'action sur laquelle il a transigé était infamante; 2° la transaction sur crimes privés est nulle, l'accusateur est puni, et l'accusé, selon nous, est tenu pour *confessus* et noté d'infamie; 3° la transaction sur crimes publics est nulle; l'accusateur est puni; l'accusé aussi est puni si la transaction intervient après que la poursuite est engagée, excepté dans les accusations capitales, sur lesquelles il peut impunément transiger; il y a maintenant une exception générale, selon nous, pour l'accusation de faux, sur laquelle on peut transiger valablement sans avoir à craindre aucune peine [2] ni pour l'accusateur ni pour l'accusé [3].

252. — En droit germanique, le fondement de toute

[1] Gonzalès, sur le chap. XI des Décrétales, *Ex parte tua : De transact.;* Vinnius, *De transact.*, chap. 4, n° 12; Voët, *De transact.*, n° 15; Gregorius Tholosanus, *Syntagma juris*, *De trans.*, p. 3, lib. 28, c. 2, n° 17; *Urceolus*, *De transact.*, quæst. 28, n° 32 et 36.

[2] L'accusé sera cependant tenu pour *confessus* et noté d'infamie.

[3] V. n°s 90 et suiv.

pénalité était l'idée de la vengeance privée. Si donc la victime d'un crime consentait à transiger avec le coupable, personne ne pouvait poursuivre ce dernier. Cette vengeance privée qui revêtait dans les premiers temps des formes brutales, ne tarda pas à se transformer en une réparation pécuniaire, la *composition*. Peu à peu, cette composition, qui au début n'était qu'une faculté pour l'offensé, finit par devenir la peine principale de tous crimes. Or la composition n'était qu'une sorte de transaction conclue entre l'accusateur et l'accusé devant le juge. Il était donc naturellement permis aux parties de transiger avant d'aller devant le juge.

Cependant, dès les premiers siècles de l'ère chrétienne, on voit une partie des compositions attribuée au fisc sous le nom de *fredum*. D'autre part, certains crimes qui semblaient troubler tout particulièrement l'ordre public, comme l'incendie, le rapt, l'effusion de sang dans les églises, étaient punis non seulement de la composition, mais aussi du *bannum*, c'est-à-dire une amende de 60 sous prononcée au profit du roi. On comprend dès lors que la loi salique interdit aux parties lésées de nuire aux droits du fisc en transigeant avec les coupables. On y voit déjà un germe de distinction entre l'action publique et l'action civile.

253. — Après que la pratique eut consacré cette distinction entre l'action publique et l'action civile, les parties lésées ne pouvaient en principe transiger que sur l'action civile. Mais les juges et les officiers du ministère public pouvaient transiger sur l'action publique. Ce n'est qu'à partir du XVI^e^ siècle que cette transaction sur l'action publique fut interdite aux magistrats. D'un autre

côté, l'ordonnance de 1670 décide encore que pour les crimes non capitaux et non punis de peine afflictive, les parties lésées pourront empêcher toute poursuite par des transactions conclues avec les coupables.

Bref, au XVII^e^ siècle, les parties lésées pouvaient seules transiger. Cette transaction ne pouvait porter que sur l'action civile, s'il s'agissait de crimes capitaux ou punis de peine afflictive; elle pouvait éteindre et l'action publique et l'action civile, s'il s'agissait de tous autres crimes. Cette règle souffrait une exception: on ne pouvait transiger sur le crime de faux, sous le prétexte que la transaction n'étant possible que sur les crimes commis, le faux qu'on considérait comme un crime successif dont la perpétration se renouvelait chaque fois que le titre falsifié produisait un effet, ne pouvait jamais faire l'objet d'une transaction. L'article 52 du titre II de l'ordonnance de juillet 1737, tout en permettant de transiger sur le faux, soumit cette transaction à l'homologation de justice. « Aucunes transactions, nous dit cet article, soit sur l'accusation de faux principal ou sur la poursuite du faux incident, ne pourront être exécutées, si elles n'ont été homologuées en justice, après avoir été communiquées à nosdits procureurs ou à ceux des hauts justiciers, lesquels pourront faire à cet égard telles réquisitions qu'ils jugeront à propos. » C'est l'origine de l'article 249 du Code de procédure civile, qui applique cette disposition seulement au faux incident.

254. — La transaction avec la partie lésée ne mettait pas l'accusé en pleine sécurité: le ministère public pouvait souvent le poursuivre par l'action publique, et dans ce cas, la transaction faisait présumer la culpabilité. Pour

échapper à cette conséquence, on imagina de recourir à la cession de droits. L'accusé trouvera un homme complaisant qui achètera les droits de la partie lésée et qui, au lieu de chercher à prouver la culpabilité de l'accusé, tâchera d'établir son innocence. Le plus souvent, c'est l'accusé qui paye le prix de cession et les dépens, et c'est au fond une transaction déguisée.

Les inconvénients d'un pareil procédé sautent aux yeux : bien des crimes restent impunis ; le ministère public est souvent désarmé devant la collusion de l'accusé et du cessionnaire. Pour atténuer ces inconvénients, la jurisprudence mit au droit du cessionnaire les cinq restrictions suivantes : 1° Il est sujet à la contrainte par corps, pour le payement du prix de la cession qui lui a été faite ; 2° on ne lui adjugeait point la réparation, mais seulement le prix de la cession ; 3° si les juges présumaient une fraude, ils permettaient au cédant de poursuivre le crime, malgré la cession en remboursant au cessionnaire le prix qu'il avait payé ; 4° le cessionnaire devait fournir caution des dommages-intérêts et des frais, qu'il devait payer en cas de perte du procès ; 5° dans le même cas, il était puni de la peine de la calomnie [1].

255. — En somme, les règles de l'ancien droit français relatives à la transaction sur crimes et délits étaient profondément différentes de celles du droit romain. Et ce qu'il y a de remarquable, c'est que le crime de faux, sur

1. V. Pour tout ce qui concerne la transaction sur crimes et délits dans l'ancien droit français : Faustin Hélie, *Traité de l'Instruction criminelle*, 2e édit., I, nos 414 et suiv. ; II, nos 576, 606 et suiv. ; Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 5e édit., I, p. 6 ; Sourdat, *Traité général de la Responsabilité*, 3e édit., I, p. 141 et 145 ; et les nombreux auteurs cités dans ces ouvrages.

lequel, à notre sentiment du moins, la transaction était permise par exception en droit romain, était précisément dans l'ancien droit français un crime sur lequel la transaction était exceptionnellement interdite, ou tout au moins soumise à une certaine restriction.

256. — Quant à la transaction sur aliments, elle était entièrement soumise aux règles du droit romain. Nous n'en parlerons donc pas davantage [1].

257. — Reste la transaction sur un testament. Nous avons vu qu'en droit romain, on pouvait transiger, à notre avis, même sur un testament dont on ne connaissait pas encore les termes (nos 128 et suiv.). Dans l'ancien droit français, de nombreux auteurs voyaient une disposition prohibitive dans le texte de la loi 6, D., *De trans.* Il y en avait même qui allaient jusqu'à interdire aux parties de renoncer formellement, en transigeant, à la représentation du testament. Mais ce n'est là, pour nous, qu'une fausse interprétation de la loi 6 [2].

[1] V. Troplong, *Du Cautionnement et des Transactions*, pp. 617 et suiv.) et les auteurs qui y sont cités.
[2] V. Troplong, *Op. cit.*, pp. 623 et suiv.

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ REQUISE POUR TRANSIGER

258. — Il serait trop long de tracer ici, même sommairement, toutes les règles de capacité adoptées aux différentes époques de l'ancienne France. Je me contenterai donc de parler des mineurs en tutelle.

Comme à Rome, l'âge de la majorité était fixé en général à vingt-cinq ans. En Normandie cependant, la majorité s'accomplissait à vingt ans. En Artois et en Anjou aussi, on était en principe majeur à vingt ans, mais, jusqu'à vingt-cinq ans, on était restituable pour cause de lésion [1].

D'après Pothier, le tuteur avait le pouvoir d'aliéner les meubles du mineur [2]. Mais il ne pouvait pas aliéner les immeubles [3]. Comme il ne parle d'aucune capacité spéciale pour transiger, on est en droit d'en conclure que le tuteur pouvait transiger quand la transaction ne tendait pas à aliéner les immeubles du mineur, et qu'il ne le pouvait pas dans le cas contraire [4].

[1] Pothier, *Traité de la Procédure civile*, Ve part., chap. IV, art. II, § I, n° 729.

[2] *Traité des Personnes et des Choses*, Ire partie, tit. VI, sect. IV, art. III, § II, n° 166.

[3] *Ibidem*, n° 170.

[4] On a quelquefois soutenu que Pothier était d'avis que le tuteur pouvait transiger sur les immeubles avec l'assentiment de la famille et

D'ailleurs, que l'acte émanât du mineur lui-même ou de son tuteur, il était de principe que le mineur pouvait demander la restitution en entier pour cause de lésion, et Pothier énumère expressément la transaction parmi les actes contre lesquels le mineur était restituable [1]. Par exception, les actes de pure administration faits par le tuteur échappaient à cette restitution, et Pothier nous représente la vente ou l'achat des choses mobilières comme un acte de pure administration [2]. Je serais donc penché à croire que le mineur n'était point restituable contre les transactions mobilières conclues par son tuteur. Ce serait une différence avec le droit romain [3].

259. — Voilà du moins ce qu'enseignait Pothier. Mais ce n'est pas ce qui était admis dans toutes les Coutumes. Ainsi les articles 481 et 482 [4] du premier texte de la Coutume de Bretagne donné par d'Argentré portaient :

Art. 481. — *Tuteur ou curateur ne peut vendre, ne aliéner les héritages du mineur sans le conseil de plusieurs des plus suffisans de ses amis et de la justice, qu'il n'ait suffisante cause et décret de la Cour.*

l'autorisation du juge (Accarias, *Thèse*, p. 218; Jaubert, *Thèse*, p. 115) Ceci me semble une erreur. Il est vrai que Pothier permettait au tuteur d'aliéner des immeubles du mineur avec les formalités dont on parle, dans le cas : 1° où les créanciers voulaient saisir les immeubles du mineur ; 2° où l'on ne pouvait acquitter les dettes avec les épargnes du mineur (*Traité des Personnes et des Choses*, Ire partie tit. VI, sect. IV, art. III, § II, n° 172). Mais cela n'a aucun rapport avec la transaction. V. aussi Domat, *Les Loix civiles*, liv. IV, tit. VI, sect. II, nos 24 et 25.

[1] *Traité de la Procédure civile*, Ve partie, chap. IV, art. II, § I, n° 731.

[2] *Ibidem*, n° 733.

[3] V. n° 134, note.

[4] Dans le *Nouveau Coutumier général*, IV, p. 318, ces articles portent les numéros 485 et 486.

Art. 482. — *Et aussi ne peut compromettre ne pacifier sans le conseil et décret dessus dit, des* CHOSES *audit mineur appartenant.*

De la combinaison de ces deux articles, il résultait clairement que pour transiger soit sur les meubles, soit sur les immeubles (*choses*), le tuteur devait demander l'avis des amis du mineur et l'autorisation de justice, mais qu'en observant ces deux formalités, il pouvait toujours transiger. C'est d'ailleurs ce que d'Argentré enseignait dans sa glose 2 de l'article 482. Il ajoutait que ces formalités étaient d'ailleurs nécessaires, que la transaction eût pour but de consolider le droit du mineur sur la chose ou de l'abandonner à son adversaire.

Ces deux articles sont devenus les articles 508 et 509 de la nouvelle rédaction de la même Coutume, publiée en 1580, avec les modifications suivantes :

Art. 508. — *Tuteur ou curateur ne peuvent vendre ne aliéner les héritages du mineur, sans suffisante cause vérifiée par l'advis des plus proches et plus suffisans* PARENTS *et amis, décret et autorité de justice, autrement sera le contract nul.*

Art. 509. — *Aussi ne peut ledit tuteur ne curateur, compromettre ne transiger, déférer serment décisif ès causes héréditelles, et de* MEUBLES RICHES ET PRÉCIEUX, *sans l'advis des* PARENTS, *et décret de justice.*

Ce dernier article rappelle la constitution de Constantin que nous avons étudiée (n^os^ 136 et 155, 3°) [1].

[1] Domat (*Les Loix civiles*, liv. II, tit. I, sect. II, V), reproduisant l'interprétation, pour nous erronée, donnée par Cujas, de la loi 46, § 7, *D., De Admin. et Peric. Tut.*, 26, 7, soutenait que le tuteur ne pouvait consentir que des transactions n'impliquant aucun sacrifice pour le pupille (V. n^os^ 155, 2°). Il faut noter que d'après Domat, *Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, II, la transaction ne suppose pas toujours la réciprocité de sacrifices, comme nous le verrons au commencement de notre troisième partie (n° 277).

Mais, ce qu'il faut noter, c'est que la transaction conclue même avec ces formalités n'était pas à l'abri de la *restitutio in integrum*, ce qui, comme le dit très bien Berlier, rendait la transaction impraticable en fait [1].

260. — Les articles 472, et 2045, 2e alinéa, du Code civil, trouvent aussi leur origine dans l'ancienne jurisprudence. Pothier nous dit que « toute transaction, tout contrat passé entre le tuteur et le mineur devenu majeur avant que le compte ait été rendu, n'obligent point le mineur qui peut, quand bon lui semble, s'en faire relever et les faire déclarer nuls, quoiqu'il ait passé ces actes en majorité, car, en cette matière, le mineur devenu majeur est toujours réputé mineur vis-à-vis de son tuteur jusqu'à ce qu'il ait rendu compte [2]. »

« Toutes les transactions, dit de son côté Argou, faites entre le tuteur et le mineur devenu majeur, sur la question de la tutelle, sont nulles, et le mineur peut s'en faire relever dans les dix ans, à moins que le compte n'ait été examiné, et que toutes les pièces justificatives n'aient été remises entre les mains du mineur [3]. »

L'article 517 de la nouvelle Coutume de Bretagne por-

[1] V. Pothier, *Traité de la Procédure civile*, Ve part., chap. IV, art. II, § I, n° 731 ; Berlier, *Exposé des motifs:* Fenet, X, p. 643.

[2] *Traité des Personnes et des Choses*, Ire partie, tit. VI, sect., IV, art. VI, n° 189.

[3] *Institution au Droit français*, 11e édit., tome I, livre I, chap. VIII pp. 126 et 127. — V. encore Bourjon, *Le Droit commun de la France*, tome I, tit. VI, chap. II, CLI, CLIII et CLIV. En droit romain, le tuteur ne rendait valablement compte de sa tutelle qu'en présence d'un curateur, dont il devait, au besoin, provoquer la nomination (L. 5, § 5, D., *De Admin. et Peric. Tut.*, 26, 7). Il en résultait qu'il ne pouvait valablement transiger, sur son compte de tutelle, avec son ex-pupille, non assisté d'un curateur. Cf. C. civ. ital., art. 307 (V. *infra*, n° 420, 1re note).

tait aussi : « Le tuteur ne le curateur ne peuvent contracter et négocier avecques leurs mineurs pendantqu'ils en ont la garde : et encores qu'ils soient majeurs ne pourront aussi contracter avecques eux jusques à ce qu'ils ayent tenu et rendu compte, et ressaisi ceux dont ils ont eu la garde de leurs biens, titres et enseignemens. »

La seule différence entre cette Coutume et les autres est que la prohibition est générale dans cette Coutume, tandis qu'elle ne concerne que les traités sur le compte de tutelle dans les autres Coutumes.

CHAPITRE III

DE L'EFFET DE LA TRANSACTION

261. — La grande question dans l'ancien droit français, qui a beaucoup tourmenté les jurisconsultes, était celle de savoir si l'effet de la transaction était translatif ou déclaratif [1]. Les intérêts pratiques de la question étaient considérables. Je n'en relève que quelques-uns qui étaient spéciaux à l'ancien droit : 1° Si la transaction était translative, elle serait soumise aux droits seigneuriaux ; 2° elle serait soumise aussi au retrait lignager ; 3° dans le cas où la transaction aurait eu lieu entre le *de cujus* qui possédait un immeuble et un tiers qui se prétendait propriétaire de cet immeuble, si elle était déclarative, l'immeuble serait propre ; tandis que si elle était translative, l'immeuble serait acquêt : distinction qu'on retrouverait en matière de communauté.

262. — Les uns, comme Tiraqueau [2], admettaient qu'il y avait toujours mutation. C'était la solution de la Coutume de Hainaut, chapitre 104, article 15.

[1] Il est à peine besoin de dire que, quant à la chose non litigieuse, qu'on donnerait en échange de l'abandon du droit litigieux, la transaction serait toujours translative. La question ne se pose donc que pour la chose litigieuse.

[2] *Du Retraict lignager*, § 1, glose 14, n^os^ 64 et suiv.

D'autres, comme Pocquet de Livonière [1] et Dupineau [2], faisaient une distinction : la possession changeait-elle de main, la transaction était translative ; n'y avait-il pas mutation de possession, la transaction était déclarative. La Coutume d'Anjou, article 360, et la nouvelle Coutume de Normandie, article 467, adoptaient cette doctrine.

D'autres enfin, comme Dumoulin [3], d'Argentré [4], Pothier [5], Deluca [6], soutenaient que la transaction était toujours déclarative. Cette opinion fut consacrée dans plusieurs Coutumes, notamment dans celles du Maine, article 370, de Clermont en Beauvoisis, article 29, et de Touraine, article 180 (anc. chap. xv, article 24). Elle fut admise aussi par le Parlement de Paris dans trois arrêts, du 22 février 1764, du 27 juin 1768 et du 29 juillet 1777 [7].

263. — Quel était le système le plus rationnel ? Je crois qu'aucun des trois systèmes que nous venons de voir n'était rationnel. Écartons d'abord le système des Coutumes d'Anjou et de Normandie, qui distinguait arbitrairement suivant que la possession restait ou non dans les mêmes mains, car cette distinction n'avait rien de juridique [8]. Restent les deux systèmes extrêmes. Fallait-il

[1] *Des Fiefs*, liv. III, chap. IV, *sect.* VII ; liv. V, chap. V, sect. IV.
[2] Sur l'article 360 de la coutume d'Anjou.
[3] Coutume de Paris, tit. *Des Fiefs*, § 33, glose 1, nos 64 et 67.
[4] Coutume de Bretagne, article 266, chap. III, *De titulo pro transacto* ; *De Laudimiis*, chap. I, § 55.
[5] *Traité du Contrat de Vente*, part. VII, art VIII ; *Traité des Retraits*, part. I, chap. IV, art. III, § V ; *Traité de la Communauté*, part. I, chap. II, sect. I, art. II, § I, n° 111 ; § II, n° 164.
[6] *De Feudis*, disc. 47, n° 9 ; *De Regalibus*, disc. 93, n° 9.
[7] V. les arrêts plus anciens rendus en ce sens et les auteurs qui adoptaient cette dernière opinion, dans Louet, *Recueil d'anciens notables arrêts*, lettre T, V.
[8] Cf. n° 136, note.

admettre avec Tiraqueau que la transaction était toujours translative? Non, je ne le crois pas, car il arrive bien souvent qu'on transige uniquement pour éviter les ennuis du procès, alors qu'on a la preuve certaine de son droit. Comment veut-on que la transaction soit translative dans un pareil cas? La transaction était-elle alors toujours déclarative, comme le prétendait la majorité des auteurs et des arrêts? Je ne le crois pas non plus, car on peut très bien vouloir acquérir, en transigeant, la prétention de son adversaire, et il arrive fort souvent qu'on acquiert plus tard la preuve incontestable que c'était son adversaire, qui était le véritable propriétaire de la chose litigieuse.

264. — A mon avis, voici la vérité. D'une manière générale, on ne peut pas dire que la transaction soit translative ou déclarative. Au moment de la transaction, personne ne sait si elle doit avoir pour effet de transférer la propriété, ou, au contraire, de la consacrer entre les mains du véritable propriétaire. Ce qu'on sait seulement, c'est que l'une des parties transigeantes abandonne sa prétention au profit de l'autre. Maintenant cet abandon aura-t-il d'autres profits pour celle-ci que celui de lui épargner les ennuis, les frais, les difficultés, le hasard d'un procès? Personne n'en sait rien. Voilà le principe.

Ce principe une fois admis, les conséquences sont faciles à en déduire. Au point de vue de l'usucapion, par exemple, la transaction est un véritable juste titre, comme j'espère l'avoir démontré en traitant cette question en droit romain (n^os^ 174 et suiv.). En effet, la partie à qui la transaction a laissé la chose, peut tenir le lan-

gage suivant à celui qui réclamera la chose : « Je prétends être propriétaire de la chose. Mais, en admettant même que je ne le sois pas, j'ai acquis par la transaction la prétention de mon adversaire. Je croyais alors que si, par hasard, je n'étais pas propriétaire, c'était mon adversaire qui était propriétaire. Je possède la chose depuis cette transaction pendant le temps nécessaire pour usucaper (il faut bien le supposer). Donc, aujourd'hui, vous ne pouvez, de toutes manières, me réclamer la chose dont vous vous prétendez propriétaire. »

Quant au point de vue des droits seigneuriaux, du retrait lignager et de la question de savoir si la chose est propre ou acquêt, la transaction par elle-même ne constitue pas une mutation. Seulement, le seigneur, l'héritier ou le conjoint peuvent prétendre que la transaction a opéré la translation de propriété; dans ce cas, ils devront prouver que la chose n'appartenait pas au possesseur actuel, et qu'il l'a acquise par la transaction. Alors, mais alors seulement, ils peuvent percevoir des droits seigneuriaux, exercer le retrait lignager ou considérer le bien comme acquêt [1].

265. — Voilà ce qui me semble incontestable. C'est aussi, à mon sentiment, l'idée des jurisconsultes romains, bien qu'ils ne fussent jamais appelés à statuer sur les questions de droits seigneuriaux, de retrait lignager et de propres ou acquêts. Si les auteurs de l'ancien droit français soutenaient, les uns que la transaction était toujours translative, les autres qu'elle était toujours décla-

[1] Hervé soutenait à peu près la même thèse au point de vue du quint (*Théorie des Matières féodales et censuelles*, III, pp. 133 et 134).

rative, c'est qu'ils avaient surtout en vue les droits seigneuriaux, et l'effort de la majorité des jurisconsultes tendait à exempter la transaction de droits seigneuriaux, plus ou moins lourds, en la considérant comme déclarative. Cet effort n'avait rien que de louable, mais au point de vue juridique, il était inexact de dire que la transaction était toujours déclarative [1]. Il faut remarquer, du reste, qu'avec mon système, on pouvait arriver bien souvent au même résultat, car je soumets la perception de droits seigneuriaux à la condition de prouver que la transaction avait réellement pour effet de transmettre la propriété, preuve toujours difficile en fait. Il faut remarquer, d'autre part, que les partisans de la transaction déclarative admettaient aussi la possibilité de prouver la fraude qui aurait pour but de déguiser une vente, par exemple, sous le manteau d'une transaction. Toute la différence entre ce système et le mien est que, dans ce système, on exige la preuve de la mauvaise foi, preuve difficile que, moi, je n'exige pas [2].

[1] Il est à noter que l'un des partisans de l'effet déclaratif de la transaction, d'Argentré, dit formellement : *Transigere nequit* (*tutor*) *quod alienationem continet... Transactioni inest alienato* (sous l'art. 482 de la Coutume de Bretagne), lorsqu'il n'a pas de préoccupation fiscale, mais quand il s'agit de déterminer le pouvoir du tuteur et du curateur.

[2] Pothier (*Traité des Retraits*, part. I. chap. IV, art. III, § V, n° 111), d'après la Coutume du Maine, article 370, présume une fraude dans le cas où l'une des parties achète la prétention de l'autre moyennant « une somme équivalente à peu près à la valeur de l'héritage. » C'est aussi l'avis d'Hervé (*Théorie des Matières féodales et censuelles*, p. 132). Mais cela me semble assez arbitraire, car le prix que l'une des parties paye à l'autre dépend non seulement du bien-fondé ou du mal-fondé de leurs prétentions respectives mais aussi du désir plus ou moins ardent de garder la chose et de bien d'autres circonstances.

266. — Les anciens auteurs, quelle que fût l'opinion qu'ils soutenaient, voulaient s'appuyer sur des textes du droit romain. Ainsi, pour soutenir que la transaction était purement déclarative, ils invoquaient cette assimilation traditionnelle de la transaction et de la chose jugée, que j'ai essayé de réduire à sa juste valeur (nos 178 et suiv.), et notamment la loi 20, C., *De trans*. La transaction, disaient-ils, est assimilée au jugement ; or, le jugement est déclaratif ; donc la transaction, elle aussi, doit être déclarative. Beau syllogisme, qui serait irréfutable, si la majeure était exacte, ce qui n'est pas, malheureusement pour ces auteurs [1].

267. — Tous les auteurs, sans distinction d'opinion, s'appuyaient sur la loi 33, C., *De trans*., qui tranche la question de garantie. Je comprends encore que les auteurs partisans de la transaction déclarative l'invoquaient à leur appui, car, en somme, le texte nous dit qu'il y aura garantie pour la chose non litigieuse, mais point de garantie pour la chose litigieuse. Mais, ce que je ne comprends pas, c'est que les partisans de l'effet translatif de la transaction l'invoquaient, eux aussi, et disaient qu'il y avait lieu à garantie, quand, du moins, la possession de la chose litigieuse changeait de main, probablement parce que le texte semble supposer le cas le plus ordinaire où la chose reste entre les mains du possesseur [2]. Argument *a contrario*, qui est toujours dangereux, mais qui l'est tout particulièrement ici, car il s'agit de con-

[1] Je rappelle qu'en droit romain, cette assimilation était exacte, à mon avis du moins, même au point de vue de l'usucapion, car on pouvait usucaper *pro judicato* comme *pro transactione* (nos 174 et suiv.).

[2] Tiraqueau, *loc. cit.*

clure de ce que le texte décide pour le cas ordinaire, qu'il faut décider le contraire dans les autres cas.

268. — Mais je vais maintenant plus loin, et je conteste même aux partisans de l'effet déclaratif de la transaction, le droit d'invoquer la loi 33, par la raison que j'ai indiquée en traitant de notre question en droit romain (n° 177). Je la rappelle en quelques mots : Pourquoi y a-t-il lieu à garantie, quand c'est de la chose non litigieuse qu'on a été évincé? parce qu'on croyait que cette chose appartenait à son adversaire et qu'il n'y avait aucune contestation sur cette chose. Pourquoi n'y a-t-il pas de garantie, quand, au contraire, l'éviction a lieu de la chose litigieuse même? parce que c'est justement à cause de l'incertitude du droit que la transaction est intervenue ; et que l'évincé prétendait être lui-même propriétaire de la chose. La question de savoir si la transaction est déclarative ou translative n'a rien à y voir.

269. — Ainsi, selon moi, la transaction peut être considérée comme translative, quand on vient de démontrer que celui à qui la chose a été attribuée par la transaction n'était pas propriétaire, mais dans ce cas seulement. J'ai déjà indiqué quelques-uns des principaux intérêts pratiques de cette distinction. Je les reprends brièvement, car c'étaient là des effets les plus importants de la transaction.

1° Des droits seigneuriaux. — Quand la chose sur laquelle on avait transigé était un fief, d'après le système de la transaction translative, le seigneur avait le choix entre la perception du droit de quint et l'exercice du retrait féodal ; il n'avait aucun de ces deux droits dans le sys-

tème de la transaction déclarative; enfin, d'après mon système, il avait ces droits, à la condition qu'il prouvât que son vassal n'était pas propriétaire du fief avant la transaction. Quand il s'agissait d'une censive, le seigneur avait seulement le droit de percevoir le profit de vente ou lots et ventes, avec la distinction que nous venons de voir.

270. — 2° Du retrait lignager. — Quand un père de famille avait aliéné un bien de famille à un étranger, ses parents avaient le droit de se substituer à l'acquéreur au moyen de ce qu'on appelait *retrait lignager*.

Quand la transaction portait sur un tel bien, le retrait lignager s'exerçait, toujours avec la distinction que nous avons vue.

271. — 3° Des biens propres ou acquêts. — La distinction des biens en propres et acquêts existait à deux points de vue différents : 1° Au point de vue de la succession, les biens propres étaient les immeubles que le *de cujus* avait acquis par succession d'un parent ou par donation d'un ascendant, et les autres biens étaient tous acquêts : l'ordre successoral n'était pas le même pour les deux catégories de biens ; 2° au point de vue de la communauté entre époux, les propres étaient les biens qui ne tombaient pas dans la communauté; tandis que les acquêts ou conquêts [1] étaient ceux qui y tombaient. A ces deux points de vue, la transaction sur un prétendu propre avait pour effet de le faire tomber dans la catégorie des acquêts, si elle était translative.

[1] Autrefois on employait toujours le mot *conquêts* en matière de communauté.

272. — La question de savoir si le grevé de substitution pouvait conclure des transactions opposables aux appelés était fort controversée dans l'ancien droit français. Mais la majorité des auteurs décidait que bien que le grevé n'eût pas le droit d'aliéner, il avait le droit de transiger sur un procès sérieux [1].

Cette liberté laissée au grevé de transiger sur les biens chargés de substitution n'était pas sans inconvénients graves pour les appelés. Aussi l'ordonnance de 1747, titre 2, article 53, vint-elle limiter le droit du grevé : « Les actes, dit-elle, contenant des désistements, transactions ou conventions qui seront passés à l'avenir entre celui qui sera chargé de substitution, ou qui l'aura recueillie, et d'autres parties, soit sur la validité ou la durée de la substitution, soit sur la liquidation des biens substitués, et des détractions, soit par rapport aux droits de propriété, d'hypothèque, ou autres qui seraient prétendus sur lesdits biens, ne pourront avoir aucun effet contre les substitués, et il ne pourra être rendu aucun jugement en conséquence desdits actes qu'après qu'ils auront été homologués en nos Cours de Parlement, ou Conseils supérieurs, sur les conclusions de nos procureurs généraux ; ce qui sera observé à peine de nullité. » [2]

[1] En ce sens : Ricard, *Traité des Substitutions*, partie II, chap. XIII, n° 90; Cochin, *Œuvres*, t. IV, pp. 306 et suiv., qui cite Peregrinus, *De Fideicommissis*, art. 52, n^os 81 et suiv.; et les autres auteurs cités par Troplong, *Des Transactions*, n° 101.

[2] V. le commentaire de cet article dans Furgole, *Œuvres complettes*, t. VII, pp. 466 et 467.

CHAPITRE IV

DE LA RESCISION DE LA TRANSACTION

273. — Nous avons vu qu'en droit romain, la lésion n'était jamais une cause de rescision de la transaction pour les majeurs (n° 225 et suiv.).

Dans l'ancien droit français, on admettait généralement la rescision des actes à titre onéreux portant sur un immeuble, pour cause de lésion d'outre-moitié, et on l'étendait souvent à la transaction, pour laquelle il y avait cependant controverse.

Charles IX, par son édit du mois d'avril 1561, interdit formellement la rescision de la transaction pour cause de lésion : « .... Avons par ces présentes confirmé et authorisé, porte cet édit, confirmons et authorisons toutes transactions, qui sans dol et force seront faites et passées entre nos subjects majeurs dans des choses qui sont en leur commerce et disposition. Voulons et nous plaist, que contre icelles nul ne soit après receu souz prétexte de lésion d'outre-moitié de juste prix, ou autre plus grande quelconque, et ce qu'on dit en latin *dolus re ipsa* : mais que les juges et l'entrée du jugement, s'il n'y a autre chose alléguée contre icelles transactions, déboutent les impétrans des lettres de l'effet et entérinement d'icelles, et les déclarent non recevables. »

Cette ordonnance ne fut pas cependant enregistrée au

Parlement de Flandre, et les arrêts de ce Parlement du mois de décembre 1688, du 28 janvier 1698, et l'arrêt du Grand-Conseil de Malines du 22 septembre 1702, rescindèrent des transacitons pour cause de lésion *énormissime*, sous le prétexte que cette lésion équivalait à un dol réel [1]. Cette jurisprudence peu rationnelle subsista jusqu'à l'arrêt du même Parlement de Flandre, rendu toutes chambres réunies le 24 mars 1775, qui adopta le système de l'édit de Charles IX. On cite aussi en ce sens un arrêt du Conseil souverain de Brabant du 31 juillet 1708.

[1] V. L. 5, C., *De dolo malo*, 2, 21, et nos 226 et 227.

TROISIÈME PARTIE

DE LA TRANSACTION

EN DROIT FRANÇAIS ACTUEL

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES

SECTION I

DÉFINITION DE LA TRANSACTION

274. — Nous avons vu que le mot *transactio* avait deux significations en droit romain : l'une large, l'autre stricte (n° 1). De même, en droit français, le mot *transaction* a une signification large et une signification technique. Dans sa signification large, la transaction est tout contrat à titre onéreux, et on lui donne cette signification, non seulement dans le langage ordinaire, mais même dans les textes de la loi, notamment dans les articles 1107, C. c. ; 72 et 631, C. de Co. [1].

[1] A Rome, on employait le verbe *transigere* bien souvent, et même plus souvent que le substantif *transactio*, dans cette acception large. En France, le verbe *transiger* semble être réservé à l'espèce de contrat que nous allons définir; tandis que le substantif *transaction* est employé, peut-être plus souvent qu'à Rome, dans son sens général.

Mais tel n'est pas le sens que nous donnons au mot *transaction* dans cet ouvrage. Voici comment nous voulons définir la transaction proprement dite en droit français actuel : c'est un contrat par lequel les parties tranchent une contestation moyennant des sacrifices réciproques.

275. — Ce n'est pas ainsi que le Code civil définit la transaction : « La transaction, nous dit l'article 2044, est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. »

Si l'on compare cette définition à celle que nous venons de donner, on trouvera :

1° Que, d'après le Code, même une contestation non encore née pourrait faire l'objet d'une transaction, ce qui nous semble inexact. En effet, nous verrons bientôt qu'en droit français, à la différence de ce qui était admis en droit romain, un droit conditionnel ou éventuel ne peut faire l'objet d'une transaction, s'il n'y a aucune contestation sur ce droit. Il faut donc une contestation pour qu'une transaction puisse valablement intervenir. Et cette contestation existe dès que les parties ne s'accordent pas sur un point quelconque.

Ce que le Code a voulu dire par ces mots : *terminent une* CONTESTATION *née, ou préviennent une* CONTESTATION *à naître*, c'est que la transaction peut avoir pour but de terminer un *procès* déjà engagé ou de prévenir un *procès* qu'on va intenter [1].

[1] Il est à remarquer d'ailleurs que, bien que nous employions aujourd'hui le mot *contestation* pour désigner toute espèce de désaccord, l'étymologie du mot indique qu'il signifiait, à l'origine, seulement une contestation judiciaire (Festus, v° *Contestari*).

276. — 2° Que l'article 2044 ne parle pas de sacrifices réciproques, ce que nous considérons comme une lacune. En effet, tout contrat qui termine ou prévient un procès n'est pas une transaction. Une convention qui contient un désistement, un acquiescement, la remise gratuite d'une dette contestée, la confirmation d'un acte annulable sur lequel il y a une contestation, tout cela termine ou prévient un procès. Et pourtant, il ne faudrait pas confondre tous ces actes avec la transaction, car les règles ne sont pas les mêmes.

Ainsi, d'abord, le désistement de l'instance peut être fait, au moins en principe, par le tuteur seul, le désistement du droit ne lui est jamais permis[1]; tandis que la

[1] Nous n'avons pas de texte formel, mais les principes généraux nous conduisent à ces solutions. En effet, le désistement de l'instance ne préjudicie pas au droit lui-même : ce n'est qu'un acte d'administration. Donc, celui qui a le pouvoir d'administrer doit pouvoir faire ce désistement. Quant au désistement du droit, c'est une rénonciation au droit, que le tuteur ne peut jamais faire. En ce sens : Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 4e édit., I, p. 467; Laurent, *Principes de Droit civil français*, 3e édit., V, pp. 79 et 80; Chauveau, sur Carré, *Lois de la Procédure*, III, Q. 1452; Bourbeau, *Théorie de la Procédure*, V, pp. 675 et suiv.; *Rejet*, 21 novembre 1849 : Sir., 49, 1, p. 757. — En sens contraire : Carré, *loc. cit.*; de Fréminville, *Traité de la Minorité et de la Tutelle*, II, nos 620 et 621. — M. Accarias (*Thèse*, p. 173, note 1) enseigne qu'il faut soumettre le désistement du droit aux règles de l'acquiescement. Cette opinion peut se soutenir théoriquement, car l'acquiescement, comme le désistement du droit, est une renonciation au droit. Mais, cette solution nous semble inadmissible en droit français. En effet, les rédacteurs du Code, à tort à notre avis, ont pensé que l'acquiescement est un acte moins grave que les autres renonciations, et tandis qu'ils ne permettent pas en principe au tuteur de faire une renonciation, ils lui donnent le pouvoir d'acquiescer, seul à une demande mobilière, avec l'autorisation du conseil de famille à une demande immobilière : ils ne soumettent même pas cet acte de renonciation aux formalités voulues pour transiger. Mais on doit considérer cette disposition comme exceptionnelle, et pour les autres actes de renonciation, quelle que soit l'analogie qu'ils présentent avec l'acquiescement, on ne peut pas leur appliquer la règle exceptionnelle relative à ce dernier acte.

transaction peut être conclue par lui, comme nous le verrons dans notre chapitre IV, avec l'autorisation du conseil de famille, l'avis de trois jurisconsultes et l'homologation du tribunal (art. 467, C. c.).

De même, le tuteur peut seul acquiescer à une demande mobilière et à une demande immobilière avec l'autorisation du conseil de famille (art. 464, C. c.) ; tandis que, pour transiger, il lui faut toujours les trois formalités ci-dessus énumérées.

De même encore, la remise de dette gratuite est absolument interdite au tuteur, tandis que la transaction lui est permise avec les formalités de l'article 467.

Enfin, la confirmation d'un acte exige la même capacité et le même pouvoir que la passation de l'acte même qu'on veut continuer. Elle peut donc être faite plus facilement que la transaction, ou absolument interdite au tuteur.

Nous ne nous sommes occupé que des pouvoirs du tuteur. Mais ce n'est là qu'un des nombreux intérêts pratiques qu'il y a à distinguer entre la transaction et les autres actes. Nous les étudierons au fur et à mesure que nous avancerons dans notre étude, et nous remarquerons qu'ils sont beaucoup plus nombreux en droit français qu'en droit romain. Nous nous contenterons, pour le moment, de citer les lois fiscales qui distinguent la transaction des autres actes (Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, nos 4, 38 et 45 ; § 2, n° 6, 3e alinéa ; § 3, n° 7 ; art. 69, § 3, n° 3 ; — Loi du 28 avril 1816, art. 43. nos 1 et 12 ; art. 44, n° 8).

277. — Ainsi la transaction suppose nécessairement des sacrifices réciproques. Telle était déjà, nous l'avons

vu, la solution du droit romain (nos 22 et suiv.). Tel était aussi l'avis presque universel des anciens auteurs [1].

Domat seul soutenait que cette condition n'était pas de l'essence de la transaction. Il définissait cette convention comme il suit : « La transaction, disait-il, est une convention entre deux ou plusieurs personnes, qui, pour prévenir ou terminer un procès, règlent leur différend de gré à gré, de la manière dont ils conviennent ; et que chacun d'eux préfère à l'espérance de gagner, jointe au péril de perdre [2]. » Il ajoutait : « Les transactions terminent ou préviennent les procès en plusieurs manières, selon la nature des différends, et les diverses conventions qui y mettent fin. Ainsi celui qui avait quelque prétention, ou s'en désiste par une transaction ou en obtient une partie, ou même le tout. Ainsi celui à qui on demande une somme d'argent, ou paye, ou s'oblige, ou est déchargé en tout ou en partie. Ainsi celui qui contestait une garantie, une servitude, ou quelqu'autre droit, ou s'y assujettit, ou s'en affranchit. Ainsi celui qui se plaignait d'une condamnation, ou la fait réformer, ou y acquiesce. Et on transige enfin aux conditions dont on veut convenir, selon les règles générales des conventions [3]. » Enfin, après avoir cité en note la loi 38, C., *De trans.*, qui nous dit formellement : *Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso, minime procedit*, « ce qui est dit, disait-il, dans cette loi 38, C., *De trans.*, et qu'il n'y a point de transaction si l'on ne donne, et ne promet rien, ou si on ne retient quelque

[1] Favre, *Code*, 4, 3, note 8; sur la loi 1, D., *De trans.*; Urceolus, *quæst.* 2, n° 7; Vinnius, *De trans.*, cap. I, n° 2; Doneau, *Code*, *De trans.*, cap. I, n° 8.

[2] *Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, n° 1.

[3] *Ibidem*, n° 2.

chose, ne doit pas être pris à la lettre. Car on peut transiger sans rien donner, et sans rien promettre, ni rien retenir. Ainsi celui qu'on prétendrait être caution d'un autre, pourrait être déchargé de cette demande par une transaction, sans que de part ni d'autre, il fût rien donné, rien promis, ni rien retenu. »

278. — Comme nous l'avons dit dans notre introduction, le premier projet du Code ne contenait pas de dispositions sur la transaction ; et le Tribunal de Cassation, qui proposa un projet sur cette matière, définit la transaction ainsi : « Une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes, pour prévenir ou pour terminer une contestation judiciaire, règlent de gré à gré leur différend. [1] »

C'est, on le voit, la définition de Domat, dont on retrancha les mots inutiles.

La rédaction définitivement admise ne diffère pas, au fond, de celle qui fut proposée par le tribunal suprême, Faut-il en conclure qu'aujourd'hui, les concessions réciproques ont cessé d'être un des éléments essentiels de la transaction ?

A en croire l'orateur du conseil d'État, Bigot-Préameneu et le tribun Albisson, il semblerait qu'il faut répondre affirmativement. En effet, pour vanter les avantages de la transaction, Bigot-Préameneu nous dit que, « lors même que l'une des parties se désiste complètement de sa prétention, elle se détermine par le grand intérêt de rétablir l'union et de se garantir des longueurs, des frais et des inquiétudes d'un procès [2]. »

[1] Fenet, II, p. 743.
[2] Fenet, XV, p. 103 ; Locré, XV, p. 416.

« ... Ce sont les parties elles-mêmes, nous dit de son côté Albisson, qui, éclairées sur leurs droits respectifs, se rendent volontairement la justice qu'elles jugent leur être due, ou se déterminent par lassitude ou par générosité, soit à se départir en tout ou en partie de leurs prétentions, soit à se relâcher de leurs droits, et à s'affranchir par des sacrifices offerts et acceptés librement des peines et des inquiétudes auxquelles une plus longue lutte les eût laissées exposées [1]. »

279. — Aussi des auteurs ont-ils soutenu, surtout dans les premiers temps, que les sacrifices réciproques ne sont pas de l'essence de la transaction [2].

Mais cette opinion semble presque universellemen condamnée aujourd'hui [3]. En effet, si les sacrifices réci-

[1] Fenet, XV, pp. 113 et 114 ; Locré, XV, p. 430.

[2] Marbeau, *Traité des Transactions*, p. 5 ; Delvincourt, *Cours de Code civil*, III, *Notes et Explications*, p. 246 ; Merlin, *Répertoire*, v° *Transaction ;* A. M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, VIII, p. 311 ; G. Demante, *Principes de l'Enregistrement*, 3e édit., I, pp. 337 et 338 ; Batbie, *Traité de Droit public*, 2e édit., VI, p. 318 ; Berriat Saint-Prix, *Notes élémentaires sur le Code civil*, n° 8133 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité des Faillites et des Banqueroutes*, p. 332.

[3] Accarias, *Thèse*, pp. 172 et suiv. ; Dalloz, *Répertoire*, v° *Transaction*, nos 14 et 15 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, 2e édit., III, pp 572 et 573 ; Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 10e édit., III, pp. 515 et 516 ; Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, VIII, pp. 311 et 313 ; Aubry et Rau, *Cours de Droit civil*, 4e édit., IV, pp. 656 et 657 ; Pont, *Des petits Contrats*, II, pp. 230 et 231 ; Laurent, *Principes de Droit civil*, XXVIII, pp. 329 et 330 ; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, V, pp. 83 et 84, notes 1 et 7 ; Troplong, *Du Cautionnement et des Transactions*, pp. 551, 552, 561 et suiv. ; Duranton, *Cours de Droit français*, 4e édit., XVIII, pp. 416 et suiv. ; Championnière et Rigaud, *Traité des Droits d'Enregistrement*, 2e édit., I, p. 465 ; Massé, *Le Droit commercial*, 3e édit., IV, p. 533 ; de Fréminville, *Traité de la Minorité et de la Tutelle*, II, p. 212. — Rigal aussi s'appuie sur la loi 38, C., *de trans.*,

proques n'étaient pas de l'essence de la transaction, il serait difficile, comme nous l'avons vu, de la distinguer de bien d'autres conventions, pour lesquelles la loi semble cependant édicter des règles différentes de celles de la transaction. Si l'imperfection de la définition que nous donne l'article 2044 passa inaperçue au législateur de 1804, cela n'est nullement étonnant, si l'on songe à quel moment le projet sur cette matière fut présenté et avec quelle rapidité il fut voté (V. *Introduction*). Mais il ne faudrait pas pour cela imputer au législateur l'idée

pour repousser la doctrine de Domat (*Traité des Transactions*, pp. 14 et suiv.). Mais il ne semble avoir bien compris ni le sens de la loi 38, ni la pensée de Domat.

Beaucoup de ces auteurs adressent à la définition du Code un reproche qu'elle ne mérite pas. Ils lui reprochent d'embrasser même des actes, comme le désistement, l'acquiescement, la confirmation, qui ne sont pas des conventions (notamment Dalloz, Mourlon, Colmet de Santerre, Laurent, Duranton). Le Répertoire de Dalloz va jusqu'à substituer le mot *acte* au mot *contrat* qui se trouve dans la définition de l'article 2044. Tout cela n'est pas juste. Notre article nous dit bien que *la transaction est un contrat;* par conséquent, il n'est jamais possible de la confondre avec un acte qui n'est pas un contrat. Voilà pourquoi nous avons dit, quant à nous, qu'avec la définition du Code, on peut confondre la transaction avec une *convention* portant désistement, acquiescement, confirmation.

M. Boissonade, professeur honoraire à la Faculté de Droit de Paris, que le gouvernement du Japon a chargé de rédiger plusieurs projets de Code, et à qui nous devons nos Codes pénal et de procédure criminelle, et le projet de Code civil, qui ne tardera pas à être promulgué (V. *Introduction*), a soin d'indiquer cet élément essentiel de la transaction dans la définition qu'il donne dans son projet, accompagné d'un excellent commentaire. Voici comment il définit la transaction : « La transaction, porte l'article 757 de son projet, est un contrat par lequel les parties, *au moyen de concessions ou sacrifices réciproques*, terminent une contestation déjà née ou préviennent une contestation qui peut naître. »

Le Code civil italien nous dit aussi : « La transaction est un contrat par lequel les parties, *en donnant, en promettant ou en retenant chacune quelque chose*, mettent fin à une contestation déjà née ou préviennent une contestation qui peut naître (art. 1764 : Orsier, p. 367). »

de confondre des actes dont la nature est si dissemblable. Il faut donc considérer l'opinion émise par certains orateurs, comme leur opinion personnelle : n'ayant pas dans cette matière leur guide habituel Pothier, ils reproduisirent l'opinion de Domat, sans songer que cette doctrine était incompatible avec les principes nouvellement établis, qui ne permettaient pas de confondre la transaction avec les actes que nous avons énumérés; tandis qu'en droit romain et dans l'ancien droit français, cette distinction n'ayant pas autant d'importance (v. n° 1, 2e note), la définition de Domat pouvait être admise sans trop d'inconvénients[1].

280. — Notre définition diffère aussi de celle que nous avons donnée de la transaction en droit romain (n° 1).

1° Nous avons dit que la transaction était une *convention;* nous disons maintenant qu'elle est un *contrat*. En effet, à Rome, toutes les conventions n'étaient pas obligatoires; et, malgré les efforts des magistrats, des jurisconsultes, et même des empereurs, tendant à respecter autant que possible la volonté des parties, les conven-

[1] M. Accarias (*op. cit.*, pp. 173 et 174) essaye d'établir la distinction entre la transaction et les autres actes par le but qu'ils supposent chez les parties. Le désistement, l'acquiescement, la remise de dette et la confirmation supposent, chez celui qui les font, soit l'aveu du mal-fondé de sa prétention, soit l'intention de libéralité, soit le scrupule de conscience, tous motifs, dit-il, étrangers à la transaction. Mais c'est résoudre la question par la question : pour nous, sans doute, la transaction suppose toujours, chez chacune des parties, l'intention de faire des sacrifices pour éviter une perte plus considérable; mais, pour ceux qui admettent que la réciprocité de sacrifices n'est pas de l'essence de la transaction, l'abandon pur et simple d'un droit litigieux, fait en prévision de la perte du procès, par l'idée de générosité ou pour l'acquit de conscience, est aussi une transaction.

tions qui ne revêtaient pas la forme d'un contrat étaient loin de produire leur effet plein et entier. La transaction, qui n'était qu'une convention, devait revêtir une des formes sanctionnées par le droit civil, pour qu'elle produise son plein effet.

Aujourd'hui, toutes conventions licites sont pleinement sanctionnées, et prennent le nom de *contrats*, toutes les fois qu'elles engendrent des obligations [1]. La transaction est donc un contrat ; elle est sanctionnée indépendamment de sa forme extérieure.

281. — 2° En droit romain, la transaction intervenait quelquefois pour substituer à un droit incertain un droit dont l'existence serait dores et déjà certaine (nos 5 et suiv.). En droit français, elle porte toujours sur une contestation, sur un droit litigieux. Sans doute, les parties peuvent convenir qu'un droit conditionnel ou éventuel sera remplacé par un droit certain dont le

[1] C'est du moins la définition du Code (art. 1101). Mais, comme aujourd'hui toute obligation de *dare* opère immédiatement dation (art. 1138, C. c.), il y a des auteurs qui définissent le contrat toute convention créatrice de droit (Mourlon, II, p. 568 ; Colmet de Santerre, V, p. 5 ; Aubry et Rau, IV, p. 282). Il y en a même qui vont jusqu'à confondre complètement le contrat et la convention (Marcadé, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 4e édit., IV, pp. 336 et suiv.). Le Code civil italien adopte cette définition (art. 1098 : Orsier, p. 238). Au point de vue étymologique, il nous semble un peu inexact d'appeler *contrat* une convention qui a pour but de modifier et même éteindre un droit, et Marcadé fait aussi cette réserve (*loc. cit.*, p. 337). Mais, au point de vue pratique, il n'y a aucun inconvénient à confondre le contrat et la convention, car les règles sont identiquement les mêmes. M. Boissonade, fidèle à l'étymologie, réserve le nom de *contrats* aux seules conventions qui ont pour but d'engendrer des obligations (art. 317, proj. de C. c. jap.), bien que, dans son projet, comme dans le Code français, les mêmes règles régissent les contrats et les autres conventions, et qu'il reproduise dans son article 351 la règle de l'article 1138 du Code français.

chiffre sera moindre. Mais ce ne sera plus une transaction et les règles spéciales à ce contrat ne s'appliqueront pas. Les uns diront que c'est une novation [1]; d'autres, que c'est une convention *sui generis* [2]. Le cadre restreint de notre étude nous oblige à laisser de côté cette controverse, qui présente cependant un intérêt pratique au point de vue de la règle exceptionnelle contenue dans l'article 1278, que le créancier peut faire passer les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance à la nouvelle.

Bref, aujourd'hui, la transaction porte toujours sur un droit litigieux. Cela résulte de notre article 2044. Cela résultait déjà de la définition de Domat (n° 277). Nous n'avons point de raison pour ne pas adopter la définition du Code sur ce point. Aussi personne, que nous sachions, n'a jamais prétendu le contraire.

282. — La question devient plus délicate, quand on se demande ce qu'il faut entendre par *droit litigieux*. Un premier point est certain, c'est qu'il n'est pas nécessaire que l'affaire soit portée en justice. Cela résulte de la définition même, donnée par l'article 2044. Mais la transaction est-elle possible toutes les fois qu'il y a contestation quelconque, ou faut-il, au contraire, que l'affaire soit réellement contestable et douteuse? A nous en tenir aux termes de l'article 2044, il nous semblerait qu'il suffit qu'il y ait une contestation quelconque. C'était aussi la solution du droit romain (n° 4). D'ailleurs, est-

[1] Baudry-Lacantinerie, II, p. 746; Mourlon, II, p. 791; Colmet de Santerre, V, pp. 401, 404 et 405; Marcadé, IV, pp. 577 et suiv., 582; Demolombe, *Traité des Contrats*, V, pp. 181 et 182; Duranton, *Traité des Contrats*, III, pp. 360 et suiv. Proj. de C. c. jap., art. 515, 3e alinéa.

[2] Aubry et Rau, IV, p. 214; Duranton, *Cours de Droit français*, 4e édit., XII, nos 296 et 300.

il raisonnable d'exiger qu'il y ait une affaire réellement contestable et douteuse, pour qu'une transaction puisse valablement intervenir, alors que ce qui est une affaire douteuse pour l'un est bien souvent d'une simplicité extrême pour un autre? Il faut donc décider, avec la grande majorité des auteurs qu'il suffit que le doute existe dans l'esprit des parties [1].

[1] Accarias, pp. 169 et suiv.; Marbeau, pp. 4 et 5 (Cet auteur a tort de citer Cochin aux pages 85 et 86, ce qui lui a attiré la critique de M. Accarias); Dalloz, v° *Transaction*, n° 19; Baudry-Lacantinerie, III, p. 572; Mourlon, III, p. 517; Colmet de Santerre, VIII, p. 312; Laurent, XXVIII, pp. 330 et 331; Troplong, pp. 554 et suiv.; Duranton, XVIII, pp. 424, 427 et 428; Zachariæ, V, p. 84.— En sens contaire: Aubry et Rau, IV, p. 656; Pont, *Des petits Contrats*, II, pp. 282 et 283; Championnière et Rigaud, I, pp. 517 et suiv. MM. Aubry et Rau citent à tort Duranton et Zachariæ comme leurs partisans. En effet, Duranton nous dit expressément qu' « il faut que la transaction intervienne sur un droit douteux, *au moins dans l'opinion des parties, ou de l'une d'elles.* » Quant à Zachariæ, il s'exprime en ces termes : « Il n'est pas indispensable que les parties aient des motifs sérieux pour considérer comme litigieux le droit sur lequel elles transigent. » Cela revient à dire, il nous semble, qu'il suffit d'un droit douteux dans l'esprit des parties. Ce qui a trompé MM. Aubry et Rau, c'est probablement ces mots qu'on trouve quelques lignes avant dans l'ouvrage de Zachariæ : « Une transaction sur un droit *sans fondement* IN JURE VEL IN FACTO doit donc être considérée comme non avenue (p. 83). » Mais il est visible que l'auteur veut dire simplement par là qu'on peut demander la nullité d'une transaction conclue par suite d'une erreur sur un point déterminant et qu'on considérait comme certain. Ce qui le prouve bien, c'est : 1° qu'il cite les articles 2054 à 2056; et 2° qu'il donne en note un exemple qui est manifestement hors de la question qui nous occupe en ce moment; le voici : « Une personne transige sur le dommage qui lui aurait été causé par un délit, qui se trouve ensuite n'avoir pas existé. » Au reste, nous ferons remarquer que Zachariæ a tort : 1° de parler de ces cas d'erreur, après avoir parlé de l'erreur en général au numéro précédent; et 2° de considérer ces cas d'erreur comme des erreurs sur la cause : nous nous en expliquerons d'ailleurs plus tard, avec beaucoup plus de développements. Cependant, ce qui nous étonne, c'est que MM. Massé et Vergé semblent avoir compris l'auteur comme MM. Aubry et Rau. Ce qui nous le fait dire, c'est leur note ajoutée à celle de Zachariæ (p. 84, note 6). La voici : « La question de savoir *s'il y a lieu de craindre un procès à naître, ou le résultat d'un procès pendant,* est une question de fait abandonnée aux tribunaux.

283. — Des auteurs de l'ancien droit semblent cependant avoir admis le contraire et décidé qu'il n'y avait transaction que quand il y avait une affaire réellement douteuse [1]. Mais il faut remarquer les points de vue auxquels ces auteurs se plaçaient. Les uns, comme Cochin, se plaçaient au point de vue du pouvoir de transiger. Or, autrefois, on permettait souvent de transiger à des personnes qui ne pouvaient pas aliéner, contrairement à la règle du droit actuel qui ne permet pas de transiger, dans bien des cas, à des personnes qui peuvent aliéner. Dans l'hypothèse pour laquelle Cochin donna sa consultation, c'étaient des curés qui avaient transigé sur le quart des dîmes de leur paroisse. La question était de savoir si le curé qui avait succédé à ceux qui avaient successivement transigé sur cette affaire, pouvait exiger le quart des dîmes de la paroisse, en tenant pour nulles les transactions passées par ses prédécesseurs, ou, s'il était obligé de respecter ces conventions et de se contenter de la somme fixée par ses prédécesseurs. Cochin répondit que le curé ne pouvait pas, en principe, aliéner les droits de la cure qu'il pouvait seulement transiger sur un « procès douteux et difficile, » mais que, dans l'espèce, il n'y avait pas de transactions véritables. Voilà toute la signification de la consultation de Cochin ; il n'en résulte pas que, pour qu'il y eût transaction d'une manière générale, il fallût que l'affaire fût douteuse et difficile [2].

[1] Cochin, *Œuvres*, I, pp. 686 et suiv. ; Hervé, *Théorie des Matières féodales et censuelles*, III, p. 133, et les autres auteurs cités par Championnière et Rigaud, I, p. 518.

[2] Cf. le même auteur, IV, p. 307, et Ricard, *Traité des Substitutions*, part. II, chap. XIII, n° 90, qui nous disent que le grevé de substitution n'a pas, en principe, le droit d'aliéner les objets grevés, directement ou indirectement (par exemple, par des transactions consenties

Les autres, comme Hervé, traitaient la question au point de vue des droits seigneuriaux et disaient qu'il n'y avait pas eu transaction exempte de droits (car nous avons vu que, dans la plupart des coutumes, la transaction était, en principe, exempte de droits seigneuriaux [n°262]), quand il n'y avait pas d'affaire réellement douteuse : en d'autres termes, toutes les fois qu'il y avait fraude présumée, il y avait lieu aux droits seigneuriaux, et certains de ces auteurs, et Hervé entre autres, allaient jusqu'à permettre au seigneur de prouver par des « preuves palpables » qu'avant la transaction, l'immeuble n'appartenait pas au possesseur actuel, pour percevoir le droit de quint, par exemple. Mais cela ne prouve pas que ces auteurs exigeassent qu'il y eût une affaire réellement douteuse, pour qu'il y eût transaction d'une manière générale.

284. — On a cité aussi le langage de l'orateur du gouvernement : « Il n'y aurait pas de transaction, dit Bigot-Préameneu, si elle n'avait pas pour objet un droit douteux. On a souvent, en donnant à des actes d'une autre nature, ou même à des actes défendus, le nom de transactions, cherché à leur en attribuer la force et l'irrévocabilité; mais il sera toujours facile aux juges de vérifier si l'objet de l'acte était susceptible de doute. Il n'y avait point pour une pareille vérification, de règle générale à établir [1]. »

D'où l'on a conclu qu'il n'y aurait pas de transaction, si elle n'avait pas pour objet un droit douteux, *au point*

mal à propos), mais qu'il peut transiger sur un « procès sérieux et difficile. » V. n° 272.

[1] Fenet, XV, pp. 103 et 104; Locré, XV, p. 417.

de vue du juge. Mais il nous semble plus sage de supposer que l'orateur du gouvernement se plaçait plutôt *au point de vue des parties*, quand il disait qu' « il sera toujours facile aux juges de vérifier si l'objet de l'acte était susceptible de doute. » Car, en somme, l'orateur se préoccupait là des fraudes que les parties pourraient commettre en donnant le nom de transactions à des actes d'une autre nature. Et, dans ce cas, si les juges découvrent qu'il n'y avait aucun doute possible, *même pour les gens les moins versés en droit*, n'est-ce pas là un indice à peu près certain de la fraude que l'orateur craignait et voulait empêcher ? Cette idée ne résulte-t-elle pas de la phrase suivante qu'il prononça : « Il n'y avait point pour une pareille vérification de règle générale à établir [1] ? »

285. — Nous espérons avoir démontré que la définition que nous avons donnée au commencement de cette partie, est la seule vraie en droit français actuel. Il résulte de cette définition qu'aujourd'hui, la transaction est : 1° un *contrat ;* 2° un contrat qui *termine une contestation ;* enfin 3° un contrat qui se fait par des *concessions réciproques*.

Nous disons maintenant que tout acte qui réunit les trois éléments essentiels que nous venons d'énumérer est nécessairement une *transaction ;* qu'à l'inverse, aucun acte ne doit être appelé *transaction* et soumis aux règles spéciales à cette convention, s'il ne réunit pas ces trois éléments [2].

[1] Nous avons vu qu'en droit romain, toutes les fois qu'il y avait un jugement passé en force de chose jugée, et inconnu de l'une des parties au moins, la transaction était inexistante (n^os^ 16 et 236). Nous verrons, à la fin de notre étude, que telle n'est pas la solution du Code civil.

[2] Il a été jugé avec raison que, de ce que l'intitulé d'un partage d'as-

286. — Ainsi le serment dont dépend l'issue d'une contestation et qu'on appelle *décisoire*, au moins quand il est judiciaire [1], est très généralement qualifié de *transaction*. Mais, selon nous, il faut faire plusieurs distinctions.

1° SERMENT EXTRAJUDICIAIRE. — C'est celui qui est prêté en exécution d'une convention par laquelle l'une des parties consent à tenir pour fondée la prétention de l'autre, si

cendant exprime qu'il a été fait afin d'éviter une instance en partage, il ne s'ensuit pas que ce partage prenne le caractère d'une transaction, car il n'y a point de contestation à laquelle l'opération ait pour but de mettre fin. Donc, le partage d'ascendant, fait même entre vifs, ne constitue pas une transaction (Req., 4 mai 1846 : Dalloz, 1846, 1, 129).

Il a été jugé ainsi que la remise faite à un tiers, constitué par compromis amiable compositeur, d'un blanc-seing sur lequel la sentence devra être écrite en forme de convention, n'imprime pas à la décision intervenue le caractère d'une transaction. En effet, il n'y a pas là de concessions réciproques, l'arbitre pouvant donner complètement raison à l'une des parties (Req., 29 décembre 1862 : Dalloz, 1863, 1, 164).

De même, la Cour de cassation a jugé que le procès-verbal du juge de paix signé par les parties et aux termes duquel un usinier, qui avait été privé par un propriétaire supérieur d'une source, de la possession des eaux en provenant, renonce à son action possessoire et retire sa citation, parce que ses droits exclusifs sur les eaux dont il s'agit sont expressément reconnus par son adversaire, qui se borne à se réserver une simple servitude d'arrosage, contient une transaction, bien que la Cour d'appel l'ait qualifié d'aveu judiciaire. En effet, les trois éléments de la transaction semblent se trouver réunis (Req., 11 novembre 1884. : Dalloz, 1885, 1, 116).

De même encore, il a été jugé que le traité par lequel deux parties étant en désaccord sur une réclamation pécuniaire de l'une de ces parties contre l'autre, conviennent, afin d'éviter un procès, de partager le différend par une réduction de la créance à moitié, est une véritable transaction. Et cela alors même que le créancier accorde cette réduction en la motivant sur l'état de détresse de son débiteur (Angers, 15 juin 1861 : Dalloz, 1861, 2, 130; Req., 13 août 1862 : Dalloz, 1862, 1, 456).

[1] Mourlon l'appelle *décisoire*, même quand il est extrajudiciaire (II, p. 926), et son langage nous semble exact, bien qu'il ne soit pas généralement admis.

celle-ci l'affirme sur serment. Cette convention est un *contrat*, car elle engendre une obligation. Elle a pour but de *déterminer une contestation*. Mais y a-t-il *réciprocité de concessions*, le troisième élément essentiel de la tranaction? Cela dépend de l'effet qu'on attache à cette convention. Si l'on admet d'après l'opinion général, sinon universelle [1], qu'elle a pour effet non seulement d'obliger la partie qui a déféré le serment, à se soumettre à la prétention de l'autre partie, si celle-ci prête serment, mais aussi d'obliger celle-ci à le prêter, sous peine de perdre complètement sa cause, il y aura réciprocité de concessions, car l'un acceptera la perte de sa prétention sous la seule condition que l'autre prêtera serment, et l'autre la perte de la sienne s'il ne prête pas serment. Et cette condition ne devra pas être considérée comme purement potestative du côté du débiteur, ce qui annulerait l'obligation, car le scrupule de conscience empêche souvent de prêter serment au dernier moment. Mais cette opinion, quoique si répandue, nous semble inadmissible. En effet, de ce qu'on a consenti à prêter serment sur l'offre de son adversaire, qui s'engage à soumettre le sort de sa prétention à ce serment prêté, il ne résulte nullement qu'on se soit engagé à abandonner sa propre prétention, si on ne prête pas serment. Aussi les Romains le décidaient-ils ainsi (L. 5, § 4, D. *De jurej.*, 12, ; 2. — V. n° 27, *in fine*). Puisque l'usage de cette convention, qui semble avoir été fréquente à Rome, est si rare en France que la loi ne s'en est point occupée, si elle se présente quelquefois, n'est-il pas raisonnable de la soumettre

[1] Mourlon, II, p. 926 ; Laurent, XX, p. 263 ; Duranton, *Traité des Contrats*, IV, p. 499 ; Demolombe, VII, pp. 501 et 502.

aux règles qui étaient admises à Rome, quand elles sont si conformes au bon sens ? Et ce qu'il y a de remarquable, c'est que presque tous les auteurs semblent d'accord pour voir un serment extrajudiciaire dans celui qui est déféré au bureau de paix [1], et que, cependant, aucun n'ose soutenir que, si l'une des parties, après avoir accepté de prêter le serment déféré par l'autre, refuse de le prêter, elle perdra sa cause nécessairement ; parce que, probablement, cette solution choque leur bon sens. Mais alors, pourquoi admettre cette solution contraire au bon sens dans le cas d'un serment extrajudiciaire ordinaire [2] ?

Donc, selon nous, il n'y a là qu'un contrat unilatéral ; il n'y a pas de transaction, faute de concessions réciproques. Donc les règles spéciales à la transaction ne s'appliquent pas ; notamment, le tuteur ne pourra pas déférer ce serment, même avec les trois formalités de l'article 467, parce que cette convention contient l'abandon conditionnel gratuit du droit du mineur.

Nous avons parlé jusqu'ici d'un serment extrajudiciaire ordinaire, dont dépend le sort de la prétention de la partie qui a déféré ce serment, sans que l'autre partie consente expressément de son côté à perdre sa cause si elle ne prête pas serment. Mais il se peut fort bien que la partie à qui le serment a été déféré prenne cet engagement. Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, il y a concessions réciproques ; il y a donc transaction [3].

[1] Cependant Duranton, déjugeant la solution qu'il a donnée dans son *Traité des Contrats* (IV, p. 499), soutient, dans son *Cours de Droit français* (XIII, pp. 576 et 583), que le serment déféré au bureau de paix est un serment judiciaire.

[2] V. les auteurs déjà cités, et Toullier, X, n° 363 (6e édit., V, 2e part., pp. 290 et 291).

[3] V. Toullier, X, n° 362 (6e édit., V, 2e part., pp. 289 et 290).

287. — 2° Serment judiciaire. C'est celui que l'une des parties prête en justice sur la délation de son adversaire. L'opinion presque universelle y voit une transaction [1]. Mais y trouve-t-on les trois éléments essentiels de la transaction, que nous avons énumérés?

[1] Mourlon II, pp. 926 et suiv.; Colmet de Santerre, V, pp. 628 et 629; Laurent, XX, pp. 265 et suiv.; Demolombe, VII, p. 511; Toullier, X, n° 365 (6e édit., V, 2e part., pp. 292 et 293); — Baudry-Lacantinerie, II, pp. 902 et 903; Aubry et Rau, VIII, p. 184; Marcadé, V, pp. 233 et 234; — Aix, 25 février 1880: Dalloz, 1880, 2, 249; Sirey, 1882, 2, 97. — En sens contraire : Accarias, p. 175, note 1; Duranton, *Traité des Contrats*, IV, pp. 515 et suiv.; *Cours de Droit Français*, XIII, pp. 587 et suiv.; Cf. Pothier, *Traité des Obligations*, n° 914.

Il faut dire d'ailleurs que ce sont les quatre premiers auteurs, qui affirment sans réserve que le serment décisoire est une véritable transaction. Les autres font plus ou moins de réserves. Ainsi MM. Baudry-Lacantinerie, Aubry et Rau n'y voient qu'une *espèce de transaction*. Mais quand il s'agit d'appliquer au serment les règles de la transaction, ils n'hésitent pas à le faire comme les autres. Il faut remarquer, du reste, que M. Baudry-Lacantinerie ne voit dans le serment qu'une *espèce de transaction*, 1° parce que ce n'est pas un contrat, ce qui est vrai; 2° parce qu'il n'y a pas, suivant lui, de concessions réciproques, ce qui nous semble inexact, comme nous espérons le démontrer au texte. Marcadé n'affirme pas non plus que le serment soit une transaction, mais il y applique les règles de la transaction, parce que, dit-il, le serment produit les mêmes effets que la transaction. Nous faisons ici des réserves : il y a des effets de la transaction que le serment ne produit pas; par exemple, nous verrons que la transaction peut, suivant nous du moins, servir de juste titre à la prescription de la chose litigieuse, tandis que le serment ne produira jamais cet effet. Veut-on dire simplement par là que, de même que la transaction, le serment met fin au procès? Mais alors, pourquoi ne pas appliquer au serment, plutôt que celles de la transaction, les règles du désistement ou de l'acquiescement, qui, eux aussi, mettent fin au procès?

Mais nous ne pouvons pas non plus approuver les arguments, par lesquels M. Accarias repousse l'opinion générale. Il prétend : 1° que « ce n'est pas précisément le serment qui termine le procès, que c'est le jugement qui vient ensuite ». Soit! mais la transaction aussi est généralement suivie d'un jugement, quand elle intervient sur un procès pendant, et dans ce cas, ce n'est pas la transaction, mais le jugement qui termine le *procès*. Et pourtant, c'est toujours la transaction qui termine la *constestation*, car le jugement ne peut qu'enregistrer la transaction. De même, c'est bien le serment qui termine la *contes-*

Sans doute, il y a réciprocité de concessions, car celui qui défère le serment consent à perdre son procès dès que l'autre prêtera serment, et même à prêter lui-même le serment que son adversaire lui référera, sous peine de perdre sa cause ; de son côté, l'autre est obligé de prêter

tation, parce que le tribunal ne peut, après le serment prêté ou refusé, que prononcer la condamnation ou l'absolution ; 2° M. Accarias, comme M. Baudry-Lacantinerie, allègue qu'il n'y a pas réciprocité de concessions. Nous avons dit que cela n'est pas exact. En somme, M. Accarias n'a pas pu trouver le vrai *criterium* qui distingue le serment de la transaction : le caractère d'un contrat, essentiel à la transaction, et qui manque au serment.

Duranton semble admettre notre système, en principe. Mais, lorsqu'il s'agit de déterminer les pouvoirs du tuteur, le savant auteur émet une opinion qui nous semble inadmissible. En effet, après avoir enseigné que « le tuteur peut déférer le serment sur des objets dont l'aliénation lui est permise (*Traité des Contrats*, IV, pp. 515 et 516 ; *Cours de Droit Français*, XIII, p. 587), » ce qui nous semble parfaitement exact, il nous dit que, sur les autres objets, « le tuteur doit demander l'autorisation du conseil de famille pour déférer le serment ; comme il y est obligé d'après l'article 464, pour acquiescer à une action immobilière (*Traité des Contrats*, IV, p. 516. Cf. *Cours de Droit Français*, XIII, p. 588). » Il nous dit encore, quelques lignes plus bas, que déférer le serment, « c'est une sorte d'acquiescement, ou du moins une sorte de transaction (*Traité des Contrats*, IV, p, 517. *Cours de Droit français*, XIII, p. 588). « Nous n'y comprenons rien du tout. Ou c'est une aliénation à titre onéreux, qui n'est ni acquiescement ni transaction : alors, il faut dire, comme nous le disons au texte, que quand il s'agit de droits immobiliers ou de meubles incorporels, le tuteur doit avoir l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, et que, sur les meubles corporels, il peut librement déférer le serment (Au temps de Duranton, tous les droits mobiliers, sauf les rentes sur l'État excédant 50 francs et plus d'une action à la Banque de France, pouvaient être aliénés par le tuteur seul). Ou c'est un acquiescement : alors, il faut dire que le tuteur peut seul déférer le serment dans une action mobilière, et dans une action immobilière avec l'autorisation du conseil de famille. Ou c'est une transaction : alors, il faut dire que le tuteur doit toujours remplir la triple formalité de l'article 467. L'auteur ne semble accepter aucune de ces trois alternatives, ce qui nous semble incompréhensible.

En résumé, nous croyons que l'opinion de notre grand maître, Pothier, est toujours vraie. Il nous dit « qu'il n'y a que ceux qui ont la disposition de leurs droits, qui puissent déférer le serment. » C'est l'opinion que nous soutenons au texte.

le serment qu'on lui a déféré ou de le référer et d'accepter sa perte si on prête ce serment référé. Puis ce serment a pour but de terminer le procès, car, que l'une des parties prête ou refuse le serment déféré ou référé, cela détermine tout de suite son gain ou sa perte. Mais y a-t-il un contrat? Nous répondons sans hésiter: non! En effet, qu'est-ce qu'un contrat? C'est l'accord de deux ou plusieurs volontés, tendant à engendrer des obligations. Ici y a-t-il accord de volontés? La volonté suppose la liberté. Est-ce que celui à qui on a déféré ou référé le serment est libre de le prêter ou de le refuser? Non! car, s'il refuse de prêter le serment ou même de décider l'affaire au moyen du serment, il perdra sa cause immédiatement. Donc il n'y a pas contrat. Donc il n'y a pas transaction. Donc il ne faut pas appliquer au serment les règles de la transaction, notamment celles qui concernent la capacité et le pouvoir.

Ainsi, pour déférer le serment, le tuteur n'a pas besoin d'observer les formalités de l'article 467; seulement, comme la délation de serment implique l'aliénation conditionnelle [1] de l'objet faisant matière du procès, quand cet objet est immobilier, il faut, d'après les articles 457 et 458, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal du siège de la tutelle. Pour les droits mobiliers, il faut faire une distinction : sont-ils incorporels, d'après l'article 1[cr] de la loi du 27 février 1880, le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille, et même de l'homologation du tribunal du siège de la tutelle,

[1] Il faut observer qu'il n'y a pas là une aliénation à titre gratuit, car, si celui qui défère le serment aliène son droit conditionnellement, celui à qui le serment est déféré aliène aussi son droit sous la condition inverse.

quand la valeur en question dépasse 1500 francs. S'agit-il de meubles corporels, le tuteur peut seul déférer le serment. C'est une lacune. Il faudrait décider, par exemple, que le tuteur devrait toujours avoir l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal saisi de l'affaire et qui serait, par conséquent, le plus à même de juger si la délation du serment serait avantageuse ou non. Quant au pouvoir du maire, dont il a été question dans l'arrêt que nous avons cité en note, il est identiquement le même et pour transiger et pour aliéner. Donc il n'y a, à notre sentiment, aucun intérêt pratique sur ce point (Décret du 13 avril 1861, tableau A, nos 48 et 50, modifié par la loi du 5 avril 1884, art. 68, nos 2 et 4).

On insiste aussi sur les objets sur lesquels on veut déférer le serment et on dit que ce sont seulement les objets susceptibles de transaction. Mais nous verrons dans notre chapitre III que les objets susceptibles de transaction sont toutes choses qui sont dans le commerce. Par conséquent, ce ne sont pas là des règles spéciales à la transaction.

288. — Au reste, il va sans dire qu'alors même que les parties donnent une autre qualification à leur convention, du moment que cette convention réunit les trois éléments de la transaction, ce sont les règles de la transaction qu'il faut appliquer, et réciproquement.

Aussi, il a été jugé qu'un acte qualifié de *transaction* était au fond une vente, parce qu'il ne paraissait pas qu'il y eût eu un litige quelconque entre les parties (Req., 10 février 1857 : Dalloz, 1857, 1, 254).

De même, une convention qualifiée de *transaction* a été reconnue comme un prêt usuraire, parce qu'il

n'a pas paru au juge qu'il y eût aucune constestation au moment de la convention (Req., 9 décembre 1879 : Dalloz, 1880, 1, 325) .

A l'inverse, il a été jugé qu'un acte par lequel une femme paraît avoir disposé à titre gratuit envers son mari et ses enfants sous la forme d'une donation entre-vifs, peut être considéré comme constituant en réalité une transaction par laquelle la femme s'est engagée à réparer le dommage résultant d'un délit d'adultère par elle commis, et de la naissance d'un enfant adultérin auquel elle a donné le jour, moyennant quoi le mari s'est désisté de sa plainte : il y a là en effet des concessions réciproques (Req., 20 juillet 1870 : Dalloz, 1870, 1, 333)[1].

De même, le juge a pu reconnaître dans l'ensemble des stipulations d'un acte de désistement, et dans les faits d'exécution qui en ont été la suite, les caractères, non d'un simple désistement d'instance, mais d'une transaction. En effet, du moment qu'il y a quelque chose de stipulé au profit du demandeur, ce n'est pas un simple désistement, mais une véritable transaction (Rej., 9 décembre 1874 : Dalloz, 1875, 1, 132).

Il est à remarquer, d'ailleurs, qu'il appartient au juge du fond d'examiner en fait s'il y a les éléments de la transaction. Mais s'il résulte du jugement que, après avoir reconnu l'existence de ces éléments, le juge a, à tort, jugé que l'acte n'est pas une transaction, ou qu'à l'inverse, il a qualifié de *transaction* un acte qui ne réunit pas les éléments essentiels de la transaction, ce jugement n'échappera pas au contrôle de la Cour de cassation (Req., 11 novembre 1884 : Dalloz, 1885, 1, 116)[2].

[1] V. aussi Lyon, 7 avril 1870 : Dalloz, 1871, 2, 187.

[2] Cet arrêt n'est pas contredit par un autre arrêt de la même Cour

SECTION II

CARACTÈRES DE LA TRANSACTION

289. — 1° C'est un contrat *consensuel*. Le second alinéa de l'article 2044, en exigeant un écrit, semblerait décider le contraire. Mais nous verrons dans le chapitre suivant que, pour nous du moins, l'écrit n'est exigé que comme preuve.

290. — 2° C'est un contrat *synallagmatique*. Nous avons vu en effet que la transaction suppose essentiellement des sacrifices réciproques qui se traduisent toujours en obligations, ne fût-ce que pendant un instant de raison [1].

Ce caractère, cependant, a été quelquefois contesté [2]. « Institué légataire universel, je transige avec l'héritier légitime qui possède la succession, et nous convenons qu'il me livrera une moitié des choses héréditaires et gardera l'autre moitié. » On a soutenu que, dans cette hypothèse et dans les hypothèses analogues, la transaction n'est pas un contrat synallagmatique, car, dit-on, l'héritier, qui, lui, s'oblige à livrer la moitié des biens

qui a décidé qu'une sentence d'un juge de paix ne peut être déférée à la Cour de cassation, par le motif qu'elle aurait à tort qualifié de *transaction* un simple dépôt de somme d'argent (Req., 21 mai 1855 : Dalloz, 1855, 1, 410). En effet, on sait que « les jugements rendus par les juges de paix ne peuvent être attaqués par la voie du recours en cassation que pour excès de pouvoir. » (Loi du 25 mai 1838, art. 15.) Or, comme le dit très bien la Cour suprême, il n'y a pas dans l'hypothèse un excès de pouvoir, bien qu'il puisse y avoir un mal-jugé, et j'ajouterai même, une violation de la loi.

[1] C'est une différence avec le droit romain (V. n° 145, note).

[2] M. Philippe, *Thèse de doctorat*, 1853, n° 9, cité par M. Accarias, p. 176.

héréditaires, n'oblige le légataire à rien donner ni à rien faire. M. Accarias attaque ce système, en disant que le légataire s'oblige à ne pas faire. Cela est exact. Mais j'ajouterai, moi, que le légataire s'oblige aussi éventuellement à donner. En effet, lorsque deux personnes transigent sur la propriété d'une chose, leur intention est double, comme nous l'avons dit déjà dans les parties précédentes (nos 175 et 264). Chacune se dit ou doit se dire raisonnablement : « En supposant que je suis le véritable propriétaire, je vais obliger mon adversaire à ne pas me causer des ennuis en intentant un procès contre moi, d'autant plus que je puis perdre ma cause par une erreur judiciaire. Si je suppose que c'est mon adversaire qui est le véritable acquéreur, je vais l'obliger à me céder son droit[1]. » Donc, à mes yeux, la transaction dont il s'agit engendre à la charge du légataire une obligation certaine, celle de ne plus troubler l'héritier pour la même cause, et une obligation éventuelle, qui consiste à transférer la propriété de la moitié des choses héréditaires, s'il a réellement droit sur la succession tout entière[2]. Si, en principe, comme nous le verrons plus tard,

[1] Cf. *infra*, n° 480 et suiv.

[2] M. Accarias nous semble se tromper, lorsqu'en comparant la transaction à la vente, il déclare que, si l'acheteur se trouvait, au moment du contrat, déjà nanti d'un autre titre de la chose vendue, l'obligation du vendeur consisterait seulement à ne pas la lui redemander (p. 177). En effet, même dans ce cas, l'obligation du vendeur consiste à transmettre la propriété et elle se traduit pratiquement, non seulement en celle de ne pas redemander la chose, mais surtout en une obligation de garantie. Je vais même plus loin et je dis que, quand le vendeur était réellement propriétaire, la prétendue obligation de ne pas redemander la chose, n'est pas une véritable obligation, car la propriété ayant été immédiatement transférée à l'acheteur au moment du contrat, si le vendeur ne peut plus la réclamer à l'acheteur, c'est par absence de droit, c'est en vertu de ce devoir, qui existe pour tout le monde, de ne pas empiéter sur les droits des autres.

il n'y a point de garantie pour la chose litigieuse, c'est par l'interprétation de la volonté probable des parties, et rien n'empêche, comme nous l'avons vu dans notre première partie (n° 177, 2e note), que les parties ne stipulent expressément la garantie, même pour la chose litigieuse [1].

291. — Bien que nous renvoyions pour les intérêts pratiques qui résultent des divers caractères de la transaction, aux traités généraux de la matière des contrats,

[1] M. Boissonade, dans le Commentaire de l'article 757 de son projet (III, pp. 458 et 459), nous enseigne aussi que la transaction n'est pas nécessairement un contrat synallagmatique, « car, dit-il, le sacrifice n'est pas toujours « une *obligation* contractée de chaque côté; » c'est ce qui arrive lorsque le demandeur se borne à renoncer à une partie de ses prétentions pour assurer le reste : le défendeur contracte bien une obligation, ou, au moins, il confirme une obligation douteuse, mais le demandeur ne s'oblige pas en renonçant à demander ce qui excède: ce n'est pas une obligation « de ne pas faire. » Voilà l'opinion de l'éminent rédacteur du projet de notre Code civil. Je lui demanderai la permission de lui faire observer que, à mes yeux, le demandeur qui renonce à une partie de sa prétention, contracte une véritable obligation de ne pas faire. En effet, quand on a une prétention que son adversaire conteste, on a le droit de s'adresser aux tribunaux pour voir si on a raison ou si on a tort. Par suite d'une transaction, par laquelle son adversaire s'oblige à payer une partie de la somme à laquelle on prétend avoir droit, on s'oblige à ne pas exercer la poursuite. C'est, il me semble, une obligation de ne pas faire. Maintenant, cette obligation opère immédiatement l'extinction du droit litigieux. Mais ce n'est qu'un effet de la convention, comme l'obligation de donner opère le transfert de la propriété. Qu'on ne dise pas qu'il n'y a obligation que quand on sort du droit commun, et qu'ici, le créancier, en abandonnant une partie de sa prétendue créance, ne fait que rentrer dans le droit commun ! Quand le créancier a acquis une créance, le droit commun veut qu'il en exige le paiement ; en y renonçant totalement ou partiellement, il sort du droit commun. Il n'est pas comparable, par exemple, au prêteur, qui, après avoir prêté de l'argent, n'en est plus propriétaire, et qui, par conséquent, n'est pas débiteur par ce qu'il ne peut pas réclamer l'argent prêté avant l'échéance.

nous nous arrêtons ici pour examiner si ce caractère synallagmatique de la transaction a pour conséquence de permettre l'application de l'article 1184 [1].

Pour nous, il n'y a pas de doute : la transaction, comme tous autres contrats synallagmatiques, est résolue par l'arrivée de la condition résolutoire, qui consiste dans l'inexécution de la convention de la part de l'une des parties. En effet, les termes de l'article 1184 sont tout à fait formels, et il n'y a aucun texte qui en limite l'application en ce qui concerne la transaction. Aussi est-ce là l'opinion généralement admise [2].

292. — M. Accarias la conteste cependant, en disant que cette résolution heurterait l'esprit de l'article 1184.

[1] La question de savoir si l'article 1184 s'applique aux seuls contrats synallagmatiques ou à tous les contrats à titre onéreux, est controversée. Mais, pour nous, elle n'a aucun intérêt en notre matière. Nous ne la discutons donc pas.

[2] Baudry-Lacantinerie, III, 573; Pont, *Des petits Contrats*, II, p. 225. Dans le Répertoire de Dalloz (V° *Transaction*, n° 173), on semble admettre notre opinion, puisqu'on parle de la résolution de la transaction, bien qu'on n'en précise pas la cause. Laurent, après avoir admis la résolution à la page 334 de son tome XXVIII, la repousse à la page 418. — Si l'on combine l'article 441 du projet de Code civil japonais qui dit : « Dans tout contrat synallagmatique, la condition résolutoire est toujours sous-entendue au profit de la partie qui a exécuté ses obligations ou qui offre de le faire, pour le cas où l'autre partie ne remplirait pas les siennes en entier ; » et l'article 757, 2e alinéa, ainsi conçu : « La transaction est soumise aux règles générales des conventions pour sa formation, sa validité, ses effets et sa preuve, sous les modifications qui suivent ; » il semblerait que l'auteur du projet admet la résolution de la transaction pour son inexécution par l'une des parties ; et c'est ce qu'il semblerait nous apprendre dans son *Commentaire* (III, p. 462, 6°), lorsqu'il nous dit que la transaction comporte les mêmes causes d'extinction, notamment la résolution pour inexécution des obligations. » Il faut cependant se rappeler ce que nous avons dit dans la dernière note du numéro précédent, à savoir que, aux yeux de l'auteur du projet, la transaction n'est pas toujours un contrat synallagmatique.

« Le législateur, dit-il, érigeant l'inexécution de l'une des parties en condition résolutoire au profit de l'autre, ne fait qu'interpréter leur pensée probable et établir un mode d'indemnité qui est le plus exact et le plus sûr de tous[1]. » Partant de cette idée, il s'écrie: « La résolution n'est-elle pas manifestement contraire à l'intention des parties, puisqu'elles avaient voulu étouffer à tout jamais leur différend? » Puis il continue: « Quelle que soit l'issue de mon action, l'équité sera blessée. Si je triomphe, j'obtiendrai beaucoup plus que ne m'aurait procuré l'exécution du contrat, je réaliserai un véritable bénéfice. Si je succombe, je n'obtiendrai pas même ce que la transaction devait m'assurer; c'est le défendeur qui, pour avoir manqué à sa promesse, réalisera un bénéfice. Ainsi, résurrection d'un litige dont les parties avaient voulu qu'il ne fût plus question; par suite, indemnité supérieure au préjudice éprouvé, ou au contraire, préjudice sans indemnité possible, c'est-à-dire, dans les deux cas, enrichissement de l'une des parties aux dépens de l'autre, telle serait la conséquence nécessaire de la résolution de la transaction. Jusqu'à présent, nous n'avons attribué l'inexécution qu'à la négligence ou à l'embarras du possesseur. Le résultat va être bien plus choquant, si nous lui supposons de la mauvaise foi. Depuis que nous avons transigé, il s'est aperçu que dans la réalité j'étais sans droit sur l'immeuble. Dès lors, il a calculé que, si je le contraignais à l'exécution, elle ne lui serait pas plus onéreuse pour avoir été retardée; que si, au contraire, je faisais résoudre le contrat, il avait tout à gagner, sûr de repousser ensuite ma revendica-

[1] P. 178.

tion par la production du titre nouvellement découvert. Si donc, conformément à ses espérances, je préfère la résolution, voilà un débiteur que sa mauvaise foi aura singulièrement servi[1]. » Il ajoute enfin que telle était déjà la doctrine des Romains, et il cite la loi *Si profundo* 33, C., *De trans.*, 2, 4.

293. — Nous osons affirmer que tout cela nous semble des erreurs. D'abord, nous nous demandons si, réellement, comme le prétend l'auteur que nous combattons, le législateur, en édictant la règle de l'article 1184, a voulu « établir un mode d'indemnité qui est le plus exact de tous »; s'il n'y a pas là plutôt un moyen de contrainte, et en même temps une garantie contre l'insolvabilité du débiteur. Mais passons. Nous aimons mieux nous attacher, pour le moment, à l'autre idée émise par l'auteur, et qui, celle-là, est vraie, à savoir que le législateur ne fait qu'interpréter la pensée probable des parties. En nous plaçant à ce point de vue, nous examinerons si résoudre une transaction parce que l'une des parties ne l'exécute pas, ce n'est pas aussi conforme à la pensée probable des parties, que résoudre une vente, par exemple, pour la même cause. M. Accarias affirme que non, parce que les parties ont voulu étouffer à tout jamais leur différend. Mais alors, ne peut-on pas dire que résoudre une vente n'est pas non plus conforme à la pensée probable des parties, parce que les parties ont voulu que la vente eût lieu et que la chose restât la propriété de l'acheteur, par exemple? Il faut donc rechercher autre chose pour expliquer comment la résolution qui est en soi si con-

[1] PP. 178 et 179.

traire à l'intention des parties qui contractent, peut cependant être conforme, dans certains cas, à cette même intention. Le voici : sans doute, les parties ont voulu étouffer à tout jamais leur différend, comme le dit très bien l'éminent auteur, que nous avons le regret de combattre ; mais c'est à la condition que l'on exécute la transaction complètement, que l'on paye, par exemple, la somme que l'on a promise en échange de l'abandon du droit litigieux. Donc, si l'on n'exécute pas la transaction, si l'on ne paye pas la somme qu'on a promise, son adversaire aimera mieux recouvrer son ancien droit ; s'il l'avait su, il n'aurait jamais transigé et il aurait préféré intenter un procès, dont l'issue serait incertaine. Voilà, croyons-nous, la vraie explication de l'article 1184, au point de vue de l'intention des parties.

294. — Passons maintenant à la prétendue iniquité de notre solution. « Si en intentant l'action, à laquelle j'ai renoncé, je triomphe, dit M. Accarias, j'obtiendrai beaucoup plus que ne m'aurait procuré l'exécution du contrat, je réaliserai un véritable bénéfice. » Mais est-ce qu'on ne peut pas dire la même chose pour la résolution de tout contrat, par exemple d'une vente? Si, au moment de la résolution, le vendeur trouve un acheteur qui consent à payer le double du prix auquel il a vendu d'abord, ce qui arrive tous les jours, est-ce qu'on ne peut pas dire aussi qu'il obtient beaucoup plus que ne lui aurait procuré l'exécution du contrat, qu'il réalise un véritable bénéfice? « Si je succombe, continue M. Accarias, je n'obtiendrai pas même ce que la transaction devait m'assurer ; c'est le défendeur qui, pour avoir manqué à sa promesse, réalisera un bénéfice. » C'est une erreur ; l'au-

teur oublie le second alinéa de l'article 1184, qui nous dit que le créancier peut demander la résolution *avec dommages et intérêts*. Donc, le demandeur, qui se trouvera obligé de se contenter de reprendre son ancienne action, demandera les dommages et intérêts, qui comprendront au moins la somme qu'on lui a promise *transigendi causa*, s'il vient à perdre son procès. D'ailleurs, rien ne le force à demander la résolution: il peut, s'il le préfère, exiger le payement de la somme promise, et au besoin saisir tous les biens de son débiteur, pour les mettre aux enchères.

295. — Quant à l'argument tiré du droit romain, il n'a aucune valeur, attendu qu'en droit romain, la condition résolutoire tacite de notre article 1184 était absolument inconnue ; l'argument a d'autant moins de valeur, que le texte sur lequel on s'appuie suppose, de l'aveu de l'auteur (p. 47), une stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation, opération qui ne comporte jamais aucune condition résolutoire (V. n^os^ 56 et 165, *in fine*).

296. — Laurent, dans la partie où il semble repousser notre opinion [1], invoque l'article 2052, et dit qu' « en assimilant la transaction à un jugement, le Code a voulu lui donner la même stabilité qu'aux décisions judiciaires et, comme on ne peut pas faire revivre les difficultés que le jugement a terminées, bien que l'une des parties ne l'exécute point, il faut en dire autant de la transaction. » Argument vicieux, qui ne conduit à rien moins qu'à n'admettre, pour attaquer une transaction, que les

[1] V. n° 291, 2e note.

moyens dont on peut se servir pour attaquer un jugement, ce qui est absolument inadmissible, comme nous le verrons plus loin. Est-il admissible, par exemple, que la transaction ne soit attaquable que par voie de cassation comme un jugement rendu en dernier ressort? La vérité est que la transaction est un contrat, et est soumise aux règles du contrat, parmi lesquelles celle de l'article 1184, tandis que le jugement est un acte d'autorité qui n'a rien de commun avec un contrat, si ce n'est qu'il n'a d'effet qu'entre parties. Donc, l'argument de Laurent ne nous paraît pas plus judicieux que ceux de M. Accarias.

297. — 3° C'est un contrat *à titre onéreux*. En effet, si la convention était intervenue à titre de libéralité, ce ne serait plus une transaction. Où trouverait-on alors ces sacrifices réciproques qui sont de l'essence de notre contrat?

298. — 4° C'est un contrat *aléatoire*. L'opinion générale est contraire[1], et dit que la transaction est, en prin-

[1] Troplong, *Du Cautionnement et des Transactions*, p. 561 ; — Accarias, pp. 180 et 181 ; Baudry-Lacantinerie, III, p. 573; Pont, *Des petits Contrats*, II, pp. 225 et 226. Ces trois derniers auteurs nous disent avec soin que la transaction est commutative, si l'objet non litigieux donné en échange de l'abandon du droit litigieux est est une valeur fixe ; aléatoire, si cet objet dépend d'une chance. Cela revient, croyons-nous, à dire que la transaction est en principe commutative. En effet, la valeur qu'on donne comme équivalent de l'abandon du droit litigieux, est généralement fixe, et la question est seulement de savoir si cet élément litigieux qui fait l'objet de toute transaction, imprime à ce contrat le caractère aléatoire. Si l'on se plaçait au même point de vue que ces auteurs, la vente elle-même, qu'on place généralement à la tête des contrats commutatifs, on ne pourrait pas dire qu'elle soit en principe un contrat commutatif. Nous nous empressons, d'ailleurs, d'ajouter qu'aucun contrat n'est essentiellement commutatif.

cipe, un contrat commutatif. Marbeau [1] et Delvincourt [2] prétendent qu'elle est en même temps un contrat commutatif et aléatoire. Cette dernière opinion ne nous semble pas sérieuse, car ces deux termes sont tout à fait contradictoires : ou il y a chance de gain ou de perte, alors le contrat est aléatoire ; ou il n'y a point chance de gain ou de perte, alors le contrat est commutatif, on ne peut pas sortir de là. Revenons donc à l'opinion générale et demandons-nous s'il est vrai que la transaction est, en principe, un contrat commutatif. Nous ne le croyons pas, et voici pourquoi. Ce qui distingue les contrats aléatoires des contrats commutatifs, c'est la chance de gain ou de perte. Or, dans la transaction, il y a toujours cette chance de gain ou de perte, car on ne sait pas, au jour du contrat, si la demande une fois portée en justice, aboutirait ou non. On dit cependant que, pour qu'il y ait un contrat aléatoire, il faut que les chances de gain ou de perte puissent se réaliser pour l'une des parties et que l'appréciation de la valeur des avantages résultant du contrat devienne certainement possible un jour ; que la question de savoir qui aurait gagné le procès subsistera toujours ; que jamais donc il ne sera possible d'apprécier exactement le danger que chaque partie courait [3]. Nous répondons d'abord qu'il n'est dit nulle part qu'il faille que les chances de gain ou de perte puissent se réaliser un jour pour l'une des parties ; et ensuite que, bien souvent, on peut prouver à la rigueur qui aurait gagné, par exemple, au moyen des preuves évidentes qu'on aurait découvertes après la transaction ; il se peut encore que

[1] P. 4.
[2] III, p. 136.
[3] Accarias, p. 180.

la même question ait été tranchée judiciairement entre l'une des parties transigeantes et un tiers, ce qui fait généralement présumer dans quel sens le juge aurait prononcé dans le procès entre les parties transigeantes. Donc, nous croyons fermement, bien que notre opinion soit isolée, que la transaction est un contrat essentiellement aléatoire.

Au reste, nous ajoutons immédiatement, avec M. Accarias, que notre question est dénuée d'intérêt. Si, en effet, l'impossibilité de rescinder la transaction pour cause de lésion tenait, comme le prétend Delvincourt, à ce caractère aléatoire, ce serait un intérêt. Mais cela est manifestement inexact, car même les contrats commutatifs ne sont pas en principe rescindables pour cause de lésion [1].

[1] On dit quelquefois que la transaction est un contrat *du droit des gens* (Marbeau, p. 3; Pont, II, p. 225; Troplong, p. 560). Mais, aujourd'hui, tous les contrats sur des droits du patrimoine sont du droit des gens. Nous avons donc cru qu'il était inutile de relever ce caractère de la transaction, qui est commun à tous les contrats relatifs aux biens.

On dit encore que la transaction est un contrat *accessoire* (Accarias, p. 176; Pont, II, pp. 224 et 225). On trouve déjà cette division des contrats en contrats principaux et contrats accessoires dans Pothier (*Traité des Obligations*, n° 14). Mais Pothier définie les contrats accessoires : ceux qui interviennent pour assurer l'exécution d'un autre contrat. MM. Baudry-Lacantinerie (II, p. 537) et Demolombe (I, p. 32), reproduisent cette définition. L'article 323 du projet de Code civil japonais adopte aussi cette définition. C'est, on le voit, à peu près ce qu'on appelle quelquefois les *contrats de garantie* (Aubry et Rau, IV, p. 287, 3°). V. aussi M. Bŏissonade, *Proj. de C. c. jap.*, II, *Commentaire*, p. 39. En ce sens, on devrait dire que la transaction est un contrat principal et non accessoire. Mais les deux auteurs que nous avons cités prennent le mot dans un autre sens et nous disent que la transaction « suppose entre les parties des rapports antérieurs (Accarias, *loc. cit.*); » ou « qu'elle suppose une autre convention, ou un acte juridique antérieur (Pont, *loc. cit.*). » D'après la dernière définition la transaction n'est pas nécessairement accessoire, car, souvent,

on ne sait pas au juste s'il y a eu « une autre convention ou un acte juridique antérieur; » et il serait, par exemple, inexact d'en conclure que, si on parvient à prouver que cette convention ou cet acte antérieur n'existait que dans l'imagination des parties, la transaction tombera faute de cause. Si, donc, le premier auteur entend la même chose par ces mots un peu équivoques : « rapports antérieurs », nous croyons qu'il se trompe aussi. Mais, s'il entend par là qu'il faut une contestation antérieure, il ne fait que reproduire un des éléments essentiels de la transaction qu'il a longuement étudié; ce n'est vraiment pas la peine de relever un pareil caractère, quand on veut classer le contrat.

CHAPITRE II

DE LA PREUVE DE LA TRANSACTION

299. — Le second alinéa de l'article 2044 nous dit : « Ce contrat doit être rédigé par écrit. » D'où la question de savoir si l'écrit est exigé à peine de nullité ou simplement à titre de preuve. Un arrêt déjà vieux de la Cour de Caen prétendait que la transaction non écrite était entièrement nulle [1].

Mais tous les auteurs sont unanimes pour repousser cette doctrine étonnante [2]. En effet, aujourd'hui que les formalismes ont été en principe balayés de la loi civile, peut-on sérieusement soutenir que le seul verbe *doit* employé dans notre article rend de la transaction un contrat solennel, comme la donation, le contrat de mariage, la constitution d'hypothèque, alors surtout que le législateur se sert du même verbe *doit* dans l'article 1341, où il ne s'occupe que de la preuve [3]? Ajoutons que le tribun Albisson, dans son rapport, explique que c'est pour proscrire la preuve testimoniale que l'on a ajouté

[1] Caen 12 avril 1845 : Dalloz, 1845, 2, 108.— Le Code italien, dans son article 1314, exige l'écrit sous peine de nullité pour un grand nombre de conventions, parmi lesquelles la transaction (7°), ce qui nous semble tout à fait exorbitant. Cf. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, 2e édit., I, p. 255.

[2] Accarias, p. 176; Marbeau, p. 3; Dalloz, Vo *Transaction*, no 30; Merlin, *Questions de Droit*, Vo *Transaction*, § VIII, I; Baudry-Lacantinerie, III, pp. 573 et 577; Mourlon, III, p. 516; Demante et Colmet de Santerre, VIII, p. 314; Aubry et Rau, IV, p. 660; Pont, II, pp. 227 et 238; Laurent, XXVIII, pp. 361 et 362; Troplong, pp. 566 et 567; Delvincourt, III, p. 136; Duranton, XVIII, p. 434; Zachariæ, V, p. 85; Massé, IV, p. 534.

[3] Cf. art. 1834, C. c.

notre paragraphe [1]. Donc, c'est pour la preuve que l'écrit doit être rédigé.

Mais, même au point de vue de la preuve, est-il vrai que la transaction doit toujours être rédigée par écrit? C'est ce que nous allons voir en passant rapidement en revue tous les moyens de preuve admis de droit commun, c'est-à-dire, la *preuve testimoniale*, les *présomptions*, *l'aveu*, le *serment* et la *preuve littérale*.

SECTION I

DE LA PREUVE TESTIMONIALE

300. — L'article 1341 exige une preuve écrite et exclut par là la preuve testimoniale, pour une valeur excédant 150 francs. L'article 2044, 2e alinéa, va plus loin, et exige toujours un écrit pour prouver une transaction, sans distinction de valeur. Quels sont les motifs de cette rigueur? Les voici :

1° Les enquêtes sont souvent longues et dispendieuses. Si, donc, elles étaient permises pour prouver une transaction, ne donneraient-elles pas lieu quelquefois à un procès plus long et plus coûteux que celui dont on a justement voulu éviter les ennuis et les frais?

2° Les enquêtes ne sont pas seulement longues et dispendieuses : elles sont aussi dangereuses. Ce danger ne serait-il pas particulièrement grand, quand il s'agirait de prouver un contrat compliqué, comme la transaction, qui se compose généralement de plusieurs clauses corrélatives les unes des autres[2]?

[1] Fenet, XV, p. 115; Locré, XV, pp. 431 et 432.

[2] Accarias, pp. 182 et 183; Baudry-Lacantinerie, III, p. 577; Colmet de Santerre, VIII, pp. 314 et 315; Pont, II, p. 244; Aubry et Rau, IV,

C'étaient là certainement les motifs qui ont déterminé le législateur à prohiber la preuve testimoniale. Mais a-t-il bien fait de prohiber la preuve testimoniale ? C'est une autre question. M. Boissonade ne l'a pas pensé, et il soumet la transaction, sur ce point, aux principes généraux (art. 757, 2e alin., Proj. de C. c. jap. ; III, *Commentaire*, p. 463). M. Pont pense aussi que cette précaution de l'article 2044 est inexplicable [1]. Nous pencherions aussi à penser que cette disposition se justifie difficilement. Car, en somme, selon nous du moins, comme nous le verrons dans l'instant, ce n'est que pour les transactions dont l'intérêt ne dépasse pas 150 francs, que la dérogation existe. Si, dans ce cas, on a pensé, avec raison, qu'il y aurait généralement des inconvénients à exiger un écrit, pourquoi n'y en aurait-t-il pas aussi à exiger un écrit en notre matière ? Aussi le projet du Tribunal de Cassation ne contenait-il pas cette dérogation. « Les transactions, disait l'article 16 de ce pro-

p. 661, note 8. La plupart des autres auteurs, répétant les mots d'Albisson (Fenet, XV, p. 115; Locré, XV, pp. 431 et 432), disent pour justifier notre disposition, soit comme seul motif, soit à côté d'autres motifs, que la transaction ayant pour but de terminer un procès, n'en doit pas faire naître un nouveau (Marbeau, p. 133; Dalloz, Vo *Transaction*, no 30; Mourlon, III, p. 516; Laurent, XXVIII, p. 367; Troplong, pp. 567 et 570; Duranton, XVIII, p. 434; Delvincourt, III, *Notes et Explications*, p. 247). Cette explication est certainement inexacte, car l'écrit n'empêchera pas plus que n'importe quel moyen, un procès de naître relativement à la transaction. Troplong voulant préciser cette idée, prétend que la loi ne veut pas de procès sur la preuve (p. 568). Nous verrons tout à l'heure que l'auteur tire de là des conséquences que nous ne saurions admettre. Mais contentons-nous ici d'une seule objection, qui nous semble péremptoire. S'il était vrai que la loi n'a pas voulu qu'il y ait procès sur la preuve, et même aucun procès relatif à la transaction, on devrait dire que même la vérification d'écriture n'est pas possible en cette matière, car c'est toujours un procès sur la preuve de la transaction ! V. Accarias, *loc. cit.*

[1] II, pp. 244 et 245.

jet, n'exigent aucune forme différente de celles des conventions ordinaires: on peut transiger devant le bureau de conciliation, ou en jugement, ou par acte authentique ou privé, *ou même devant témoins ; mais dans ce dernier cas, la preuve n'est admissible que si l'objet est d'une valeur non excédant* 200 *francs*[1]. Il faut remarquer que le Tribunal de Cassation avait proposé dans l'article 1341 la valeur de 200 francs au lieu de 150 francs, proposition qui n'a pas été adoptée[2].

301. — On a fait une remarque qui ne me semble pas juste. On a dit que, « pour tous les cas où l'on transige sur une prétention constatée par un écrit qu'on laisse subsister, la règle qui interdit toute preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, rend inutile la disposition finale de l'article 2044[3]. » Je dis que cette remarque n'est pas juste. En effet, il y a bien des cas où, pour prouver une transaction, on n'a pas besoin de prouver contre et outre le contenu aux actes. Par exemple, j'ai un acte écrit qui constate que je suis créancier d'une somme de 200 francs. Mon prétendu débiteur conteste cette créance. Il intervient entre nous une transaction par laquelle mon prétendu débiteur s'oblige à me payer les 200 francs que je dis qu'il me doit; de mon côté, je m'engage verbalement à lui donner un objet qui vaut 100 francs. Mon débiteur me paye contre le titre que je lui rends. Moi, je n'exécute pas mon engagement. D'après la règle générale de l'article 1341, mon adversaire aurait le droit de prouver mon obligation par

[1] Fenet, II, p. 745.
[2] Fenet, II, p. 601.
[3] Accarias, p. 184. Cf. Massé, IV, p. 534.

témoins, car la valeur en jeu n'est que de 100 francs et on n'a pas à prouver contre et outre le contenu de l'acte qui constatait ma prétendue créance. Et pourtant, par application de l'article 2044, mon prétendu débiteur ne pourra pas prouver par témoins la transaction qui est intervenue entre nous, pour me réclamer l'objet que je lui ai promis.

302. — Quoique l'article 2044 semble tout à fait absolu, tout le mode est d'accord pour admettre les exceptions de l'article 1348[1]. L'article 1348 est cet article qui admet la preuve testimoniale, contrairement à l'article 1341, dans deux cas : 1° dans le cas où il a été impossible au créancier de se procurer une preuve écrite ; 2° dans celui où le créancier a perdu par cas fortuit le titre qu'il avait. Le premier cas n'a guère d'application ici : mais le second cas se présente fréquemment. En effet, la loi n'a pas pu exiger l'impossible. Cette raison explique ces exceptions à la règle de l'article 1341. Elle expliquera les exceptions analogues à la disposition de l'article 2044.

303. — En est-il de même de l'exception de l'article 1347, qui admet la preuve testimoniale dans le cas où il y a un commencement de preuve par écrit ? La question est fort controversée, et la jurisprudence a été longtemps indécise.

A notre sentiment, la preuve testimoniale doit être admise encore dans ce cas. En effet : 1° nous avons vu que les termes de l'article 1341 sont aussi impératifs que

[1] Accarias, p. 184; Dalloz, V° *Transaction*, n° 33; Mourlon, III, p. 516; Baudry-Lacantinerie, III, p. 578; Colmet de Santerre, VIII, p. 315; Pont, II, p. 251; Laurent, XXVIII, pp. 370 et 371; Aubry et Rau, IV, p. 661.

ceux de l'article 2044, avec cette différence que le premier article prescrit la rédaction d'un écrit à partir d'une valeur dépassant 150 francs, tandis que le second article la prescrit sans distinction de valeur (n° 299). Or la règle de l'article 1341 reçoit une exception, quand il y a un commencement de preuve par écrit. Pourquoi, alors, celle de l'article 2044 ne recevrait-elle pas la même exception? Il faudrait, en tous cas, un texte formel pour qu'on puisse admettre le contraire. Or ce texte fait défaut. Donc, l'exception de l'article 1347 s'applique même en matière de transaction; d'autant plus que la règle de l'article 2044 étant une dérogation au droit commun, doit être interprétrée restrcitivement, et qu'en cas de doute, on doit l'interpréter dans le sens qui s'approchera le plus du droit commun, établi dans les articles 1341 et suivants.

2° Pourquoi, de droit commun, admet-on la preuve testimoniale, quand il y a un commencement de preuve par écrit? C'est parce que, dans ce cas, la preuve testimoniale est beaucoup plus facile et beaucoup moins dangereuse que dans les cas ordinaires. La même raison n'existe-t-elle donc pas en matière de transaction?

304. — Examinons maintenant si les arguments de l'opinion contraire sont irréfutables.

1° On dit que le tribun Albisson a déclaré, dans son rapport au Tribunat, que « la transaction devant terminer un procès, c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau, que d'en laisser dépendre l'effet de la solution d'un problème sur l'admissibilité ou les résultats d'une épreuve testimoniale. » [1] Or admettre la preuve testimo-

[1] V. Fenet, XV, p. 115; Locré, XV, pp. 431 et 432.

niale sous prétexte qu'il y a un commencement de preuve par écrit, c'est « laisser dépendre l'effet de la transaction de la solution d'un problème sur l'admissibilité d'une épreuve testimoniale. » Donc, l'existence d'un commencement de preuve par écrit ne doit pas permettre la preuve testimoniale.

Cet argument a peu de valeur. D'abord, nous ferons observer que tout argument tiré des travaux préparatoires doit être présenté avec beaucoup de circonspection, et ne doit être admis que quand il n'y a pas d'autres arguments de part et d'autre ou que quand il est corroboré par d'autres arguments, car les travaux préparatoires sont loin d'être complets, et puis, souvent, ceux qui votent une loi peuvent n'être pas du même avis que ceux qui l'expliquent.

Mais, ici, il y a une raison toute particulière pour se défier du langage d'Albisson. En effet, si on prenait ses paroles à la lettre, même l'exception de l'article 1348, qui s'applique, de l'aveu de tout le monde, en notre matière, ne devrait pas être admise, car elle soulèverait toujours « un problème sur l'admissibilité d'une épreuve testimoniale ». Bien mieux, aucun procès sur la transaction ne serait possible, comme nous l'avons dit plus haut (n° 300, 1re note), car le tribun a dit que la transaction devant terminer un procès, ne doit pas en faire naître un nouveau. Donc il est absolument impossible de prendre à la lettre les paroles d'Albisson.

305. — 2° On a invoqué encore les motifs pour lesquels le législateur a cru devoir exiger un écrit.

Nous avons réfuté d'avance cet argument. Nous avons dit que le commencement de preuve par écrit

atténue sensiblement les inconvénients de la preuve testimoniale. D'ailleurs, on ne peut jamais admettre une dérogation si importante au droit commun, en se fondant uniquement sur les motifs, qui n'ont jamais été formulés nettement [1].

306. — Ainsi nous croyons que les arguments de nos adversaires ont peu de valeur. Chose étonnante, la majorité des auteurs n'admet pas la preuve testimoniale dans notre cas [2]. Cependant nous remarquons avec satisfaction une certaine tendance en sens contraire [3]. La jurisprudence des Cours d'appel admettait pendant longtemps l'opinion générale [4]. Mais la Cour de Cassation a toujours prononcé dans notre sens [5], et un arrêt de la

[1] Mourlon (III, p. 516) invoque un argument qui nous paraît singulier : « La règle de l'article 2044, nous dit-il, est un droit spécial et *rigoureux* : il n'est pas permis, dès lors, de le modifier par une exception faite pour le droit commun. » La règle de l'article 2044 est, en effet, un droit spécial et *rigoureux*. Il en faut conclure, il nous semble, qu'on doit l'appliquer restrictivement. Il est vraiment paradoxal d'en arriver à dire qu'il faut l'appliquer le plus largement possible, au point de n'admettre pas même les exceptions de droit commun.

[2] Accarias, p. 183 ; Marbeau p. 132 ; Dalloz, V° *Transaction,* n° 32; Mourlon, III, p. 516 ; Aubry et Rau, IV, p. 661 ; Laurent XXVIII, pp. 369 et 370 ; Troplong, pp. 569 et 570 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 85, note 6, *in fine.*

[3] Merlin, *Questions de Droit,* V° *Transaction*, § VIII, III; Baudry-Lacantinerie, III, p. 578; Colmet de Santerre, VIII, pp. 315 et 316 ; Pont, II, pp. 245 et suiv. ; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, V, p. 85, note 6. — C'est à tort que Troplong range ce dernier auteur du côté de l'opinion générale, comme l'explique très bien M. Pont.

[4] Caen, 12 avril 1845 : Dalloz, 1845, 2, 108 ; Pau, 1er août 1860 : Dalloz, 1861, 2, 55 ; Nancy, 5 décembre 1867 : Dalloz, 1868, 2, 45 ; Metz, 30 novembre 1869 : Dalloz, 1869, 2, 230 ; Paris, 30 novembre 1876 : Dalloz, 1878, 2, 64 ; Limoges, 28 juillet 1877 : Dalloz, 1879, 2, 140.

[5] Cass., 28 novembre 1864 : Dalloz, 1865, 1, 105 ; Cass., 24 décembre 1877 : Dalloz, 1878, 1, 160 ; Rej., 8 janvier 1879 : Dalloz, 1879, 1, 128 ; Req., 19 octobre 1885 : Dalloz, 1886, 1, 416.

Cour de Lyon, du 8 mai 1879[1], a, contrairement à la jurisprudence des autres Cours d'appel, adopté la solution de la Cour suprême. Nous espérons que ces deux tendances dans le même sens, de la doctrine et de la jurisprudence, se maintiendront, et même aboutiront, sinon à supprimer complètement cette divergence d'opinions, du moins à faire triompher la seule solution qui nous semble vraie.

307. — Une autre question encore controversée est celle de savoir si la preuve testimoniale est rejetée même en matière commerciale. La jurisprudence tient pour l'affirmative[2]. Les auteurs du droit civil se rangent à peu près unanimement au système de la jurisprudence[3], tandis que les auteurs du droit commercial semblent tous admettre l'opinion contraire[4].

Quant à nous, nous pensons que ce sont ces derniers auteurs qui sont dans le vrai. Mais, avant d'entrer dans

[1] Dalloz, 1881, 2, 26.

[2] Bordeaux, 5 février 1857: Sirey, 57, 2, 575; Dalloz, V° *Transaction*, n° 34 ; Bourges, 12 août 1871 : Dalloz, 1873, 2, 103. — V. cependant Req., 4 novembre 1885 : Dalloz, 1886, 1, 333, qui admet que la transaction qui règle des intérêts commerciaux est de la compétence des tribunaux de commerce.

[3] Accarias, pp. 183 et 184 ; Aubry et Rau, IV, p. 661 ; Pont, II, p. 244; Laurent, XXVIII, p. 368.

[4] Massé, *Traité du Droit commercial*, 2e édit., IV, n° 2695 (1re édit., VI, n° 332) ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 85, note 6, *in fine;* — Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit commercial*, pp. 43 et suiv.; *Précis de Doit commercial*, I, pp. 64 et suiv. ; Boistel, *Précis de Droit commercial*, pp. 38 et 39 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Manuel de Droit commercial*, 7e édit., pp. 767 et 768. Ces cinq derniers auteurs ne tranchent pas directement notre question, mais, en donnant la même définition que nous, des actes de commerce par la *théorie d'accessoire*, ils nous paraissent se ranger implicitement à notre système. — M. Massé, cependant, influencé par les objections de son collègue, M. Pont (*loc. cit.*), émet des doutes dans la troisième édition de son *Droit commercial* (IV, p. 535).

la discussion, il importe de préciser la question. D'abord, tout le monde reconnaîtra qu'une transaction, même faite par un commerçant, même faite entre commerçants, qui n'a aucun rapport avec le commerce, n'est pas commerciale, et par suite, est soumise, non pas aux règles exceptionnelles de la preuve du droit commercial, mais bien aux règles générales du droit civil. A l'inverse, quand la transaction intervient « comme condition d'un marché présentant lui-même un caractère commercial, » nos adversaires eux-mêmes semblent admettre que l'acte devient commercial et peut, comme tous actes de commerce, être prouvé par témoins[1]. La difficulté est donc de savoir si la transaction intervenue sur un acte commercial est elle-même commerciale et échappe à l'application de l'article 2044, C. c., pour tomber sous l'empire de l'article 109, C. de c., qui admet tous les moyens de preuve en matière commerciale [2].

308. — La question étant posée ainsi, il nous semble qu'il est difficile de ne pas la résoudre dans le sens de la commercialité. En effet, l'article 632, pénultième alinéa, C. de c., porte que « la loi répute actes de commerce toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers. » Ainsi, si on appliquait cet article à la lettre, toutes les transactions entre commerçants seraient commerciales. Cette application judaïque est repoussée avec raison par tout le monde. Mais, au moins faudrait-il en conclure, sous peine d'aller directement contre la loi, que toutes les transactions conclues entre commerçants en cette qualité sont commerciales. Puis, si les transac-

[1] Accarias, p. 184.

[2] L'article ne parle que des achats-ventes, mais tout le monde semble d'accord pour l'appliquer à tous les actes de commerce.

tions conclues par un commerçant en cette qualité avec un autre commerçant sont commerciales, pourquoi les mêmes actes ne seraient-ils pas commerciaux, du moins à l'égard du commerçant[1], quand ils seraient passés par un commerçant, toujours en cette qualité, avec un non-commerçant ? Donc la formule de l'article 632, C. de c., est certainement défectueuse, et elle doit être entendue en ce sens que tous les actes, parmi lesquels les transactions, passés par un commerçant en cette qualité, sont commerciaux, au moins à son égard. Par exemple, un commerçant achète des marchandises à vendre à un de ses confrères ou à un non-commerçant, pour 1,000 francs. Plus tard, il s'élève une discussion sur la qualité de ces marchandises, et notre commerçant prétend résoudre l'achat. Il intervient alors une transaction par laquelle le vendeur consent à une réduction de prix de 20 0/0, soit 800 francs. Si l'acheteur ne paye pas cette somme, le vendeur pourra, selon nous, l'actionner et prouver par témoins la transaction intervenue entre eux.

Peut-être dirait-on que l'article 2044 prescrivant l'écrit d'une manière absolue, n'admet même pas l'exception résultant de l'article 109, C. de c. Mais, pour nous, l'article 2044 ne déroge qu'à l'article 1341. Et nous espérons avoir démontré que les termes de l'article 2044 ne sont pas plus impératifs que ceux de l'article 1341. Dès lors, il nous semble difficile d'argumenter des termes de l'article 2044, pour repousser les exceptions de droit commun, comme celle de l'article 109, C. de c.

[1] Cf. Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit commercial*, pp. 257 et 258, *Précis de Droit commercial*, I, pp. 336 et 337; Boistel, pp. 9 et 10.

SECTION II

DES PRÉSOMPTIONS

309. — Nous ne connaissons pas d'autre présomption légale en notre matière, que celle de l'article 2054, dont nous parlerons à la fin de notre étude. Il n'y a donc que les présomptions de l'homme dont il puisse être question ici. Or l'article 1353 nous dit que ces présomptions ne sont admises que dans les cas « où la loi admet les preuves testimoniales ». Nous renvoyons donc à la section précédente. Nous ajoutons seulement qu'il résulte de cet article que, dans les cas où la preuve testimoniale est admise, tous les moyens de preuve sont permis, car les juges peuvent déduire leurs présomptions de toutes circonstances de fait.

SECTION III

DE L'AVEU

310. — Nous écartons d'abord l'aveu extrajudiciaire, car de deux choses l'une : ou il est déposé dans un acte sous seing privé ou authentique; alors ce n'est plus l'aveu, mais l'acte, qui fait foi. Ou il reste verbal et il est rapporté seulement par des témoins ; alors il n'est admis comme preuve que dans le cas où la preuve testimoniale est admise (art. 1355, C. c.) ; c'est plutôt une preuve testimoniale.

Quant à l'aveu judiciaire, tout le monde est d'accord pour l'admettre, quand il est fait spontanément.

311. —La question devient plus délicate, lorsqu'on demande si l'on peut requérir l'interrogatoire sur faits et articles, pour obtenir un aveu judiciaire.

Excepté Troplong [1], tous les auteurs sont d'accord pour l'admettre [2]. En effet, quelle raison y a-t-il pour le refuser ? L'interrogatoire sur faits et articles n'a pour but que de faire avouer. Si, donc, on a une fois admis l'aveu, on est forcé d'admettre l'interrogatoire sur faits et articles, d'autant plus que l'article 324, C. de p., le permet « en toutes matières et en tout état de cause. » Cependant il faut rendre cette justice à Troplong, qu'il est au moins logique de ne pas admettre cette procédure, car, pour lui, il ne faut pas qu'il y ait procès sur l'existence de la transaction. Mais ce en quoi il n'est pas logique, c'est qu'il admet l'aveu judiciaire spontanément fait [3], car qui dit aveu judiciaire, dit procès.

SECTION IV

DU SERMENT

312. — Il n'est question naturellement ici que du serment judiciaire. Mais il y a deux sortes de serment judiciaire : le serment *décisoire* et le serment *supplétoire*.

Pour le serment supplétoire, tout le monde semble d'accord pour le repousser dans les cas où la preuve testimoniale est refusée [4], car on admet généralement, sinon universellement, que le commencement de preuve exigé

[1] P. 570.

[2] Accarias, pp. 185 et 186 ; Marbeau, pp. 132 et 144 ; Dalloz, V° *Transaction*, n° 37; Merlin, *Questions de Droit*, V° *Transaction*, § VIII, III; Baudry-Lacantinerie, III, p. 578 ; Aubry et Rau, IV, p. 660, note 7, *in fine;* Pont, II, p. 252 ; Laurent, XXVIII, p. 371 ; Duranton, XVIII. p. 434 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 85, note 6, *in fine ;* Rigal, p. 19, *in fine ;* Massé, IV, p. 534.

[3] P. 566.

[4] Accarias, p. 185 ; Marbeau, p. 146 ; Pont. II, p. 253 ; Demolombe, VII, p. 590.

par l'article 1367 pour que le juge puisse déférer le serment supplétoire, doit être un commencement de preuve *par écrit*, toutes les fois que la preuve testimoniale est repoussée [1].

313. — Quant au serment décisoire, il nous semble qu'il doit être admis dans tous les cas, car l'article 1358, C. c., nous dit d'une manière absolue que « le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit [2]. » C'est en effet l'avis de la jurisprudence [3] et de l'unanimité des auteurs [4], moins Troplong. Ce dernier auteur, en vertu de son fameux argument, que la loi ne veut pas de procès sur l'existence de la transaction, repousse le serment décisoire, comme il a repoussé l'interrogatoire sur faits et articles [5]. Nous lui répondrons toujours que l'aveu, et même l'écrit, soulèvent bien souvent des procès, sur l'indivisibilité de l'aveu, sur la vérification de l'écriture, etc. Donc nous admettons le serment décisoire comme l'interrogatoire sur faits et articles, et peut-être même *a fortiori*.

[1] Baudry-Lacantinerie, II, p. 911 ; Mourlon, II, p. 932 ; Colmet de Santerre, V, p. 637 ; Aubry et Rau, VIII, p. 360 ; Marcadé, V, p. 245 ; Laurent, XX, pp 318 et suiv.; Demolombe, VII, pp. 588 et suiv.

[2] Cf. art. 1360, C. c. — Remarquons aussi que, dans les articles 1715 et 1716, C. c., le serment est admis expressément, alors que la preuve testimoniale est aussi expressément proscrite ; que, dans l'article 2275, C. c., et dans l'article 189, C. de c., le serment est encore admis après certaines petites prescriptions, alors que tout moyen de preuve est en principe écarté.

[3] Limoges, 6 février 1845 : Dalloz, 1846, 5,458.

[4] Accarias, p. 185; Marbeau, pp. 133 et 145; Dalloz, V° *Tansaction*, n° 36; Merlin, *Questions de droit*, V° *Transaction*, § VIII, II ; Baudry-Lacantinerie, III, pp. 577 et 578 ; Mourlon, III, p. 516 ; Colmet de Santerre, VIII, p. 314 ; Aubry et Rau, IV, p. 660 ; Pont, II, pp. 252 et 253 ; Laurent, XXVIII, pp. 371 et 372; Duranton, XVIII, p. 434 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 85, note 6, *in fine* ; Massé, IV, p. 534.

[5] PP. 567 et suiv.

SECTION V

DE LA PREUVE LITTÉRALE

314. — L'écriture est la preuve la plus normale et celle dont le législateur a voulu qu'on se serve le plus possible.

L'écriture est authentique ou privée.

Quand elle est privée, elle doit être rédigée en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. En effet, nous avons vu que la transaction est un contrat essentiellement synallagmatique (n° 290) ; or, d'après l'article 1325, C. c., « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct [1]. »

Du reste, nous admettons que l'écrit qui serait irrégulier parce qu'il n'a pas été rédigé en autant d'originaux qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct, ou d'une manière générale, tout écrit irrégulier, bien qu'il ne fasse pas preuve complète, peut néanmoins servir de commencement de preuve par écrit, et permettre toul autre moyen de preuve, s'il « émane de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente,

[1] Le Code italien ne reproduit pas cette disposition, en quoi nous ne sommes pas éloigné de penser qu'il a raison. Cf. Huc, I, p. 256. — Bien que nous n'ayons pas encore à notre disposition la partie du projet de Code civil japonais concernant la preuve, l'auteur du projet annonce dans son *Commentaire* de l'article 318 (II, p. 26), qu'il adoptera le système de l'article 1325.

et qu'il rende vraisemblable le fait allégué (art. 1347, C. c.)[1]. »

315. — La règle de l'article 1325 reçoit exception lorsque la transaction a été complètement exécutée d'un côté avant la confection de l'écrit. Exemple : Primus prétend être créancier de Secundus pour 1,000 francs. Secundus le conteste. Il intervient entre eux une transaction, par laquelle Primus s'engage à décharger Secundus, si celui-ci lui paye 500 francs. Secundus les paye immédiatement. Primus, lui en donnant quittance, déclare qu'il ne réclamerait plus rien pour la même cause. Dans ce cas, cette quittance fera preuve, car, ici, la transaction, qui était au commencement synallagmatique, est devenue unilatérale par l'exécution entière de l'obligation de Secundus [2].

[1] En ce sens : Colmet de Santerre, V, pp. 540 et 541 ; Aubry et Rau, VIII, p. 231 ; Marcadé, V, pp. 48, 141 et 142 ; Laurent, XIX, pp. 540 et suiv. ; Cass., 28 novembre 1864 : Dalloz, 1865, 1,105. — En sens contraire : Baudry-Lacantinerie, II, pp. 829 et 830; Mourlon, II, p. 874 ; Demolombe, VI, pp. 365 et suiv.

[2] M. Pont (II, p. 240), reproduisant une espèce, dans laquelle est intervenu un arrêt de la Cour de Paris, du 2 mai 1815 (Sirey, 16, 2, 8 [Collect. nouv , 5, 2, 38]) , approuve la décision de cet arrêt, d'après laquelle, quand un prétendu créancier réduit par transaction le montant de sa réclamation et donne quittance d'un acompte payé par son débiteur en y mentionnant la transaction, le contrat ne serait pas synallagmatique et la quittance suffirait pour prouver la transaction. Cette opinion me semble inadmissible, car il est manifeste pour moi qu'il y a là des obligations des deux côtés : le débiteur s'est obligé à payer la somme convenue, le créancier à ne pas le poursuivre pour le reste. Et l'auteur ne semble pas admettre la doctrine de M. Boissonade, qui ne voit pas d'obligation dans la promesse faite par le créancier de ne pas poursuivre son débiteur (V. n° 290, 4e note). En effet, il répète à plusieurs reprises que la transaction est un contrat synallagmatique (II, pp. 225 et suiv.). Bien mieux, il nous dit que « chacune des parties, en transigeant, donne ou au moins *promet quelque*

Il en sera de même, quand un seul original ayant été rédigé au moment de la convention, l'une des parties aura exécuté la transaction en tout ou en partie. Exemple : Primus prétend être créancier de 1,000 francs contre Secundus, qui le nie. Une transaction vient à obliger Secundus à payer 500 francs. On rédige un seul original, que garde Primus. Secundus paye 200 francs à titre d'à-compte. Comme il ne paye pas le reste, Primus le poursuit en justice, en s'appuyant sur l'unique original qu'il a. Secundus lui répond que l'écrit n'ayant pas été rédigé en nombre d'originaux voulu, ne peut point servir de preuve. Primus répliquera victorieusement qu'en exécutant déjà la transaction en partie, son adversaire a avoué son engagement et qu'il est mal venu à contester maintenant cette transaction. Il est vrai que l'article 1325 n'admet expressément cette fin de non-recevoir qu'en cas de défaut de mention du nombre des originaux; mais l'identité de motifs nous permet de l'étendre au cas même de défaut d'originaux en nombre voulu [1].

chose ; » que, « même dans le cas où l'obligation prise par l'une des parties consiste à *ne pas faire*, le contrat retient le caractère synallagmatique » (II, p. 225) ; et il cite M. Accarias, n° 80. Or, au numéro cité, ce dernier auteur admet formellement que la promesse de ne plus poursuivre le défendeur engendre une *obligation de ne pas faire* (Cf. n° 290). Donc M. Pont se contredit lui-même en approuvant l'arrêt de la Cour de Paris : il aurait fallu, dans l'espèce, rédiger un double original pour que la preuve fût complète. Maintenant le tribunal aurait pu voir un commencement de preuve par écrit dans la quittance dont il s'agit et le compléter soit au moyen des enquêtes, soit au moyen des présomptions.

[1] En ce sens : Accarias, p. 186, note 1 ; Baudry-Lacantinerie, II, p. 830 ; Mourlon, II, p. 871 ; Colmet de Santerre, V, p. 540; Aubry et Rau, VIII, pp. 232 et 233 ; Marcadé, V, p. 47 ; Pont, II, p. 239 ; Laurent, XIX, p. 250 ; Demolombe, VI, p. 379. — M. Accarias cependant semble confondre notre cas et le cas précédent.

316. — On s'est demandé ce qui doit arriver quand l'une des parties s'est contentée de souscrire un billet, sans parler, dans l'acte, de la transaction qui y a donné lieu. Exemple : Primus qui se prétend créancier de Secundus pour une somme de 1,000 francs, consent par transaction à se contenter de 500 francs. Secundus lui souscrit un billet de 500 francs, sans en préciser la cause. Quelle sera la valeur de ce billet? Nous répondons que ce billet fera preuve, s'il remplit les conditions de l'article 1326. Mais de quoi fera-t-il preuve ? D'une obligation unilatérale de 500 francs, car, en vertu de l'article 1132, « la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée, » et le créancier n'aura pas à fournir la preuve de la transaction, pour demander le payement de ce billet. Mais il importe de remarquer que ce billet ne fera jamais preuve de la transaction. Ainsi, si, par exemple, Primus s'avise de poursuivre Secundus pour l'ancienne cause, Secundus ne pourra pas invoquer son billet et prétendre prouver par là la transaction par laquelle Primus a abandonné son action ; ce billet ne pourra même pas servir de commencement de preuve par écrit, car il n'émane pas de son adversaire. Secundus n'aura d'autre moyen que de déférer le serment ou de demander l'interrogatoire sur faits et articles pour en obtenir un aveu de son adversaire [1].

317. — On assimile quelquefois à notre cas le cas où Primus a donné quittance de la somme qu'il a reçue, sans en préciser la cause [2]. Cela est vrai en ce sens que

[1] Cf. Accarias, pp. 186 et 187 ; Troplong, p. 715.
[2] Accarias, *loc. cit.*

cette quittance, pas plus que le billet dans le cas précédent, ne fait preuve de la transaction. Cela est vrai encore en ce sens que cette quittance constate un payement valable, comme le billet constate dans le cas précédent une obligation valable; en effet, si, par exemple, Secundus s'avise de demander la répétition de l'indu, en prétendant qu'il ne devait rien, ce n'est pas à Primus à prouver la transaction, mais à Secundus à établir qu'il ne devait rien. Peut-être cependant, si Primus vient à poursuivre Secundus pour l'ancienne cause à laquelle il a renoncé, Secundus pourrait-il se servir de sa quittance comme un commencement de preuve par écrit pour prouver la transaction par tous les moyens possibles, car, à la différence du billet dans le cas précédent, la quittance émane de Primus contre lequel on veut prouver la convention. Le tout est de savoir si le juge la considérera bien comme rendant vraisemblable le fait allégué : c'est une question de fait.

318. — Il a été jugé, avec raison, qu'une lettre même régulièrement insérée aux copies de lettres d'un commerçant ne peut être invoquée par ce commerçant, comme faisant preuve d'une transaction intervenue entre lui et son ancien commis intéressé, sur un compte existant entre eux; quand même le commis a reçu et encaissé des valeurs qui lui avaient été adressées pour solde, s'il prétend n'avoir accepté ces valeurs qu'à titre d'à-compte (Paris, 5 janvier 1867 : Dalloz, 1867, 2, 39). C'est avec raison, disons-nous, qu'il a été jugé ainsi. En effet, d'abord une lettre peut constater l'engagement d'une personne, mais non l'acceptation du destinataire. Donc, par elle seule, elle est une preuve manifestement

insuffisante d'une transaction, et l'exécution de la transaction par le signataire de la lettre ne saurait rendre cette preuve complète, alors surtout qu'on peut interpréter autrement cette exécution. Et encore, s'il était établi que la lettre est parvenue au destinataire, on pourrait à la rigueur appliquer ce proverbe un peu hardi : Qui ne dit mot consent. Mais, dans l'espèce, cette preuve même n'a pas été fournie. Sans doute, si la participation du commis aux bénéfices du commerce de son patron pouvait constituer pour ce commis un acte de commerce, comme nous admettons que la transaction intervenue à l'occasion d'un acte de commerce est elle-même commerciale (nos 37 et 38), on pourrait prouver cette transaction par tous les moyens possibles. Mais nous croyons que la participation du commis ne constitue pas un acte de commerce. Ajoutons enfin que cette lettre émanée du patron ne saurait jamais être considérée comme un commencement de preuve par écrit contre le commis [1].

319. — Passons maintenant aux actes authentiques. En matière de transaction, trois sortes d'actes authentiques sont possibles :

1° L'*acte notarié*, qui est le plus simple et qui est possible en tous cas.

320. — 2° Le *procès-verbal de conciliation*. Il faut remarquer d'abord que le procès-verbal de conciliation ne constate pas toujours une transaction, car le juge de paix, voyant que l'une des parties a complètement tort,

[1] Cf. Laurent, XXVIII, p. 465 ; Massé, IV, pp. 535 et 536.

peut lui faire abandonner entièrement sa prétention. Mais il arrive souvent qu'une transaction intervient au bureau de paix et est constatée par le procès-verbal de transaction. Voilà pourquoi la loi ne soumet à l'obligation du préliminaire de conciliation que les causes susceptibles de transaction, au point de vue de l'objet[1] et de la capacité, et dans lesquelles la transaction ne soit pas trop problématique, comme les demandes formées contre plus de deux parties ayant le même intérêt, les demandes contre un tiers saisi, en remise de titres, en payement de loyers, fermages et arrérages de rentes, les demandes en garantie, en validité et offres réelles ou de consignation, les demandes formées devant le juge de paix et dont il a dû se dessaisir (art. 43 et 49, C. de p.). Peut-être la loi aurait-elle mieux fait d'exiger, à l'exemple du décret des 6-27 mars 1791, art. 16, que la partie qui ne peut ou ne veut pas se présenter en personne au bureau de paix, institue un mandataire ayant le pouvoir de transiger[2].

Le procès-verbal de conciliation est certainement authentique au point de vue de la force probante (arg., art. 1317, C. c.). Le second alinéa de l'article 54, C. de p., qui nous dit que « les conventions des parties, insérées au procès-verbal, ont force d'obligation privée, » n'a trait qu'à la force exécutoire[3].

[1] Il est remarquable que la loi énumère certains objets sur lesquels on ne peut transiger, en voulant énumérer les cas où il y a dispense de préliminaire de conciliation.

[2] V. cependant Garsonnet, *Précis de Procédure civile*, p. 407; *Traité de Procédure*, II, p. 218.

[3] Il serait peut-être un peu inexact de dire avec Troplong que le procès-verbal de conciliation « n'a pas la force d'un acte authentique en ce qu'il ne peut servir de titre pour conférer hypothèque (p. 572). » Aujourd'hui,

Il est généralement admis que le juge de paix peut dresser un procès-verbal de conciliation, non seulement quand les parties comparaissent devant lui pour le préliminaire de conciliation, mais aussi quand elles se présentent pour être jugées[1]. En effet, il serait inadmissible que le juge de paix qui peut concilier les parties et constater la transaction, dans les affaires appartenant à la compétence des tribunaux civils, ne puisse pas exercer la même fonction, dans les affaires dont la compétence lui appartient.

321. — 3° Le *jugement d'expédient*, qu'on appelle aussi *jugement convenu*, *jugement passé d'accord*, *transaction* ou *contrat judiciaire*. Notons, tout d'abord, que toutes transactions intervenues sur un procès pendant ne revêtent pas nécessairement cette forme : les parties peuvent transiger sans intervention du juge, et soit laisser périmer l'instance, soit se désitser, soit aquiescer ; elles n'ont pas besoin, pour cela, de demander l'homologation du tribunal[2]. Mais quand elles veulent bien faire constater leur accord dans un jugement, elles le peuvent aussi. Dans ce cas, la transaction peut se faire de deux

même les actes notariés n'emportent pas hypothèque. Ce qui est vrai, c'est qu'à la différence du jugement, le procès-verbal du juge de paix n'emporte pas hypothèque judiciaire. Ce qui est vrai encore, c'est qu'à la différence de l'acte notarié, on ne peut pas se servir de ce procès-verbal, pour conférer une hypothèque conventionnelle. C'est là peut-être aussi l'idée de l'auteur. Cf. Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, 5e édition, II, p. 123.

[1] En ce sens : Pont, II, p. 242; Laurent, XXVIII, p. 366; Garsonnet, *Précis de Procédure civile*, p. 62, 2°; *Traité de Procédure*, I, p. 91; Bordeaux, 6 juillet 1858 ; Sirey, 1859, 2, 254; — En sens contraire : Limoges, 28 juillet 1877 : Dalloz, 1879, 2, 140.

[2] Rigal, pp. 115 et 116; Merlin, *Répertoire*, V° *Transaction*, § III, II. L'article 17 du projet du Tribunal de Cassation le disait formellement (Fenet, II, p. 745).

manières : ou bien, les parties ou leurs avoués rédigent un projet de transaction, le signent et le soumettent à l'homologation du tribunal ; ou bien, ils prennent des conclusions d'accord et le tribunal leur en donne acte. Pour nous, ces deux moyens sont les mêmes et doivent produire les mêmes effets. Tel n'est pas l'avis de Troplong, qui se révolte contre la première pratique, bien que que la seconde pratique ne lui répugne point, et qui, ce qui est moins inoffensif, attache à la première des effets différents de ceux qu'il attache à la seconde[1]. Nous ne comprenons pas cette distinction arbitraire. Sans doute, nous ne contestons pas ce qu'il y a d'irrégulier dans ces jugements d'expédient. Mais cette irrégularité existe aussi bien dans le second que dans le premier cas. En effet, que les parties puissent transiger au cours du procès, cela va sans dire ; mais il faudrait alors que le demandeur abandonne sa demande, tandis que la transaction sera constatée dans un acte sous seing privé ou dans un acte notarié ; il n'est pas besoin, ce nous semble, qu'un jugement soit rendu. Mais, comme cette pratique était admise dès bien avant la confection du Code de procédure et que ce Code garde un silence absolu, il est assez difficile d'interdire ces sortes de jugements, d'autant plus qu'il n'y a guère d'inconvénient pratique.

322. — Ce n'est pas chose aisée de déterminer les effets de ce jugement d'expédient. Mais, voici le principe d'où il nous semble qu'il faut partir : c'est une transaction quant au fond, et un jugement quant à la forme. Ainsi toutes les règles de fond relatives à la transaction s'ap-

[1] Pp. 572 et suiv.

pliquent à cette sorte de jugement. Par exemple, elle n'est valable que quand elle porte sur un objet susceptible de transaction; elle ne doit être conclue que par les parties ayant la capacité ou le pouvoir de transiger; elle n'est attaquable que par une action en nullité fondée sur les causes que nous étudierons à la fin de notre étude, etc. etc. Mais la forme de jugement produit aussi certains effets. Par exemple, ce jugement, comme tout autre, a force exécutoire; il emporte aussi hypothèque judiciaire. Ajoutons que cette transaction existe, en tant que transaction, dès le moment où l'accord est intervenu entre les parties. Ainsi les parties ne peuvent pas violer leur convention, même avant le jugement. De même, les vices de forme qui annuleraient le jugement laissent subsister la transaction comme convention privée.

323. — Voilà le système qui nous semble seul vrai. Nous avouons cependant que c'est là presque notre opinion isolée [1]. Du reste les auteurs sont loin d'être d'accord.

Dans une première opinion, qui réunit la majorité des suffrages, on admet que le jugement d'expédient n'est jamais attaquable par voie d'action principale en nullité, mais seulement par voie de recours d'un jugement [2]. Cette opinion nous semble inadmissible. En effet, que ce jugement, parce qu'il est un jugement et que le juge, en homologuant la transaction, la fait sienne, comme disent ces auteurs, soit attaquable pour les mêmes causes

[1] Merlin, *Questions de droit*, V° *Appel*, § 1, n° 6.

[2] Accarias, pp. 188, 331 et 332; Aubry et Rau, IV, p. 658; Pont, II, p. 241; Laurent, XXVIII, p. 365; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, V, p. 85; Carré et Chauveau-Adolphe, *Lois de la Procédure*, 4e édit., IV, pp. 110 et suiv.

qu'un jugement ordinaire, on comprendrait encore ; en tous cas, ces auteurs, en le soutenant, seraient logiques. Mais ils le repoussent, car cette conséquence logique répugne à leur bon sens, et ils ne comprennent pas cependant que leur point de départ est vicieux. Mais il est inouï qu'on attaque un acte par des voies de recours ouvertes contre les jugements, pour des causes de nullité qui existent contre les conventions. Non ! le point de départ de ces auteurs est faux ; le juge, en homologuant la transaction, ne la fait pas sienne ; il se contente d'en donner acte. Donc son jugement n'est jugement qu'en la forme ; il est convention au fond ; il n'est donc attaquable que comme convention, que pour des causes de nullité des conventions, que par des voies qui servent à attaquer les conventions [1].

324. — Dans une seconde opinion, on va plus loin et on soutient que, de toutes les voies de recours contre les jugements, c'est la requête civile seule qui puisse être employée pour attaquer une transaction judiciaire [2]. C'est apparemment parce que la transaction a l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (art. 2052, C. c.). Mais alors, pourquoi ne pas permettre la cassation ?

Dans une troisième opinion, soutenue par Troplong [3], on fait la distinction dont nous avons parlé (n° 321) : les parties ou leurs avoués ont-ils rédigé et signé la transaction, c'est une véritable transaction, attaquable par action principale ; se sont-ils contentés de prendre des

[1] Sans doute, pour attaquer le jugement d'expédient comme jugement, c'est-à-dire pour vices de forme, il faut recourir aux voies de recours ouvertes contre les jugements.

[2] Marbeau, p. 135.

[3] PP. 572 et suiv.

conclusions, c'est un véritable jugement, qui ne peut être attaqué que par des voies de recours ouvertes contre ces décisions judiciaires. Nous avons dit combien une telle distinction est arbitraire : dans l'un et l'autre cas, le rôle du juge est, en principe, réduit à donner acte d'une convention privée ; dans l'un et l'autre cas, le juge n'homologuerait pas la transaction, si elle contenait quelque chose de contraire à l'ordre public. Dès lors, la distinction de Troplong n'a vraiment pas sa raison d'être.

Enfin, la quatrième opinion se rapproche le plus de la nôtre, mais elle admet une voie de recours contre les jugements, la tierce-opposition, alors qu'elle écarte toutes les autres voies pour admettre les actions en nullité ou en rescision [1]. Cette exception nous semble étrange. Il est vrai que l'auteur soutient que la tierce-opposition n'est pas, à proprement parler, une voie de recours contre les jugements [2]. Mais, c'est précisément comme conséquence de l'idée que le jugement d'expédient est aussi un jugement, qu'il nous dit que ce jugement est, comme les autres, attaquable par voie de tierce-opposition. D'ailleurs, puisqu'il n'y a que les jugements qu'on attaque par tierce-opposition, c'est, il nous semble, une voie de recours contre les jugements.

[1] Garsonnet, *Précis de Procédure civile*, p. 1003.

[2] *Op. cit.*, pp. 803, 981 et suiv. Du reste, l'idée de l'auteur est que la tierce opposition n'a pour but que de faire échapper un tiers à l'effet d'un jugement qui lui est préjudiciable.

CHAPITRE III

DE L'OBJET DE LA TRANSACTION

325. — En droit français, comme en droit romain (n° 80), le principe est que la transaction, comme toute autre convention, ne peut porter que sur des objets qui soient dans le commerce [1]. Il serait donc aussi inutile que fastidieux d'énumérer un à un tous les cas où la transaction serait impossible. Nous nous bornerons aux cas qui ont soulevé plus ou moins de difficultés, ou tout au moins, qui ont donné lieu à des décisions judiciaires [2].

[1] Les auteurs de la procédure civile commettent généralement une erreur manifeste, en prétendant que « les causes où l'on ne peut compromettre sont aussi celles où l'on ne peut transiger (Garsonnet, *Précis de Procédure civile*, p. 397; *Traité de Procédure civile*, II, p. 203; Carré et Chauveau Adolphe, I, p. 210; Boitard, *Leçons de Procédure civile*, 12e édit., I, p. 50). » En effet, l'article 1004 du Code de procédure nous dit qu' « on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. » Or, parmi les causes communicables au ministère public, il y en a qui peuvent certainement faire objet de transaction Ce sont, par exemple : les causes qui intéressent les mineurs, les femmes mariées non autorisées par leurs maris, l'État, les communes, les établissements publics, les pauvres; les faux incidents; les requêtes civiles; les contredits soulevés dans une distribution de deniers par voie d'ordre ou de contribution; les incidents de saisie immobilière; les demandes en déchéance ou en nullité de brevet d'invention, etc. etc. Sans doute, dans beaucoup de ces cas, il y a certaines formalités à remplir. Mais on peut transiger avec ces formalités, tandis qu'on ne peut jamais compromettre.

[2] Nous avons vu que, par suite d'une interprétation erronée du droit romain, les auteurs de l'ancien droit français interdisaient générale-

SECTION I

DES DÉLITS[1]

326. — Nous avons vu qu'en droit romain, il était permis de transiger sur les délits privés, et non, en principe, sur les crimes privés ou publics (nos 90 et suiv.) ; que, dans l'ancien droit français, on finit par distinguer, en principe, l'action publique et l'action civile; qu'on pouvait alors transiger sur la dernière, mais non sur la première ; que, cependant, la transaction sur un crime non frappé de peine afflictive arrêtait même l'action publique (nos 252 et 253).

ment de transiger sur des droits résultant d'un testament avant d'avoir lu ce testament (nos 128 et suiv., 257). Aujourd'hui, il est certain que cette prétendue interdiction n'existe plus. Nous n'en parlerons donc pas davantage.

Nous avons lu dans un arrêt que l'action en nullité d'un partage d'ascendant pour vice dans la composition des lots, ou l'action en rescision d'un partage, pour lésion de plus du quart, ne peut être l'objet d'une transaction, du vivant de l'ascendant donateur, les causes de nullité ou de rescision d'un partage d'ascendant n'étant susceptibles d'être vérifiées qu'après le décès du donateur (Cass., 6 février 1860 : Dalloz, 1860, 1, 89). Cette décision nous semble sujette à critique. Il est vrai que l'action en nullité ou en rescision d'un partage d'ascendant ne peut être exercée qu'après le décès du donateur. Mais il n'en résulte pas qu'il soit interdit de transiger sur cette action avant le décès de l'ascendant. En effet, il est en principe permis de renoncer, soit à titre de transaction, soit autrement, à un droit futur (art. 1130, C. c.). Il existe sans doute une exception à ce principe pour la succession non encore ouverte; mais cette exception ne saurait s'appliquer à notre hypothèse, le partage d'ascendant fait par un ascendant vivant ne pouvant jamais contenir que ses biens présents (art. 1076, 2e al.). V. cependant Pont, II, p. 306; Aubry et Rau, VIII, p. 43.

[1] Nous entendons ici par ce mot toutes infractions à la loi pénale : crimes, délits et contraventions.

Aujourd'hui, en France, on distingue nettement l'action publique de l'action civile. Sur cette dernière action, on peut toujours transiger, comme on peut transiger sur un dommage quelconque, résultant d'un fait qui n'est point punissable et qui s'appelle *délit* ou *quasi-délit civil* [1]. Sur l'action publique, au contraire, la transaction est en principe impossible, soit par la partie civile, à qui n'appartient pas l'action publique, et dont la transaction sur l'action civile n'influe en rien sur l'action publique; soit par le ministère public, qui n'a que l'exercice de l'action publique et qui ne peut même transiger sur cet exercice, sans encourir les peines de l'article 177 du Code pénal.

C'est ce que veut dire l'article 2046, C. c., ainsi conçu : « On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. — La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public » [2].

[1] Une question curieuse s'est élevée à propos d'une transaction sur quasi-délit civil. Une mère naturelle a réclamé des dommages et intérêts à raison de l'accident qui avait causé la mort de son enfant, au maître civilement responsable de cet accident, et il est intervenu une transaction entre eux. Le maître responsable a attaqué la transaction sous prétexte du défaut de reconnaissance de la victime par sa mère. La Cour de Paris, par un arrêt du 16 novembre 1871, a repoussé avec raison la prétention du maître responsable (Dalloz, 1872, 2, 62). En effet, toute la question était de savoir si l'accident, dont le maître était responsable, pouvait causer un dommage à la mère naturelle, qui n'avait pas encore reconnu son enfant, victime de l'accident. Or, une mère, même naturelle, même avant qu'elle reconnaisse son enfant, peut et même doit s'affliger beaucoup de la perte de l'objet de son amour naturel. Le maître responsable, en transigeant avec elle, a préféré ne pas soumettre aux tribunaux cette question de savoir si la mort de la victime de l'accident, dont il est responsable, avait causé un préjudice à la mère naturelle, et dans quelle mesure. Il était donc mal venu à attaquer cette transaction.

[2] Cf. art. 4, C. d'I. C. — Cf. aussi art. 3, C. de Proc. crim. jap. : « L'action publique n'est pas subordonnée à la plainte de la partie lésée, ni éteinte par la renonciation de celle-ci à sa plainte ou à son

327. — Ainsi, 1° la partie lésée peut transiger sur son action civile[1].

Ce principe, qui résulte du premier alinéa de l'article 2046, ne doit pas être entendu dans ce sens que les codélinquants pourraient valablement transiger sur l'objet de leur délit, bien que notre article nous dise, dans des termes un peu vagues, qu'« on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. » Ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de Cassation (Req., 7 novembre 1865 : Dalloz, 1866, 1, 204). Il y a cependant deux remarques à faire sur cet arrêt : 1° Cet arrêt concerne des jeux de bourse, qui étaient punissables en vertu des art. 421 et 422 du Code pénal. Or la loi du 28 mars 1885, art. 2, a abrogé ces articles. Donc, aujourd'hui, le fait visé par notre arrêt n'est plus un délit ; 2° L'arrêt avait à décider la question, non pas pour la transaction, mais pour le compromis. Seulement, en adoptant la doctrine généralement soutenue par les auteurs de la procédure civile, et dont nous espérons avoir démontré l'erreur

action, si ce n'est dans les cas déterminés par la loi ; » — Art. 10, même Code: « L'action privée s'éteint : — 1° Par la renonciation à l'action ou par la transaction de la partie lésée... » — Art. 286, C. pén. jap. : « Sera puni d'un emprisonnement avec travail de 2 mois à 2 ans et d'une amende de 5 à 50 *yen* (Le *yen* correspond, au cours du jour, à un peu moins de 4 francs) tout juge, tout officier du ministère public ou tout officier de police, qui, en matière pénale, aura reçu des dons ou agréé des promesses qui lui étaient faits dans un but de corruption. — L'emprisonnement sera de 3 mois à 3 ans et l'amende de 10 à 100 *yen*, si la décision intervenue est illégale et favorable à l'inculpé. » — L'auteur du Projet de Code civil japonais ne reproduit pas, avec raison, la disposition de l'article 2046, qui n'est qu'une application des principes généraux (*Proj. de C. c. jap.*, III, *Commentaire*, p. 464). — L'article 1766 du Code italien reproduit, presque mot pour mot, la disposition de l'article 2046.

[1] Il est du reste évident que la partie civile est personnellement tenue des frais, en vertu de l'article 157 du Tarif criminel.

manifeste (n° 325, 1re note), la Cour semble confondre les objets susceptibles de transaction et ceux qui sont susceptibles de compromis.

328. — On s'est souvent demandé s'il est permis de transiger sur les intérêts usuraires. D'abord, il est certain qu'on peut librement transiger sur un fait isolé d'usure, car alors, ce fait ne constitue pas un délit (L. du 19 décembre 1850, art. 1er). Mais, même quand il y a délit d'usure (même loi, art. 2), la transaction est possible sur l'action civile, ce qui n'empêchera pas, bien entendu, le ministère public d'intenter ou de continuer l'action publique. Ce qui est seulement impossible, c'est de maintenir le contrat usuraire au moyen de la transaction. Par exemple, Primus prête à Secundus, qui n'est pas commerçant (ou ce qui revient au même, à un commerçant, mais pour son besoin personnel, et non pour son commerce [1]), une somme de 1,000 francs à 15 0/0. Secundus paye régulièrement tous les ans 150 fr. Au bout de cinq ans, il s'aperçoit qu'il a trop payé d'intérêts. Il peut, sans doute, réclamer que les 500 francs qu'il a payé de trop seront imputés au capital. Mais alors, Primus réclamera de son côté le remboursement immédiat des 500 francs qui resteront dus, parce que, nous supposons, le délai est expiré depuis longtemps. Alors Secundus transige avec son créancier, qui consent à lui accorder un délai plus ou moins long, à la condition qu'il s'oblige pour une somme de 700 francs. Cette transaction est nulle, car elle confirme en partie le premier contrat usuraire (Limoges, 29 décembre 1854 : Dalloz, 1855, 2, 145).

[1] V. L. du 12 janvier 1886.

329. — Le principe que la partie lésée peut librement transiger sur son action civile ne reçoit-il pas une restriction dans le cas de l'article 249, C. de p.? « Aucune transaction sur la poursuite du faux incident, porte cet article, ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée en justice, après avoir été communiquée au ministère public, lequel pourra faire, à ce sujet, telles réquisitions qu'il jugera à propos. »

Nous avons vu, dans la partie précédente (n° 253), que cet article a été presque textuellement copié sur l'article 52 du titre II de l'ordonnance de juillet 1737. Quel est donc le sens véritable de l'article 249, C. de p.? La transaction n'est-elle pas valable avant l'homologation? ou est-ce seulement son exécution qui est soumise à la condition de l'homologation? Les termes de l'article 249 nous semblent favorables à cette dernière solution[1]. D'ailleurs, c'est une disposition exceptionnelle, qui doit être interprétée restrictivement, et comme la formalité de l'homologation n'est pas exigée à peine de nullité, il faut bien décider que le défaut de l'homologation n'entraîne pas la nullité de la transaction. La loi a voulu simplement qu'on ne détruise pas immédiatement les pièces arguées de faux, pour enlever au ministère public tout moyen de poursuivre le crime, s'il y en a. Sans doute, si la transaction intervient avant le dépôt au greffe des pièces arguées de faux, ordonné par l'article 219, C. de p., le vœu de la loi ne sera pas souvent accompli, car les par-

[1] En ce sens: Accarias, p. 193; Faustin Hélie, *Traité de l'Instruction criminelle*, 2e édit., II, pp. 56 et 57; Sourdat, *Traité général de la Responsabilité*, 3e édit., I, pp. 145 et 146; Garsonnet, *Précis de Procédure civile*, p. 526; *Traité de Procédure*, II, p. 475; Chauveau Adolphe, sur Carré, II, p. 469; *Supplément*, p. 252. — En sens contraire: Carré, II, pp. 467 et 468.

ties, malgré la prescription légale, peuvent détruire l'objet du crime. Mais, si la transaction intervient après le dépôt des pièces, comme ce sera le cas habituel, bien que l'homologation ne soit pas exigée à peine de nullité, le but de la loi sera atteint, parce que les pièces arguées de faux étant au greffe, les parties ne pourront pas détruire ces pièces avant d'avoir l'homologation [1].

330. — Ainsi il est entendu que c'est l'exécution seule de la transaction qui est interdite avant l'homologation. Mais faut-il aller plus loin et dire, avec M. Accarias, que « ce serait peut-être dépasser le but de la loi que de rejeter toute action ou exception fondée sur la transaction non homologuée [2] ? » Nous ne le pensons pas. Il est vrai que dans la plupart des cas, cette exécution de la transaction ne préjudiciera pas à l'action du ministère public, car les pièces arguées de faux sont généralement entre les mains de la justice. Mais nous avons vu qu'il peut en être autrement, que la transaction peut intervenir avant le dépôt des pièces suspectes au greffe et que les parties peuvent faire disparaître ces pièces. Dans ce cas, il est probable que la partie qui détient ces pièces ne les détruira pas avant de recevoir la satisfaction convenue à titre de transaction. En voilà plus qu'il n'en faut pour ne pas accorder cette satisfaction, quand elle est demandée

[1] M. Boissonade, dans son *Commentaire* du Projet de Code civil japonais (III, p. 464), nous fait savoir que « cette exception au droit commun ne lui paraît pas fondée sur des motifs assez impérieux pour la reproduire dans le Projet japonais. » Tel n'est pas notre modeste avis : l'article 249, C. de p., nous semble avoir une utilité sérieuse. Nous regretterons fort, si le législateur japonais, adoptant l'idée du savant auteur du Projet, supprime la précaution de l'article 249.

[2] P. 193. — Cf. aussi Garsonnet, *Traité de Procédure*, II, p. 475, note 16.

en justice, avant que la transaction soit homologuée. Maintenant, si le demandeur en faux poursuit la procédure de l'inscription de faux, sans tenir compte de la transaction, par laquelle il a abandonné son action, le défendeur pourra demander qu'il soit sursis jusqu'à l'homologation de la transaction. Mais la solution de M. Accarias irait directement contre la lettre de l'article 249, qui dit : « Aucune transaction... ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée en justice... »

331. — Les tribunaux ont été plusieurs fois appelés à trancher la question de savoir quel est le tribunal compétent pour homologuer la transaction intervenue sur un faux incident. Ils ont toujours décidé, avec raison, que c'est le tribunal devant lequel l'inscription de faux est pendante (Req., 28 juillet 1870 : Dalloz, 1871, 1, 106 ; Req., 16 août 1876 : Dalloz, 1877, 1, 318 [1]).

Un arrêt de la même date, rendu dans la même affaire va encore plus loin (Dalloz, 1877, 1, 316) : il attribue au même tribunal la compétence pour connaître toutes les difficultés relatives à l'effet et à l'exécution de la transaction. Je ne puis pas suivre jusque-là la Cour suprême. L'article 59 du Code de procédure donne les règles de compétence *ratione personæ*, et ce n'est que dans les cas où la loi attribue juridiction ou dans lesquels décider

[1] V. aussi Garsonnet, *Précis de Procédure civile*, p. 526 ; *Traité de Procédure*, II, p. 475.

Le dernier des deux arrêts que j'ai cité au texte va jusqu'à dire que « la compétence du tribunal saisi de l'inscription de faux, exclusive et d'ordre public, ne peut être modifiée par la volonté des parties. » L'arrêt de la Cour de Paris, du 28 janvier 1876, dont la Cour suprême a rejeté le pourvoi par l'arrêt cité, disait expressément que tout autre tribunal est incompétent *ratione materiæ*.

autrement serait absurde, que ces règles reçoivent exception. Ainsi, dans le cas précédent, on attribue compétence au tribunal saisi de l'inscription de fait, parce qu'il serait absurde de faire homologuer par un autre tribunal un acte qui intéresse une affaire d'ordre public, dont le premier tribunal est saisi, et qu'il est le mieux placé pour apprécier. Mais, ici, il n'y a plus la même raison : il s'agit d'interpréter une convention qui a été conclue hors du tribunal. Tout tribunal est également bon pour cette besogne.

332. — 2° La transaction conclue sur l'action civile n'influe en rien sur l'action publique (2 arrêts, Cass., 9 juin 1866 : Dalloz, 1866, 1, 462).

Nous avons vu qu'à Rome, la transaction sur un délit était toujours considérée comme impliquant l'aveu [1] (nos 91 et suiv.). Cette présomption exorbitante n'existe pas en France. Écoutons plutôt l'orateur du gouvernement, qui présentait le projet du titre *Des Transactions* au Corps législatif. « On avait mis dans le projet de l'ordonnance de 1670, disait Bigot-Préameneu, un article qui portait défense à toute personne de transiger sur des crimes de nature à provoquer une peine afflictive ou infamante, et dans ce cas, une amende de 500 livres eût été prononcée tant contre la partie civile que contre l'accusé, qui eût été tenu pour convaincu.

« Cet article fut retranché comme trop rigoureux, et comme n'étant point nécessaire dans nos mœurs, où l'intérêt social qui exige que les crimes soient punis, est indépendant de toutes conventions particulières. On a

[1] Sauf dans les crimes capitaux.

dû encore considérer que celui même qui est innocent peut faire un sacrifice pécuniaire pour éviter l'humiliation d'une procédure dans laquelle il serait obligé de se justifier, et on a dû en conclure que la transaction n'étant pas faite sur le délit même avec celui qui est chargé de le poursuivre, on ne doit pas en induire un aveu [1] ».

333. — Ainsi, en France, il y a deux raisons pour ne pas tenir pour *confessus* l'accusé qui transige avec le plaignant. 1° La loi française, plus raisonnable que la loi romaine, ne considère jamais la transaction comme impliquant l'aveu ; 2° le plaignant ne transige plus, en principe du moins, sur l'action publique, mais seulement sur l'action civile en dommages et intérêts ; donc, alors même que la transaction impliquerait l'aveu, ce ne serait jamais l'aveu du délit puni par la loi pénale, mais celui du dommage que l'accusé aurait causé au plaignant.

334. — Ce dernier point est si vrai que l'on transige valablement après l'acquittement de l'accusé ou la prescription de l'action publique. En effet, l'acquittement ne prouve pas que le fait dont on se plaignait, n'ait causé

[1] Fenet, XV, pp. 105 et 106 ; Locré, XV, p. 419.

Troplong, après avoir dit que « la transaction faite par le prévenu n'est pas *nécessairement* une preuve de sa culpabilité, » ajoute : « Néanmoins, il y a aussi des cas où la transaction serait difficile à expliquer si elle n'avait pas pour cause la culpabilité du prévenu ; » et il cite des textes de droit romain (p. 589). Écartons d'abord la loi romaine, qui partait d'un principe tout à fait différent de celui du droit français. Sans doute, la transaction peut être un indice, qui, *corroboré par d'autres indices*, peut devenir une presomption de culpabilité dans la conscience du juge. Mais, jamais elle ne peut, à elle seule, être une preuve de culpabilité ; et il faut dire, *en droit*, que la transaction ne constitue jamais l'aveu.

aucun dommage au plaignant (art. 358, 2e al., et 366, C. d'I. C.), mais qu'il n'est pas ou n'est plus punissable pénalement. La prescription de l'action publique entraîne celle de l'action civile (art. 637, 638 et 640, C. d'I. C.)[1]. Mais on a soutenu que cela veut dire simplement qu'on ne peut plus parler du même délit ; qu'on peut très bien demander des dommages et intérêts, en se fondant uniquement sur un dommage causé injustement[2]. Sans aller jusque-là, on pourrait soutenir avec M. Sourdat[3], que la partie lésée peut intenter une action en réparation, en l'appuyant sur un fait qui ne tombe pas sous le coup de la loi pénale et que le défendeur ne peut pas la repousser en alléguant des circonstances qui auraient accompagné le fait dont il s'agit et qui le feraient rentrer dans la catégorie des délits de droit pénal. Par exemple, Primus, propriétaire d'une forêt, reproche à Secundus d'avoir abattu par mégarde des arbres faisant partie de sa forêt. Le fait remonte à plus de trois ans. Secundus invoque la prescription, en offrant de prouver qu'il a abattu ces arbres, sachant bien qu'ils appartenaient à Primus. Le tribunal devra l'en empêcher et le condamner à réparer le dommage qu'il a causé à Primus. La transaction peut

[1] V. aussi L. de presse du 29 juillet 1881, art. 65.

La Cour de Cassation a cependant jugé, avec raison, que la règle d'après laquelle l'action civile à laquelle donne lieu un délit est prescriptible par trois ans, n'est pas applicable au cas où l'auteur du fait délictueux a transigé (Req., 19 octobre 1885 : Dalloz, 1886., 1, 416). En effet, la transaction a changé la nature de l'obligation, et ce n'est plus l'action en réparation d'un délit, mais l'action en exécution d'un contrat, qui compète contre l'auteur du délit.

[2] Marcadé, V, p. 290. — En sens contraire : Baudry-Lacantinerie, II, p. 926 ; Aubry et Rau, IV, pp. 751 et 752 ; Demolombe, VIII, p. 607 ; Garraud, *Précis de Droit criminel*, 3e édit., pp. 517 et 518 ; Faustin Hélie, II, pp. 747 et 748.

[3] *Traité général de la Responsabilité*, I, pp. 407 et suiv.

donc intervenir sur cette action. En tous cas, comme c'est une question controversée que celle de savoir si cette action est possible, elle peut faire objet d'une transaction. Bien mieux, alors même que cette question ne serait controversée ni en jurisprudence, ni en doctrine, si les parties ont une contestation à ce sujet, elles peuvent valablement finir leur contestation au moyen d'une transaction : l'erreur de droit comme nous le verrons à la fin de notre étude, n'est jamais une cause de rescision (art. 2052, 2e al.). J'ajoute qu'il y a certains chefs de la réparation qui sont indépendants du fait incriminé, et pour lesquels tout le monde admet l'action pendant trente ans, comme la restitution de la chose volée. Il est hors de doute qu'une transaction peut valablement intervenir sur cette restitution, même après la prescription de l'action publique[1].

335. — On décide aussi généralement que, même si, après avoir transigé sur l'action civile, l'accusé est acquitté, il ne pourra pas demander la nullité de la transaction; car 1° l'issue du procès était douteuse au moment de la transaction, et 2° l'acquittement n'implique pas toujours le défaut de dommage injustement causé[2].

336. — On admet généralement une exception à notre principe que la transaction intervenue sur l'action civile, n'influe en rien sur l'action publique, c'est dans les cas

[1] Il a été jugé avec raison que l'infraction aux clauses d'une transaction intervenue au sujet d'un fait litigieux à l'égard duquel l'action publique se trouvait prescrite, n'est pas de la compétence des tribunaux de répression (Req., 27 août 1856 : Dalloz, 1856, 1, 328).

[2] En ce sens : Rigal, pp. 90 et suiv. ; Sourdat, I, pp. 146 et 147.

où l'exercice de l'action publique est subordonné à la plainte de la partie lésée : on admet généralement que, dans ces cas, la transaction intervenue sur l'action civile éteint l'action publique[1].

Nous ne saurions souscrire à cette solution. Outre qu'il est peut-être un peu téméraire de dire que la partie lésée aurait renoncé à mettre l'action publique en mouvement, parce qu'elle a renoncé à son action civile, il nous semble inadmissible qu'on puisse aliéner à prix d'argent le droit de porter plainte, qui intéresse au premier chef l'ordre public. Qu'on ne porte pas plainte par l'idée de pardon ou autrement, rien de mieux[2] ; et, dans certains cas au moins, la loi a eu raison de subordonner l'exercice de l'action publique à la plainte de la partie lésée[3]. Mais il est vraiment immoral de se servir, comme moyen de lucre, de cette arme que la loi a mise entre les mains de la partie lésée dans un but élevé de moralité ou d'intérêt public. Nous considérons donc comme nulle

[1] Accarias, pp. 193 et 194 ; Pont, II, p. 289. — Le Code de Procédure criminelle Japonais consacre expressément cette solution dans son article 9, qui dit : « L'action publique s'éteint : ... 2° Par la renonciation à l'action privée ou par la transaction de la partie lésée, lorsque l'action publique est subordonnée par la loi à la plainte de celle-ci. »

[2] Cela ne veut pas dire que le pardon éteindrait l'action publique dans tous ces cas.

[3] M. Accarias trouve ces cas trop rares dans la loi française (p. 193). Tel n'est pas notre avis. Il est peut-être un cas qu'il faudrait ajouter : c'est celui de tous les attentats aux mœurs, sauf l'outrage public à la pudeur et la bigamie. C'est ce qu'a fait le Code pénal Japonais (art. 350). Mais, en revanche, il y a beaucoup de cas où nous pensons, avec M. Faustin Hélie (II, pp. 254 et suiv.), que la loi française a eu tort de subordonner à la plainte l'exercice de l'action publique. Ce sont surtout les crimes commis à l'étranger, les délits de chasse ou de pêche sur le terrain ou dans les eaux d'autrui et les délits de contrefaçon industrielle. Cette anomalie n'existe pas dans la loi Japonaise pour les deux premières catégories d'infractions.

pour cause immorale, toute transaction par laquelle la partie lésée abandonne son droit de porter plainte moyennant une prestation du prévenu.

Mais, même en admettant l'opinion générale que nous repoussons, il y a un moment à partir duquel l'action publique ne serait plus éteinte par la transaction, c'est lorsque la plainte a été déposée, sauf pour l'adultère et la diffamation ou l'injure contre un particulier. En effet, il est généralement admis que, sauf les deux cas ci-dessus, dès que la plainte a été déposée, le ministère public peut intenter ou continuer l'action publique, malgré le désistement de la partie lésée. A plus forte raison, sa transaction sur son action civile, n'arrêtera-t-elle pas l'action du ministère public[1] ?

337. — 3° Personne, en principe, n'a le droit de transiger sur l'action publique.

La Cour de cassation a déduit une conséquence de ce principe. en décidant qu'un notaire ne saurait transiger avec un propriétaire sur les conséquences finales d'une prétendue contravention à la loi du 5 juin 1851, qui réserve aux notaires et autres officiers publics le monopole de la vente des meubles et objets mobiliers, combinée avec celle du 22 pluviose an VII (Req., 14 novembre 1883 : Dalloz, 1884, 1,201).

[1], Pont, II, p. 289 ; Garraud, p. 456 ; Faustin Hélie, II, pp. 264 et suiv. M. Accarias aussi émet au moins des doutes dans ce cas (p. 194).

Il a été jugé que le prévenu de contrefaçon de brevet d'invention n'est pas fondé à constater, devant le juge d'appel, la compétence de la juridiction correctionnelle, sous prétexte qu'ayant transigé avec la partie poursuivante, il ne saurait plus être question entre elle et lui que de l'exécution d'un contrat civil, car, en pareil cas, le juge correctionnel retient avec raison la cause, en vertu du droit qui lui appartient de connaître des exceptions à l'action principale (Rej., 22 janvier 1864 : Dalloz, 1866, 1, 356).

338. — Ce principe incontestable reçoit des exceptions en matière administrative. Les administrations des contributions indirectes (Arrêté du 5 germinal an XII, art. 23 ; — Ordonnance dn 3 janvier 1821, art. 10), des douanes (Arrêté du 14 fructidor an X, art. 1 et 2 ; — Décret du 18 octobre 1810, art. 23 et 24; — Ordonnance du 27 novembre 1816, art. 9; — Ordonnance du 30 janvier 1822, art. 10), des postes (Ordonnance du 19 février 1843; — Loi du 4 juin 1859, art. 9), et des eaux et forêts (Nouvel art. 159, C. forestier; — Décret du 21 décembre 1859, art. 1 et 2;—Arrêté du ministre des Finances, du 30 janvier 1860), ont le droit de transiger même sur l'action publique.

Ces exceptions sont-elles heureuses? Pour notre part, nous ne le pensons pas: nous ne saurions donc souscrire à la doctrine de M. Accarias[1]. « Ces diverses exceptions, dit-il, nous paraissent d'autant plus heureuses que les délits auxquelles elles s'appliquent résultent presque tous d'actes *moralement indifférents, quelquefois même utiles et dont la proscription n'est qu'une atteinte à la liberté.* » Il nous semble, quant à nous, que toute infraction à une loi d'ordre public ne doit jamais être considérée comme *moralement indifférente.* Sans quoi, que deviendrait l'ordre social? Du moment qu'on admet que l'état social est nécessaire pour l'humanité, il faut qu'il y ait une loi pour maintenir l'ordre. Il est donc un devoir de tout citoyen, même au point de vue purement moral, de se soumettre à la loi établie, sauf à la critiquer, si elle lui paraît mauvaise. Un jurisconsulte, moins que tout autre, ne devrait jamais dire qu'il est *utile* d'enfreindre une loi pénale.

[1] P. 192.

339. — Laissons donc là l'argument de M. Accarias, et examinons les arguments qui nous semblent plus sérieux, présentés jusqu'ici en faveur des dispositions exceptionnelles dont il s'agit. On dit, par exemple, que les infractions qui nous occupent en ce moment intéressent seulement le fisc, que les peines édictées contre elle ne sont qu'une réparation civile, et qu'il est de l'intérêt du fisc qu'il puisse transiger avec les délinquants. On ajoute que ces infractions n'exigeant pas l'intention frauduleuse chez les délinquants, il est souvent trop rigoureux d'appliquer entièrement les peines prononcées par la loi à ceux qui ne sont coupables que d'une erreur ou de l'ignorance des règlements.

Il est d'abord inexact de dire que les infractions n'intéressent que le fisc, quand elles sont des délits forestiers. Il est encore inexact de dire que les peines prononcées contre ces infractions ne sont qu'une réparation civile, car, d'abord, il y a aussi des peines corporelles, sur lesquelles l'administration peut, sinon toujours, du moins quelquefois transiger ; ensuite, même les peines pécuniaires n'ont pas le caractère d'une réparation civile, attendu que le chiffre en est toujours fixe, avec un *minimum* et un *maximum* sans doute, alors que le préjudice réel peut varier à l'infini suivant les circonstances, et que la confiscation qui peut être souvent prononcée ne saurait être considérée comme la réparation d'un préjudice. Il est enfin inexact que l'intérêt du fisc soit mieux garanti avec la faculté de transaction. Les agents du fisc, qui ne voient que l'intérêt pécuniaire qui est en jeu dans les affaires particulières, ne comprennent pas généralement le haut intérêt qu'il y a à donner de bons exemples en faisant punir sévèrement les fraudes, qui ne sont que

trop fréquentes et qui restent trop souvent impunies. Ajoutez à cela les abus qui sont inévitables, surtout avec le système électoral qui est actuellement en vigueur en France. Il est bon de rappeler le remarquable discours que M. Léon Say prononça au Sénat, il y a deux ans, et dans lequel il démontra que l'augmentation de plus en plus considérable du nombre des transactions, les considérations électorales aidant, contribuait sensiblement à la diminution des recettes (Séance du 19 février 1887). En effet, en France, tout le monde est électeur ; donc les fraudeurs sont aussi électeurs. Si, par conséquent, les agents du fisc dressent procès-verbal contre eux, ils s'en réfèreront à leurs sénateurs, députés, conseillers généraux, d'arrondissement ou municipaux, pour obtenir la remise totale ou partielle des peines qui devraient être prononcées contre eux. Si les agents du fisc sont assez récalcitrants pour remplir strictement leur devoir au lieu d'écouter les injonctions de MM. les élus, ils ne tarderont pas à recevoir du gouvernement central un déplacement désagréable, sinon la mise à la retraite ; en tout cas, leur avancement sera souvent retardé pour cette cause. Ainsi, surtout avec la stabilité ministérielle qu'on connaît, les agents du fisc ne sont que trop portés à fermer les yeux autant que possible et à se hâter de transiger sur les rares infractions qu'ils ont le malheur de relever. Le ministère Rouvier que nous avions, il n'y a pas deux ans, s'efforçait de réagir contre ces abus ; et tout à coup, on vit le chiffre des recettes augmenter très sensiblement. Malheureusement, les circonstances politiques ne laissèrent pas vivre ce ministère, si soucieux de l'intérêt du Trésor. Nous ignorons si ses sages instructions continuent à être fidèlement suivies.

Quant à l'argument fondé sur la bonne foi des délinquants, nous n'avons qu'à y répondre qu'on pouvait, par exemple, édicter une peine moins sévère contre les délinquants de bonne foi que contre les véritables fraudeurs ; qu'on pouvait aussi donner aux tribunaux la faculté d'accorder des circonstances atténuantes, comme pour les délits prévus par le Code pénal. Ce n'était vraiment pas une raison pour permettre à l'administration de transiger avec les délinquants.

340. — Quoi qu'il en soit, ce droit de transaction accordé à l'administration soulève bien des difficultés d'application, pour lesquelles nous renvoyons aux ouvrages de MM. Garraud et Faustin Hélie, et aux autorités qu'ils citent. Nous nous contentons de citer quelques décisions judiciaires qui sont intervenues au sujet de ces difficultés.

Relativement à l'administration des douanes, il a été jugé que les transactions que fait cette administration avec les redevables, en conformité de l'arrêté du 14 fructidor an X, sur les procès relatifs aux contraventions, sont régies par les dispositions du droit commun ; et que le redevable qui a ainsi transigé n'est pas recevable à demander la nullité de la transaction, sous prétexte que la contravention qui en était l'objet n'existait pas (Req., 20 décembre 1881 : Dalloz, 1882, 1, 334).

341. — Toujours relativement à l'administration des douanes, il a été décidé aussi que le double désistement

[1] PP. 414 et suiv.
[2] I, pp. 395 et suiv. ; II, pp. 250, 227 et suiv.

de leurs pourvois en cassation consenti à la suite d'un arrangement par l'administration des douanes et le prévenu éteignant l'action publique, il n'y a lieu pour la Cour de Cassation de statuer même sur le pourvoi qui aurait été formé de son côté par le ministère public (Crim., 3 mars 1853: Dalloz, 1855, 5, 12).

342. — Relativement à l'administration des eaux et forêts, je citerai d'abord un arrêt qui a été rendu avant la loi du 18 juin 1859, qui, en ajoutant un paragraphe à l'ancien article 159 du Code forestier, a permis expressément à l'administration des forêts de transiger sur les délits forestiers. Cet arrêt décidait qu'en admettant que l'administration forestière ne pût transiger sur les délits forestiers, et, par exemple, sur le délit d'abattage d'arbres réservés, il ne lui était pas interdit de transiger, même à l'avance, sur des dommages purement civils prévus au cahier des charges d'une adjudication de coupe forestière, tels que ceux qui pourraient résulter de l'endommagement ou de l'écrasement d'arbres réservés (Cass., 10 novembre 1847 : Dalloz, 1847, 1, 358).

343. — Arrivons maintenant aux arrêts rendus après la loi du 18 juin 1859. La Cour de Metz a décidé qu'un tribunal correctionnel, régulièrement saisi d'une action intentée par le ministère public à raison d'un délit de chasse commis, en temps prohibé, dans un bois soumis au régime forestier, est compétent pour statuer sur une exception fondée sur une transaction dont le sens est clair et précis, et dont il s'agit seulement de déterminer les effets en décidant si elle a eu, ou non, pour résultat d'éteindre l'action publique relative au délit qui en forme

l'objet (Metz, 4 juillet 1866 : Dalloz, 1866, 2, 165). La Cour de Cassation qui avait renvoyé cette affaire devant la Cour de Metz, avait jugé de même que la question de savoir si une transaction avec l'administration des forêts dont un prévenu excipe en défense, à une poursuite pour délit de chasse dans un bois soumis au régime forestier, a éteint ou non l'action publique, est à tort considérée comme ne pouvant être résolue qu'à l'aide d'une interprétation de cet acte, que l'administration aurait seule le droit de donner; qu'en pareil cas, il s'agit de prononcer, non sur le sens de l'acte, qui ne saurait présenter l'ambiguïté, mais sur les effets qui en découlent au point de vue des principes généraux, et spécialement sur lequel est fondée l'autorité de la chose jugée ; que c'est là une question purement judiciaire, au sujet de laquelle le préfet élèverait à tort un conflit (Cass., 7 avril 1866 : Dalloz, 1866, 1, 359). Le Conseil d'État a aussi adhéré à cette décision (Conseil d'État, 7 décembre 1866 : Dalloz, 1867, 3, 90).

344. — Enfin, une des questions les plus controversées en cette matière est celle de savoir si les délits de chasse peuvent être l'objet d'une transaction par l'administration des forêts. La jurisprudence semble incliner dans le sens de l'affirmative (Conseil d'État, 26 novembre 1860 : Dalloz, 1861, 3, 62 ; — Cass., 2 août 1867 : Dalloz, 1867, 1,459; — Cass., 24 décembre 1868 : Dalloz, 1869, 1, 209; — Caen, 7 avril 1869 : Dalloz, 1869, 2, 116). L'arrêt du Conseil d'État que j'ai cité en premier lieu a décidé, en effet, que le droit de transaction attribué à l'administration forestière par la loi du 18 juin 1859, s'applique, à l'exclusion des délits de pêche, à tous les

délits dont la poursuite appartient à cette administration, soit dans les bois de l'État, soit dans les autres bois soumis au régime forestier, qu'il s'agisse de délits forestiers proprement dits ou même de délits de chasse; mais que ce droit ne s'étend pas aux délits et contraventions en matière de défrichement, dans les bois des particuliers, que répriment les articles 219 et suivants, C. forest. Le dernier des deux arrêts de cassation que j'ai cités ajoute que ce droit de transaction s'applique même à ceux des délits de chasse dont la répression intéresse l'ordre public plus que l'intérêt particulier du propriétaire de la forêt, tels que le délit de chasse en temps et avec engins prohibés ; mais que l'administration forestière, n'ayant pas le droit de poursuivre les délits de droit commun commis dans les forêts, n'a pas non plus, à l'égard de ces délits, le droit de transaction.

345. — Mais la décision contraire n'est pas sans exemple. L'arrêt de la Cour de Metz, que j'ai cité tout à l'heure, a décidé en effet que le droit de transaction attribué à l'administration forestière par l'article 159, C. forést. (modifié par la loi du 18 juin 1859), ne s'applique qu'aux faits prévus par le Code forestier, c'est-à-dire à ceux qui affectent essentiellement la propriété et le produit des forêts ; que ce droit ne s'étend pas aux délits de chasse commis dans les bois, notamment aux faits de chasse en temps prohibé, qui sont d'une tout autre nature que les premiers, intéressant la police générale, et demeurant assujettis, quant à la répression, aux règles du droit commun (Metz, 4 juillet 1866 : Dalloz, 1866, 2, 165).

SECTION II

DES DETTES DE JEU

346. — C'est une des questions les plus controversées que celle de savoir quelle est la nature des dettes de jeu[1]. Les uns disent que ce sont des obligations ci-

[1] Au Japon, les jeux et les paris sont punissables. Déjà, le Code pénal, promulgué le 17 juillet 1880, et rendu exécutoire à partir du 1er janvier 1882, les punissait dans son article 261, d'un emprisonnement avec travail de 1 à 6 mois et à une amende de 5 à 50 *yen*. Un décret du 4 janvier 1884, vint remettre provisoirement la répression des jeux et paris entre les mains de la police administrative, qui fut autorisée à prononcer un emprisonnement de 1 mois à 4 ans et une amende de 5 à 200 *yen*. Ces peines pourront aller jusqu'à 1 à 10 ans et 50 à 500 *yen*, quand il y aura certaines circonstances aggravantes, qui visent surtout les joueurs-malfaiteurs.

M. Boissonade, dans son projet de Code civil (art. 810 et suiv.), régle les effets civils des jeux et paris, en même temps qu'il reconnaît la légalité des jeux d'exercice ou d'adresse, comme dans l'article 1966, C. c. fr. Voici comment sont conçus les articles 810 et 811 :

Art. 810. *Il n'est admis d'action en justice pour l'exécution d'un engagement de jeu que si le jeu consiste dans un exercice physique de nature à développer le courage, la force ou l'adresse des joueurs.*

L'action fondée sur un pari n'est également admise qu'au profit d'une personne prenant part à un tel exercice, ou encore s'il s'agit du succès d'une entreprise intéressant l'agriculture, l'industrie ou le commerce et à laquelle les parieurs prennent une part directe.

Si la somme ou valeur promise dans lesdits jeux ou paris paraît excessive, eu égard aux circonstances, les tribunaux ne peuvent la réduire et doivent rejeter la demande en entier.

Art. 811. *Dans les autres cas, le jeu et le pari n'engendrent aucune obligation civile ou naturelle et la reconnaissance de la dette, la novation ou le cautionnement qui en auraient été faits sont nuls et sans effet.*

Toutefois, la répétition n'est pas admise à l'égard de ce qui aurait été payé volontairement et par une personne capable, en

viles[1]. D'autres soutiennent que ce ne sont que des obligations naturelles[2]. D'autres enfin prétendent que ce sont des obligations nulles[3]. Mais tous admettent que ces obligations ne peuvent jamais être converties en obligations civiles ordinaires ni par novation ni par transaction[4]. Cette solution, au premier abord surprenante dans les deux premiers systèmes, semble cependant résulter assez clairement de la combinaison des articles 1965 et 1967 et du langage des différents orateurs du Conseil d'État et du Tribunat[5].

Avant la loi du 28 mars 1885, la jurisprudence assimilait les jeux de bourse aux jeux et paris réglés aux articles 1965 et 1967. Les jeux de bourse sur les effets publics tombaient même sous le coup des articles 421 et 422 du Code pénal. Nous avons ainsi quelques arrêts qui annulèrent des transactions ayant pour but de régler le chiffre des dettes résultant de jeux de bourse (Rouen, 14 juillet 1854 : Dalloz, 1856, 2, 16; — Req., 17 janvier 1882 : Dalloz, 1882, 1, 333). Il fut décidé, en revanche, que les marchés à terme sur les effets publics,

vertu desdits engagements, s'il n'y a eu d'ailleurs ni dol ni supercherie de la part du gagnant.

Il faut remarquer que M. Boissonade propose, dans son projet révisé de Code pénal (art. 294), de ne punir que les jeux de hasard.

Les articles 1802 et 1804 du Code civil italien reproduisent presque mot pour mot les articles 1965 et 1967 du Code civil français.

[1] Pont, *Des petits Contrats*, I, p. 278.

[2] Baudry-Lacantinerie, III, p. 521 ; Colmet de Santerre, VIII, p. 517 ; Aubry et Rau, IV, p. 574 ; Laurent, XXVIII, p. 220.

[3] Mourlon, III, p. 471.

[4] Baudry-Lacantinerie, III, p. 521 ; Mourlon, III, p. 473 ; Colmet de Santerre, VIII, p. 157; Aubry et Rau, IV, p. 575 ; Pont, I, pp. 319 et 320 ; Laurent, XXVII, pp. 241 et 242.

[5] Fenet, XIV, pp. 538 et suiv., 549 et suiv., 558 et suiv. ; Locré, XV, pp. 171 et suiv., 185 et suiv., 198 et suiv.

nuls lorsqu'ils ne constituaient que des opérations fictives devaient se résoudre en un payement de différence, étaient, au contraire, valables, lorsqu'ils avaient pour but une spéculation à la revente, et pour résultat des mouvements de titres, des transmissions de valeurs et des mutations réelles de propriété ; qu'en conséquence, était valable et obligatoire la transaction intervenue entre les spéculateurs et le commissionnaire en fonds publics relativement aux opérations de bourse de cette nature faites par son intermédiaire (Toulouse, 30 juin 1874 : Dalloz, 1875, 2, 70).

La loi du 28 mars 1885 vint tarir la source de ces difficultés, en faisant des jeux de bourse des contrats civils parfaitement valables et en abrogeant les articles 421 et 422, Code pénal.

347. — Mais, même aujourd'hui, les jeux et les paris ordinaires restent sous l'empire des articles 1965 et 1967, C. civ. Il faut toutefois observer que quand la transaction porte sur la nature de la dette, qui est réellement contestée, elle est toujours valable, alors même qu'on viendrait à découvrir plus tard des preuves certaines que la dette était une dette de jeu.

SECTION III

DE LA CESSION D'OFFICE

348. — On sait qu'en vertu de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, les officiers ministériels peuvent présenter leurs successeurs à l'agrément du chef de l'État [1].

[1] Rien de pareil n'existe au Japon.

Cela veut dire pratiquement qu'ils peuvent céder leur charge, et que cette cession est seulement soumise à la condition de l'agrément du gouvernement. Cependant le gouvernement exige, avant de donner son agrément, qu'on lui présente toutes les conditions dans lesquelles la cession doit s'opérer. Or, il arrive souvent que les parties cachent le prix véritable de cession trop exagéré, et qu'elles rédigent secrètement une contre-lettre, qui fixe un prix différent du prix fixé dans le traité présenté à l'approbation du gouvernement. Ce traité secret est radicalement nul, et de nullité d'ordre public. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour décider que toute transaction ayant pour but de couvrir cette nullité est elle-même radicalement nulle, comme ayant une cause ou un objet illicite [1].

349. — La question devient plus délicate, quand il s'agit de savoir si l'action en réduction du prix, fondée sur un dol du cédant, ou sur des vices cachés, peut faire objet de transaction. L'opinion générale se prononce cependant pour la négative [2], et nous pensons que la nul-

[1] Accarias, p. 190 ; Colmet de Santerre, VIII, p. 320 ; Aubry et Rau, IV, p. 663 ; Pont, II, pp. 297 et suiv. ; Laurent, XXVIII, pp. 357 et 358 ; Amiens, 25 août 1853 : Dalloz, 1853, 2, 213 ; Req., 5 novembre 1856 : Dalloz, 1856, 1, 397. — Ce dernier arrêt va jusqu'à annuler la remise gratuite de la différence entre le prix officiel et le prix secret. Cela nous paraît une exagération (V. Pont, II, pp. 298 et 299).

[2] Aubry et Rau, IV, pp. 663 ; Pont, II, pp. 299 et 300 ; Req., 6 décembre 1852 : Dalloz, 1853, 1, 118 ; Orléans, 31 mars 1855 : Dalloz, 1855, 2, 225. — En sens contraire : Paris, 7 mars 1857 : Dalloz, 1857, 2, 100.

M. Pont (II, p. 300), cependant, semble admettre une distinction que nous ne comprenons pas et qui a été adoptée par la Cour de Cassation (Req., 10 juillet 1849 : Dalloz, 1849, 1, 327). Cet auteur et cet arrêt valident la transaction dans le cas « où l'acquéreur, après avoir

lité de la transaction portant sur un traité secret, étant une fois admise, il est difficile d'en décider autrement pour la transaction portant sur l'action en réduction de prix. En effet, pourquoi la transaction portant sur un traité secret est-elle nulle? parce qu'elle est contraire à l'ordre public. Pourquoi est-elle contraire à l'ordre public? parce que la loi veut que le gouvernement, avant de nommer le successeur présenté, examine bien si ce successeur pourra ou non continuer, dans des conditions qui ne laisseront rien à désirer, l'étude qu'il achète. Le gouvernement examinera donc si ce successeur ne paye pas cher son étude et si, ne pouvant pas gagner autant qu'il puisse se dédommager du prix qu'il a payé trop cher, il ne sera pas ruiné ou s'il ne sera pas tenté de faire des malversations. Voilà pourquoi on annule tout traité secret qui fixe un prix plus élevé que le prix officiel, et toutes conventions qui ont pour but l'exécution totale ou partielle de ce traité.

Eh bien! quand le cédant a pratiqué un dol, pour faire croire au cessionnaire qu'il y a plus de clients qu'il n'y en a en réalité, que le cessionnaire ignorait une circons-

obtenu judiciairement la réduction du prix de cession stipulé au traité, renonce ensuite, par transaction intervenue sur l'appel du vendeur, au bénéfice du jugement qui avait prononcé la réduction. » Nous disons que nous ne comprenons point cette distinction. En effet, toute la question est de savoir si l'action en réduction de prix intéresse ou non l'ordre public. Si oui, comme nous répondons presque tous, en quelque état de cause que la transaction intervienne, elle doit être déclarée toujours nulle. Bien mieux, avant qu'aucune décision judiciaire prononce la réduction du prix, on comprendrait peut-être, à la rigueur, la possibilité de transiger, car, en somme on ne sait pas encore si la réduction doit être prononcée, si donc l'ordre public veut que le prix soit réduit. Mais, après le premier jugement prononçant la réduction du prix, la probabilité est que l'ordre public est intéressé à ce que le prix soit réduit. Et c'est justement alors qu'on veut valider la transaction intervenue sur cette décision judiciaire !

tance qui écarte les clients de son étude, il ne peut pas peut-être, sans une réduction notable du prix, exercer ses fonctions honorablement et honnêtement. Si l'administration n'avait pas été elle-même trompée, elle n'aurait peut-être pas donné son agrément. Donc cette action en réduction de prix intéresse l'ordre public autant que le traité secret qui exagère le prix. Donc la transaction portant sur cette action doit être nulle, comme celle qui porte sur le traité secret.

350. — Encore une question relative à la cession d'office : il a été jugé que la réserve faite par le cédant d'un office, « pour lui ou pour ses héritiers », du droit de rentrer jusqu'à un temps déterminé, dans son office, peut, alors même qu'on la considérerait comme personnelle au cédant, devenir, en cas de faillite de celui-ci, la matière d'une transaction entre ses créanciers et le cessionnaire, et à laquelle il ne peut s'opposer (Amiens, 6 janvier 1842 : Dalloz, 1845, 2, 41).

SECTION IV

DES QUESTIONS DE COMPÉTENCE « RATIONE MATERIÆ »

351. — La compétence *ratione materiæ* a toujours été considérée comme d'ordre public (arg., art. 170, C. de p.). Aussi admet-on universellement qu'elle ne peut jamais faire la matière d'une convention, et par suite, d'une transaction [1].

[1] Accarias, p. 190 ; Dalloz, V° *Transaction*, n° 83 ; Duranton, XVIII, p. 429, *in fine ;* Garsonnet, *Précis de procédure civile*, p. 397 ; *Traité de Procédure*, II, p. 203.

Nous ne pouvons donc pas souscrire à une décision de la Cour suprême, d'après laquelle, lorsque, dans une transaction, les parties attribuent compétence aux juges consulaires, on doit présumer jusqu'à preuve contraire que les intérêts réglés par la transaction étaient de nature commerciale, et, par suite, c'est à la partie qui propose plus tard l'incompétence du tribunal de commerce qu'il incombe de prouver qu'en réalité, il ne s'agissait pas d'acte de commerce, et que dès lors, la convention était nulle comme contraire à une loi d'ordre public (Req., 4 novembre 1885 : Dalloz, 1886, 1, 333).

En effet, on sait que l'incompétence des tribunaux de commerce pour les affaires civiles est *ratione materiæ*, comme le reconnaît d'ailleurs l'arrêt que nous venons de citer. Donc, par application du principe incontestable que nous avons posé en commençant cette section, toute transaction portant sur cette question est radicalement nulle. Dès lors, le tribunal ne doit tenir aucun compte d'une pareille transaction, et, en vertu de l'article 170, C. de P., que nous avons cité, il peut d'office se déclarer incompétent, si l'affaire lui semble n'être pas commerciale. Maintenant, si le tribunal ne se déclare pas incompétent, l'exception d'incompétence, comme toute exception, doit être prouvée par le défendeur. Mais ce n'est pas là une présomption... légale sans la loi!... d'après laquelle les intérêts réglés par la transaction seraient considérés comme de nature commerciale, jusqu'à preuve contraire.

SECTION V

DE L'ÉTAT DES PERSONNES

352. — Il est d'abord un point certain, c'est qu'on peut valablement transiger sur les intérêts pécuniaires qui s'attachent à l'état d'une personne (Req., 29 mars 1852: Dalloz, 1854, 1, 392; — Req., 9 mai 1855 : Dalloz, 1855, 1, 228).

Il n'y a donc question que pour la transaction sur l'état même d'une personne. Pour nous, la réponse est bien simple : toutes les questions d'état intéressant l'ordre public, ne peuvent jamais faire objet de transaction.

353. — Tel n'est pas l'avis de tout le monde. Ainsi la Cour d'Aix a jugé qu'on peut transiger sur l'état d'enfant naturel (Aix, 16 juin 1836, : Sirey, 1837, 2, 26; Dalloz, V° *Paternité et Filiation*, n° 632, note 1). Voici ses arguments : 1° la qualité d'enfant naturel ne serait pas un état ; 2° la loi ne défendrait pas de transiger sur cette qualité, l'article 328, C. c., qui déclare imprescriptible l'action en réclamation d'état, se trouvant sous le titre de la filiation des enfants légitimes et ne s'appliquant pas aux enfants naturels ; 3° cette transaction sur la qualité d'enfant naturel serait très morale, parce qu'elle éviterait les recherches de la maternité, toujours pleines de scandales et souvent fécondes en résultats fâcheux [1].

[1] En ce sens : Carette, Sirey, 1838, 1, 699. — Zachariæ semble aussi admettre cette distinction, lorsqu'il dit : « On ne peut transiger sur la filiation *légitime* d'un enfant (Edit. Massé et Vergé, V, p. 87, 2°). »

Les auteurs ont déjà mainte fois réfuté ces arguments [1]. 1° Il est tout à fait ridicule de prétendre que la qualité d'enfant naturel n'est pas un état, alors qu'elle a tant d'effets consacrés par la loi, soit au point de vue de la succession (art. 756 et suiv., C. c.), soit au point de vue de la dette alimentaire (arg., art. 762)[2], soit au point de vue du mariage (art. 158, 161 et 162). 2° En admettant même que l'article 328, C. c, ne serait applicable qu'à la filiation légitime, ce qui est pour le moins fort contestable, nous avons les articles 6 et 1128, C. c., qui défendent, l'un, de déroger par des conventions aux lois d'ordre public, et l'autre, de faire des conventions sur les choses qui ne sont pas dans le commerce : dispositions qui nous semblent interdire assez clairement de transiger sur une question de filiation, ne fût-ce que de filiation naturelle [3]. 3° Enfin, la recherche de la maternité est

[1] Accarias, p. 196; Dalloz, V° *Paternité et Filiation*, n° 633; V° *Transaction*, n° 73; Baudry-Lacantinerie, III, p. 576; Mourlon, III, p. 517, *in fine*; Aubry et Rau, IV, p. 662; Pont, II, pp. 294 et 295; Laurent, XXVIII, p. 354; Troplong, p. 598; Demolombe, *Traité de la Paternité*, 4e édit., p. 541 et suiv.

[2] V. cependant Demolombe, *Op. cit.*, pp. 477 et suiv. Cf. *idem*, *Traité du Mariage*, II, pp. 15 et 16.

[3] On s'appuie souvent sur les articles 2045, C. c., et 1004, C. de p., pour décider qu'on ne peut jamais transiger sur l'état des personnes (Accarias, p. 189 ; Marbeau, p. 69 ; Baudry-Lacantinerie, III, 576 ; Pont, II, p. 294 ; Garsonnet, *Précis de Procédure civile*, p. 397 ; *Traité de Procédure*, II, p. 203). Le premier article nous dit que, « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. » Bien que le tribun Gillet dît expressément que « toute convention s'arrête aux seuls objets qui sont dans le commerce, » et que « c'était pour cela que le projet annonçait que, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction (Fenet, XV, p. 126 ; Locré, XV, p. 445) ; » néanmoins, le tribun confondait manifestement deux choses qu'il ne faut jamais confondre : la disponibilité et la capacité. Nous n'aimons pas à suivre cette erreur, en s'appuyant sur notre article 2045, que nous expliquerons au chapitre suivant, pour démontrer une vérité si évi-

admise (art. 341, C. c.); par conséquent, la loi a probablement pensé, avec raison, qu'il y aurait plus d'immoralité à refuser la maternité à celui à qui on a donné le jour par sa faute, qu'à réclamer sa mère, même au prix de certains scandales, inévitables à ces sortes de procès. En tous cas, il serait certainement beaucoup plus immoral d'abandonner son état contre un avantage pécuniaire, plus ou moins sérieux, que de le réclamer comme la loi le permet.

Aussi cet arrêt a-t-il été cassé par la Cour régulatrice (Cass., 12 juin 1838 : Sirey, 1838, 1, 695; Dalloz, V° *Paternité et Filiation*, n° 633, note 2).

354. — Il faut noter que, dans l'affaire sur laquelle sont intervenus les arrêts que nous venons de citer, la transaction portait à la fois sur l'état de l'enfant naturel et sur le droit successoral résultant de cet état. La Cour de Grenoble, à laquelle la Cour de cassation avait renvoyé l'affaire, a décidé avec raison que la transaction était nulle tout entière (Grenoble, 18 janvier 1839 : Dalloz, V° *Paternité et Filiation*, n° 633, note 2), et la Cour de Cassation a confirmé cette décision raisonnable, en rejetant le nouveau pourvoi formé contre ladite décision (Req., 22 avril 1840 : Dalloz, *eodem*) [1]. Sans doute, dans l'es-

dente, qu'on ne peut transiger sur les matières d'ordre public. Ce qui nous étonne un peu, c'est que M. Accarias, qui ne veut même pas admettre que notre article tranche la question de pouvoir (pp. 212 et suiv.), invoque notre article pour la question relative à l'objet de la transaction. Quant à l'article 1004, C. de p., il est très téméraire de l'invoquer en matière de transaction, car il se rapporte au compromis, et nous avons montré qu'il y a des différences entre la transaction et le compromis (n°s 285, note; 325, 1re note) : nous y reviendrons tout à l'heure, en traitant des aliments.

[1] Il en était autrement en droit romain (L. 10, C., *De trans.*). V. n° 89. Cf. aussi L. 42, C., *De trans.* (V. n° 231, *in fine*, et note).

pèce, la transaction était contenue dans un seul acte et le prix stipulé était unique. Mais, alors même que des prix distincts auraient été stipulés pour la question d'état et pour la question pécuniaire qui s'y rattache, il faudrait décider, en principe, que la transaction n'en serait pas moins nulle pour le tout, car nous verrons plus tard qu'à la différence de la loi romaine, la loi française annule la transaction tout entière, toutes les fois que l'une des clauses de cette transaction est entachée de nullité (arg, art. 2055, C. c.). Toutefois, s'il est démontré qu'il y a deux transactions distinctes, le tribunal peut en annuler l'une et valider l'autre. C'est une question de fait, laissée à l'appréciation des juges. Il faut remarquer cependant que la circonstance qu'il y a deux actes instrumentaires distincts, n'est pas toujours la preuve qu'il y a deux transactions distinctes : le tribunal peut donc ne voir qu'une transaction dans deux actes instrumentaires, et à l'inverse, décider qu'il y a deux transactions indépendantes, alors qu'il n'y a qu'un seul écrit, sans, pour cela, encourir la cassation de la Cour suprême [1].

355. — Une opinion assez accréditée autrefois était celle qui distinguait entre les transactions qui sont favorables à l'état réclamé et celles qui y sont défavorables [2]. Cette opinion, qui s'appuie sur le droit romain et sur l'ancienne jurisprudence, nous semble inadmissible. D'abord, nous avons expliqué qu'en droit romain, quoi qu'on en ait dit, les transactions, même favorables à l'état réclamé, étaient nulles en principe (nos 88 et 89).

[1] Pour ne citer qu'un arrêt récent, V. Cass., 14 juin 1882 : Dalloz, 1883, 1, 248.

[2] Dalloz, Vo *Transaction*, no 74 ; Troplong, pp. 594 et suiv.

Quant à l'ancienne jurisprudence, elle était fondée sur une interprétation erronée du droit romain (n° 250); elle a été d'ailleurs implicitement abrogée par les articles 6 et 1128, C. c., qui prohibent d'une manière générale de déroger, par des conventions particulières, aux principes de droit qui intéressent l'ordre public : prohibition générale qui n'excepte nullement la transaction. Est-il d'ailleurs admissible qu'on vende ou achète un état de personne, qui est la base de la société ét qui, par conséquent, intéresse l'ordre public au premier chef? Sans doute, il est permis de reconnaître l'état d'une personne, alors même qu'il serait sérieusement contesté. Mais, ce qui serait choquant, c'est de soumettre cette reconnaissance au payement d'une somme d'argent ou à la prestation d'un avantage pécuniaire, et de faire ainsi un marché de l'objet qui est tout ce qu'il y a de plus sacré dans le monde : état d'une personne [1].

[1] A cet argument, M. Accarias en ajoute plusieurs autres, plus faibles les uns que les autres (pp. 198 et suiv.) 1° Il dit que « la chose est inappréciable en argent. » Nous avons déjà eu occasion de parler du même argument donné par le même auteur (n° 82, note). Nous n'aimons pas ces sortes d'arguments. Puisque les parties ont apprécié cette chose en argent, c'est qu'apparemment, elle est appréciable en argent. Et ne voit-on pas tous les jours les tribunaux apprécier en argent, soit l'honneur d'une personne, soit la douleur qu'on a causée à une personne ? Si l'état d'une personne était inappréciable en argent, l'honneur et la douleur ne le seraient-ils pas au même degré ? 2° M. Accarias présente l'argument suivant: « Admettons, dit-il, que, par transaction, Primus m'a reconnu, par exemple, la qualité d'enfant naturel de Secundus. Si cette convention est valable, ce n'est pas Primus seul qu'elle oblige, c'est moi aussi. Supposons donc que plus tard je découvre de la manière la plus certaine que je suis l'enfant naturel de Tertius, me voilà dans l'impossibilité d'invoquer cette filiation à l'encontre de Primus ; de sorte que, sous prétexte de faire reconnaître l'état que je prétendais avoir et qui n'était pas le mien, j'aurais abdiqué mon état véritable. » Cela nous semble une erreur. En effet, de ce qu'on m'a reconnu la qualité d'enfant naturel d'une personne, il ne résulte nullement que, de mon côté, je me sois obligé de me compor-

356. — On applique plus particulièrement aux transactions portant sur les nullités de mariage, la distinction que nous venons de rejeter [1].

Mais Troplong, et après lui le *Répertoire* de Dalloz, font des restrictions en matière de mariage. « Si aucun acte de célébration n'est représenté, nous disent-ils, une transaction par laquelle un homme et une femme consentent à se regarder comme époux n'a pas de valeur. Si un acte de célébration est représenté, une sous-distinction est nécessaire : ou l'acte de mariage constate la preuve d'un de ces vices qui font rougir la morale, ou bien il n'est constaté que des vices qui ne blessent en rien l'honnêteté. Dans le premier cas, la transaction pour valider le mariage sera nulle; dans le second, elle sera valable [2]. »

357. — Même avec ces restrictions, l'opinion de Troplong ne peut tenir devant l'objection que nous avons présentée au numéro précédent. Ces restrictions sont d'ailleurs tout à fait arbitraires. Bien que le savant juris-

ter toujours comme enfant naturel de cette personne ; cela n'arriverait qu'autant que j'en aurais pris un engagement exprès, ce qui n'est pas le cas ordinaire. Donc, si la convention m'oblige à quelque chose comme le dit M. Accarias, ce n'est pas à me comporter comme enfant naturel de Secundus, sans pouvoir me prétendre enfant naturel de Tertius, mais seulement à payer une somme d'argent ou un avantage pécuniaire quelconque. 3° L'éminent auteur oppose à l'opinion de Troplong la bizarrerie qui existerait si avant ou après la transaction, un jugement m'avait dénié cet état, reconnu par la transaction, à l'égard d'un tiers. Mais l'argument est évidemment faible, car l'auteur lui-même reconnaît que la même bizarrerie résulte quelquefois de deux jugements contraires.

[1] Marbeau, p. 69; Rigal, pp. 86 et 87; Dalloz, V° *Transaction*, n° 78; Merlin, *Répertoire*, V° *Transaction*, § II, V; Troplong, pp. 601 et suiv.

[2] Troplong, p. 609 ; Dalloz, V° *Transaction*, n° 78.

consulte appuie son opinion sur les auteurs de l'ancien droit et du droit canon, ces auteurs ne faisaient pas du tout les distinctions que fait Troplong, en quoi ils étaient plus logiques que lui. Si, vraiment, « c'est se conformer à l'esprit du législateur que d'accueillir avec faveur ces compositions amiables qui resserrent de plus en plus un lien indissoluble, qui ferment la porte à des débats scandaleux et aussi pénibles pour les mœurs que pour les familles [1], » pourquoi faire tant de distinctions? Nous ne voyons plus, du reste, de différence notable entre un mariage célébré devant un officier tout à fait incompétent et un mariage célébré seulement à l'église. Pourquoi permettre de transiger sur le premier mariage et non sur le second? Et cette distinction entre les « vices qui font rougir la morale » et ceux qui ne la font pas rougir ? L'auteur nous apprend que le mariage incestueux fait rougir la morale, tandis que les vices tenant au consentement, au défaut de publicité, à une violation des formes requises, ne la font point rougir. Mais il nous semble qu'un consentement arraché par dol ou par violence à l'un des époux fait rougir la morale au moins autant qu'un mariage entre beau-frère et belle-sœur. Au surplus, l'énumération de l'auteur n'est pas complète : il ne parle ni de la bigamie ni du défaut d'âge. Quant à la bigamie, l'auteur dira probablement qu'elle fait rougir la morale ; mais le défaut d'âge fait-il rougir la morale ? Nous ne saurions répondre. Voilà l'inconvénient d'une distinction arbitraire, qui n'est fondée ni sur un principe précis ni sur un texte de la loi [2].

[1] Troplong, pp. 612 et 613.

[2] M. Accarias reproche à tort à Troplong de ne pas dire si le défaut du consentement des père et mère fait rougir ou non la morale (p. 203).

En résumé, en matière de mariage aussi bien qu'en toute autre matière concernant l'état des personnes, il faut partir de ce principe que l'état des personnes n'est pas une marchandise à vendre et à acheter, qu'il ne s'acquiert ni ne se perd à prix d'argent, et décider que toutes transactions, favorables ou défavorables à l'état réclamé, qu'elles concernent le mariage ou la filiation, sont nulles, comme ayant une cause ou un objet illicite.

358. — MM. Aubry et Rau proposent une autre distinction : « Quant à la question de savoir, disent-ils, s'il est permis de transiger sur l'état d'une personne que l'on serait admis à contester, elle se confond avec celle de savoir si la reconnaissance de cet état élève, contre celui dont elle émane, une fin de non-recevoir qui s'oppose à toute ultérieure contestation de sa part ou de celle de ses représentants[1]. »

Outre que plusieurs des cas où ces auteurs admettent que la reconnaissance de l'état d'une personne élève, contre celui dont elle émane, une fin de non-recevoir, sont fort contestables, nous ne pouvons admettre que même ceux qui peuvent renoncer à contester l'état d'une personne puissent le faire à prix d'argent. Ainsi, par exemple, l'article 183, C. c., déclare que les parents dont le consentement est requis pour la validité du ma-

Troplong s'en explique, en parlant de la violation des formes requises. Bien mieux, il nous dit expréssement à la page 606 de son *Traité des Transactions :* « D'après l'article 182 du Code civil, un père peut demander l'annulation du mariage que son fils a contracté sans son consentement. Mais, s'il s'oblige par transaction à ne pas attaquer ce mariage, qu'y aura-t-il de plus respectable que cet acte de renonciation à un droit extrême ? »

[1] IV, p. 662.

riage, perdent définitivement le droit de demander la nullité du mariage pour cause du défaut de leur consentement, s'ils donnent leur consentement après coup. Mais est-il admissible, comme le soutient Troplong et comme semblent l'admettre aussi MM. Aubry et Rau, que ces parents puissent vendre leur consentement à prix d'argent? Troplong s'écrie : « Qu'y a-t-il de plus respectable? » Nous nous permettons de nous écrier, quant à nous : Qu'y a-t-il de plus immoral?

359. — Ajoutons qu'il y a certaines personnes qui peuvent contester l'état d'une personne, à cause des intérêts pécuniaires qu'elles y ont. Celles-là peuvent certainement transiger sur leurs intérêts pécuniaires, et leur transaction les oblige quant à ces intérêts pécuniaires. Si donc elles n'ont aucun autre intérêt à contester cet état, elles ne peuvent plus jamais le contester, car, sans intérêt, point d'action. Mais il faut remarquer que ce n'est pas parce qu'elles ont transigé sur l'état, mais parce qu'elles n'ont plus d'intérêt à le contester.

Un exemple va éclaircir notre idée. Primus se marie avec Secunda. Il meurt laissant un enfant Tertius. Il a un frère Quartus, qui prétend que le mariage de son frère avec Secunda est nul. Tertius transige avec lui sur la succession de son père. Quartus ne peut contester l'état de Tertius pour le moment, parce que nous supposons qu'il n'a aucun intérêt à le contester. Mais, plus tard le père de Primus et de Quartus meurt; alors une contestation nouvelle peut s'élever relativement à sa succession, entre Tertius et Quartus, et la transaction sur la succession de Primus ne saurait être considérée

comme une fin de non-recevoir contre la réclamation de Quartus.

360. — Ainsi, dans aucun cas, nous n'admettons qu'on puisse transiger sur l'état des personnes. Malgré les diverses opinions dissidentes que nous venons de combattre, l'opinion à peu près universelle aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence, se prononce en notre sens [1].

Cette opinion n'aurait jamais été contredite, si l'article 9 du projet du Tribunal de Cassation avait été reproduit dans le Code. « Les questions de droit public, portait cet article, telles que la validité d'un mariage, l'état des hommes, le divorce, l'action publique qui naît d'un crime ou délit, ne sont pas susceptibles de transaction ; mais on peut transiger sur les intérêts civils qui en résultent [2]. »

Les rédacteurs du Code n'ont conservé de cet article que ce qui concerne les crimes et délits (art. 2046). Mais, s'ils ont négligé de reproduire le reste de cet article, ce n'est pas parce qu'ils ont voulu admettre la solution contraire, mais parce qu'ils ont trouvé inutile de le dire.

361. — La jurisprudence n'a pas toujours bien appliqué le principe, qu'elle admet en général. C'est ainsi que nous trouvons un arrêt, un peu vieux sans doute,

[1] Accarias, pp. 195 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie, III, p. 576 ; Mourlon, III, p. 517, *in fine*; Demante et Colmet de Santerre, VIII, pp. 320 et 321; Pont, II, pp. 294 et suiv. ; Laurent, XXVIII, p. 354 et suiv. ; Duranton, XVIII, p. 428; Garsonnet, *Précis de Procédure civile*, p. 397 ; *Traité de Procédure*, II, p. 203 ; Cass., 14 juin 1882 : Dalloz, 1883, 1, 248, *sur la séparation de corps* ; Req., 13 novembre 1883 : Dalloz, 1884, 1,103, *sur l'interdiction judiciaire.*

[2] Fenet, II, p. 744.

qui a décidé que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée peut valablement se désister de l'appel qu'il avait interjeté du jugement qui a prononcé cette séparation, alors même que ce désistement est consenti dans un acte qualifié de transaction, et qu'il a été stipulé que l'époux qui avait appelé du jugement en séparation resterait en possession des immeubles de la communauté en payant la moitié du prix de ces immeubles à l'autre époux, suivant l'estimation qui en serait faite par experts, si de ces stipulations, uniquement relatives à la liquidation de la communauté, il n'est résulté aucune lésion au préjudice de celui-ci, et que le désistement d'appel n'ait été pour lui le prix d'aucun sacrifice (Rej., 11 mai 1853 : Dalloz, 1853, 1, 158).

Nous disons que cette décision est critiquable. Il faut d'abord observer que, si l'acte qualifié de transaction était autre chose qu'une transaction véritable, il est bien évident que les règles de la transaction ne s'appliqueraient pas. Mais, dans l'hypothèse, nous prétendons qu'il y a réellement transaction. Il est certain d'abord qu'il y a là un contrat et une contestation à terminer. Il n'y a donc question que sur les concessions réciproques. L'arrêt dit que le désistement d'appel n'a été, pour l'époux intimé, le prix d'aucun sacrifice. Mais cela est impossible, parce qu'il a été stipulé que l'époux qui avait appelé du jugement de séparation resterait en possession des immeubles de la communauté en payant la moitié du prix de ces immeubles à l'autre époux, alors que celui-ci pouvait réclamer, si la séparation était définitivement prononcée, le partage en nature de ces immeubles. Ainsi l'un des époux se désiste de l'appel du jugement de séparation, moyennant quoi l'autre époux consent à se con-

tenter de la moitié du prix des immeubles de la communauté, au lieu de réclamer, comme il en a le droit, le partage en nature. Il y a donc des concessions réciproques; donc, c'est une véritable transaction. Et, comme cette transaction porte sur l'action en séparation de corps, elle est nulle, d'après le principe que nous venons d'admettre.

362. — Quelque absolu que soit notre principe, il faut admettre cependant certains tempéraments, dictés par le bon sens. Ainsi, il a été jugé avec raison que, dans le cas où des actes respectueux pourraient être infectés de quelque nullité, il est loisible aux parties de convenir des conditions auxquelles ces actes seront maintenus, pourvu que ces conditions ne blessent ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs; qu'elles peuvent, par exemple, convenir que les actes respectueux seront maintenus à la condition que l'enfant se retirera pendant un temps déterminé dans une maison religieuse où il recevra les conseils de ses père et mère (Caen, 25 janvier 1845 : Dalloz, 1845, 4, 10). En effet, ce qui est défendu aux père et mère comme immoral, c'est de recevoir de l'argent ou un avantage pécuniaire quelconque, pour donner leur consentement au mariage de leur enfant. Ici, cet avantage n'existe pas; tout ce que les père et mère devaient obtenir, c'était que leur enfant reçût leurs conseils dans une maison religieuse, ce qui n'a rien d'immoral.

SECTION VI

DES BIENS DOTAUX

363. — En vertu de l'article 1554, C. c., les immeubles dotaux sont en principe inaliénables. Puisque la transaction constitue une aliénation, elle ne doit pas porter sur un immeuble dotal [1].

On sait que la jurisprudence admet l'inaliénabilité de la dot mobilière. Nous n'admettons point, quant à nous, cette prétendue inaliénabilité, qui n'est fondée sur aucun argument sérieux. Mais, ce n'est pas ici la place de discuter cette fameuse question. Quelque critiquable que soit cette jurisprudence, du moment qu'elle est bien établie, comme on le sait, elle a dû avoir des conséquences en matière de transaction. C'est ainsi qu'il a été décidé que la dot mobilière ne peut faire objet de transaction (Cass., chamb. réun., 14 novembre 1846 : Dalloz, 1847, 1, 27).

364. — Si nous décidons qu'on ne peut transiger sur les immeubles dotaux, c'est que la transaction constitue une aliénation. Il en résulte que, dans le cas où la trans-

[1] Voici comment s'expriment les articles 1404 et 1405, C. c. ital.:

Art. 1404. — *La dot peut être aliénée ou hypothéquée, si dans le contrat de mariage l'aliénation ou l'hypothèque en a été permise.*

Art. 1405. — *Hors le cas indiqué dans l'article précédent, la dot et les droits dotaux de la femme ne peuvent être, durant le mariage, aliénés ou engagés en faveur de qui que ce soit, ni non plus réduits ou restreints que du consentement du mari et de la femme, et au moyen d'une ordonnance du tribunal qui peut en donner l'autorisation dans les cas seulement de nécessité ou utilité évidente.*

Il faut remarquer qu'en Italie, le régime légal est le régime dotal.

action ne tend pas à aliéner un immeuble dotal, elle est valable: c'est ce qui arrive, quand la transaction conserve à la femme ou lui fait acquérir l'immeuble dotal, moyennant l'aliénation de biens non dotaux.

Cette opinion, qui nous semble si raisonnable et qu'enseignent d'excellents auteurs [1], est cependant combattue par MM. Tessier et Accarias [2]. Sans doute, dit ce dernier auteur, par la transaction, la femme conserve son immeuble; mais, « cette manière de conserver est aussi fâcheuse, plus fâcheuse peut-être qu'une franche aliénation. La femme qui vendrait ou échangerait son immeuble ne ferait que remplacer un bien par un autre. Elle ne gagnerait rien peut-être, mais peut-être ne perdrait-elle rien non plus. Ici au contraire, elle ferait un sacrifice évident; et ce sacrifice est nettement réprouvé par les termes absolus de l'article 2045. Comment comprendre, d'ailleurs, que la question de savoir si une chose peut faire l'objet d'une transaction dépende de l'attribution de cette chose à telle partie plutôt qu'à telle autre? »

Nous avons reproduit tous les arguments de M. Accarias, sans en altérer un mot, de peur d'en affaiblir la force. Nous avouons cependant qu'ils sont d'une faiblesse manifeste. Nous ne voulons pas contredire M. Accarias, quand il dit que la transaction qui conserve à la femme son immeuble dotal est quelquefois plus fâcheuse qu'une

[1] Aubry et Rau, IV, p. 659, note 2; Troplong, *Du Cautionnement et des Transactions*, p. 584; *Du Contrat de Mariage*, 3e édit., IV, pp. 147 et 148; Duranton, XVIII, p. 436; Rodière, *Traité du Contrat de Mariage*, 2e édit., III, p. 407; Dalloz, V° *Contrat de Mariage*, n° 3484.

[2] Tessier, *Traité de la Dot*, I, p. 367, note 566; Accarias, p. 205. M. Accarias cite à tort Tessier comme son adversaire.

franche aliénation. Mais, là n'est pas la question; la femme peut, avec l'autorisation du mari ou de la justice, aliéner, même à titre gratuit, tous ses biens paraphernaux et, selon nous du moins, toute sa dot mobilière. Puisque cette femme peut aliéner ces biens, même à titre gratuit, pourquoi ne pourrait-elle pas les aliéner pour conserver son immeuble dotal, cette manière de conserver fût-elle pour elle aussi fâcheuse qu'on voudra? Si nous ne permettons pas à la femme d'aliéner par transaction son immeuble dotal, ou tout au moins sa prétention sur cet immeuble, c'est qu'elle ne peut pas l'aliéner d'une manière générale, soit directement, soit indirectement, cette aliénation fût-elle d'ailleurs aussi avantageuse qu'on voudra, à moins qu'on ne se trouve dans un des cas exceptionnels énumérés dans les articles 1555 à 1559.

Du reste, il est inexact de dire que la femme, en transigeant, « ferait un sacrifice évident. » Oui, la transaction suppose toujours un sacrifice. Mais cela ne veut pas dire que ce sacrifice sera toujours réel. Supposons que la femme se croit à tort propriétaire du fonds sur lequel elle transige. En payant la moitié du prix de l'immeuble pour le conserver, la femme croit faire un grand sacrifice ; mais, au fond, elle fait un grand bénéfice.

Quant à l'argument tiré de l'article 2045, nous avons déjà eu occasion de nous expliquer de sa valeur (n° 353, 4e note). Cet article nous dit que, « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. » Il traite donc de la question de capacité, et non de la question relative aux choses qui peuvent faire la matière d'une transaction, question qui nous occupe maintenant. Mais, en admettant

même que cet article tranche en même temps notre question, il n'en est pas plus embarassant pour nous. Oui, pour transiger, il faut la capacité ou la faculté d'aliéner, car la transaction contient nécessairement une aliénation. Mais, si on a la capacité ou la faculté d'aliéner la chose qu'on abandonne, il n'est pas nécessaire d'avoir la même capacité ou la même faculté pour la chose qu'on acquiert. Le tuteur qui a besoin de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal, pour vendre un immeuble du mineur, peut seul acheter des immeubles pour le même mineur. Or, ici, la femme n'aliène rien de son immeuble dotal, seule chose qu'elle ne peut pas aliéner. Oui, elle aliène par sa transaction ; mais elle aliène des biens dont elle a la pleine disponibilité [1]. Par conséquent, notre transaction n'est contraire, ni à la lettre, ni à l'esprit de l'article 2045, même interprété plus largement que nous ne le voudrions. Nous croyons ainsi avoir répondu en même temps à l'argument fondé sur la prétendue incompréhensibilité qui existerait dans la distinction que nous avons proposée.

365. — La jurisprudence fait une distinction que nous croyons inadmissible : la transaction contient-elle « un acte de bonne et sage administration, » elle est

[1] Il faut d'ailleurs bien se garder d'assimiler les règles de la capacité et celles de la disponibilité : la nature des choses nous oblige à les distinguer. Ainsi, quand il s'agit de capacité, une transaction par laquelle on conserve, par exemple, un immeuble moyennant une somme d'argent, est tout aussi grave que celle par laquelle on abandonne sa prétention sur cet immeuble, en recevant en revanche une somme d'argent. Mais, quand l'objet sur lequel la transaction porte est inaliénable, on ne demande plus si l'acte est grave ou non pour l'intérêt du propriétaire, on demande seulement s'il y a aliénation ou non.

valable ; dans le cas contraire, elle est nulle [1]. Distinction arbitraire, que la loi ne permet point. Il faut remarquer d'abord que la transaction n'est jamais un acte d'administration; c'est un acte de disposition. Cela étant, la doctrine de la jurisprudence se réduit à la proposition suivante: Quand la transaction est avantageuse à la femme dotale, elle est valable. Pourquoi ne va-t-on pas jusqu'à dire que toutes les fois que l'aliénation des immeubles dotaux est avantageuse pour la femme, elle est valable? Peut-être l'inaliénabilité du fonds dotal est-elle critiquable. Mais, puisque l'article 1554 existe, il est du devoir du juge de l'appliquer dans tous les cas ; il ne lui appartient pas de mettre de côté une disposition de la loi, sous prétexte qu'elle ne serait pas favorable à l'intérêt de la femme [2].

366. — On admet généralement que la femme dotale peut procéder à un partage amiable (arg. *a contrario*, art. 1558, 6e alin.). D'où la Cour de Limoges a voulu conclure que la femme dotale peut transiger sur les difficultés relatives au partage du fonds dotal indivis (Limoges, 5 juillet 1813 : Dalloz, V° *Contrat de Mariage*, n° 3479, note 1) [3].

Nous ne saurions admettre cette exception. La loi semble ne pas considérer le partage comme une aliénation. Sans qu'on puisse l'expliquer juridiquement, peut-être peut-on le justifier pratiquement. L'indivision est

[1] Caen, 3 mars 1860 : Dalloz, 1860, 2, 65 ; Grenoble, 20 janvier 1865 : Sirey, 1865, 2, 240 ; Troplong, *Du Contrat de Mariage*, 3e édit., IV, pp. 149 et suiv. ; Dalloz, v° *Contrat de Mariage*, n° 3485.

[2] En ce sens : Accarias, 206 ; Pont, II, pp. 302 et 303 ; Laurent, XXVIII, p. 359.

[3] L'auteur du Répertoire admet aussi ce système.

une chose peu désirable ; c'est, avec raison, que la loi en facilite la cessation à mille occasions. Il serait inadmissible que l'inaliénabilité du fonds dotal soit un obstacle insurmontable à la cessation de l'indivision. Il serait même injuste de l'imposer aux copartageants de la femme dotale. Ainsi, de toutes manières, il faut que le fonds dotal, quand il est indivis, puisse être partagé. Exiger que ce partage soit toujours judiciaire, c'était peut-être préjudicier à l'intérêt de la femme même, à force de vouloir la protéger. Voilà, probablement, le motif qui a décidé le législateur à permettre à la femme dotale de procéder à un partage amiable. Le même motif n'existe plus, quand il s'agit de transiger : on n'est jamais forcé de transiger, et, si la transaction est quelquefois un moyen avantageux de trancher une difficulté, elle est souvent un moyen fort dangereux. Donc nous ne pouvons admettre qu'à défaut de texte qui le permette explicitement ou implicitement, la femme puisse transiger, même dans notre cas [1].

367. — Tous les auteurs [2] ont relevé une contradiction singulière, commise par Duranton [3]. Après avoir dit, avec raison, qu'il ne paraît pas que la justice puisse autoriser la femme mariée sous le régime dotal, à transi-

[1] Il est peut-être inexact de dire, avec M. Accarias (p. 206), que « le partage n'implique pas, comme la transaction, l'idée d'un sacrifice. » D'un côté, le partage peut très bien contenir un sacrifice, qui, s'il ne dépasse pas le quart, ne donnera jamais lieu à rescision. D'un autre côté, le sacrifice qu'on fait en transigeant, peut n'être qu'imaginaire, ce qui arrive quand le droit qu'on abandonne n'existe pas en réalité.

[2] Accarias, p. 207 ; Pont, II, p. 303 ; Laurent, XXVIII, p. 359 ; Rodière, *Traité du Contrat de Mariage*, 2e édit., III, p. 407, note 2 ; Dalloz, v° *Contrat de Mariage*, n° 3486.

[3] XVIII, pp. 435 et 436.

ger sur des biens compris dans sa dot, « car, dit-il, les dispositions du Code qui permettent, par exception, et avec l'autorisation du juge, l'aliéniation des biens dotaux en certains cas, ne comprennent point celui de transaction, » cet auteur ajoute, par une contradiction inexplicable : « Cependant, comme les actes de cette nature sont dignes de faveur, et que l'intérêt de la femme, en beaucoup de cas, réclamerait une transaction plutôt que d'être exposé aux chances incertaines d'un procès, il est à croire que celle qui serait faite avec l'autorisation de la justice serait inattaquable. » Ce qui revient à dire que la justice ne peut pas autoriser la femme dotale à transiger, mais que la transaction autorisée par la justice est inattaquable.

Mettons de côté cette contradiction étrange, et demandons-nous si, réellement, le juge peut autoriser la femme à transiger. Nous répondons sans hésiter : non ! La loi ne donne nulle part au juge un pareil pouvoir. Elle nous dit d'une manière générale que le fonds dotal est inaliénable; le juge, à défaut de texte, n'a pas le pouvoir de le rendre aliénable [1].

Nous n'admettons donc pas non plus l'opinion de M. Rodière, d'après laquelle il faudrait appliquer à la femme dotale la disposition de l'article 467, faite pour le mineur, et qui exige, pour que le tuteur puisse transiger : 1° l'autorisation du conseil de famille; 2° l'avis de trois jurisconsultes ; et 3° l'homologation du tribunal [2]. M. Rodière remplace l'autorisation du conseil de

[1] Demolombe soutient aussi, à notre étonnement, que le tribunal peut autoriser la femme à transiger sur son fonds dotal (II, p. 129).

[2] *Op. cit.*, III, pp. 407 et suiv. V. aussi Dalloz, v° *Contrat de Mariage*, n° 3486 ; Pigeau, *Procédure civile*, I, p. 8, *in fine*.

famille par le consentement de la femme ; ce qui revient à supprimer l'autorisation du conseil de famille, une des formalités exigées par l'article 467, car, pour aliéner un bien dotal, dont la femme reste propriétaire, il est élémentaire que le consentement de la femme soit nécessaire.

Tout cela s'appelle faire la loi, et non l'interpréter. M. Rodière aurait dû commencer par obtenir le vote du Corps législatif et du Sénat, et la sanction de l'Empereur !

SECTION VII

DES ALIMENTS

368. — Nous avons vu qu'à Rome, à partir du temps de Marc-Aurèle, toute convention à titre onéreux, et par suite la transaction, portant sur des aliments laissés à cause de mort et non encore échus, était en principe soumise à l'autorisation du magistrat (nos 118 et suiv.), et que, dans l'ancienne jurisprudence, cette législation romaine était maintenue (n° 256).

Est-elle encore maintenue aujourd'hui? Duranton répond affirmativement [1]. Nous croyons que cette opinion est absolument insoutenable. Le dernier article de la loi du 30 ventôse an XII abroge formellement « les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, dans les matières qui sont l'objet du Code civil. »

[1] XVIII, pp. 430 et suiv. V. aussi Delvincourt, III, *Notes et Explications*, p. 247 ; Molitor, *Les Obligations en Droit romain*, 2e édit., II, p. 497.

D'ailleurs, l'auteur se trompe en voulant appliquer la loi 8, D., *De trans.*, aux dons d'aliments, car ce texte romain ne s'appliquait qu'aux aliments laissés *mortis causa*. Sans doute, l'auteur s'appuie aussi sur les articles 581 et 1004 du Code de procédure. Mais alors, qu'il cesse de s'appuyer sur le texte romain ! Nous allons voir du reste que ces articles n'interdisent pas du tout la transaction sur aliments[1].

369. — Écartons donc la loi romaine et l'ancienne jurisprudence. Quelle est la règle qu'il faut suivre aujourd'hui?

Il est d'abord nécessaire de faire une démarcation entre les dettes alimentaires, dues entre parents et alliés en vertu de la loi et les pensions alimentaires, résultant de contrats ou de legs.

Les premières sont d'ordre public : elles sont donc inaliénables, et non susceptibles de transaction. En effet, la loi a considéré avec raison que c'est un droit et un devoir sacrés pour certains parents et alliés de se nourrir les uns les autres en cas de besoin. Il n'est pas admissible qu'ils puissent se débarrasser de ce devoir par

[1] Laurent ne nous semble pas bien juste, lorsqu'il attaque Duranton, en disant qu'après avoir ressuscité une loi morte, le droit romain s'entend, qui déclarait les aliments *indisponibles*, Duranton trouve bon de la modifier, et de la déclarer valable, si elle est homologuée par le tribunal sur les conclusions du ministère public (Laurent, XXVIII, p. 361). A lire ce passage, le célèbre jurisconsulte belge ne semblerait pas avoir lu la loi 8, D., *De trans.* Ce texte romain ne déclarait pas du tout les aliments *indisponibles;* il soumettait seulement toutes conventions à titre onéreux sur ces aliments, à l'homologation du magistrat. En validant donc la transaction homologuée par le tribunal, Duranton est fidèle au droit romain ; il savait peut-être le droit romain mieux que son terrible contradicteur. Quant aux conclusions du ministère public, qu'il exige, elles sont requises par l'article 83, 1°, C. de Pr.

une convention et se croiser les bras quand certains d'entre eux meurent de faim.

Ainsi, ce premier principe est admis par tout le monde[1]. Certains auteurs veulent cependant admettre une restriction, que nous ne saurions approuver, quant à nous : ils disent que la transaction doit rester valable, tant que l'alimentaire est au-dessus du besoin ; ils admettent d'ailleurs que cette transaction cessera de produire son effet, dès que l'alimentaire tombera dans le besoin[2].

Ce dernier point montre combien l'opinion de ces auteurs est mal fondée. La transaction, disent-ils, cessera de produire son effet, dès que l'alimentaire tombera dans le besoin. Or, quand la dette alimentaire doit-elle être payée ? C'est quand l'alimentaire est dans le besoin. Donc la transaction ne produira jamais d'effet en pratique : autant dire que la transaction est nulle.

370. — Il faut remarquer toutefois que ce que l'alimentaire ne peut pas aliéner; c'est le droit aux aliments à venir. Quant aux aliments échus, ils peuvent être aliénés, et par suite, faire objet de transaction. Ainsi supposons que le tribunal a condamné une personne à fournir à une autre une certaine somme par mois à titre d'aliments. Le débiteur est en retard de plusieurs mois. Le créan-

[1] Les annotateurs du Recueil de Sirey prétendent à tort que Merlin (*Répertoire,* v° *Aliments*, § VIII, II) soutient seul que « sous l'empire du Code civil, les dettes d'aliments, *de quelque cause qu'elles proviennent*, sont parfaitement susceptibles de faire l'objet d'une transaction (Notes sous Douai, 1er février 1843 : Sirey, 1843, 2, 188; Bordeaux, 26 juillet 1855 : Sirey, 1857, 2, 111 ; Caen, 9 juillet 1862 : Sirey. 1863, 2, 103). Merlin, *loco citato*, ne parle que des *aliments laissés par testament.*

[2] Dalloz, v° *Transaction*, n° 81 ; Colmet de Santerre, VIII, pp. 322 et 323 ; Pont, II, pp. 307 et 308 ; Troplong, p. 620.

cier peut transiger sur ces aliments échus, car il a pu vivre sans ces aliments,, qui ne sont maintenant qu'une dette comme une autre. Il faut s'entendre cependant : si par suite du retard apporté par le débiteur à payer ces aliments, le créancier est obligé d'emprunter, les aliments échus seront nécessaires pour payer ces emprunts et ne pourront être anéantis par une transaction. J'ai hâte d'ajouter que ces questions ont peu d'importance, parce que, toutes les fois que le créancier est dans le besoin, le débiteur est obligé de le nourrir, et que le jugement lui-même qui a fixé le montant des aliments n'a pas l'autorité de la chose jugée.

371. — Passons aux aliments dus en vertu d'un contrat, à titre onéreux ou à titre gratuit, ou en vertu d'un legs.

Un assez grand nombre d'auteurs, sans admettre la règle du droit romain, pensent cependant que ces aliments ne peuvent, pas plus que les aliments dus pour cause de parenté ou d'alliance, faire objet de transaction[1]. Ils s'appuient sur les articles 581 et 1004, C. de p.

Il faut d'abord observer que ces deux articles ne concernent que les dons et legs d'aliments ; et MM. Aubry, Rau et Pont restreignent effectivement la prétendue prohibition à ces sortes d'aliments.

Même avec cette restriction, les articles 581 et 1004, C. de p, prohibent-ils, explicitement ou implicitement, la transaction sur aliments? Nous ne le pensons point. D'abord, l'article 581 déclare seulement insaisissable, les aliments dus par don ou legs. Et encore, cette insaisissabilité

[1] Marbeau, p. 68 ; Aubry et Rau, IV, pp. 422 et suiv., 663 ; Pont, II, pp. 308 et 309 ; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, V, p. 87.

n'est-elle pas complète : l'article 582 vient la restreindre seulement à l'égard des créanciers antérieurs à la donation ou au testament. Mais autre chose est l'insaisissabilité, autre chose est l'incessibilité, et il y a des choses insaisissables, qui sont cessibles. Les auteurs que nous combattons en conviennent aussi ; mais ils ajoutent que, quand l'insaisissabilité a pour cause la protection du débiteur, elle entraîne nécessairement l'incessibilité. Cela n'est pas exact, l'insaisissabilité établie par l'article 592, C. de p., a pour cause, à l'exception du n° 1, la protection du débiteur, et cependant, personne, que nous sachions, n'a jamais soutenu que les objets énumérés dans cet article soient incessibles. Donc on ne doit jamais conclure de l'insaisissabilité à l'incessibilité. Cela peut être une lacune de la loi, mais, nous autres interprètes, nous n'avons pas le droit de la combler.

Quant à l'argument tiré de l'article 1004, nous avons montré qu'il est inapplicable à notre matière (nos 325, 1re note ; 353, 4e note). Il est certainement des objets sur lesquels on peut transiger, bien qu'on ne puisse compromettre. Nous renvoyons sur ce point à ce que nous avons dit plus haut [1].

[1] En ce sens : Accarias, pp. 209 et suiv. ; Rigal, p. 85 ; Dalloz, vo *Transaction*, no 82 ; Merlin, vo *Aliments*, § VIII, II ; Colmet de Santerre, VIII, p. 322 ; Laurent, III, p. 76 ; XXVIII, p. 360 ; Troplong, *Du Cautionnement et des Transactions*, p. 620 ; *De la Vente*, 5e édit., I, pp. 300 et suiv. ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 87, note 11.

CHAPITRE IV

DES PERSONNES QUI PEUVENT TRANSIGER

372. — En droit français, de même qu'en droit romain, cette question se divise en deux : 1° la question de *capacité*, c'est-à-dire, qui peut transiger pour son propre compte? 2° la question de *pouvoir*, c'est-à-dire, qui peut transiger pour le compte d'autrui?

Contrairement à ce que nous avons fait pour le droit romain, nous étudierons en traitant de la première question, les pouvoirs de ceux qui représentent les incapables, car, en droit français, le principe de représentation étant admis, ce sont généralement les représentants légaux qui agissent au nom des incapables.

SECTION I

DE LA CAPACITÉ DE TRANSIGER [1]

373. — L'article 2045, C. c., pose le principe : « Pour transiger, nous dit-il, il faut avoir la capacité de disposer

[1] Nous avons vu que cette question est aussi importante au point de vue du préliminaire de conciliation (n° 320). En effet, la loi ne soumet à l'obligation de ce préliminaire que les causes susceptibles de transaction, soit au point de vue de l'objet, soit au point de vue de la capacité. Mais nous avons montré que les objets susceptibles de transaction sont tous ceux qui sont dans le commerce (n°s 325 et suiv.) ; donc cette question ne présente guère d'intérêt. Au contraire, la ques-

des objets compris dans la transaction [1]. » Cet article nous semble assez clair, et pourtant, il a soulevé bien des difficultés.

Ainsi, Rigal prétend que « tous ceux qui ont la capacité de contracter, ont aussi la capacité de transiger [2]. » Voici comment il comprend notre article 2045 : cet article voudrait dire simplement qu' « il n'est permis à personne de transiger que sur une chose qui vous appartient en propre. » Et l'auteur accuse de bizarrerie la manière de s'exprimer de notre article ; il faut bien convenir que c'est la manière dont l'auteur comprend cet article, qui est bizarre. Notre article dit qu' « il faut avoir la capacité de disposer » ; et l'auteur dit qu'il suffit d'avoir la capacité de contracter : cela s'appelle corriger le texte, et non l'interpréter.

374. — Mais un auteur plus considérable pèche, celui-là, par la sévérité : Mourlon enseigne qu'il faut avoir la

tion relative à la capacité est excessivement importante, attendu que tous ceux qui sont capables de contracter ou d'ester en justice sont loin d'être capables de transiger. Par exemple, le mineur ,qui contracte valablement, en principe, toutes les fois qu'il ne subit pas de lésion, ni son tuteur, même autorisé à intenter une action, ne peuvent transiger sans remplir les formalités compliquées de l'article 467. Conséquemment, les causes qui intéressent les mineurs sont dispensées de préliminaire de conciliation (art. 49, 1°, C. de p.).

[1] L'article 1765, C. c. ital., copie littéralement le premier alinéa de notre article 2045. — Quant à l'auteur du Projet de Code civil japonais, il ne reproduit pas notre règle, sous prétexte qu'elle ne fait qu'appliquer les principes généraux. On peut douter si c'est bien là une application pure et simple des principes généraux. En effet, celui qui conserve son droit litigieux, n'en dispose pas, quoi qu'on en dise (Cf. n° 364). Et pourtant, l'article 2045 exige de lui aussi bien que de son adversaire, la capacité de disposer de l'objet litigieux. Donc, il y a là une disposition qui n'est pas tout à fait une application pure et simple des principes généraux. V. plus bas, n° 377.

[2] P. 20.

capacité de disposer *à titre gratuit*[1]. Voici son argument : « Cette règle, dit-il, ne résulte pas du texte de l'article 2045, mais nous la tirons de l'esprit de la loi. Un tuteur peut disposer des droits mobiliers de son mineur, les aliéner à titre onéreux, recevoir un capital et en donner décharge, sans aucune autorisation (art. 457) ; et cependant il ne peut transiger sur ces mêmes droits qu'après avoir pris l'avis de trois jurisconsultes, obtenu l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (art. 467) : donc il ne suffit pas, pour transiger, d'être capable de disposer à titre onéreux du droit en litige. Si le tuteur ne peut pas transiger sur les droits mobiliers de son pupille sans y être autorisé, c'est qu'il n'a pas la libre disposition de ces droits, c'est-à-dire le pouvoir d'en disposer même en les donnant. »

375. — Cet argument même tourne contre l'auteur. Si le tuteur pouvait disposer à titre gratuit des biens du mineur avec les trois formalités de l'article 467, ou ce qui revient au même, s'il ne pouvait jamais transiger, même avec toutes les formalités du monde, alors, mais alors seulement, l'argument aurait quelque valeur. Malheureusement pour l'auteur, ce n'est ni l'une ni l'autre de ces deux solutions, qui résulte des dispositions du Code : le tuteur ne peut jamais disposer à titre gratuit des biens du mineur, si ce n'est pour des présents d'usage ; tandis qu'il peut transiger avec la triple formalité de l'article 467. Donc il ne résulte nullement ni des textes, ni de l'esprit de la loi, que, pour transiger, il faille avoir la capacité

[1] III, p. 518.

de disposer à titre gratuit; c'est plutôt le contraire qui en résulte.

D'ailleurs, puisque la transaction est un contrat essentiellement à titre onéreux, il est plus conforme aux principes généraux d'exiger seulement la capacité de disposer à titre onéreux. Or, c'est un principe élémentaire qu'en cas de doute, il faut interpréter les textes de la loi dans un sens qui soit conforme aux principes généraux plutôt que d'en faire des dispositions exceptionnelles. Il faut décider ainsi, d'autant plus que, quand la loi veut exiger la capacité de disposer à titre gratuit, elle le dit généralement, en faisant accompagner, par exemple, le mot *disposition* du mot *libre*, comme dans l'article 1003, C. de p.[1]

[1] En ce sens ; Accarias, pp. 214 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie, III, p. 575 ; Colmet de Santerre, VIII, p. 317 ; Pont, II, p. 255 ; Laurent XXVIII, p. 343. MM. Accarias et Pont font à Mourlon une objection qui, me semble-t-il, passe à côté. Ils reprochent à Mourlon d'argumenter du pouvoir du tuteur pour trancher une question de capacité. Cette objection serait fondée, si l'incapacité du mineur n'était pas parallèle, si je puis m'exprimer ainsi, au manque de pouvoir du tuteur, si, par exemple, la transaction faite par le mineur seul était nulle au même degré qu'un bail par lui consenti. Or, nous verrons que cette transaction-là est nulle ou annulable, par cela seul qu'elle a été faite par le mineur seul ; tandis que ce bail-ci n'est annulable ou rescindable que quand il cause une lésion au mineur. D'ailleurs, bien que la chose ne soit pas pratique, si le mineur a obtenu, pour transiger, le consentement du tuteur, l'autorisation du conseil de famille, l'avis conforme de trois jurisconsultes et l'homologation du tribunal sur les conclusions du ministère public, sa transaction sera tout aussi valable que si elle avait été passée par le tuteur même avec les mêmes formalités. Ainsi l'argument de Mourlon, quoique bien faible, ne doit pas être écarté comme confondant la question de capacité et la question de pouvoir, car le mineur qui peut louer son immeuble sans aucune formalité, à la condition que le bail ne lui cause aucune lésion, ne peut transiger que dans les formes de l'article 467 ; et il faut noter que Mourlon argumente non des textes, mais de l'esprit de la loi.

376. — Cette question n'est pas une question de mots : elle a des intérêts pratiques importants.

1° « Une femme séparée de biens, dit Mourlon, ne peut transiger sur ses droits mobiliers, sans autorisation de son mari : car elle n'a pas le droit de les aliéner à titre gratuit. » D'abord, c'est une question controversée que celle de savoir si la femme séparée de biens peut disposer de ses meubles à titre gratuit. Mais, en admettant que cette femme ne peut pas disposer de ses meubles à titre gratuit, il n'en résulte nullement, pour nous, qu'elle ne puisse pas transiger, car elle peut aliéner son mobilier à titre onéreux, ce qui suffit, selon nous, pour pouvoir transiger.

2° « Le mineur émancipé, dit encore Mourlon, ne peut point transiger sur les intérêts de ses capitaux et sur les fermages ou loyers qui sont dus par ses fermiers : car il n'a pas la libre disposition de ces droits. » Ici encore, il est fort contestable que le mineur émancipé ne puisse point disposer de ses revenus à titre gratuit. Mais, admettons encore qu'il ne peut pas en disposer à titre gratuit. Il n'en résulte point, pour nous, que ce mineur émancipé ne puisse pas transiger sur ses revenus : le contraire résulte même nettement du discours de Bigot de Préameneu [1], comme nous le verrons plus loin. D'ailleurs, il faut ajouter que ce mineur peut très bien transiger sur ses revenus, même pour Mourlon [2], avec les formalités de l'article 467 [3].

3° « Le mineur émancipé, dit enfin le célèbre répéti-

[1] Fenet, XV, p. 104 ; Locré, XV, p. 417.

[2] 11e édit., I, p. 644, n° 1255, 4°.

[3] Ces deux intérêts de la question n'existent pas pour M. Accarias (pp. 215, 226, 233). Aussi semble-t-il dire que la question n'a point d'intérêt pratique (p. 215).

teur, ne pourrait pas, avec la seule autorisation de son curateur, transiger sur ses capitaux ; il ne pourrait, en effet, en disposer à titre gratuit, *même avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.* »
Cette dernière phrase montre combien l'opinion de Mourlon est mal fondée. Voici le syllogisme auquel on peut ramener cette opinion : le mineur émancipé ne peut disposer de ses capitaux à titre gratuit, même avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, or, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer à titre gratuit ; donc le mineur émancipé peut transiger avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ! Ce n'est pas, comme on le voit, parce que, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer à titre gratuit, que le mineur émancipé ne peut pas, avec la seule assistance de son curateur, transiger sur ses capitaux ; mais, c'est parce que la loi exige ici, *par exception*, une capacité plus grande que celle d'aliéner à un autre titre onéreux, et moins grande que celle d'aliéner à titre gratuit.

4° Si Mourlon était logique, il devrait dire que le condamné à une peine afflictive perpétuelle n'a même pas la *jouissance* du droit de transiger, car il n'a pas celle du droit de disposer à titre gratuit (Loi du 31 mai 1854, art. 3). L'auteur ne va pas jusque-là, et avec raison, car l'article 3 de la loi citée ne parle que du droit de disposer à titre gratuit, et il serait tout à fait excessif de l'étendre au droit de transiger. Aussi lisons-nous, à la page 137 du tome I des fameuses *Répétitions écrites*, que ces condamnés conservent la *jouissance* du droit de transiger, dont *l'exercice* est confié à son tuteur. N'est-ce pas cependant là une preuve que,

pour transiger, il n'est pas besoin d'avoir la capacité de disposer à titre gratuit.

5° Enfin, si l'auteur que nous combattons était logique, il devrait dire encore que le failli perd, à l'égard de ses créanciers, le droit de transiger, dès qu'il perd le droit de disposer à titre gratuit. Mais nous croyons que le bon sens du célèbre auteur l'empêcherait de soutenir une pareille opinion, car il serait tout à fait exorbitant d'étendre à la transaction l'article 446, C. de co., qui ne parle que des actes à titre gratuit. Voilà une nouvelle preuve de la fausseté du principe posé par Mourlon [1].

377.—La transaction a généralement deux objets : l'un, principal, est l'objet même de la contestation ; l'autre, accessoire, est la chose qu'on donne ou promet comme prix de l'abandon du droit litigieux, consenti par la partie adverse. Pour cette dernière partie de la convention, il n'y a rien de spécial à la transaction. Ce sacrifice consiste-t-il en une dation, il faut avoir la capacité d'aliéner la chose qu'on donne. Le sacrifice ne consiste-t-il qu'en un simple engagement, la capacité de s'obliger suffit. C'est ce que voulait dire probablement le Tribunal de Cassation, lorsqu'il proposait l'article 3 de son projet, qui était ainsi conçu : « Les formalités nécessaires pour autoriser certaines personnes à l'aliénation ou disposition de la chose sont également nécessaires pour valider la transaction qu'elles ont faite, si elle contient abandon de cette chose [2]. »

[1] M. Accarias laisse entendre que la loi dit formellement ce que nous avançons dans ces deux derniers alinéas (p. 215). Cependant on peut dire que la loi n'est pas si formelle, et si le principe de Mourlon était vrai, peut-être devrait-on dire que le condamné à une peine afflictive perpétuelle et le failli ne peuvent pas transiger, comme ils ne peuvent pas disposer à titre gratuit.

[2] Fenet, II, pp. 743 et 744.

Pour l'objet principal de la transaction, c'est-à-dire le droit litigieux, l'une des parties l'abandonne, soit totalement, soit partiellement, moyennant une prestation de son adversaire. Celle-là, cela va sans dire, doit avoir la capacité de disposer de la chose litigieuse. Mais, même pour la partie qui paye quelque chose pour obtenir l'abandon de l'autre partie, la transaction contient une espèce d'abandon, car, si sa prétention était fondée, elle devrait avoir la chose tout entière sans rien payer [1]. Voilà pourquoi le tribunal de Cassation voulait exiger des deux parties la capacité « de disposer de la chose qui est en contestation [2]. »

Les rédacteurs du Code ont fondu ces deux articles en un seul, et l'article 2045 est conçu en les termes que nous connaissons : « Pour transiger, dit cet article, il faut avoir la capacité de disposer des *objets compris dans la transaction*. » Il en résulte que, pour transiger, il faut avoir non-seulement la capacité de disposer de l'objet de la contestation, mais aussi celle de disposer de l'objet qu'on aliène pour conserver le droit litigieux. Par exemple, un mineur émancipé peut, selon nous, transiger sur ses revenus, mais il n'est pas capable d'aliéner seul ses immeubles, ou même son capital mobilier. Il ne peut donc pas transiger sur ses revenus, en aliénant un immeuble

[1] Cette idée ne s'applique pas, comme le dit très bien M. Accarias (p. 217), quand le droit litigieux est un droit de créance. Dans ce cas, en effet, l'une des parties se borne à nier la prétention de l'autre. Si, par conséquent, elle consent par transaction à payer la moitié de la créance prétendue, par exemple, il lui suffit d'avoir la capacité de s'obliger.

[2] L'article 2 du projet du Tribunal de Cassation était ainsi conçu : Ceux-là seuls peuvent faire une transaction, qui sont capables de disposer de la chose qui est en contestation (Fenet, II, p. 743). » Cf. n° 259.

ou un meuble capital. Voilà le sens du premier alinéa de l'article 2045 [1].

378. — Il y a deux sortes d'incapacités : les incapacités *générales*, c'est-à-dire, qui existent à l'égard de toutes personnes ; et les incapacités *spéciales*, qui n'existent qu'entre certaines personnes ou qu'au point de vue de certaines personnes. D'où deux paragraphes d'étude.

§ I. — Des incapacités générales.

379. — Nous étudierons sous ce titre sept catégories d'incapables: 1° les *mineurs non émancipés;* 2° les *mineurs émancipés;* 3° les *mineurs commerçants* ou *artisans;* 4° les *interdits judiciairement ;* 5° les *interdits légalement;* 6° les *personnes pourvues d'un conseil judiciaire ;* 7° enfin, les *femmes mariées.*

I. — Les mineurs non émancipés

380. — Les mineurs non émancipés sont ou bien en tutelle, ou bien sous l'administration légale de leurs pères, et exceptionnellement de leurs mères. Etudions d'abord

[1] On a beaucoup ergoté sur le point de savoir si le mot *capacité* employé dans l'article 2045 signifie en même temps le *pouvoir* (Accarias, pp. 212 et suiv.). Cette question nous semble tout à fait oiscuse. En effet, comme nous allons voir dans la section suivante, les mandataires généraux, soit légaux, soit judiciaires, soit conventionnels, n'ont, en principe, qu'un pouvoir d'administration. Or, dans le droit actuel, la transaction n'est jamais un acte d'administration. Donc ces mandataires généraux n'ont pas le pouvoir de transiger. Quant aux mandataires qui ont reçu mandat d'aliéner, ils sont des mandataires spéciaux. Donc, leurs pouvoirs ne s'étendent jamais à la transaction.

les mineurs en tutelle, et ensuite ceux qui sont sous l'administration légale.

1° *Des Mineurs en Tutelle*

381. — Aujourd'hui, le mineur est, en principe, incapable de tout acte juridique, et c'est son tuteur qui le représente dans tous les actes de la vie civile.

Nous avons vu que Pothier enseignait que le tuteur pouvait transiger sur les meubles du mineur, mais non sur ses immeubles ; que la Coutume de Bretagne permettait au tuteur de transiger même sur les immeubles, mais exigeait l'avis de plusieurs parents et l'homologation du tribunal, pour les transactions sur les immeubles et sur les meubles précieux ; que Domat soutenait, d'après l'interprétation erronée de la loi 46, § 7, D., *De admin. et peric. tut.*, 26, 7, enseignée par Cujas, que le tuteur ne pouvait consentir, par transaction, aucun sacrifice pour le mineur ; qu'enfin, toute transaction faite par le tuteur, même dans la mesure de ses pouvoirs, était rescindable pour cause de lésion (n^os^ 258 et 259).

Le Code civil a adopté en principe le système de la Coutume de Bretagne, mais avec les trois modifications que voici : 1° le Code a ajouté une troisième formalité, l'avis de trois jurisconsultes ; 2° il n'a fait aucune distinction entre les droits mobiliers et les droits immobiliers ; 3° il a validé pleinement les transactions conclues dans les formes prescrites.

382. — L'article 467, auquel l'article 2045, 2^e^ al., nous renvoie en ces termes : « Le tuteur ne peut transiger pour le mineur ou l'interdit, que conformément à l'ar-

ticle 467 au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation;* » est ainsi conçu : « Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République près le tribunal de première instance. — La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur de la République [1]. »

Cet article exige donc trois conditions [2] :

1° *L'autorisation du conseil de famille.*

[1] La disposition de cet article ne figurait pas dans les deux premiers projets (Fenet, X, pp. 544 et suiv. ; Locré, VII, pp. 94 et suiv.). Ce n'est que dans le troisième projet, rédigé par le conseiller d'État Berlier et communiqué au Tribunat, que cette disposition si importante se trouvait sous le n° 78 (Fenet, X, p. 605 ; Locré VII, pp. 207 et 208). Sans cet article, on serait fort embarrassé de décider la question de savoir si le tuteur peut transiger ou non. Ce serait trop hasarder peut-être que de dire, avec M. Accarias, qu'on n'avait pas corrigé l'ancien droit (p. 219, note 1).

[2] Le projet de Code civil japonais, dans son article 758, 1er alin., renvoie au Livre Ier, pour les conditions requises pour la validité des transactions concernant les incapables. Nous n'avons pas encore le texte du projet du Livre Ier, dont la rédaction a été confiée à d'autres mains qu'à M. Boissonade. Mais, si le vœu de M. Boissonade est rempli, le nouveau Code japonais contiendra une disposition analogue à celle de l'article 467 du Code français (*Proj. de C. c. jap.*, II, *Commentaire*, p. 469).

Le Code civil italien est moins exigeant que le Code français, pour les conditions requises pour les transactions conclues par le tuteur au nom du mineur. Le second alinéa de l'article 296 de ce Code porte : « Il (le tuteur) ne peut pas non plus, sans cette autorisation (celle du conseil de famille), faire des compromis ou *transactions*, intenter des actions en justice, à moins qu'il ne s'agisse d'actions possessoires ou de difficultés concernant le recouvrement des revenus, sauf les cas d'urgence. » L'article 301, 2e al., ajoute : « Seront également soumises à cette formalité (l'homologation du tribunal), toutes les délibérations autorisant le tuteur à contracter des emprunts d'argent, ou relatives aux *transactions*, aux compromis et aux partages où le mineur aurait quelque intérêt. » Ainsi, en Italie, la transaction, et même le compromis, sont assimilés à tous actes d'aliénation, enga-

383. — 2° *L'avis de trois jurisconsultes.* Nous avons hasardé dans la dernière note, *in fine*, notre humble avis sur la nécessité de cette formalité. Mais, si la nécessité de cette formalité ne nous paraît pas tout à fait démontrée, nous n'en comprenons pas moins que la loi exige pour la transaction cette formalité, qu'elle n'exige pour aucun autre acte. C'est qu'en effet, la transaction, pour qu'elle soit avantageusement conclue, demande des connaissances de droit, ce qui manque souvent chez les membres du conseil de famille.

Quel est le sens du mot *jurisconsulte ?* En pratique, il paraît que les procureurs de la République choisissent toujours des avocats inscrits au moins depuis dix ans, d'après les termes de l'article 495, C. de P., relatif à la requête civile [1]. Comme le choix des trois jurisconsultes qui doivent donner leur avis sur la transaction intéressant un mineur, est laissé à la sagesse du procureur de la

gements, hypothèques, emprunts et partages ; et, quand ils portent sur des actions possessoires ou sur des difficultés concernant le recouvrement des revenus, et, en cas d'urgence, le tuteur peut les faire seul, même sans l'autorisation du conseil de famille : en quoi ces deux actes, qui sont considérés, à juste titre, comme des plus graves par le législateur français, qui exige une formalité tout à fait spéciale pour l'un, et qui défend l'autre complètement au tuteur, peuvent être réalisés, d'après la loi italienne, plus facilement que les actes que nous avons énumérés. Ce dernier point prête à critique. Quant à l'assimilation de la transaction et du compromis aux autres actes d'aliénation, à l'hypothèque, aux emprunts, etc., elle est peut-être sage. Quand le tribunal, sur les conclusions du ministère public, homologue une transaction ou un compromis, il faut croire que ces conventions sont réellement avantageuses pour le mineur. La consultation de trois jurisconsultes, qui occasionne des frais plus ou moins considérables, est peut-être trop gênante dans bien des cas. D'autre part, le compromis, quoique fort dangereux, si on en abusait, n'est peut-être pas sans utilité dans certains cas.

[1] Accarias, p. 220 ; Baudry-Lacantinerie, I, p. 587 ; Pont, II, p. 275 ; Demolombe, *Traité de la Minorité*, I, pp. 510 et 511.

République, celui-ci est libre de son choix, et il n'y a rien que de louable dans la règle de prudence qu'il s'impose à lui-même. Mais reste à nous demander si, dans le cas où un procureur de la République ne s'est pas conformé à cet usage, l'avis donné par des jurisconsultes qui ne sont pas avocats, est régulier. Nous répondons que l'avis donné par des professeurs de droit, d'anciens magistrats, des avoués, des notaires, est parfaitement régulier ; le mot *jurisconsulte*, comme les mots *défenseur officieux* (art. 1597, C. c.), ne signifie pas *avocat* [1].

384. — Une question plus importante, c'est celle de savoir si l'avis des trois jurisconsultes doit être favorable à la transaction. On répond à peu près universellement qu'il faut l'avis conforme de ces jurisconsultes [2]. En effet, notre article dit, non pas *après avoir pris l'avis*, mais *de l'avis* de trois jurisconsultes, ce qui semble signifier *conformément à leur avis*.

La question devient plus délicate, quand on demande si tous les trois jurisconsultes doivent être du même avis, ou si une majorité suffit. Nous répondrons avec les auteurs [3] qu'il faut que tous trois soient favorables à la

[1] En ce sens : Accarias, p. 221. – Demolombe semble admettre qu'il faut, *à peine de nullité*, choisir des *avocats*, car il prétend qu' « *il est certain* que les rédacteurs du Code ont entendu désigner des *avocats* par le mot *jurisconsultes* (*Op. cit.*, I, p. 510). En effet, s'*il était certain* que les rédacteurs du Code ont entendu désigner par là des *avocats*, nous n'aurions pas le droit de nous contenter d'autres jurisconsultes. Mais nous croyons que cette prétendue intention des rédacteurs est loin d'être certaine. Cf. *infra*, n° 448.

[2] Accarias, p. 221 ; Marbeau, p. 35 ; Rigal, pp. 26 et 27 ; Baudry-Lacantinerie, I, p. 587 ; Mourlon, I, p. 622 ; Aubry et Rau, I, p. 453 ; Pont, II, p. 274 ; Laurent, V, p. 109 ; Demolombe, *Op. cit.*, I, p. 511 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, I, p. 440, note 46. — *Contra :* de Fréminville, *Traité de la Minorité et de la Tutelle*, II, p. 218.

[3] Accarias, p. 221 ; Baudry-Lacantinerie, I, p. 587 ; Pont, II, p. 274 ;

transaction ; car, quand la loi dit : *de l'avis de trois jurisconsultes*, il semble qu'elle veut que *trois jurisconsultes soient d'avis* de transiger.

Une question encore fort débattue est celle de savoir si la consultation de trois jurisconsultes doit précéder la délibération du conseil de famille. Pour nous, l'ordre est tout à fait indifférent, au point de vue légal. Tel n'est pas l'avis de tout le monde. Laurent déclare nulle la délibération du conseil de famille, prise avant la consultation du jurisconsulte [1]. M. Baudry-Lacantinerie semble être du même avis, car il dit sans rien y ajouter : « Il résulte du *texte* et plus encore de l'esprit de l'article 467 que la consultation des trois jurisconsultes *doit* précéder la délibération du conseil de famille autorisant la transaction [2]. » Que l'avis de trois jurisconsultes soit surtout destiné à éclairer le tuteur et la famille, bien qu'il ne soit pas non plus sans utilité pour le tribunal [3], c'est ce que nous admettrions volontiers avec tous les auteurs [4], excepté MM. Accarias et Bertin [5]. Mais ce que nous ne

Laurent, V, p. 109 ; Demolombe, *Op. cit.*, I, p. 511 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, I, p. 440, note 46.

[1] V, p. 110, *in principio*.

[2] I, p. 587.

[3] C'est ce qui résulte des paroles de Bigot de Préameneu, qui, dans son Exposé des Motifs sur le titre *des Transactions*, s'est exprimé en ces termes : « On a assujetti les tuteurs à prendre l'avis de trois jurisconsultes ; *ils en obtiendront des lumières qui leur sont nécessaires et qui doivent aussi éclairer la famille dans ses délibérations* (Fenet, XV, p. 104 ; Locré, XV, p. 417). »

[4] Marbeau, pp. 32 et suiv. ; Pont, II, p. 274 ; Demolombe, *Op. cit.*, I, p. 512 ; de Fréminville, *Op. cit.*, II, pp. 216 et suiv. ; Toullier, II, n° 1241 (6e édit., I, 2e part., p. 252). — Il est étonnant que ce dernier auteur soutienne cependant, comme M. Baudry-Lacantinerie, qu' « en suivant la marche tracée par l'article 467, le tuteur doit commencer par faire nommer les trois jurisconsultes. »

[5] Accarias, p. 222 ; Bertin, *Chambre du Conseil*, 2e édit., I, p. 459.

saurions admettre, c'est d'exiger, *à peine de nullité*, que les trois jurisconsultes donnent leur avis avant la délibération du conseil de famille. M. Baudry-Lacantinerie affirme que cela résulte du *texte* de l'article 467. Mais le texte ne dit pas du tout que la consultation des jurisconsultes doit précéder la délibération du conseil de famille ; au contraire, d'après l'ordre dans lequel le texte parle de nos deux formalités, il semblerait que c'est le conseil de famille qui doit donner son avis avant les jurisconsultes. La vérité est que, du moment que les trois formalités de l'article 467 sont remplies, dans quelque ordre que ce soit, la transaction est valable.

385. — 3° *L'homologation du tribunal.* L'article 467 exige que cette homologation ne soit donnée qu'après avoir entendu le procureur de la République. Ce n'est là qu'une application de l'article 83, C. de p., qui veut que toutes les causes intéressant des mineurs soient communiquées au ministère public. Mais, ce qu'il faut remarquer, c'est que le tribunal n'est pas lié par les conclusions du ministère public.

Puisque l'homologation rentre dans la juridiction gracieuse du tribunal [1], elle est donnée en chambre du conseil, ce qui résulte d'ailleurs, par analogie, de l'article 458 [2].

On insiste souvent sur une question mesquine : est-ce la délibération du conseil de famille ou le projet de la transaction que le tribunal aura à homologuer? Et on ré-

[1] Garsonnet, *Précis de Procédure civile*, p. 66, *in fine ;* Bertin, *Op. cit.*, I, pp. 35, 36, 78, n° 7, 443 et 459.

[2] Accarias, p. 223. Cf. la note précédente.

pond que c'est le projet de la transaction [1]. Je dis que c'est une question mesquine. En effet, qu'est-ce que le tribunal aura à examiner? C'est l'opportunité de la transaction. Or, pour savoir si une transaction est opportune, il faut absolument en connaître les conditions. Et, si ces conditions paraissent au tribunal avantageuses pour le mineur, il homologuera la transaction. Que, maintenant, les termes employés dans le contrat définitif soient absolument les mêmes ou non, cela importe peu, si, du moins, les conditions de la transaction sont au fond telles qu'elles ont été homologuées. J'ajoute que la transaction étant un acte souvent compliqué, le tribunal peut exiger, avant de l'homologuer, que le tuteur lui présente le projet même du contrat, et ordonner expressément qu'on ne change en rien les termes de ce contrat; mais, s'il a agi autrement, l'homologation n'en sera pas moins valable.

386. — Quoi qu'il en soit, jusqu'à l'homologation, la transaction reste à l'état de projet. En voici les conséquences :

1° Jusqu'à l'homologation, l'une des parties peut retirer son consentement ;

2° Les droits d'enregistrement, dont nous parlerons plus loin, ne doivent être perçus qu'après l'homologation [2]. Nous ne comprenons point que Marbeau, qui admet formellement, comme nous, que la transaction non encore homologuée n'est qu'un projet, déclare à regret qu' « aucune loi n'autorise à différer la perception du droit de mutation jusqu'à ce que le jugement homolo-

[1] Accarias, p. 223 ; Pont, II, p. 275 : Laurent, V, p. 110.

[2] En ce sens : Accarias, pp. 223 et 224.

gatif soit rendu, » et impute tout cela à l'imperfection de la loi [1]. Nous croyons que la loi est ici injustement calomniée. Il résulte à nos yeux du texte de l'article 467, que la transaction non encore homologuée n'est pas parfaite, comme le dit très bien l'auteur que nous combattons. Dès lors, il nous semble que la régie n'a aucun prétexte pour percevoir les droits d'enregistrement avant l'homologation de la transaction. Que l'on ne dise pas que, quand on se passe complètement de l'homologation du tribunal, la transaction, quoique annulable, n'en existe pas moins, jusqu'à ce que la nullité en soit prononcée, et que la régie est autorisée à percevoir les droits d'enregistrement ! Dans ce cas, en effet, les parties ont voulu contracter une transaction annulable ; tandis qu'ici, se recourant à la justice, comme le veut la loi, elles n'ont voulu conclure qu'une transaction valable [2].

Quant à la première conséquence, qui nous semble certaine, quoique non encore remarquée, à notre connaissance, elle est avantageuse pour le mineur, en ce sens que le tuteur peut se dédire, s'il trouve la transaction désavantageuse. Mais, elle lui est désavantageuse, en ce sens que son adversaire aussi peut se dédire. Le tuteur peut se garantir contre cette éventualité, en stipulant expressément que l'autre partie sera liée dès à présent en attendant que la transaction soit homologuée, et en promettant, de son côté, de remplir les formalités voulues par la loi. Ces promesses réciproques engendrent des obligations des deux côtés, sans, cependant, constituer une transaction, ce qui les fait échapper aux droits

[1] PP. 33, note 1, 263 et 264.
Accarias, p. 224.

d'enregistrement de la transaction, et ne les soumet qu'aux droits d'obligation, qui sont généralement beaucoup moins élevés que les premiers.

Législativement parlant, il nous semble sage de sous-entendre toujours ces promesses réciproques, sans les soumettre à aucun droit d'enregistrement.

387. — Il peut arriver qu'une transaction homologuée n'est cependant qu'un projet de transaction. Cela arrive toutes les fois qu'on rédige le contrat définitif après l'homologation. On y trouvera avantage, comme le remarque M. Accarias [1], quand on veut constater la transaction par acte notarié.

388. — L'homologation du tribunal n'imprime pas à la transaction le caractère d'une transaction *judiciaire*, que nous avons vue (nos 321 et suiv.) [2]. Il en résulte : 1° que la transaction n'en devient pas exécutoire ; 2° qu'elle n'emporte pas hypothèque judiciaire.

389. — On s'est demandé si le jugement d'homologation est susceptible d'appel. Les avis sont partagés en doctrine et en jurisprudence. Pour notre part, nous croyons que l'article 889, C. de p., est formel dans le sens de l'affirmative : « Les jugements rendus sur délibération du conseil de famille seront sujets à l'appel, » nous dit l'article cité [3].

[1] P. 225.

[2] En ce sens : Accarias, p. 225 ; Pont, II, p. 275 ; Req., 20 avril 1857 : Dalloz, 1857, 1, 396.

[3] En ce sens : Pont, II, p. 276 ; Agen, 18 décembre 1856 : Sirey, 1857, 2, 305 ; Rej., 11 juillet 1860 : Dalloz, 1860, 1, 305. — En sens contraire : Massé et Vergé, sur Zachariæ, I, p. 440, note 47, *in fine ;* Garsonnet, *Précis de Procédure civile*, p. 806 ; Req., 10 juin 1874 : Dalloz, 1875, 1, 309.

On objecte que le jugement d'homologation rentrant dans la juridiction gracieuse, n'est pas susceptible d'appel, car sont seuls susceptibles d'appel les jugements rentrant dans la juridiction contentieuse. Nous ferons observer tout d'abord que ce principe, bien qu'enseigné par tous les auteurs et présenté par les arrêts comme un axiome, ne s'appuie sur aucun texte. Mais admettons ce principe comme vrai : notre article 889 ferait une exception. Qu'on ne dise pas, comme l'arrêt du 10 juin 1874, que nous avons cité en note, que l'article 889 ne s'applique qu'aux jugements prononçant sur un différend ! En effet, les quatre articles précédents parlent de jugements d'homologation, dans lesquels est certainement compris le jugement d'homologation de la transaction.

Il ne faut cependant pas se méprendre sur notre pensée. Ce qui est susceptible d'appel, c'est le jugement d'homologation, qui devient donc inattaquable par l'expiration du délai d'appel, à moins qu'il n'y ait lieu à requête civile. Mais, si la transaction elle-même est entachée de nullité, soit qu'il y ait une des causes que nous étudierons à la fin de cet ouvrage, soit qu'une des formalités de l'article 467 ait été omise, elle peut être attaquée par voie d'action principale en nullité pendant dix ans, et même quelquefois pendant trente ans; ce qui réfute l'argument de MM. Massé et Vergé, qui consiste à dire que, si le jugement d'homologation était attaquable par voie d'appel, il suffirait, le délai d'appel expiré, pour couvrir toutes les nullités antérieures.

390. — Quel est le tribunal compétent? En principe, c'est le tribunal de première instance du domicile de la tutelle; cela est certain. Mais faut-il décider avec un ar-

rêt[1] que quand l'affaire sur laquelle intervient la transaction est en appel, c'est la Cour d'appel saisie de l'affaire qui est compétente pour homologuer la transaction? Nous ne le croyons pas, car l'article 467, 2e al., est on ne peut plus formel: « La transaction, dit-il, ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le *tribunal de première instance*, après avoir entendu le procureur de la République[2]. » C'est que la loi a pensé que c'est généralement le tribunal du domicile de la tutelle qui est le mieux placé pour apprécier l'opportunité d'une transaction intéressant le mineur et pour voir si toutes les formalités voulues ont été remplies. D'où nous concluons que, même quand l'affaire est pendante devant un autre tribunal de première instance que le tribunal de la tutelle, la transaction intervenue sur cette affaire doit être homologuée par ce dernier tribunal. Législativement parlant, il vaut peut-être mieux confier au tribunal ou à la Cour, devant laquelle l'affaire est pendante, le soin d'homologuer la transaction intervenue sur cette affaire.

391. — Ainsi les trois formalités: délibération du conseil de famille, avis de trois jurisconsultes et homologation du tribunal, sont nécessaires pour la validité d'une transaction intéressant le mineur. Mais, du moment qu'elles sont remplies, le tuteur peut transiger dans tous les cas.

Ainsi il a été décidé que, lorsqu'un ascendant a fait dans son testament le partage entre ses enfants et petits-enfants, de ses biens personnels et des biens de sa femme

[1] Caen, 1er mars 1847: Dalloz, 1849, 2, 37.
[2] En ce sens: Pont, II, pp. 275 et 276; Agen, 18 décembre 1856; Sirey, 1857, 2, 305.

prédécédée dont il était usufruitier, en stipulant que l'héritier qui ne se conformerait pas à la volonté du testateur serait réduit à sa part dans la réserve, une transaction consistant dans l'engagement réciproque d'exécuter le testament peut valablement intervenir entre les enfants majeurs d'une part, et le tuteur des petits-enfants mineurs d'autre part, à la condition qu'elle soit revêtue de toutes les formalités légales (Douai, 7 décembre 1871 : Dalloz, 1873, 2, 212).

Jugé aussi que le subrogé-tuteur peut transiger avec le mineur dûment représenté par son tuteur, pourvu que les formes requises pour la transaction aient été observées (Angers, 29 août 1884 : Dalloz, 1888, 1, 241).

392. — La grosse question est celle de savoir si le tuteur peut faire un partage sous forme d'une transaction avec les formalités de l'article 467, et sans celles de l'article 466. Voici la solution que nous proposons :

1° Quand il n'y a aucune espèce de contestation, il est absolument impossible d'appliquer l'article 467 : c'est toujours l'article 466 qu'il faut appliquer ;

2° Il y a des contestations ; mais ces contestations portent uniquement sur la manière de partager les biens indivis : alors, ce n'est qu'un incident de partage, il faut donc appliquer l'article 466, qui est justement destiné à aplanir toutes ces difficultés ;

3° Il y a des contestations sur les droits mêmes des copartageants : ici, il faut faire des distinctions. Il est d'abord certain que le tuteur peut transiger sur ces droits litigieux avec les formalités de l'article 467, et puis partager les biens d'après l'article 466. Mais la question est précisément de savoir si le tuteur ne peut englober le

partage dans la transaction, pour n'en faire qu'une seule opération, en observant seulement les formalités de l'article 467 [1]. Pour nous, une distinction est encore nécessaire : les droits litigieux portent-ils sur la majeure partie des biens à partager, sinon sur le tout? C'est l'élément transactionnel qui l'emporte ; alors, le tuteur peut transiger d'après l'article 467. Les contestations ne portent-elles que sur une partie peu importante des biens indivis? Ce n'est qu'un incident de partage ; il faut donc suivre la règle de l'article 466. Quant à la question de savoir si les contestations sont ou non assez importantes pour que l'élément transactionnel l'emporte sur le reste, elle est une question de fait, abandonnée à la sagesse des juges du fond.

393. — Voilà notre solution : il s'agit maintenant de la justifier.

D'abord, dans le droit français actuel, on ne doit jamais confondre la transaction avec le partage [2] : il suffit de comparer les articles du Code civil concernant la transaction (notamment, art. 2044 et suiv.), avec ceux qui se rapportent au partage (entre autres, art. 815 et suiv.). Mais, sans aller chercher des arguments ailleurs que dans la question même qui nous occupe, nous dirons que si la loi a cru nécessaire d'écrire un article pour le partage (art. 466) et un autre pour la transaction (art. 467), c'est qu'elle n'a pas considéré ces deux actes comme n'en faisant qu'un. Elle a eu de bonnes raisons pour exi-

[1] Il va sans dire qu'on ne peut pas valider cette transaction, en tant qu'elle porte sur les contestations, et l'annuler, en tant qu'elle ne constitue qu'un partage (arg., art. 2055).

[2] Cf, nº 1, 2e note.

ger, d'une part, que « le partage soit fait en justice, et précédé d'une estimation faite par experts nommés par le tribunal, » et que « les experts procèdent à la division des héritages et à la formation des lots, qui seront tirés au sort, et en présence soit d'un membre du tribunal, soit d'un notaire par lui commis, lequel fera la délivrance des lots. » Car, ici, il s'agit de partager les biens indivis de telle sorte qu'aucun des copartageants ne soit lésé dans l'attribution des biens à partager. Mais le législateur a eu raison de prescrire, d'autre part, que « le tuteur ne pourra transiger qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République, » et que « la transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal. » Dans ce cas, en effet, il s'agit de résoudre une contestation, dans laquelle quelqu'un qui n'est pas homme de loi sera incapable de dire s'il vaut mieux aller à la justice ou s'arranger à l'amiable. Si, donc, en intervertissant le rôle, on confiait aux experts de l'article 466 le soin de se prononcer dans cette dernière question, ils ne seraient pas plus capables que les membres du conseil de famille. De même, si l'on chargeait les trois jurisconsultes de l'article 467 d'estimer les biens à partager et d'en faire des parts de valeur égale, ils seraient fort embarrassés. Donc il faut faire la part de chacun : le partage à l'article 466, la transaction à l'article 467. Ce principe une fois admis, il nous semble qu'il est difficile de ne pas admettre les différentes propositions que nous avons formulées au numéro précédent.

394. — Cependant la jurisprudence et la doctrine se

prononcent généralement en sens contraire. Les uns vont jusqu'à admettre le partage par voie de transaction, même quand il n'y a aucune contestation [1]. D'autres l'admettent seulement toutes les fois qu'il y a contestation soit sur la manière de partager les biens indivis, soit sur les droits des copartageants [2]. A quoi tient cet accord pour admettre une doctrine qui nous semble difficile à soutenir ? Cela tient uniquement aux inconvénients pratiques du partage judiciaire, qui, entre autres inconvénients, a celui de coûter cher. Mais, c'est au législateur de modifier les règles concernant les partages intéressant les mineurs ; il ne nous appartient pàs, à nous, interprètes, de corriger la loi formelle sous le prétexte qu'elle est mauvaise [3].

395. — Une autre question souvent fort débattue, c'est celle de savoir si le tuteur peut voter dans un concordat au nom de son pupille. L'opinion à peu près universelle donne ce pouvoir au tuteur, sans même exiger aucune formalité [4]. Cette opinion nous semble insoutenable. Le

[1] Demante, III, p. 272; Aubry et Rau, I, p. 454; VI, pp. 536, note 1, et 554; Angers, 7 août 1874 : Dalloz, 1875, 2, 35.

[2] Demolombe, *Traité des Successions*, III, pp. 543 et suiv.; Cass., 5 décembre 1887 : Dalloz, 1888, 1, 241 ; Sirey, 1888, 1, 425 ; M. Poncet, en note de cet arrêt dans Dalloz.

[3] En ce sens : Laurent, X, pp. 330 et 331 ; M. Meynial, en note de l'arrêt cité à la note précédente, dans Sirey; Trib. de Loudun, 4 février 1882 : Sirey, 1882, 2, 142. — M. Baudry-Lacantinerie (II, p. 151) reconnaît que « le procédé employé dans la pratique n'est peut-être pas à l'abri de toute critique. » Nous ne savons si l'éminent doyen de la Faculté de Bordeaux veut admettre notre solution ou s'arrêter à celle de la Cour de Cassation.

[4] Massé et Vergé, sur Zachariæ, I, p. 440, note 43; Massé, *Traité du Droit commercial*, 3e édit., II, pp. 257 et suiv.; de Fréminville, *op. cit.*, II, pp. 220 et 221 ; Ruben de Couder, *Dictionnaire de Droit commercial*, 3e édit., vo *Concordat*, no 88; Dalloz, *Répertoire*, vo *Faillite*, no 697. — Ces auteurs exigent généralement soit les formalités nécessaires pour aliéner un immeuble (art. 457 et 458), soit

concordat par lequel on fait des remises plus ou moins considérables, ne peut jamais être considéré comme un acte d'administration, seul acte dont le tuteur non autorisé est capable.

Une autre opinion, certainement plus sensée, assimile le concordat à la transaction, et exige les trois formalités de l'article 467, pour que le tuteur puisse voter dans un concordat. Législativement parlant, cette opinion est très admissible, car, en somme, la gravité du concordat est à peu près la même que celle de la transaction, et le but en est absolument semblable à celui de la transaction, à savoir : consentir une perte partielle de son droit pour sauvegarder le reste. Cependant, d'après la législation en vigueur, cette assimilation nous semble impossible. En effet, il n'y a aucune disposition légale qui consacre cette assimilation ; or, le concordat, quelque semblable qu'il soit à la transaction, au point de vue de sa gravité et de son but, n'est cependant pas une transaction. Ce dernier acte suppose une contestation et des sacrifices réciproques. Le premier élément fait défaut dans le concordat, car ceux-là seuls peuvent voter dans le concordat, qui ont des créances chirographaires certaines contre le failli [1]. Le second élément aussi fait défaut, car, si les

celles qui sont requises pour transiger (art. 467), quand le mineur est créancier privilégié ou hypothécaire (Massé, *op. cit.*, II, pp. 259 et 260 ; Ruben de Couder, *op. cit.*, v° *Concordat*, n° 55 ; Demangeat, sur Bravard-Veyrières, *Traité de Droit Commercial*, V, p. 374, note 1, *in fine*). Cette solution, outre qu'elle admet une alternative bizarre et inadmissible entre les formalités nécessaires pour l'aliénation d'un immeuble et celles qui sont exigées pour la transaction, nous semble tout à fait arbitraire.

[1] Il y a bien l'admission provisoire ; mais elle ne préjuge pas la contestation ; ce n'est donc pas le concordat qui met fin à cette contestation.

créanciers font des sacrifices en consentant des remises, le failli n'en fait point, il reprend ses biens que les créanciers avaient le droit de vendre, il ne paye qu'une partie de ses dettes, alors qu'il devrait les payer tout entières, ou tout au moins, il obtient des facilités pour les payer, qu'il n'avait pas auparavant.

396. — Donc, le tuteur ne peut pas voter dans un concordat, avec les formalités de l'article 467. Il ne peut pas le faire seul, parce que ce n'est pas un acte d'administration, et, comme aucune disposition de la loi ne lui permet de voter dans un concordat, avec quelque formalité que ce soit, la conclusion est que le tuteur ne peut jamais voter dans un concordat. Il en résulte que, si, par hasard, le mineur est créancier du failli pour les deux tiers du passif de la faillite, ou si son vote seul peut compléter les deux majorités exigées par l'article 15, 1er al., L. du 4 mars 1889[1], le concordat ne pourra pas être voté. Cela est fâcheux, nous l'avouons, mais c'est une lacune de la loi que le législateur seul peut combler. Ajoutons que le tuteur doit toujours surveiller les opérations relatives au concordat, pour qu'aucune fraude ni aucune irrégularité ne soient commises; cela rentre dans ses fonctions d'administrateur.

397. — Nous avons dit que le Code civil a innové, en déclarant *valable* la transaction faite avec les formalités de l'article 467. C'est du moins notre avis. Nous ajoutons qu'à l'inverse, si ces formalités n'ont pas été toutes observées, le mineur peut demander l'annulation de la transaction, sans avoir à établir aucune lésion.

[1] V. art. 20 de la même loi.

Toutes ces questions étaient fort controversées autrefois. Mais, aujourd'hui, elles sont à peu près universellement résolues dans le sens que nous avons indiqué [1].

[1] Accarias, pp. 225 et 226; Baudry-Lacantinerie, II, pp. 787 et suiv.; Mourlon, II, pp. 844 et suiv.; Colmet de Santerre, V, pp. 492 et suiv.; Aubry et Rau, IV, pp. 250 et suiv.; Marcadé, IV, pp. 663 et suiv.; Pont, II, p. 276; Laurent, XVI, pp. 27 et suiv.; XXVIII, pp. 345 et 349; Demolombe, *Traité de la Minorité*, I, pp. 591 et suiv.; *Traité des Contrats*, VI, pp. 74 et 75; Duvergier, sur Toullier, VI, n° 106 (6e édit., III, 2e part., pp. 65 et suiv.); Req., 13 novembre 1860 : Dalloz, 1861, 1, 198; Paris, 14 août 1871 : Dalloz, 1872, 5, 455; Cass., 17 février 1875: Dalloz, 1875, 1, 217.

Le Projet de Code civil japonais adopte expressément notre système. Voici comment il s'exprime dans ses articles 569 et 570 :

Art. 569. — *Les conventions et actes faits par le tuteur, relativement aux biens du mineur ou de l'interdit, peuvent être rescindés si les formes et conditions prescrites par la loi dans l'intérêt de l'incapable n'ont pas été observées.*

Il en est de même des actes faits par l'interdit, dans tous les cas, par le mineur, sans les formes requises, et par le prodigue ou le faible d'esprit, sans l'assistance de leur conseil judiciaire.

Sans préjudice des actions en rescision ou en nullité pour les causes qui ouvrent ces actions aux personnes capables.

Art. 570. — *A l'égard des conventions ou actes pour lesquels aucune forme ou condition particulière n'est requise, s'ils ont été consentis par le mineur seul, l'action en rescision n'est recevable que s'il y a eu pour lui une lésion ou un préjudice appréciable en argent ou autrement.*

Pareillement, les actes de même nature passés par le mineur émancipé sans l'assistance de son curateur, lorsqu'elle était seule requise par la loi, ne sont attaquables que pour lésion.

La lésion s'apprécie au moment où l'acte a été passé : il n'est pas tenu compte de celle qui résulte d'un événement casuel et imprévu.

Le Code civil italien, bien que sa solution soit la même que la nôtre, relativement à la transaction, se rapproche plutôt du système de Demante et de Toullier. Voici ce que nous lisons dans ses articles 1303, 1304 et 1308 :

Art. 1303. — *Dans les obligations des mineurs, l'action en nullité est admise :*

1° *Lorsque le mineur non émancipé a fait de son chef un acte sans l'intervention de son légitime représentant ;*

2° *Lorsque le mineur émancipé a fait de son chef un acte pour lequel la loi requiert l'assistance du curateur ;*

Aussi ne nous attarderons-nous pas à les discuter, ce que d'ailleurs notre cadre d'étude restreint ne permettrait guère. Nous nous contenterons seulement d'exposer en quelques mots les différents autres systèmes qu'on a proposés.

1° On a prétendu que la transaction conclue avec toutes les formalités de l'article 467 est encore rescindable pour lésion [1];

3° *Lorsque n'ont pas été observées les formalités établies pour certains actes par des dispositions spéciales de la loi.*

Art. 1304. — *Les actes accomplis de la manière voulue par la loi dans l'intérêt d'un mineur, d'un interdit ou d'un incapable, ont la force qu'ils auraient, s'ils avaient été faits par un majeur pleinement capable.*

Art. 1308, 1er al. — *L'action en rescision pour cause de lésion ne peut être intentée, lors même qu'il s'agit de mineurs, que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimées dans la loi.*

Ainsi, le Code italien adopte le système de Demante et de Toullier, en tant qu'il déclare nuls les actes faits par le mineur, par cela seul qu'ils n'ont pas été faits par son tuteur. Mais, il n'admet pas la rescision pour cause de lésion, spéciale aux mineurs, en quoi il diffère radicalement du Code français et du Projet japonais. En somme, il est plus favorable aux mineurs que le Projet japonais et le Code français tel que nous l'interprétons, car il permet aux mineurs de demander, sans justifier d'aucune lésion, la rescision des actes, qui, d'après les deux autres Codes, ne sont que rescindables pour lésion.

Demante adopte en principe le système de Toullier, en ce sens qu'il considère comme nul en la forme tout acte que le mineur a fait lui-même, et qu'il déclare rescindables pour lésion les actes régulièrement faits par le tuteur (V, pp. 490, et 491, note 1). Mais il excepte de ce dernier principe la transaction, qui ne serait jamais rescindable pour lésion, en vertu de l'article 2052 (V, p. 505). Ajoutons qu'il propose un tempérament à son premier principe, qu'il trouve lui-même bizarre avec raison et d'après lequel les actes faits par le mineur seul et qui devaient être faits par le tuteur seraient rescindables pour lésion, au même titre que les actes réguliers, faits par le tuteur dans les limites de ses pouvoirs (V, p. 491, note 1).

[1] Merlin, *Répertoire*, v° *Transaction*, § V, VIII; Toullier, VI, n° 106 (6e édit., III, 2e part., pp. 63 et 64).

Ce système nous semble insoutenable, non seulement en présence du texte de l'article 467, qui dit : « La transaction ne sera *valable* qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal... » Ce qui

2° En prenant le contre-pied du système précédent, on a soutenu que la transaction passée même en dehors

revient à dire que la transaction sera *valable*, si elle a été homologuée par le tribunal ; mais encore en présence des travaux préparatoires :

« Les principes admis jusqu'à ce jour, nous dit en effet Berlier, dans l'exposé des motifs du titre *de la Minorité*, sans repousser ces transactions (celles qui pourront avoir lieu durant la tutelle), en rendaient l'usage impraticable ; car elles ne pouvaient valoir qu'autant qu'elles profitaient au pupille, et que celui-ci s'en contentait, *si hoc pupillo expediat ;* et ce point de fait, toujours subordonné à la volonté future du mineur, écartait nécessairement un contrat aussi peu solide.

« De cette manière, toutes les difficultés dans lesquelles un mineur était engagé, devenaient un dédale d'où l'on ne pouvait sortir qu'à grands frais, parce que les issues conciliatoires étaient fermées ; et que si le tuteur n'osait rien faire qui eût l'air d'altérer un droit équivoque, de son côté l'adversaire du pupille ne voulait point traiter avec un homme dont le caractère ne lui offrait aucune garantie.

« De là la ruine de plus d'un mineur ; de là aussi de nombreuses entraves pour beaucoup de majeurs.

« Il convenait de mettre un terme à de si grands inconvénients, et le projet y a pourvu *en imprimant un caractère durable aux transactions pour lesquelles le tuteur aura été autorisé par le conseil de famille, de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le commissaire du gouvernement, et après que le tribunal civil aura homologué la transaction sur les conclusions du même commissaire.*

« Tant de précautions écartent toute espèce de danger, elles subviennent aussi aux besoins de la société, qui, en accordant une juste sollicitude aux mineurs, doit aussi considérer les majeurs ; elles donnent enfin à l'administration du tuteur son vrai complément. Que serait-ce en effet qu'un administrateur qui ne trouverait pas dans la législation un moyen d'éviter un mauvais procès, ni de faire un arrangement utile (Fenet, X, pp. 643 et 644 ; Locré, VII, pp. 238 et 239) ? »

« Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou interdits, dit de son côté Bigot de Préameneu dans son exposé des motifs du titre *des Contrats*, soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage, ont été remplies, *ils doivent, relativement à ces actes, être considérés comme s'ils les avaient faits en majorité*, ou avant l'interdiction ; ils peuvent conséquemment se faire restituer dans les mêmes cas où la loi donne ce droit aux majeurs. On a voulu par ces formalités mettre le mineur dans la possibilité de contracter, et non le placer dans une position moins favorable que le majeur (Fenet, XIII, p. 290 ; Locré, XII, p. 393). »

M. Accarias se trompe, lorsque, après avoir constaté qu'il y a une

des formalités de l'article 467, n'est attaquable que pour cause de lésion [1];

3° On a soutenu enfin que la transaction conclue par le tuteur en dehors des formalités de l'article 467 est inexistante comme faite par une personne sans pouvoir [2].

2° *Des Mineurs sous l'Administration légale*

398. — C'est une question fort débattue que celle de savoir quels sont les pouvoirs du père administrateur légal sur les biens de son enfant. Le Code ne consacre qu'un article à l'administration légale: « Le père est, nous dit l'article 389, premier alinéa, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. » Le second alinéa n'a aucun intérêt ici; nous le passons donc sous silence. Ainsi cet article nous apprend seulement que le père est administrateur, pas autre opinion d'après laquelle « le mineur serait restituable pour lésion, même à l'égard des conventions les plus régulièrement conclues par son tuteur, » il nous dit: « La transaction, à l'exemple des aliénations d'immeubles et des partages de succession (art. 1314), n'est pas comprise dans ce debat (P. 226). » En effet, Merlin prétend justement que les aliénations d'immeubles et les partages de succession sont les seules exceptions et que la transaction rentre dans la règle générale de l'article 1305, d'après laquelle « toutes sortes de conventions » sont rescindables pour lésion. Toullier aussi semble être de cet avis.

[1] Marbeau, pp. 20, 21, 31 et 35. Cet auteur, comme le font quelquefois aussi d'autres auteurs, confond la *nullité de l'engagement* et la *nullité de l'écrit*, lorsqu'il prétend que « l'engagement nul en la forme, » dont parle l'article 1311, est un acte sous seing privé en un original ou un acte authentique irrégulier (p. 31).

[2] Duranton, X, pp. 277 et 278. Cette opinion, très soutenable juridiquement, est cependant universellement repoussée aujourd'hui, car les précautions prises dans l'intérêt du mineur tourneraient souvent, d'après cette opinion, contre le mineur, le tiers qui a contracté avec le tuteur pouvant lui aussi demander la nullité du contrat. Du reste, l'opinion générale peut s'autoriser des termes de l'article 450, 1er al., qui dit que le tuteur représentera le mineur dans tous les actes civils.

chose. Il faut donc absolument le compléter par les travaux préparatoires.

Le projet du titre *de la Minorité*, communiqué au Tribunat, était complètement muet sur l'administration légale; bien entendu, il n'en était pas question non plus dans le titre *de la Puissance paternelle*. Le Tribunat a pensé, avec raison, que c'était une lacune. Voici ce que nous lisons dans les travaux préparatoires :

« La section (de législation) pense que cet article doit énoncer en termes précis quelle est, durant le mariage, la qualité du père par rapport aux biens personnels de ses enfants mineurs, soit pour ce qui concerne la propriété de ces biens seulement s'il a droit à la jouissance, soit pour ce qui concerne la jouissance et la propriété, si l'une et l'autre appartiennent à ses enfants. Jamais jusqu'à ce jour le père ne fut qualifié de tuteur de ses enfants avant la dissolution du mariage. Si, pendant que le mariage existe, la loi n'admettait aucune différence entre le père et le tuteur proprement dit, il faudrait que le père fût, par rapport aux biens personnels de ses enfants, assujetti durant le mariage à toutes les conditions et charges que la loi impose au tuteur; il faudrait que le père fût sous la surveillance d'un subrogé-tuteur, sous la dépendance d'un conseil de famille, etc.; ce qui répugne à tous les principes constamment reçus.

« Il paraît évident que, jusqu'à la dissolution du mariage, le véritable titre du père, et le seul qu'il puisse avoir dans l'hypothèse dont il est ici question, est celui d'administrateur [1]. »

Après cette observation, la section de législation a

[1] Fenet, X, pp. 608 et 609; Locré, VII, p 215.

proposé, en tête du chapitre *de la Tutelle*, un article qui, outre les deux alinéas de l'art. 389, contenait un troisième alinéa, portant que « tout ce qui intéresse la propriété des biens sera réglé par la disposition de la section VIII *de l'Administration du Tuteur*) [1]. »

Ce troisième alinéa s'accordait mal avec l'observation que nous venons de lire. En effet, on ne voulait pas soumettre le père administrateur légal à la « surveillance d'un subrogé-tuteur, » ni à la « *dépendance d'un conseil de famille.* » Et cependant, dans les règles de l'administration du tuteur, on rencontre à chaque pas le subrogé-tuteur et le conseil de famille. Aussi a-t-on supprimé ce troisième alinéa.

399. — Reprenons maintenant notre question : Quels sont les pouvoirs du père administrateur légal? Il y a presque autant d'opinions que d'auteurs. Mais nous n'avons pas à discuter cette question d'une manière générale : nous la résoudrons seulement au point de vue de la transaction.

Quant à nous, nous croyons que le père, durant le mariage, n'est qu'un *administrateur* (art. 389). Il n'est pas un tuteur, ce qui résulte de l'observation du Tribunat, que nous avons reproduite, et aussi de l'Exposé des Motifs du conseiller Berlier [2]. D'où il résulte, selon nous,

[1] Fenet, X, p. 609 ; Locré VII, p. 216.

[2] « Tout mineur, dit-il, n'est pas nécessairement en tutelle, celui dont les père et mère sont vivants trouve en eux des protecteurs naturels ; et s'il a quelques biens personnels, l'administration en appartient à son père.

« La tutelle commence au décès du père ou de la mère ; car alors, en perdant un de ses protecteurs naturels, le mineur réclame déjà une protection plus spéciale de la loi. » (Fenet, X, p. 639 ; Locré, VII, p. 234.)

qu'il ne faut pas appliquer à l'administration légale les règles de la tutelle. Cette pensée du législateur se dégage d'ailleurs de la suppression du troisième alinéa, qui renvoyait aux règles de l'administration du tuteur. Nous nous trouvons donc en face des principes généraux. Or, un *administrateur* ne peut faire que des actes d'administration : les actes de disposition ne rentrent pas dans ses pouvoirs. Nous avons dit et redit, d'autre part, que la transaction n'est pas un acte d'administration, mais un acte de disposition. Dès lors, la conclusion est forcée : le père administrateur légal ne peut pas transiger. C'est peut-être fort regrettable ; mais c'est une lacune dans la loi, que nous n'avons pas la mission de combler.

400. — Nous avouons cependant que c'est là notre opinion presque isolée [1]. Nous pouvons ramener à trois les différents systèmes proposés :

1° Le père administrateur légal peut librement transiger, sans avoir à accomplir aucune formalité [2]. Cette opinion est insoutenable. Comment permettre à un administrateur un acte de disposition, que la loi considère avec infiniment de raison comme plus grave qu'une aliénation ordinaire? Logiquement, on devrait alors lui permettre aussi toute espèce d'aliénation ; et voilà un administrateur qui pourrait valablement faire disparaître tous les biens qu'il est chargé de gérer.

2° Ce second système est peut-être le meilleur au point de vue législatif ; c'est le système adopté par le Code

[1] En ce sens : Baudry-Lacantinerie, I, p. 527.

[2] Montpellier, 30 mars 1859 : Sirey, 1859, 2, 508 ; Amiens, 1er mars 1883 : Dalloz, 1884, 2, 150.

civil italien [1]. Le père peut transiger, dit-on, avec l'autorisation de justice [2]. Si c'est le meilleur système au point de vue législatif, comme nous le disons, c'est aussi le système le plus arbitraire. Quel est l'article de loi qui permet au tribunal de donner à un administrateur le droit de disposer des biens qu'il gère ? Vainement dirait-on que le tuteur, qui, lui aussi, n'est qu'un administrateur, peut bien disposer quelquefois, et notamment transiger, et que le père administrateur légal doit avoir au moins autant de pouvoirs que le tuteur. Oui ! le père administrateur légal devrait avoir au moins autant de pouvoirs que le tuteur, et nous comprendrions que la loi le soumette, pour les actes de disposition, aux mêmes conditions que le tuteur. Mais la loi ne l'a pas fait, et les partisans de ce système le reconnaissent fort bien. Dès lors, pourquoi permettre au père administrateur légal de transiger, surtout avec une formalité qui n'est qu'une partie des conditions imposées au tuteur ? C'est faire la loi, non l'interpréter.

3° Nous arrivons à l'opinion qui compte le plus de partisans [3]. On applique, dans ce système, au père admi-

[1] Art. 224. — *Le père représente les enfants nés et à naître dans tous les actes civils ; il administre leurs biens.*

Il ne peut néanmoins aliéner, hypothéquer, engager les biens de l'enfant, ni contracter en son nom des emprunts ou autres obligations dépassant les limites de la simple administration, excepté en cas de nécessité ou d'utilité évidente pour l'enfant lui-même, et moyennant l'autorisation du tribunal civil...

[2] Marcadé, II, p. 585 ; Pont, II, pp. 257, 258, 276 et 277 ; Laurent, IV, p. 417 ; Bertin, *Chambre du Conseil*, 2e édit., I, pp. 483 et suiv. ; Dalloz, *Répertoire*, v° *Puissance paternelle*, n° 82, v° *Transaction*, n° 46.

[3] Rigal, p. 44 ; Merlin, *Répertoire*, v° *Puissance paternelle*, sect. IV, XI, *in fine*, XIV, *in fine* ; v° *Transaction*, § I, VII, *in fine* ; Mourlon, I, p. 568, note 1, 1° ; Demante, II, pp. 171 et 172 ; Aubry et Rau, I,

nistrateur légal les règles relatives au tuteur. On exige donc : 1° l'autorisation du conseil de famille ; 2° l'avis de trois jurisconsultes, et 3° l'homologation du tribunal. Ce système est diamétralement contraire à la pensée des rédacteurs du Code, qui n'ont point voulu mettre le père sous la dépendance du conseil de famille, qui ont supprimé une disposition du projet d'après laquelle le père était soumis aux règles de l'administration du tuteur, et qui ont dit que la tutelle ne commence qu'au décès du père ou de la mère. Il n'est donc pas plus admissible que les deux autres systèmes.

II. — Des mineurs émancipés

401. — Personne ne conteste que les mineurs, même émancipés, ne puissent pas transiger sur leurs droits immobiliers, sans remplir les formalités de l'article 467 (art. 484) [1]. La seule différence entre les mineurs non émancipés et les mineurs émancipés est que les premiers

pp. 506 et 507 ; Demolombe, *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, pp. 331 et suiv. ; Trib. de Marseille, 12 décembre 1864 : Dalloz, 1867, 5, 347.

[1] Voici les dispositions du Code civil italien, relatives à la question qui nous occupe maintenant :

Art. 317. — *L'émancipation confie au mineur la capacité de faire par lui seul tous les actes qui n'excèdent pas la simple administration.*

Art. 318. — *Le mineur émancipé peut avec l'assistance du curateur recevoir les capitaux sous condition de bon emploi ; et ester en justice soit comme demandeur, soit comme défendeur.*

Art. 319. — *Pour tous autres actes excédant la simple administration, outre le consentement du curateur, l'autorisation du conseil de famille ou de tutelle est nécessaire.*

Les délibérations du conseil relatives au patrimoine du mineur émancipé seront soumises à l'homologation du tribunal dans tous les cas énoncés dans l'article 301 (V. n° 382, 2e note).

ne transigent pas généralement eux-mêmes, que c'est leur tuteur qui transige pour lui; tandis que les seconds figurent eux-mêmes dans la transaction.

Les mineurs émancipés peuvent-ils transiger sur le compte de la tutelle et sur un capital mobilier, sans accomplir les formalités de l'article 467, mais avec la seule assistance de leur curateur? On l'a soutenu; les mineurs émancipés peuvent recevoir leur compte de tutelle et leur capital mobilier avec la seule assistance de leur curateur; donc, dit-on, ils doivent avoir la capacité de transiger sur les mêmes objets avec la même assistance [1]. C'est, croyons-nous, une grande erreur. D'un côté, l'article 2045 nous dit que, « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer; » d'un autre côté, l'article 484 exige, pour la transaction, les formalités de l'article 467 [2]. D'où nous concluons que, sur les objets dont les mineurs émancipés ont la capacité de disposer, ils peuvent transiger librement, mais que, sur tout autre objet, il faut se conformer à l'article 467. Cette conclusion elle-même, comme on va voir, est loin d'être unanimement admise. Mais il est insoutenable que les mineurs émancipés puissent transiger sur un objet dont ils n'aient pas la capacité de disposer. Or, les articles 480 et 482, qui exigent l'assistance du curateur pour que nos mineurs puissent valablement recevoir leur compte de tutelle et leur capital mobilier, ne leur donnent pas le moins du monde la capacité de disposer de ces objets; au contraire, la loi ordonne que le curateur surveille l'emploi

[1] Marbeau, pp. 40 et 41.

[2] Marbeau semble soutenir que notre article 484 ne vise que les droits immobiliers; mais l'article, qui parle de l'aliénation des immeubles, ne distingue pas pour les autres actes; il s'applique donc aussi bien aux meubles qu'aux immeubles.

du capital reçu. Donc, ils ne peuvent pas transiger sur ces objets avec la seule assistance de leur curateur. Aussi est-ce à bon droit que l'opinion de Marbeau est à peu près universellemement repoussée aujourd'hui.

402. — La seule question controversée et vraiment controversable, relativement à la capacité des mineurs émancipés pour transiger, est celle de savoir si ces mineurs peuvent transiger seuls sur leurs revenus. Ce qui rend cette question délicate, c'est que, d'une part, l'article 2045, premier alinéa, déclare d'une manière générale que, « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer; » et que, d'autre part, l'article 484, appliquant aux mineurs émancipés l'article 467, semble exiger toujours les trois formalités que nous avons vues.

Pour nous, cependant, la question est facile à résoudre : il faut appliquer la règle générale toutes les fois qu'un texte formel n'y fait pas obstacle. Or, la règle générale est que, « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer. » Les mineurs émancipés ont, de l'aveu de tout le monde, la capacité de disposer de leurs revenus. Donc, ils peuvent transiger sur leurs revenus. Sans doute, l'article 484 semble appliquer purement et simplement l'article 467 aux mineurs émancipés. Mais c'est une disposition exceptionnelle, qu'il faut interpréter restrictivement. Nous l'interprétons donc dans ce sens que, sur les objets autres que ceux dont les mineurs émancipés ont la disposition, il faut appliquer l'article 467.

Telle était évidemment la pensée des rédacteurs du Code, qui, par l'organe de Bigot de Préameneu, ont dit textuellement : « Le mineur émancipé pourra toujours

transiger sur les objets d'administration qui lui sont confiés et sur ceux dont il a la disposition [1]. »

403. — De bons esprits ne manquent pas cependant de nous faire des objections [2]. D'abord, le mineur émancipé, dit-on, ne peut faire que des actes de pure administration ; or, la transaction est un acte de disposition ; donc, le mineur, même émancipé, ne peut jamais transiger seul.

Notre réponse est bien simple. Oui ! le mineur émancipé ne peut, *en principe*, faire que des actes d'administration. Mais il a, en outre, ou pour mieux dire, comme conséquence de sa capacité d'administrer, la disposition de ses revenus. Donc, il peut transiger sur ces revenus, dont il peut disposer comme il entend.

Mais non ! reprennent nos adversaires, il ne peut pas en disposer comme il entend. « Non seulement, le mineur émancipé ne peut pas donner ses revenus, mais il ne peut pas compromettre sur eux, il ne peut ni les prêter ni les employer à une acquisition d'immeubles [3]. »

Nous ferons observer, tout d'abord, comme le dit très-bien aussi M. Colmet de Santerre[4], que toutes ces affirmations sont sérieusement contestées et qu'on ne peut pas argumenter des décisions contestées et contestables pour décider une autre question controversée. Mais nous ne voulons pas nous contenter de cette petite critique ; nous allons nous attaquer de front à l'objection de nos

[1] Fenet, XV, p. 104 ; Locré, XV, p. 417.

[2] Accarias, pp. 226 et suiv. ; Mourlon, III, p. 519 ; Demante, II, p. 288 ; Marcadé, II, p. 756 ; Pont, II, p. 258 ; Laurent, V, pp. 270 et suiv., XXVIII, p. 345.

[3] Accarias, p. 227.

[4] VIII, p. 318.

adversaires. On dit « que le mineur émancipé ne peut pas donner ses revenus. » Nous le contestons sérieusement. D'abord, la question n'est guère controversable que pour les donations en due forme. Là, nous avons en effet l'article 904, qui semble interdire d'une manière générale une donation entre-vifs au mineur même émancipé. Laissons donc cette hypothèse, où nos adversaires peuvent avoir raison, bien que nous ne le pensions pas quant à nous. Mais, pour les dons manuels, nous ne croyons pas que la question puisse faire des doutes. Comment ? le mineur émancipé, à qui la loi permet de « recevoir ses revenus et d'en donner décharge, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même[1] ; » à qui, par conséquent, la loi permet implicitement, nos adversaires eux-mêmes le reconnaissent bien, de dissiper ses revenus ; ce mineur émancipé, disons-nous, ne pourrait pas donner, même à ses parents, ses revenus, qu'il pourrait bien dépenser à ses débauches? Cela nous semble insoutenable ; à plus forte raison, serait-il réellement absurde de défendre à notre mineur émancipé « de prêter ses revenus et même de les employer à une acquisition d'immeuble ! Où a-t-on trouvé un texte de loi qui interdise au mineur émancipé de faire des économies au lieu de dissiper ses revenus ? Et on veut argumenter de cette décision si absurde pour trancher une question controversée ! Quant au compromis, bien que la question soit controversée, nous croyons que l'article 1004, C. de p., combiné avec l'article 83, 6°, du même Code, est trop formel pour ne pas

[1] Ceci peut servir de réponse à M. Accarias, qui conteste que, « dans la pensée de la loi, le mineur émancipé soit, quant à ses revenus, assimilé à un majeur (p. 227). »

admettre que ce moyen de trancher un différend, fort dangereux, plus dangereux que la transaction, est absolument interdit au mineur, même émancipé. Mais, nos adversaires mêmes reconnaissent bien que, autre chose est compromettre, autre chose est transiger.

Mais, insistent nos adversaires, le tuteur, dont le pouvoir d'administration est plus large que la capacité du mineur émancipé, ne peut transiger, même sur des revenus, sans les formalités de l'article 467; comment veut-on que le mineur émancipé, moins capable que le tuteur, puisse transiger sans aucune formalité?

Nous répondons : on confond deux choses bien différentes : la capacité et le pouvoir. Le mineur émancipé, dont la capacité est moins large, si l'on veut, que le pouvoir du tuteur, est néanmoins le maître de ses affaires; et peut donc disposer comme il veut, dans la mesure que sa capacité le lui permet. Le tuteur, au contraire, bien que son pouvoir soit assez large, n'est en somme qu'un administrateur, qui gère les affaires d'autrui; il ne peut donc disposer en aucune façon des objets dont il a même la libre administration. Il est comptable aussi bien des revenus que des capitaux; on comprend donc qu'il ne peut disposer par transaction, même des revenus ; tandis que le mineur émancipé le peut.

Vainement objecte-t-on enfin que « l'émancipé pourrait compromettre même pour l'avenir un bail très avantageux [1] ». D'abord, tous nos partisans n'admetteront pas que l'émancipé puisse transiger sur un bail à l'avenir. Mais, même en admettant cette extension, l'objection de nos adversaires ne nous semble guère sérieuse. Notre

[1] Accarias, p. 227.

mineur peut très bien consentir un bail aussi désavantageux qu'on voudra. Quoi d'étonnant alors à ce qu'il puisse compromettre par transaction un bail très avantageux [1] ?

III. — Des mineurs commerçants ou artisans

404. — Les mineurs commerçants ou artisans sont assimilés aux majeurs quant aux faits de leur commerce ou de leur métier (art. 487 et 1308, C. c.; 2, C. de c.). Donc, relativement aux faits de leur commerce ou métier, ils peuvent librement transiger. Mais, sur tous autres actes, ils n'ont pas une capacité plus grande que celle des autres mineurs. Ainsi, s'ils ne sont pas émancipés, ils ne peuvent transiger que conformément à l'article 467; s'ils sont émancipés, et les mineurs commerçants le sont toujours, ils ne peuvent transiger sans les mêmes formalités sur les objets autres que leurs revenus.

Relativement aux mineurs commerçants, il y a une observation à faire. Ils peuvent transiger, nous l'avons dit, sur les engagements relatifs à leur commerce; mais à la condition que cette transaction ne tende pas à l'alié-

[1] En ce sens : Dalloz, *Répertoire*, v° *Minorité*, n° 805 ; v° *Transaction*, n° 44; Baudry-Lacantinerie, I, p. 608; III, p. 576 ; Colmet de Santerre, VIII, pp. 317 et 318; Aubry et Rau, I, pp. 549 et 557; IV, p. 660; Demolombe, *Traité de la Minorité*, II, p. 203; Troplong, p. 582; Duranton, III, p. 632; XVIII, pp. 437 et 438 : Delvincourt, III, *Notes et Explications*, p. 247. — Duranton, XVIII, p. 437, après avoir dit que le mineur émancipé peut transiger sur les objets compris dans la simple administration des biens, ajoute : « surtout s'il était assisté de son curateur. » C'est une manière de parler impardonnable à un professeur de droit.

nation de leurs immeubles (art. 6, 2e al., C. de c.). Ils peuvent, au contraire, engager ou hypothéquer leurs immeubles, même par transaction (art. 6, 1er al., C. de c.).

IV. — Des interdits judiciairement

405. — Ces interdits sont en principe assimilés aux mineurs en tutelle (art. 509) [1]. Donc, ce que nous avons dit des mineurs en tutelle s'appliquera ici. Il faut noter seulement qu'ici, il n'y a plus cette discussion relative à la rescision des transactions passées par l'incapable (V. n° 397). L'article 502 déclare formellement *nuls de droit* tous actes passés par l'interdit. Donc, celui-ci peut attaquer les transactions qu'il a passées après l'interdiction, sans avoir à justifier d'aucune lésion. D'un autre côté, personne, que nous sachions, n'a jamais soutenu que l'interdit puisse demander la rescision pour cause de lésion des actes régulièrement passés par son tuteur.

Étudions maintenant les transactions passées par des personnes qui, bien que frappées d'aliénation mentale, ne sont cependant pas interdites, ou pas encore interdites.

1° La transaction passée par une personne, dont l'interdiction sera plus tard prononcée ou provoquée, est attaquable pour cause de démence, si cette démence existait notoirement au moment de la passation du contrat (art. 503, combiné avec l'art. 504) [2].

[1] C. c. ital., art. 329.

[2] Voici ce que porte l'article 336 du Code civil italien : « Les actes antérieurs à l'interdiction peuvent être annulés, si la cause de l'interdiction existait au moment où ces mêmes actes ont été faits, et chaque fois que la nature du contract, le grave préjudice qui en résulte ou peut en résulter pour l'interdit ou toute autre circonstance, démontrent la mauvaise foi de celui qui a contracté avec l'interdit. »

2° La transaction conclue par une personne dont l'interdiction n'est ni prononcée ni provoquée avant son décès, est encore attaquable pour cause de démence par ses héritiers, si la preuve de la démence résulte de la convention même (art. 504) [1].

3° La transaction consentie par une personne placée dans un établissement d'aliénés est encore attaquable en vertu de la loi du 30 juin 1838, art. 39 [2].

Il faut remarquer qu'il y a une différence entre les transactions passées par ces trois catégories d'individus et celles qui ont été conclues par un interdit. C'est que le tribunal, qui est obligé d'annuler ces dernières transactions, n'est pas tenu d'annuler les premières.

V. — Des interdits légalement

406. — C'est une question fort controversée que celle de savoir dans quelle mesure les interdits légalement sont incapables. Sans vouloir entrer dans le détail de la discussion, il nous semble cependant nécessaire d'exposer sommairement les différents systèmes proposés, en nous renfermant, bien entendu, dans la matière de la transaction.

[1] C. c. ital., 337.

[2] Il a été jugé avec raison que le pouvoir de transiger n'appartient ni à l'administrateur provisoire des biens d'un individu non interdit, placé dans un établissement d'aliénés, ni au mandataire spécial chargé de représenter cet individu en justice (Metz, 8 décembre 1868: Dalloz, 1869, 2,40). Il en est de même, cela va sans dire, de l'administrateur provisoire de l'article 497, C. c., dont celui de la personne placée dans un établissement d'aliénés n'est qu'une application (V. L du 30 juin 1838, art. 32).

1° D'après Toullier [1], l'interdit légalement serait parfaitement capable ; seulement, quand il aurait fait un acte d'administration et que son tuteur [2] aurait fait le même acte, ce serait ce dernier acte qui l'emporterait ; par exemple, si « l'interdit avait affermé ses héritages à une personne et que son tuteur les eût affermés à une autre, le contrat fait par le tuteur devrait prévaloir sur celui qu'aurait fait le condamné. »

Cette première opinion nous semble tout à fait inadmissible, en présence de l'article 29, C. pén., qui, en prononçant l'*interdiction* légale contre les condamnés à une peine afflictive et en leur donnant un tuteur et un subrogé tuteur, nommés comme ceux des *interdits* judiciairement, manifeste clairement l'intention de frapper ces condamnés d'une incapacité, sinon identique, du moins analogue à celle des *interdits* judiciairement.

407. — 2° MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie [3]; prenant à la lettre les mots : *il lui* (au condamné à une peine afflictive) *sera nommé un tuteur et un subrogé-tuteur pour* GÉRER ET ADMINISTRER *ses biens*, de l'article 29, C. pén., enseignent que ce condamné n'est incapable que d'*administrer*. La conséquence c'est qu'il peut valablement transiger, la transaction étant toujours un acte de disposition.

Cette opinion nous semble attacher trop d'importance aux mots que nous venons de transcrire. Sans doute, le

[1] VI, n° 111, (6e édit., III, 2e part., pp. 68 et 69).

[2] Toullier dit : *curateur*, car, avant la loi du 28 avril 1832, qui a refondu le Code pénal, le nom de *curateur* était donné à celui qui s'appelle maintenant *tuteur*.

[3] *Traité du Code pénal*, 5e édit., I, p. 177

but du législateur, en faisant nommer un tuteur à notre condamné, a été *principalement* de faire administrer les biens de l'interdit, comme le tuteur de l'interdit judiciairement ou du pupille est *principalement* chargé d'administrer les biens de ces derniers. Mais il n'en résulte pas que l'interdit légalement soit capable d'aliéner et de transiger. La loi, en parlant d'*interdiction* légale et en renvoyant à la matière de l'*interdiction* judiciaire pour les nominations des tuteurs et des subrogés tuteurs, semble se référer aux règles de cette dernière *interdiction,* pour les détails de la capacité de l'*interdit* légalement, parce qu'elle ne règle l'*interdiction* que relativement à l'*interdiction* judiciaire. Ajoutons que, le but de la loi, en interdisant ces condamnés, ayant été de leur enlever les moyens de se procurer de l'aisance et de corrompre leurs gardiens, il est inadmissible qu'ils puissent valablement s'obliger et aliéner. Aussi les auteurs que nous combattons en ce moment semblent-ils s'en rendre compte, lorsqu'ils citent, sans nullement le critiquer, un arrêt de cassation qui reconnaît que nos condamnés sont incapables d'aliéner (Cass., 25 janvier 1825 : Sirey, VIII, 1, 26). S'ils sont incapables d'aliéner, ils sont incapables de transiger (art. 2045, 1^er^ al.).

408. — 3° M. Demante [1] applique purement et simplement à l'interdiction légale les règles de l'interdiction judiciaire; en conséquence, c'est l'interdit seul qui peut demander la nullité de ses actes.

Cette opinion, plus fidèle à la lettre qu'à l'esprit de la loi, ne nous paraît pas non plus fondée. Si, en effet,

[1] I, pp. 163 et 164.

l'article 1125, 2e alinéa, C. civ., ne permet pas aux tiers qui ont contracté avec les incapables, de demander la nullité de leurs contrats sous le prétexte de l'incapacité de leurs co contractants, c'est que l'incapacité du mineur, de l'interdit judiciairement et de la femme mariée, a uniquement pour but de protéger, soit leur intérêt personnel, soit l'intérêt de leur ménage. Mais, ici, l'incapacité est une conséquence d'une peine ; elle est donc d'ordre public. Donc, la nullité fondée sur cette incapacité est aussi d'ordre public. Elle peut donc être demandée par tout intéressé. Est-il d'ailleurs admissible que les tiers contractants soient à la merci du condamné, que sa condamnation soit un privilège pour lui ?

409. — 4° M. Accarias [1], adoptant en principe le système précédent, admet cependant une exception pour le tiers de bonne foi, qui a transigé avec l'interdit, parce que, dit-il, il y a *erreur personnelle ;* et il exige que cette erreur soit *plausible*.

Ce système nous semble tout à fait dénué de fondement. Pour qu'on puisse admettre cette opinion, il faut qu'il soit établi que, toutes les fois qu'une des parties transigeantes se trompe sur la condition sociale ou autre de son adversaire, la transaction est rescindable, proposition absolument inadmissible et qui est tout à fait contraire à l'idée émise plus loin par l'auteur que nous combattons [2].

410. — 5° Puisque c'est une peine pour le condamné, lui-même ne pourra pas invoquer son incapacité.

[1] PP. 231 et 232.
[2] Accarias, pp. 309 et 310.

Cette solution serait encore inadmissible; car, si le condamné lui-même ne pouvait pas demander la nullité de ses actes, les tiers qui contractent avec lui seraient toujours assurés de l'exécution de ces actes, quand ils leur seraient avantageux; tandis que, s'ils ne leur sont pas avantageux, ils pourraient en demander la nullité. Ce serait encourager les contrats que la loi a précisément voulu interdire [1].

411. — 6° Après avoir rejeté toutes les solutions que nous avons énumérées, il ne nous reste qu'un parti, c'est de nous ranger à l'opinion générale, d'après laquelle l'interdit légalement est incapable de transiger, son incapacité est absolue en ce sens, que tout intéressé peut demander la nullité de sa transaction, et, en revanche, son tuteur peut transiger en son nom, conformément à l'article 467 [2].

Toutefois, on admet généralement que, quand le con-

[1] M. Garraud attaque cette opinion par un argument que nous nous permettons de trouver un peu singulier. Il prétend que « l'interdiction légale, en frappant le condamné, le défend aussi, et que de *répressive* qu'elle est dans son point de départ, se fait *protectrice* dans son organisation... Nous donnerons donc, conclut-il, au condamné, comme aux tiers qui traitent avec lui, le droit d'invoquer la nullité (*Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, I, p. 559). » Nous voulons bien admettre cette thèse favorite de l'éminent auteur, que l'interdiction légale est non seulement une peine, mais aussi une mesure protectrice; en ce sens seulement que, puisque la loi enlève au condamné l'exercice de ses droits civils, elle doit pourvoir à la conservation de ses biens, sans quoi, faute de soins, ses biens dépériraient. Mais nous ne pouvons jamais admettre que le condamné interdit, comme l'interdit judiciairement ou le mineur, doive être protégé contre ses actes mêmes. Et c'est justement à cette conclusion qu'aboutit le raisonnement du savant professeur.

[2] En ce sens : Marbeau, pp. 48 et 49 ; Baudry-Lacantinerie, I, pp. 111 et 112 ; Mourlon, I, pp. 123 et 124 ; Aubry et Rau, I, pp. 353 et 354; Pont, II, p. 269 ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, I, pp. 21

damné a trompé le tiers avec qui il a transigé, il est obligé de réparer le préjudice qu'il lui a causé par son dol, et que, par suite, le meilleur moyen de réparer ce préjudice étant de maintenir la transaction, notre condamné ne peut pas demander la nullité de cette transaction [1]

412. — Les lois du 30 mai 1854, art. 12 ; du 31 mai 1854, art. 12 ; du 31 mai 1854, art. 4 ; du 25 mars 1873, art. 16, et du 27 mai 1885, art. 17, accordent au gouvernement la faculté de faire aux condamnés à des peines afflictives remise totale ou partielle de l'exercice de leurs droits civils, soit sur les biens qu'ils ont acquis dans la colonie, soit sur leurs biens antérieurs. Le gouvernement peut donc les relever de leur incapacité de transiger, en tout ou en partie [2].

L'article 16 de la loi du 25 mars 1873 va même plus loin : il accorde de plein droit aux condamnés à la déportation simple, l'exercice des droits civils, dans le lieu de la déportation, sur les biens qu'ils acquerront à titre onéreux depuis la condamnation et sur les biens qui leur seront remis par faveur du gouvernement. Ils peuvent donc transiger sur ces biens.

413. — Quant aux contumaces, voici ce qu'on admet

et suiv. ; Duvergier, sur Toullier, VI, n° 111 (6e édit., III, 2e part., p. 69, note 61) ; Garraud, *Précis de Droit criminel*, 3e édit., p. 257 ; *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, I, p. 545 et suiv.

[1] En ce sens : Mourlon, I, pp. 124 et 125 ; Demante, I, p. 164 ; Aubry et Rau, I, p. 354 ; Demolombe, I, p. 213 ; Garraud, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, I, p. 551.

[2] V., pour les détails, Garraud, *Précis*, pp. 264 et suiv. ; *Traité*, I, pp. 562 et suiv.

généralement. Ils ne sont pas frappés d'interdiction légale. Ils sont donc capables de transiger. Mais, comme leurs biens sont séquestrés en vertu des articles 465, 3e alinéa, et 471, C. d'I. c., il est généralement admis que leurs contrats, quoique valables, ne peuvent pas être exécutés sur ces biens séquestrés [1].

VI. — Des personnes pourvues d'un conseil judiciaire

414. — Les articles 499 et 513 défendent au faible d'esprit et au prodigue, pourvus d'un conseil judiciaire, de transiger sans l'assistance de ce conseil [2]. Ces articles s'appliquent, cela va sans dire, aux objets dont le faible d'esprit ou le prodigue n'ont pas la disposition. Mais s'appliquent-ils même aux objets dont ces personnes ont la capacité de disposer?

L'opinion générale pense, contrairement à ce qu'elle décide pour le mineur émancipé, que ces personnes ne peuvent pas transiger, sans l'assistance de leur conseil judiciaire, même sur les objets dont elles ont la capacité de disposer [3]. Elle s'appuie uniquement sur les termes des articles 499 et 513, qui ne distinguent pas.

[1] En ce sens: Accarias, pp. 232 et 233; Baudry-Lacantinerie, I, p. 111; Mourlon, pp. 126 et 127; Aubry et Rau, I, p. 343 et suiv., 353; Pont, II, pp. 269 et 270; Garraud, *Précis*, pp. 258, 704, 705, 801 et 802; *Traité*, I, p. 552. — V. cependant Demante, I, p. 165.

[2] L'article 339, 1er al., C. c. ital., porte: « Le faible d'esprit dont l'état n'est pas assez grave pour donner lieu à l'interdiction, et le prodigue, peuvent être déclarés par le tribunal inhabiles à ester en justice, à *transiger*, emprunter, recevoir des capitaux, en fournir quittance, aliéner ou hypothéquer, et à faire tout autre acte excédant la simple administration, sans l'assistance d'un curateur qui sera nommé par le conseil de famille ou de tutelle. »

[3] Accarias, pp. 230 et 231; Baudry-Lacantinerie, I, p. 637; III, pp. 575 et 576; Aubry et Rau, I, p. 571; Pont, II, p. 263; Laurent, V, p. 442; Demolombe, VIII, p. 478.

Nous pensons, quant à nous que, la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut valablement transiger seule sur des objets dont elle a la disposition, par exemple sur ses revenus. L'article 2045, 1er al., pose le principe : « Pour transiger, dit-il, il faut la capacité de disposer. » Si, en principe, la capacité de disposer ne suffisait pas pour transiger, cet article ne serait qu'un non-sens. La pensée du législateur est de plus éclairée par les paroles de Bigot de Préameneu, que nous avons déjà citées (n° 402, *in fine*) : « La capacité nécessaire pour transiger, disait-il, est relative à l'objet de la transaction. Ainsi le mineur émancipé pourra transiger sur les objets d'administration qui lui sont confiés et sur ceux dont il a la disposition [1]. » Si le mineur émancipé peut transiger sur les objets dont il a la disposition, pourquoi la personne pourvue d'un conseil judiciaire ne pourrait-elle pas, elle aussi, transiger sur les objets dont elle a la disposition ? On nous répond, il est vrai, qu'il ne faut pas assimiler ces deux incapables. Soit ! nous admettons bien qu'on ne doit pas argumenter des termes des textes relatifs au mineur émancipé, pour trancher une question relative à la personne pourvue d'un conseil judiciaire. Mais il est toujours permis de rechercher l'intention probable du législateur, même dans une matière étrangère à celle qu'on traite; surtout, quand cette assimilation n'est qu'une application d'une règle générale, ce qui est notre cas.

Mais non ! s'écrient nos adversaires, la règle générale est posée dans les articles 499 et 513. Donc, en cas de doute, il faut les appliquer, plutôt qu'un autre texte. C'est une équivoque. Oui ! les deux articles qu'on invoque posent

[1] Fenet, XV, p. 104 ; Locré, XV, p. 417.

certainement la règle générale pour les personnes pourvues d'un conseil judiciaire. Mais c'est une règle exceptionnelle, en ce sens que la loi limite la capacité de ces personnes, qui, de droit commun, doivent être capables. La règle de l'article 2045 est véritablement une règle générale, car elle régit toutes sortes de personnes ; et par suite, elle doit s'appliquer toutes les fois qu'un texte *formel* ne fait pas obstacle à cette application. Nous prétendons que, dans ces conditions, il faut appliquer l'article 2045, plutôt que les articles 499 et 513, qui sont loin d'être formels sur notre cas. Est-il besoin d'ajouter que la capacité est la règle, l'incapacité l'exception ?

Voilà l'argument de texte. Mais l'argument de bon sens nous semble de nature à convaincre ceux qui ne seront pas encore convaincus par l'argument de texte. Quoi ? la personne pourvue d'un conseil judiciaire, qui peut recevoir ses revenus sans l'assistance de son conseil, et qui, de l'aveu de tout le monde, peut dissiper ces revenus, ne pourrait pas transiger sur ces mêmes revenus ? Elle peut donner ses revenus sans aucun dédommagement, et elle ne pourrait pas abandonner une partie de sa prétention sur ces mêmes revenus, elle ne pourrait pas renoncer à son droit problématique sur ces objets, en recevant, en revanche, une prestation plus ou moins sérieuse de son adversaire ? Cela nous semble absurde [1].

VII. — Des femmes mariées

415. — La femme mariée est en principe absolument incapable de faire aucun acte juridique, sans l'autorisa-

[1] En ce sens : Dalloz, *Répertoire*, V° *Transaction*, n° 47 ; Duranton, XVIII, pp. 437 et 438.

tion du mari ou de justice. En conséquence, elle est en principe incapable de transiger sans cette autorisation (art. 217, C. c.).

Ce principe souffre de nombreuses exceptions :

1° La femme marchande publique peut librement transiger sur les affaires relatives à son commerce (art. 220, C. c.; art. 5, C. de c.); elle peut même grever d'hypothèque ou aliéner ses immeubles non dotaux, au moyen de ces transactions (arg., art. 7, C. de c.);

2° La femme mariée sans communauté, autorisée à « toucher annuellement, sur ses seules quittances, certaines portions de ses revenus, » peut transiger sur ces portions (arg., art. 1534, C. c.);

3° La femme mariée sous le régime dotal, autorisée, conformément à l'article 1549, 3e al., à « toucher annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus », provenant de ses biens dotaux, peut également transiger sur cette partie de ses revenus;

4° La femme mariée sous le même régime peut transiger sur « l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux (arg., art. 1576, C. c.); »

5° La femme séparée de biens peut transiger non seulement sur ses revenus, mais même sur son capital mobilier (arg., art. 1449 et 1536) [1].

[1] Voici les dispositions du Code civil italien, qui tranchent, soit expressément, soit implicitement, les questions que nous venons de résoudre :

ART. 134. — *La femme ne peut donner, aliéner des immeubles, les grever d'hypothèque, contracter des emprunts, céder ou recouvrer des capitaux, se rendre caution, ni* TRANSIGER, *ni ester en justice relativement à ces actes, sans l'autorisation du mari.*

Le mari peut, par acte public, donner à la femme une autorisation générale pour tous lesdits actes, ou spéciale pour quelques-uns ; mais il conserve le droit de la révoquer.

416. — Voilà du moins notre avis. Il n'a jamais été contredit pour la première exception. Quant aux autres exceptions, elles ne semblent pas être admises par MM. Accarias et Pont, bien qu'ils ne se prononcent expressément que pour la femme séparée de biens [1]. D'après ces deux auteurs, « la capacité de disposer n'impliquerait pas celle de transiger; l'article 1449, en permettant à la femme séparée de *disposer* de son mobilier et de l'aliéner, n'aurait voulu lui accorder qu'un droit d'administration aussi large que possible ; et la transaction constituerait toujours et essentiellement un acte de *disposition*. »

L'opinion générale a fait justice de ce système un peu étrange [2]. D'abord, nous espérons avoir déjà démontré

ART. 135. — *L'autorisation du mari n'est pas nécessaire :*
1° *S'il est mineur, interdit, absent, ou, étant condamné à plus d'un an de prison, pendant la durée de sa peine ;*
4° *Si la femme est légalement séparée par la faute du mari ;*
3° *Si la femme exerce un commerce.*

ART. 1399, 2e al. — *Néanmoins il peut être convenu dans le contrat de mariage, que la femme recevra annuellement, sur sa simple quittance, une partie des revenus dotaux pour ses menues dépenses et pour les besoins de sa personne.*

ART. 1424. — *La femme séparée de biens en a la libre administration.*

La dot demeure inaliénable, et les sommes que la femme reçoit en payement de sa dot sont dotales et doivent être employées avec autorisation de justice.

ART. 1427. — *La femme conserve la propriété, l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux ; le mari n'a pas le droit de les administrer et d'en exiger les créances, s'il n'en a pas reçu le mandat de la femme, sauf les dispositions du chapitre* IX, *titre* V *du livre premier* (V art. 134 et 135, ci-dessus transcrits).

[1] Accarias, p. 233; Pont, II, pp. 256 et 257. *Adde* Mourlon, III, p. 319.

[2] Marbeau, p, 53 ; Dalloz, *Répertoire*, V° *Transaction*, n° 48 ; Baudry-Lacantinerie, III, pp. 121 et 576 ; Colmét de Santerre, VI, 252, VIII, p. 319 ; Aubry et Rau, V, pp. 403 et 404 ; Laurent, XXII, p. 318, XXVIII, pp. 344 et 345 ; Demolombe, *Traité du Mariage*,

que, si la capacité de disposer n'impliquait pas en principe celle de transiger, l'article 2045, 1er al., ne serait qu'un non-sens (Cf. n° 414). Mais c'est surtout le dernier argument de nos adversaires que nous trouvons singulier. La transaction, disent-ils, est un acte de disposition ; or, la femme n'a au fond que la capacité d'administrer ; donc, elle ne peut pas transiger. Nous voulons bien admettre, avec MM. Accarias et Pont, que la loi, en permettant à la femme séparée de disposer de son mobilier, n'a voulu lui accorder que la capacité la plus large d'administrer. Mais ce qui est certain, c'est que la loi lui permet formellement de *disposer* de son mobilier[1]. Donc les actes de *disposition* lui sont en principe permis quant à ses droits mobiliers. Eh bien ! alors, on ne peut pas lui refuser la capacité de transiger, en disant, comme le font nos illustres adversaires, que la transaction est un acte de *disposition*. Il faudrait, pour cela, trouver un article de loi qui nous dise que la capacité de disposer ne suffit pas, en principe, pour transiger. Or, un tel article n'existe nulle part ; au contraire, l'article 2045, 1er al., nous dit formellement que, pour transiger, il suffit en principe d'avoir la capacité de disposer.

417. — L'incapacité de la femme mariée n'est pas absolue : elle peut toujours transiger avec l'autorisation

4e édit., II, pp. 166 et 167 ; Troplong, p. 584 ; Duranton, XVIII, p. 437 ; Delvincourt, III, *Notes et Explications*, p. 247.

[1] L'article 1449 nous dit : « Elle (la femme séparée) peut *disposer* de son mobilier, et l'*aliéner*. » D'où il y a des auteurs qui ont conclu qu'elle peut *disposer* de son mobilier *à titre gratuit*, et l'*aliéner à titre onéreux*. Mais la plupart des auteurs n'y voient qu'une redondance. M. Baudry-Lacantinerie (*Locc. citt.*) conjecture que le mot *disposer* viserait la transaction et le mot *aliéner* les autres aliénations à titre onéreux.

du mari ou de justice. Mais le mari ne peut jamais transiger au nom de sa femme, car, même sous le régime de la communauté, il n'est qu'un administrateur des biens propres de sa femme. Bien entendu, celle-ci peut lui donner mandat de transiger, auquel cas sa transaction est valable[1]. Il faut remarquer que nous ne parlons pas des pouvoirs du mari sur les biens de la communauté : sur ces biens, le mari peut librement transiger (arg., art. 1421, combiné avec l'article 1422).

§ II. — DES INCAPACITÉS SPÉCIALES

418. — Il y a deux sortes d'incapacités spéciales. Les unes existent entre certaines personnes : telles sont celles qui existent entre le tuteur et le ci-devant mineur, entre le mari et la femme. Les autres existent aux yeux de certaines personness : ce sont celles qui frappent le failli et le débiteur en état de liquidation judiciaire, à l'égard de leurs créanciers.

I. — DES TRANSACTIONS ENTRE LE TUTEUR ET LE CI-DEVANT MINEUR

419. — Nous avons vu l'origine de cette incapacité dans l'ancien droit (n° 260). L'article 2045, 2e alinéa, nous renvoie à cet égard à l'article 472: « ...Il (le tuteur) ne peut, nous dit-il, transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformement à l'article 472 au même titre (au titre de *la Minorité*).» Voyons

[1] M. Pont accorde cependant au mari le pouvoir de « transiger sur tous les droits mobiliers et sur l'administration des immeubles de sa femme, comme aussi sur toutes contestations relatives à la possession. » (II, pp. 271 et 272.) Cela nous étonne fort, car M. Pont, contrairement à l'opinion générale, n'admet pas que le mineur émancipé et la femme séparée de biens puissent transiger sur les objets dont ils ont la disposition. Et il vient soutenir maintenant que le mari, qui n'est pas du tout propriétaire des biens de sa femme, peut transiger sur ces biens, parce qu'il a le pouvoir de les administrer !

donc ce que porte l'article 472 : « Tout traité, dit cet article, qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives ; le tout constaté par un récépissé de l'oyant-compte, dix jours au moins avant le traité. »

Nous avons déjà expliqué la raison d'être de cette incapacité : c'est que 1° le tuteur a généralement un certain ascendant sur son pupille, auquel il lui est facile de faire accepter un traité pour lui fort avantageux, et que 2° le jeune homme arrivé à vingt et un ans a généralement hâte de recevoir le compte de tutelle, pour gérer lui-même ses affaires, et quelquefois pour dépenser son argent comme il entend, ce qui lui fait facilement accepter un traité, même fort désavantageux pour lui : c'est donc avec raison que la loi annule tout traité intervenu entre le tuteur et son ex-pupille sur le compte de tutelle avant que le ci-devant mineur soit parfaitement renseigné sur ce compte.

420. — Pour cela, la loi exige trois conditions : 1° Reddition d'un compte détaillé ; 2° remise des pièces justificatives ; 3° constatation de l'accomplissement de ces formalités dans un récépissé du mineur, daté de dix jours au moins avant le traité [1].

[1] Le système du Code civil italien nous semble préférable : « Si la tutelle prend fin par la majorité du pupille, porte l'article 307, le compte lui sera rendu à lui-même ; mais le tuteur ne sera valablement libéré qu'autant que ce dernier aura été assisté dans l'examen des comptes par le protuteur (subrogé-tuteur, en France) ou par telle autre personne qui, à défaut du protuteur, aura été désignée par le préteur (juge de paix, en France). — Aucune convention entre le tuteur et le mineur devenu majeur ne peut avoir lieu avant l'approbation définitive du compte de la tutelle. » Cf. L. 5, § 5, D., *De admin. et peric. tut.*, 26, 7 (V. n° 260, 2e note).

A propos de cette dernière condition, quelques observations sont nécessaires. D'abord, il faut qu'il y ait dix jours d'intervalle entre la date du récépissé et celle du traité; il ne suffit donc pas, comme on l'a soutenu [1], que le traité constate que la reddition de compte et la remise des pièces justificatives ont été régulièrement faites, même avant dix jours du traité. La loi a pensé avec raison que dix jours seront généralement nécessaires pour que le mineur ait le temps de bien examiner les comptes rendus par le tuteur, et elle a jugé prudent d'exiger un récépissé signé du mineur avant dix jours du traité.

Une seconde observation est qu'il n'est pas besoin, bien qu'on ait soutenu le contraire[2], que, soit le récépissé, soit le traité aient date certaine. La loi ne le dit pas; d'ailleurs, la date certaine n'est jamais exigée qu'à l'égard des tiers (Art. 1328), quoi qu'en dise Laurent[3]. Cependant, au point de vue législatif, il nous semble qu'il eût été plus sage d'exiger la date certaine. Nous savons bien que l'ex-mineur peut, en droit, toujours prouver la fausseté de l'une des deux dates et demander ainsi la nullité de son traité qui lui est désavantageux. Mais, en fait, la fraude n'est pas toujours facile à établir. Puisque la loi a jugé à propos de protéger un mineur à peine devenu majeur contre l'influence souvent abusive de son tuteur et aussi contre sa propre précipitation, en quoi elle a eu grandement raison, que n'est-elle pas allée jusqu'au bout, pour protéger le même mineur contre la fraude de l'antidate ou de la postdate [4] ?

[1] Demante, II, p. 272.
[2] Marbeau, pp. 38 et 180.
[3] V. p. 164.
[4] M. Accarias objecte à Marbeau qu'alors même qu'on exigerait la date certaine du récépissé, la fraude serait tout aussi possible pour la

421. — L'article 472 nous dit que tout traité est nul sans les trois conditions que nous avons vues. D'où l'on a conclu que toute espèce de contrat, même ceux qui n'auraient aucun rapport, ni de près ni de loin, avec les comptes de tutelle, serait nul dans l'accomplissement des formalités de l'article 472 [1].

Cette opinion est, à juste titre, repoussée aujourd'hui à peu près par tout le monde [2]. En effet, quand le tuteur achète un objet déterminé de son pupille pour un prix déterminé, quand il traite avec lui sur une succession ouverte après la cessation de la tutelle et que cet arrangement ne doit avoir aucun résultat sur les comptes de tutelle, à quoi serviraient la reddition de ces comptes, la remise des pièces justificatives et le récépissé du mineur [3]? Donc le commencement de notre article est virtuellement corrigé par le reste. Mais ce qui rend l'intention du législateur plus claire encore, c'est que, dans date du traité (p. 245). Cela n'est pas tout à fait exact. La loi considère que, pendant les dix jours qu'elle donne au mineur, celui-ci aura le temps de bien examiner les comptes. Si donc, il a postdaté le traité de telle sorte qu'il semble qu'il se serait écoulé dix jours entre la remise du récépissé et la conclusion du traité, qu'il a conclue en vérité le jour même où il a reçu le compte, il pourra attaquer ce traité avant l'arrivée de la date fausse qu'il a mise sur ce traité, s'il découvre que son traité lui est désavantageux; de cette façon, il lui sera très facile d'établir la fausseté de cette date. Toutefois, il est toujours prudent d'exiger la date certaine et pour le récépissé et pour le traité.

[1] Dalloz, *Répertoire*, v° *Minorité*, n° 652; V° *Transaction*, n° 45; Merlin, *Questions de Droit*, V° *Tuteur*, § III, I.

[2] Accarias, pp. 242 et 243; Marbeau, p. 37; Baudry-Lacantinerie, I, p. 593; Mourlon, I, p. 630; Demante, II, p. 272; Aubry et Rau, I, p. 491; Marcadé, II, p. 738, note 1; Pont, II, pp. 259 et 260; Laurent, pp. 161 et suiv., 169 et suiv.; Demolombe, VIII, pp. 66 et suiv.; de Fréminville, II, p. 494; Cass., 1er juin 1847: Dalloz, 1847, 1, 204; Req., 10 avril 1849 : Dalloz, 1849, 1, 105.

[3] Nous ne pouvons donc pas admettre, avec M. Accarias, que « les mêmes motifs qui justifient l'article 472 justifieraient l'extension que nous repoussons (p. 243, note 1). »

l'article 2045, 2ealinéa, nous lisons : «.... Il (le tuteur) ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, *sur le compte de tutelle*, que conformément à l'article 472... » La loi ne se préoccupe donc que du compte de tutelle. Ajoutez à cela que Bigot de Préameneu, en exposant les motifs du titre *des Transactions*, a formellement déclaré qu' «on a maintenu et perfectionné l'ancienne règle[1]. » Il est donc à croire que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu généraliser ce qui était, dans l'ancien droit, spécial au compte de tutelle. Or, comme nous l'avons vu dans la partie précédente (n° 260), il était, dans l'ancien droit, universellement admis, sauf dans la Coutume de Bretagne, que ce sont les contrats relatifs au compte de tutelle, qui étaient seuls interdits entre le tuteur et le ci-devant mineur avant la reddition des comptes. Donc l'intention du législateur est manifeste pour nous : c'est d'empêcher tout traité relatif au compte de tutelle avant que ce compte ait été régulièrement rendu et bien examiné par l'ex-pupille. Ajoutons que cette disposition étant une disposition tout à fait exorbitante, il faudrait l'interpréter restrictement, même quand il y aurait des doutes sur le sens de notre article.

422. — Il ne faut cependant pas exagérer. Il est d'abord certain que notre article s'applique non seulement à la transaction, mais encore à tout contrat ou convention relative au compte de tutelle, par exemple à la décharge pure et simple, donnée au tuteur. Si nous nous en occupons spécialement, c'est que la convention que la loi a le plus crainte c'était la transaction [2], à tel point qu'on

[1] Fenet, XV, p. 104; Locré, XV, p. 417.
[2] Il est toutefois inexact de dire, avec M. Accarias, que « ce que la

a cru nécessaire de rappeler au titre *des Transactions* la règle de l'article 472 [1].

D'autre part, quoique la majorité des auteurs semble limiter notre règle aux conventions portant *sur le compte de tutelle*, il nous semble nécessaire de l'entendre plus largement et l'appliquer à toutes conventions qui ont un résultat direct ou indirect sur le compte de tutelle. Ainsi, par exemple, la vente que le tuteur ferait à son pupille de ses biens moyennant le reliquat par lui dû, la cession que lui ferait le ci-devant mineur, d'un ensemble de droits dont l'administration était confiée au tuteur, la main-levée de l'hypothèque légale qu'il consentirait, bien que, surtout sur ce dernier point, la question soit fort controversée[2], tomberaient, selon nous, sous le coup de

loi redoute ici dans toutes les conventions, ce sont précisément des résultats identiques à ceux de la transaction, c'est-à-dire des *sacrifices* (p. 243). » C'est là toujours une des applications de cette idée, que nous avons déjà eu occasion de combattre (nos 364, et 366, 2e note), d'après laquelle la transaction implique des *sacrifices*, c'est-à-dire une *perte*. Non! la transaction n'implique pas du tout une *perte*. Si elle implique des *sacrifices*, cela veut dire simplement que chacune des parties abandonne une partie de sa prétention. Mais cette prétention est certainement injuste de la part de l'une des parties. Pour cette partie, la transaction, loin d'être une perte, est un véritable bénéfice. On ne sait pas seulement laquelle des deux parties gagne. Donc il est inexact de dire que la loi redoute les résultats de la transaction, car ils peuvent être très avantageux. La loi pense seulement, avec raison, qu'entre le tuteur, qui a un ascendant moral sur son pupille et qui connaît mieux que lui l'état des biens qu'il gère, et le ci-devant mineur, qui n'a point d'expérience et qui désire avant tout entrer dans la possession de ses biens sans savoir dans quel état ses biens se trouvent, la partie est loin d'être égale.

[1] Il faut noter qu'Argou ne parle que de *transactions*. (*Institution au Droit français*, 11e édit., t. I, liv. I, chap. VIII, p. 126), et que Pothier commence par dire : « Toute *transaction*, tout contrat entre le tuteur et le mineur devenu majeur, etc. (*Traité des Personnes et des Choses*, no 189). » V. no 260.

[2] En notre sens : Accarias, p. 243; Demante, II, p. 272; Aubry et Rau, I, p. 492; Demolombe, VIII, p. 62. — En sens contraire, Laurent, V, pp. 175 et 176.

l'article 472, car les motif sont absolument les mêmes. C'est propablement pour cette raison que l'article 472, à l'exemple de Pothier [1], ne précise pas que tout traité *sur le compte de tutelle* soit nul ; en tous cas, ses termes sont assez compréhensifs pour embrasser les différents cas que nous avons énumérés.

Mais il ne faut pas aller, avec Troplong [2], jusqu'à dire que tout traité relatif à un quelconque des biens dont la gestion était confiée au tuteur, tombe sous l'application de l'article 472 et que ce sont les seules conventions portant sur les biens échus au mineur depuis sa majorité, qui sont permises avant l'accomplissement des conditions de l'article 472. Nous croyons, en effet, que Troplong se trompe, quand il croit que toute convention qui porte sur un des biens confiés à la garde du tuteur, porte, par là même, sur le compte de tutelle. La vente d'un immeuble du mineur moyennant un prix déterminé, par exemple, n'a aucun rapport avec le compte de tutelle ; car, si le tuteur a mal géré cet immeuble, il devra des dommages et intérêts à son ex-pupille, et la vente de l'immeuble n'éteindra pas cette action en dommages et

[1] *Traité des Personnes et des Choses*, nº 189. V. *supra*, nº 260.

[2] PP. 581 et 582. — Un des arrêts de cassation que nous avons cités (Cass., 1er juin 1847 : Dalloz, 1847, 1, 204) a décidé que le traité par lequel le pupille reconnaît, après sa majorité, et avant reddition du compte de tutelle, la validité d'une contre-lettre dont l'effet est d'attribuer à son père, qui avait été son tuteur, la propriété d'un immeuble compris dans l'hérédité maternelle, doit être considéré comme un traité relatif à la tutelle, en ce qu'il emporte renonciation du pupille à demander compte à son tuteur de la gestion dudit immeuble, et que ce traité est, par suite, frappé de nullité. Cet arrêt ne contredit nullement notre manière de voir, comme cela semblerait au premier abord. En effet, dans l'espèce, le traité avait pour but de faire croire que l'immeuble en question avait toujours appartenu au tuteur, ce qui libérait complètement celui-ci de ses comptes sur cet immeuble, si le traité devait recevoir son exécution.

intérêts, que le mineur devenu majeur peut intenter pendant dix ans après sa majorité.

423. — Il va sans dire que, si le mineur n'a aucun bien, ou ce qui revient au même, s'il a des biens, mais qui ne sont pas entre les mains de son tuteur, par exemple, si tous ses biens sont saisis par ses créanciers, l'article 472 ne s'applique pas : le tuteur et le mineur devenu majeur peuvent librement transiger entre eux, dès le lendemain de la majorité de celui-ci, car le tuteur n'a, en ce cas, aucun compte à rendre.

424. — L'article 472 ne parle que de traités entre le *tuteur* et le *mineur devenu majeur* [1]. Conséquemment, il ne s'applique pas :

1° Aux transactions entre le père administrateur légal et son enfant devenu majeur. En effet, notre article est un article exceptionnel ; donc, il ne s'applique qu'au cas qu'il prévoit. Or, il ne prévoit que le cas de tutelle ; il ne s'applique donc pas à l'administration légale. D'ailleurs, les motifs, pour lesquels on ne soumet pas à la tutelle, d'après Berlier [2] au moins, les enfants dont les père et mère vivent encore, expliquent cette différence entre le tuteur et l'administrateur légal. En effet, Berlier nous a dit que « le mineur dont les père et mère sont encore vivants trouve en eux des protecteurs naturels. » C'est-à-dire, si nous comprenons bien sa pensée, que, quand les deux parents vivent ensemble, leur affection naturelle pour leurs enfants n'est pas généralement altérée, et que,

[1] Cf. Art. 2045, 2e alin., qui dit : « Le *tuteur* ne peut transiger avec le *mineur devenu majeur*... »

[2] Fenet, X, p. 639 ; Locré, VII, p. 234. — V. n° 399, note.

surtout, alors même que le père ne serait pas toujours bien inspiré à l'égard de ses enfants, ce qui arrive malheureusement quelquefois, la mère est là pour le surveiller dans l'intérêt de ces derniers. Ces motifs s'appliquent parfaitement aux transactions entre le père et son enfant devenu majeur;

2° Aux transactions entre le tuteur et le mineur émancipé. Ici les précautions de l'article 472 sont tout à fait inutiles. En effet, en vertu de l'article 484, le mineur émancipé ne peut transiger, avec n'importe qui, sans les formalités de l'article 467. Même quand le traité ne serait pas une transaction, s'il est à titre gratuit, il est absolument interdit au mineur émancipé; s'il est à titre onéreux, puisque notre mineur est assisté de son curateur pour recevoir son compte de tutelle (art. 480), cette assistance suffira pour déjouer la fraude possible du tuteur [1], et même, suivant la nature de ce traité, il lui faudra d'autres formalités encore (art. 483 et 484) [2];

3° Aux transactions entre l'ancien tuteur ou ses héritiers et le nouveau tuteur, en cas d'exclusion, de destitution, ou de décès du premier tuteur. Ici l'intérêt du mineur est protégé par les formalités de l'article 467. D'ailleurs, ni les termes, ni les motifs de l'article 472, ne s'appliquent ici [3];

[1] On dit souvent que l'article 480 protège assez le mineur émancipé, en le faisant assister de son curateur (Accarias, p. 246; Marbeau, pp. 41 et 42). Mais on oublie encore les articles 483 et 484.

[2] En ce sens: Accarias, p. 246; Marbeau, pp. 41 et 42; Baudry-Lacantinerie, I, p. 594; Laurent, V, pp. 166 et 167. — En sens contraire: Aubry et Rau, I, p. 493; Demolombe, VIII, pp. 72 et suiv. — Demante émet une opinion assez bizarre. D'après lui, quand le traité est une transaction, l'article 472 ne s'applique pas parce que l'article 484 s'applique. Mais les autres traités intervenus entre le tuteur et le mineur émancipé, même assisté de son curateur, tombent sous le coup de l'article 472 (II, p. 273).

[3] Demante applique ici encore son système bizarre (*loc. cit.*).

4° Aux transactions entre le tuteur et les héritiers du mineur. Ici non plus, ni la lettre, ni l'esprit de la loi ne s'appliquent;

5° Aux transactions entre les héritiers du tuteur et le mineur devenu majeur. Ici, la question est fort controversée, et il y a réellement des raisons de douter. En effet, un des motifs qui ont dicté l'article 472 est le désir ardent, que le mineur devenu majeur éprouve, d'entrer dans la possession de ses biens. Or ce motif existe aussi bien dans notre cas que quand c'est le tuteur lui-même qui rend compte de sa gestion. Cette raison ne nous arrête pas cependant. En effet, d'abord, l'article 472 ne vise pas ce cas ; or, il contient une disposition exorbitante, donc, il ne s'applique qu'au cas prévu. D'ailleurs, le motif dont nous venons de parler n'est pas seul ; l'autre motif est dans l'ascendant moral que le tuteur peut exercer sur son ex-pupille, pour lui faire consentir un traité pour lui désavantageux. Ce motif fait défaut dans notre cas. Nous nous empressons d'ajouter que, législativement parlant, il faudrait assimiler notre cas à celui qui est prévu par l'article 472 [1].

425. — La sanction de notre règle est la nullité. Cette nullité, établie dans l'unique intérêt du mineur, ne peut être demandée que par lui ou par ses ayant-cause.

On a quelquefois prétendu qu'elle ne peut être demandée que pour cause de lésion [2]. Mais cette opinion est

[1] En ce sens: Baudry-Lacantinerie, I, p. 594; Demante, II, p. 273; Aubry et Rau, I, p. 493; Laurent, V, p. 168; Req., 19 mai 1863 : Dalloz, 1863, 1, 345; Sirey, 1863, 1, 305. — En sens contraire : Accarias, p. 246; Demolombe, VIII, pp. 83 et 84.

[2] Marbeau, p. 38.

insoutenable, parce que l'article 472 nous dit que tout traité entre le tuteur et le mineur devenu majeur contraire à cet article est *nul*, sans aucunement ajouter : *quand il y a lésion*, et l'article 1305, le seul article sur lequel on puisse s'appuyer pour soutenir cette théorie, ne vise point notre cas.

Notre action en nullité dure dix ans, comme toute action en nullité (art. 1304). MM. Aubry et Rau prétendent cependant que c'est la prescription trentenaire qu'il faut appliquer [1]. Mais nous ne comprenons point pourquoi. L'article 1304 nous dit de la manière on ne peut plus générale : « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. » Donc c'est la prescription décennale qui s'applique dans notre cas, et non la prescription trentenaire [2].

Mais la question est beaucoup plus délicate, quand on se demande quel est le point de départ de cette prescription. Les uns ont préconisé le jour de la majorité [3]. D'autres ont proposé le jour du traité [4]. D'autres encore prétendent que c'est la date du récépissé [5]. Ni les uns, ni les autres ne nous semblent être dans le vrai. On sait que la prescription de l'article 1304 n'est qu'une confir-

[1] I, p. 495.

[2] Le projet de Code civil japonais, art. 566, et le Code civil italien, art. 1300, limitent à cinq ans le délai de la prescription des actions en nullité.

[3] De Fréminville II, p. 496 ; Demolombe, VIII, pp. 85 et suiv.

[4] Accarias, p. 245 ; Demante, I, p. 273 ; Pont, II, p. 262. — MM. Aubry et Rau, après avoir émis l'opinion isolée, d'après laquelle notre action se prescrirait par trente ans, ajoutent que, si, d'après l'opinion générale, on admet la prescription décennale, elle ne courra qu'à partir du jour du traité (*loc. cit.*).

[5] Laurent, V, p. 179.

mation tacite et qu'elle ne commence à courir que quand la cause de nullité a cessé. Or, ici, quand la cause de nullité cesse-t-elle ? Ce n'est ni par l'arrivée de la majorité, car le mineur était devenu majeur au moment du traité[1] ; ni par la conclusion du traité ; car on suppose que le vice existait au moment du traité ; ni par la remise du récépissé, car, alors, le traité conclu le lendemain de cette remise du récépissé devrait être valable. Le vice ne cesse que dix jours après que le mineur a constaté dans un récépissé la reddition de compte et la remise des pièces justificatives. Donc la prescription ne commence à courir qu'à partir de l'expiration de ces dix jours[2].

Il importe de remarquer toutefois que l'action en nullité de notre mineur ne réussit pas toujours pendant ces dix ans. Il ne faut pas oublier, en effet, que l'action en reddition de comptes contre le tuteur se prescrit par dix ans, à dater du jour de la majorité (art. 475). Donc, si l'action en nullité du traité irrégulier tend à demander un compte nouveau de la tutelle, elle ne pourra aboutir. Mais elle réussira toutes les fois que le traité n'a pas porté directement sur le compte de tutelle, ou même s'il a porté sur le compte, mais qu'il ait rendu le mineur reliquataire, auquel cas celui-ci aura intérêt à faire annuler le traité pour se libérer du prétendu reliquat.

D'un autre côté, si, par suite de notre transaction, le tuteur n'a rendu aucun compte, la prescription de dix ans ne commencera jamais à courir. Seulement, l'action en nullité sera prescrite par trente ans à dater du jour du traité, par application de l'article 2262.

[1] Ce système nous semble absurde, car il se peut que le traité ne soit intervenu que quelques jours avant l'expiration de dix ans à partir de la majorité, ou même après.

[2] En ce sens : Baudry-Lacantinerie, I, p. 594.

La prescription de dix ans, avons-nous dit, n'est qu'une confirmation tacite. Donc, il va sans dire que la nullité se couvre aussi par la confirmation expresse, ou par l'exécution volontaire, qui constitue une confirmation tacite. Mais, pour que ces confirmations, soit expresse, soit tacite, puissent produire leur effet, il faut qu'elles aient lieu après dix jours à dater de la remise du récépissé [1].

II. — DES TRANSACTIONS ENTRE ÉPOUX

426. — Il semble résulter de l'article 1595 que les époux n'ont pas, en principe, la capacité d'aliéner entre eux. Dès lors, par application de l'article 2045, 1er alin., qui exige la capacité d'aliéner pour transiger, les époux ne peuvent pas transiger entre eux. Cette conclusion semble d'autant plus conforme, sinon à la lettre, du moins à l'esprit de la loi, que les motifs qui ont déterminé le législateur à édicter cette incapacité d'aliéner entre époux, s'appliquent à la transaction avec autant de force, que dis-je ? avec plus de force encore qu'à toute autre aliénation. Écoutons plutôt Portalis, qui a exposé les motifs du titre *de la Vente :*

« Le projet soumis à votre examen, disait-il, restreint cette faculté (la faculté de vendre et d'acheter) entre époux. On a craint avec raison l'abus que le mari peut faire de son autorité, et celui qui aurait sa source

[1] Ici encore, Laurent n'exige que la reddition de comptes, la remise des pièces justificatives et le récépissé de l'oyant-compte. Mais alors, à quoi sert le délai de dix jours, que la loi exige, puisque le traité conclu avant ce délai peut, selon le savant professeur belge, être confirmé immédiatement après?

dans l'influence que la femme peut se ménager par les douces affections qu'elle inspire.

« Ces motifs avaient déterminé la loi romaine et la plupart des coutumes à prohiber les donations entre-vifs entre la femme et le mari, hors du contrat de mariage. Entre personnes si intimement unies, il serait bien à craindre que la vente ne masquât presque toujours une donation.

« De plus, le mari est chef de la société conjugale ; il est l'administrateur des intérêts communs ; la femme ne peut faire aucun acte sans son autorisation : pourrait-on se promettre que la même personne sût concilier l'intérêt exclusif et personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur ?

« Il répugne que l'on puisse être à la fois juge et partie : *Nemo potest auctor in re sua*. Or, quand on autorise, on est juge, et on est partie quand on traite. On peut, comme partie, chercher son bien propre et particulier ; comme autorisant, on ne doit travailler qu'au bien d'autrui[1]. »

Le tribun Faure disait de son côté dans son rapport au Tribunat : « Sans cette précaution (l'incapacité de vendre entre époux), en vain la loi des donations aurait fixé ce que les époux peuvent se donner ; elle serait trop facilement éludée[2]. »

D'après ce que nous venons de lire, ce que le législateur a surtout craint, c'est que la pseudo-vente entre époux ne déguise trop souvent une donation.

Le second motif qu'invoquait Portalis, n'est pas tout à fait juste. Il serait juste, si l'autorisation du mari

[1] Fenet, XIV, pp. 115 et 116 ; Locré, XIV, pp. 148 et 149.
[2] Fenet, XIV, p. 155 ; Locré, XIV, p. 194.

était exigée par l'idée de protection pour la femme. Mais, au contraire, elle est exigée dans l'intérêt de l'autorité maritale. Par conséquent, il n'y avait rien de déraisonnable, à ce point de vue, à ce que le mari pût autoriser sa femme à lui vendre.

Il faut ajouter, en revanche, un autre motif : c'est que la vente entre époux ne favorise pas seulement les libéralités irrévocables, contrairement à la loi, et excédant la quotité disponible, mais encore les fraudes contre les droits des créanciers, en faisant passer les biens de l'époux insolvable dans le patrimoine de l'époux solvable.

Eh bien ! la transaction favorise toutes ces fraudes, mieux encore que la vente [1].

427. — Tous les auteurs que nous venons de citer en note sont d'accord pour excepter de l'incapacité les actes d'aliénation que l'article 1595 permet, par exception, entre époux. Ce sont, rappelons-les, des cas de dation en payement et de remploi. Eh bien ! disent ces auteurs,

[1] En ce sens : Accarias, pp. 240 et 241 ; Marbeau, pp. 56 et suiv. ; Dalloz, v° *Transaction*, n° 49 ; Troplong, pp. 584 et 585. — Marbeau va chercher un argument dans la matière du divorce. L'article 279, qui n'existe plus dans le Code actuel, portait : « Les époux déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel, seront tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens, meubles et immeubles, et de régler leurs droits respectifs, sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger. » D'où Marbeau a conclu que la transaction est, en principe, interdite entre époux, puisque la loi a éprouvé le besoin de dire que les époux peuvent transiger dans un cas particulier. Cet argument est tiré de loin ; de ce que les époux qui divorcent peuvent transiger, conclure *a contrario* que les époux qui restent époux ne le peuvent pas, cela me semble assez problématique. En tous cas, si le législateur de 1803 avait appris cet argument tiré de son article 279, il eût été fort surpris.

la transaction relative à ces actes est exceptionnellement valable.

Nous croyons que c'est une erreur. Pourquoi permet-on l'aliénation dans ces cas, par exception ? C'est que ces actes ne permet pas de supposer, en général, l'existence des fraudes dont nous avons parlé. Mais, quand il s'agit de transaction, la nature de l'acte favorise admirablement bien toutes ces fraudes. Voilà pourquoi nous interdisons la transaction entre époux, qu'elle porte sur un droit ou sur un autre, que ce droit résulte d'une cause ou d'une autre. Sans quoi nous devrions dire que la transaction est simplement interdite sur des difficultés résultant d'une vente et que toutes les autres difficultés qui résultent d'un bail, d'un mandat ou de toute autre cause, peuvent valablement faire l'objet d'une transaction entre époux. Cela est absurde. Donc il faut dire que la dation en payement et le remploi sont permis entre époux ; mais que la transaction, portant sur quelque cause que ce soit, est absolument interdite entre eux.

428. — Donc, la transaction entre époux est nulle. La nullité peut être demandée par les deux parties et leurs ayant-cause. Cela est admis par tout le monde.

Mais cette incapacité est-elle absolue ? N'y a-t-il pas de moyen pour relever les époux de cette incapacité ? Marbeau [1] croit trouver ce moyen dans l'article 467 : l'autorisation du conseil de famille de la femme (et pourquoi pas du mari ?), l'avis de trois jurisconsultes et l'homologation du tribunal habiliteraient les époux à transiger. Cela s'appelle faire la loi, ce dont Marbeau n'a le droit, pas plus que nous.

[1] P. 59.

Mais, au point de vue législatif, il est bien permis de penser qu'il y a des cas où la transaction est réellement utile. Nous ne voyons donc aucun inconvénient à permettre la transaction entre époux, avec l'autorisation du tribunal, ce que nous admettrions aussi pour la vente entre époux, malgré les objections de M. Huc [1].

[1] *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, 2e édit. I, pp. 268 et 269. — Le Code civil italien, à la différence du Code français n'interdit pas la vente entre époux. Cela ne veut pas dire que la femme puisse vendre ou acheter à son mari avec l'autorisation de ce dernier. Le Code italien décide sagement que, toutes les fois qu'il y a opposition d'intérêt entre le mari et la femme, c'est le tribunal qui autorisera la femme (art. 136). Donc, d'après la loi italienne, les époux peuvent vendre, transiger et faire d'autres actes entre eux, avec l'autorisation de justice ; c'est le système que nous préconisons au texte. C'est cette législation que M. Huc critique dans son livre que nous venons de citer. Selon lui, la vente entre époux, en dehors des cas exceptionels prévus par l'article 1595, cacherait presque toujours une de ces fraudes dont nous avons parlé plus haut. Et la possibilité de vendre avec l'autorisation judiciaire ne serait qu'une cause de multiplicité des procès en nullité de la vente pour cause de fraude, qui « obligeraient la justice à porter souvent un œil indiscret sur les actes accomplis dans cette intimité du foyer domestique que la loi italienne voulait respecter. » Nous croyons que le savant professeur exagère un peu. Nous comprendrions mieux son opinion, s'il n'admettait aucune exception à la prohibition de la vente entre époux. Mais il admet que le Code français a bien fait d'excepter les cas de dation en payement et de remploi. Or, comme toutes les fois que les époux voudraient vendre contrairement à l'article 1595, ils ne manqueraient pas de prétexter que c'est à titre de dation en payement ou de remploi, cette intervention de la justice, que M. Huc craint tant, deviendrait nécessaire pour savoir s'il y avait réellement une dette à éteindre, si l'immeuble a été acheté avec des deniers de telle ou telle provenance, etc. etc. Eh bien ! M. Huc permet ces actes qui peuvent aussi cacher des fraudes, sans l'autorisation judiciaire, sauf aux tiers de les attaquer en cas de fraude, et il ne veut pas permettre les autres actes, même avec l'autorisation de la justice, sous prétexte qu'ils peuvent occasionner des procès regrettables !

Le projet de Code civil japonais, avons-nous dit déjà (n° 382, 2e note), renvoie pour les questions de capacité au livre I, dont nous n'avons pas encore le projet. Mais, pour la vente entre époux, M. Boissonade propose de l'interdire, comme en droit français, et même plus rigoureusement qu'en droit français, comme on va en juger :

III. — Du failli et du débiteur en état de liquidation judiciaire

429. — L'incapacité que nous allons étudier diffère profondément de toutes celles que nous avons vues. Elle n'existe qu'au regard de certaines personnes, et ces personnes sont les créanciers de l'incapable. Encore faut-il ajouter que ce ne sont pas tous les créanciers sans exception, mais seulement ceux qui forment ce qu'on appelle la *masse* en matière de faillite.

Nous allons étudier de front le failli et le débiteur en état de liquidation judiciaire, pour éviter les redites et répétitions.

Le débiteur commerçant qui a cessé ses payements, devient incapable de transiger à l'égard de ses créanciers, à partir du jugement déclaratif de la faillite ou de la liquidation judiciaire (C. de c., art. 443, et L. du 4 mars 1889, art. art. 5, 2e al.) [1].

Art. 672. — *Le contrat de vente de meubles ou d'immeubles est interdit entre époux respectivement.*

Il en est de même de la dation en payement.

Toutefois, les époux peuvent se faire une dation en payement lorsqu'il s'agit pour l'un d'eux d'éteindre une dette sincère et légitime qu'il a envers l'autre.

La dation en payement, ne sera valable et parfaite entre les parties que lorsqu'elle aura été homologuée par le tribunal civil.

Si elle a pour objet un droit réel immobilier, elle ne vaudra à l'égard des tiers que si l'homologation en a été mentionnée dans la transcription de l'acte.

Art. 673. — *L'action en nullité ou en rescision fondée sur l'article précédent n'appartient qu'à l'époux qui a fait la vente ou la dation en payement non autorisée et à ses héritiers ou ayant-cause ; elle est d'ailleurs soumise aux dispositions générales des articles* 566 *et suivants* (dispositions relatives à l'action en nullité).

[1] Un arrêt a jugé à tort que le failli nommé, par concordat, liquidateur d'une société dont il était gérant, à qui a été accordé la faculté

Le tribunal peut annuler même la transaction conclue avant le jugement déclaratif de la faillite, mais après la cessation des payements, si le tiers qui a transigé avec le futur failli était de mauvaise foi, c'est-à-dire connaissait cette cessation des payements (art. 447, C. de c.)[1].

Il est du reste évident : 1° que la transaction conclue avant la liquidation judiciaire et celle que le failli aura faite avant la cessation de ses payements, peuvent être attaquées, s'il y a lieu, par l'action Paulienne (art. 1167, C. c.); 2° que, si la transaction faite dans la période qui commence dix jours avant la cessation des payements, déguise un des actes énumérés dans l'article 446, C. de c., elle est nulle de plein droit à l'égard de la masse.

de disposer de l'actif et de le recouvrer comme les créanciers le pourraient faire eux-mêmes, peut, sans excéder ses pouvoirs, consentir une remise partielle à l'un des débiteurs, au moyen d'une transaction sérieuse et de bonne foi (Paris, 6 janvier 1854 : Dalloz, 1854, 5,713). Dans l'espèce, les créanciers ont accordé au failli « la faculté de disposer de l'actif et de le recouvrer comme les créanciers le pourraient faire eux-mêmes. » Mais, les créanciers pouvaient-ils transiger librement ? Non ! leur syndic pouvait transiger avec les formalités que nous allons étudier, mais jamais sans ces formalités. Donc, le failli auquel ils ont donné le même pouvoir qu'ils avaient eux-mêmes, ne peut non plus transiger.

[1] La Cour de Bordeaux a jugé que la transaction conclue entre un négociant, dont la faillite est imminente, et un créancier qui l'a actionné, par les soins d'un expert commis judiciairement à l'effet de déterminer les dommages-intérêts que les parties se doivent respectivement et de les concilier s'il est possible, participe de l'autorité du jugement qui a ordonné l'expertise et échappe comme lui à la nullité prononcée par l'article 447, C. de c. (Bordeaux, 17 mars 1879 : Dalloz, 1881, 2, 225). Cette décision nous semble contraire à la règle que nous posons au texte. Le jugement qui a ordonné l'expertise, loin de terminer l'affaire judiciairement, rend aux parties la liberté de décider la question amiablement. Donc, si la transaction intervient dans les conditions de l'article 447, elle ne peut échapper à la nullité facultative, que le tribunal peut prononcer en vertu de cet article.

Ajoutons que toutes ces nullités, introduites seulement dans l'intérêt de la masse, ne peuvent être demandées que par la masse.

430. — Donc, après la déclaration de la faillite ou de la liquidation judiciaire, le débiteur ne peut plus conclure une transaction opposable à la masse. Y a-t-il quelqu'un qui puisse transiger en son nom ?

Le Code de commerce de 1807 n'en soufflait pas mot. D'où nous aurions été forcé de conclure que le syndic, qui n'est en somme qu'un administrateur, ne pourrait transiger, même avec toutes les formalités du monde. Cette lacune fut comblée en 1838. Dans ses nouveaux articles 487 et 535, le législateur de 1838 permit expressément au syndic de transiger au nom du failli, avec les conditions que voici :

1° Sur les contestations n'excédant pas la valeur de trois cents francs, le tarif peut transiger avec la seule autorisation du juge-commissaire, le failli dûment appelé ;

2° Sur les contestations dont la valeur est indéterminée, ou excède trois cents francs, le syndic doit obtenir, outre l'appel du failli [1] et l'autorisation du juge-commissaire, l'homologation du tribunal de commerce, si les contestations portent sur des droits mobiliers ; du tribunal civil, s'il s'agit de droits immobiliers [2]. De plus, dans ce der-

[1] Régulièrement, le failli devrait être appelé avant qu'on demande l'homologation. Mais, comme la transaction reste à l'état de projet jusqu'à l'homologation, elle pourra être valablement homologuée, si le failli figure dans l'instance d'homologation, bien qu'il n'ait pas été appelé au moment où l'on a arrêté le projet de transaction (Req., 2 août 1865 ; Dalloz, 1866, 1,25).

[2] Il a été jugé, avec raison, que, pour qu'il appartienne au tribunal de commerce de statuer sur la demande en homologation d'une trans-

nier cas, il faut se demander si l'on est avant l'union ou après l'union. Avant l'union, le failli qui conserve encore l'espoir d'obtenir le concordat, peut empêcher les transactions portant sur ses droits immobiliers. Mais, après l'union, cette raison n'existant plus, le tribunal peut valablement homologuer ces transactions, malgré l'opposition du failli[1].

action consentie par les syndics d'une faillite, il suffit que l'action qui constitue le principal élément de cette transaction ait un objet purement mobilier (Rej., 15 novembre 1880 : Dalloz, 1881, 1,101). Jugé de même que l'homologation des transactions passées entre le syndic d'une faillite et des créanciers du failli, sur des questions relatives au report de l'ouverture de la faillite et à la nullité dont les hypothèques conférées à ces créanciers pourraient être frappées par application de l'article 446, C. de c., est de la compétence du tribunal de commerce (Req., 13 décembre 1865 : Dalloz, 1866, 1,145).

[1] On a jugé, avec raison, que la faculté accordée aux syndics d'une faillite, de transiger sauf homolgation, sur toute espèce de droit appartenant au failli, leur donne le pouvoir de reconnaître la sincérité et la validité d'une créance hypothécaire absorbant presque tout l'actif de la faillite et même de plusieurs faillites régulièrement ou irrégulièrement confondues, moyennant la garantie par ce dernier d'un minimum de dividende au profit des autres créanciers de chacune des faillites (Req., 13 décembre 1865 : Dalloz, 1866, 1,145). Jugé encore que l'admission par le syndic au passif de la faillite, d'une créance dont l'existence ou la quotité était l'objet d'un procès entre le failli et le créansier, au moment de la faillite, constitue une transaction qui, pour être opposable au failli, doit être accompagnée des formes prescrites par l'article 487, C. de c. (Bordeaux, 30 mai 1853 : Dalloz, 1854, 2,110). Mais, jugé à tort, selon nous, que le concordat constituant une remise de dette consentie par les créanciers du failli au profit de celui-ci, le syndic peut accepter et signer le concordat d'un débiteur du failli avec l'autorisation du juge-commissaire (Bordeaux, 18 décembre 1878 : Dalloz, 1881, 2, 215). Nous avons déjà montré que le concordat n'est pas une transaction, ce dont d'ailleurs l'arrêt cité convient parfaitement (n° 395). Dès lors, il nous semble difficile d'appliquer au concordat la disposition de l'article 487, C. de c., relative à la transaction. Il a été jugé de même que le désistement d'une action équivaut à une transaction et que, par suite, le syndic d'une faillite peut se désister de l'appel (ce qui constitue une renonciation au droit, et non pas seulement un désistement d'instance), en remplissant les formalités prescrites par les articles 535 et 487, C. de c.

431. — Voilà les règles du Code de commerce. Ces règles viennent d'être modifiées par la récente loi du 4 mars 1889. Cette loi, en introduisant une situation nouvelle, celle de la liquidation judiciaire, a introduit en même temps l'institution du liquidateur. Ce liquidateur, qui ressemble au syndic, n'a pas tout à fait les mêmes fonctions que lui. Il est au syndic comme le curateur est au tuteur. Le syndic agit à la place du failli, comme le tuteur agit à la place du mineur. Le liquidateur, lui, n'agit pas à la place du débiteur, mais il l'assiste, comme le curateur assiste le mineur émancipé. Voici, d'ailleurs, la disposition de l'article 7 de la nouvelle loi.

« Le débiteur peut, après l'avis des contrôleurs qui auraient été désignés conformément à l'article 9[1], avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire, accomplir tous actes de désistement, de renonciation ou d'acquiescement.

« Il peut, sous les mêmes conditions, transiger sur tout litige dont la valeur n'excède pas quinze cents francs. Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excédant quinze cents francs, la transaction

(Cass., 23 février 1885 : Dalloz, 1885, 1, 284). Mais nous avons vu aussi qu'il y a une différence considérable entre le désistement et la transaction (n° 276). Donc, les articles 487 et 535 ne peuvent pas s'appliquer au désistement. Ce sont cependant des lacunes. La nouvelle loi sur la liquidation judiciaire exige, pour tous actes de désistement et de renonciation, ce qui comprend le concordat : 1° l'avis des contrôleurs ; 2° l'assistance des liquidateurs, et 3° l'autorisation du juge-commissaire (art. 7, cité au n° 431). Il est dommage que cette disposition ne s'applique pas à la faillite.

[1] Voici la disposition de l'article 9 concernant les contrôleurs : « Ils (les créanciers) sont consultés par le juge-commissaire sur l'utilité d'élire immédiatement, parmi eux, un ou deux contrôleurs. — Ces contrôleurs peuvent être élus à toute période de la liquidation, s'ils ne l'ont été dans cette première assemblée. »

n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée dans les termes de l'article 487 du Code de commerce.

« L'article 1er de la loi du 11 avril 1838 sur les tribunaux civils de première instance est applicable à la détermination de la valeur des immeubles sur lesquels a porté la transaction [1]. Tout créancier peut intervenir sur la demande en homologation de la transaction. »

432. — Jusque-là, nous n'avons parlé que du débiteur en état de liquidation judiciaire. Mais la loi du 4 mars dernier a apporté aussi des modifications à la législation des faillites. En voici une relative à notre matière :

L'article 20, 2e al., de la nouvelle loi, porte : « Sont également appliquables à l'état de faillite les dispositions de la loi présente concernant l'institution des contrôleurs. »

Or l'article 10 détermine ainsi les fonctions des contrôleurs : « Les contrôleurs sont spécialement chargés de vérifier les livres et l'état de situation présenté par le débiteur et de *surveiller les opérations des liquidateurs.* »

Ainsi, transportés en matière de faillite, ces contrôleurs seront chargés de surveiller les opérations des syndics, dont les transactions. D'ailleurs, l'article 7, que nous avons transcrit ci-dessus, nous montre clairement leurs fonctions dans les transactions.

433. — Voici donc, en résumé, les conditions aux-

[1] Voici le 1er alinéa de cet article : « Les tribunaux civils de première instance connaîtront, en dernier ressort, des actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 1500 francs du principal, et des actions immobilières jusqu'à 60 francs de revenu, déterminé, soit en rentes, soit par prix de bail. »

quelles on peut transiger pendant la faillite ou la liquidation judiciaire :

1° Pendant la liquidation judiciaire, c'est le débiteur lui-même qui transige. Mais, pour que la transaction soit opposable à la masse, il faut : 1° l'avis des contrôleurs, conforme ou non ; 2° l'assistance des liquidateurs ; 3° l'autorisation du juge-commissaire ; 4° quand le litige porte sur une valeur indéterminée ou excédant quinze cents francs, l'homologation du tribunal de commerce en matière mobilière, du tribunal civil en matière immobilière;

2° Pendant la faillite, c'est le syndic qui transige. Mais, pour que sa transaction soit valable, il faut : 1° l'avis des contrôleurs; 2° l'appel du failli, dont le consentement est nécessaire, quand la transaction portant sur un droit immobilier intervient avant l'union; 3° l'autorisation du juge-commissaire; 4° quand le litige porte sur une valeur indéterminée ou excédant trois cents francs, l'homologation du tribunal de commerce ou du tribunal civil.

434. — Quelle est la sanction de ces formalités ? Dans le cas de liquidation judiciaire, comme c'est le débiteur même qui agit, s'il transige sans les formalités voulues, c'est la masse seule qui peut demander la nullité de la transaction. Mais, en cas de faillite, comme c'est le syndic qui agit, s'il agit en dehors de ses pouvoirs, il fait un acte inexistant, et tous les intéressés peuvent en demander la nullité. Voilà le principe. Ce principe doit être tempéré par l'observation suivante : c'est que, si le failli donne son consentement à l'acte, alors même que toutes les formalités requises par la loi ne seraient pas

remplies, l'acte n'est plus inexistant ; il existe à l'égard de toutes personnes autres que la masse, qui peut seule en demander la nullité.

Lorsque le tribunal a homologué une transaction, cette transaction est-elle attaquable par voie de l'action principale en nullité ?

Selon nous, il faut distinguer. S'agit-il d'attaquer le jugement d'homologation, soit comme entaché de nullité, soit comme inopportun, il faut recourir aux voies de recours admises contre les décisions judiciaires. Cela résulte, selon nous, de l'article 583, C. de c, qui n'énumère pas notre jugement parmi les jugements non susceptibles d'opposition, ni d'appel, ni de cassation. Il semble d'ailleurs qu'il est dans l'esprit de législateur de permettre ces voies de recours contre tous jugements d'homologation, parce que nous avons vu que, à nos yeux au moins, le jugement homologatif de la transaction intéressant un mineur est susceptible d'appel (n° 389). Ajoutons qu'ici, il y a une raison de plus, car la transaction intéressant le failli peut souvent être homologuée malgré l'opposition du failli.

Mais s'agit-il d'attaquer la transaction elle-même comme entachée de nullité, l'action principale en nullité est toujours possible. Ainsi un arrêt récent nous semble confondre ces deux principes, en décidant que le jugement d'homologation étant un acte de juridiction contentieuse, la transaction homologuée ne peut être attaquée que par voie de recours admise contre les décisions judiciaires (Nancy, 28 décembre 1886 : Dalloz, 1888, 2, 142). D'abord, il nous semble inexact que le jugement homologatif soit un acte de juridiction contentieuse. S'il est susceptible d'opposition, d'appel, de cassation, etc.,

c'est qu'il y a un texte de loi qui semble le permettre. Mais, là où cet arrêt est surtout critiquable, c'est quand il déclare que la transaction ne peut être attaquée par voie d'action principale en nullité, parce que le jugement d'homologation n'est pas susceptible d'être attaqué par cette voie (Cf n° 389).

SECTION II

DU POUVOIR DE TRANSIGER

435. — Le pouvoir de transiger pour autrui est une chose exceptionnelle. Il ne résulte que de la convention ou de la loi.

Les actes d'une personne n'ayant pas le pouvoir de les faire, à la différence des actes d'un incapable, sont en principe inexistants. Toutefois, rien n'est absolu : d'un côté, nous avons vu que les actes d'un interdit légalement sont inexistants (nos 406 et suiv.); d'un autre côté, nous avons vu aussi que les actes du tuteur sans les formalités voulues, notamment ses transactions sans les formalités de l'article 467, ne sont qu'annulables au profit du mineur (n° 397) [1].

Du reste, le maître peut toujours ratifier les actes d'une personne qui a agi sans pouvoir, et alors, il est tenu comme s'il avait donné mandat de les faire. D'autre

[1] Ainsi MM. Accarias et Baudry-Lacantinerie sont trop absolus, lorsqu'il disent que, « faite par un incapable, la transaction existe quoique viciée ; qu'au contraire, faite par une personne sans pouvoir, elle est dénuée d'existence à l'égard du véritable intéressé (Accarias, p. 251 ; Baudry-Lacantinerie, III, p. 574). »

part, si ces actes lui ont été utiles, il peut être tenu à titre de gestion d'affaires: voilà le principe. Ce principe doit rarement recevoir son application en matière de transaction; car, pour prouver que la transaction a été utile au maître, il faudrait établir que la prétention de celui-ci était mal fondée. Or, si on établit que sa prétention était mal fondée, on gagnera le procès sur lequel on a transigé, ce qui sera presque toujours plus avantageux que d'obtenir l'exécution de la transaction, qui suppose toujours des sacrifices. Cependant, il peut arriver que l'exécution de la transaction est plus avantageuse que le gain du procès. Par exemple, Primus revendique une maison possédée par Secundus et valant 100 000 francs. Tertius, gérant les affaires de Secundus, transige avec Primus et lui promet 50 000 francs. La maison brûle. Primus réclame à Secundus les 50 000 francs, que son gérant d'affaires a promis, en prouvant que la maison lui appartenait réellement, et que, par conséquent, la transaction a été utile à Secundus. Celui-ci devra lui payer 50 000 fr. ce qui est plus avantageux pour Primus que de réclamer la maison, qui n'existe plus [1].

436. — Parmi ceux qui ont le pouvoir de transiger, il y en a qui reçoivent de par la loi ou la convention le pouvoir de transiger pour autrui, tout en transigeant pour eux-mêmes. Mais nous en parlerons à propos des personnes à qui ou par qui la transaction peut être opposée. Pour le moment, nous ne parlerons que des véri-

[1] M. Accarias prétend que « la gestion d'affaires ne comporte que des actes d'administration (p. 252). » Mais cette opinion ne nous semble s'appuyer sur aucun texte.

tables mandataires légaux, judiciaires et conventionnels.

§ I. — Des mandataires légaux et judiciaires

437. — Nous avons déjà parlé de plusieurs mandataires légaux et judiciaires, en traitant des incapables : ce sont le tuteur, le père administrateur légal, l'administrateur provisoire d'un aliéné ou d'une personne dont l'interdiction est demandée, le mari et le syndic. Nous ne parlerons donc que des autres mandataires légaux et judiciaires.

D'abord il y a un principe certain et fondamental, c'est que la transaction est un acte de disposition ; donc un administrateur ne peut pas transiger, à moins qu'il ne reçoive un mandat spécial du mandant ou de la loi.

Appliquant ce principe aux cas incontestables, nous dirons que ni le curateur d'une succession vacante (art. 813, C. c.), ni l'administrateur des biens d'un présumé absent (art. 112, C. c.) ne peuvent transiger.

L'héritier bénéficiaire, s'il veut conserver le bénéfice d'inventaire, ne peut pas non plus transiger[1], car la transaction étant un acte de disposition, ne peut en principe être conclue que par le propriétaire, et l'héritier bénéficiaire, en tant qu'héritier bénéficiaire, n'est qu'un administrateur (arg., art. 803, C. c. ; Cf. art. 804, 805, 806 et 807, C. c.). Il va sans dire que, n'étant autorisé par aucun texte de loi, le tribunal n'a pas le droit d'habiliter l'héritier bénéficiaire à transiger sans, pour cela, perdre sa qualité d'héritier bénéficiaire. Nous n'appliquerons pas non plus, bien entendu, l'article 467 à notre cas. Un arrêt de la Cour de Nancy a ce-

[1] La Cour de Paris, ne voulant pas s'attaquer de front à la question, a décidé que c'est à l'héritier bénéficiaire à apprécier, sous sa propre

pendant jugé que l'héritier bénéficiaire peut donner à un tiers le pouvoir de transiger sur une affaire de la succession, lorsque cette affaire rentre dans les actes d'administration, sans, pour cela, perdre son bénéfice d'inventaire (Nancy, 1er février 1884: Dalloz, 1888, 1, 345). Cet arrêt se trompe à nos yeux, en croyant que toute personne ayant le pouvoir d'administrer peut transiger ou, ce qui revient au même, donner le pouvoir de transiger sur les actes d'administration. Il est vrai que nous avons admis que le mineur émancipé et la femme ayant la capacité d'administrer peuvent transiger sur leurs actes d'administration. Mais, eux, ils ont la disposition de leurs revenus, dont ils sont propriétaires: tandis que l'héritier bénéficiaire, en tant qu'héritier bénéficiaire, n'est qu'un administrateur, qui est tenu de « rendre compte de son administration aux créanciers et aux légataires (art. 803, C. c.). » Il est loin de pouvoir disposer des revenus ; donc il ne peut transiger, même sur les revenus.

438. — La question est fort débattue pour l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent. Un point est certain, c'est que cet envoyé en possession provisoire ne peut pas transiger sur des droits immobiliers, sans l'autorisation judiciaire.

Mais peut-il librement transiger sur des droits mobiliers? Des auteurs l'ont soutenu[1]. D'après eux, cet envoyé

responsabilité, si, en transigeant, il ne compromet pas sa qualité d'héritier bénéficiaire, et qu'il ne peut pas se couvrir de sa responsabilité en demandant l'autorisation judiciaire, non prescrite par aucune disposition de la loi (Paris, 30 juin 1850 : Dalloz, 1851, 2, 116).

[1] Dalloz, v° *Absence*, n° 351 ; v° *Transaction*, n° 55 ; Aubry et Rau, I, p. 606.

en possession provisoire a le droit de disposer des meubles : donc il a le droit de transiger sur des meubles [1]. Cette opinion a d'abord un petit défaut, c'est qu'elle se fonde sur une décision repoussée par les autres, pour trancher une question controversée. Mais est-il au moins vrai, malgré l'opinion générale, que notre envoyé en possession provisoire ait le droit de disposer des meubles? Nous ne le pensons pas. D'abord, le principe est nettement posé par l'article 125, C. c. : « La possession provisoire, nous dit cet article, ne sera qu'un *dépôt*, qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent. » Le mot *dépôt* est certainement inexact, mais il montre clairement que le possesseur provisoire n'est point propriétaire, qu'il ne gère que des affaires d'autrui. Or l'aliénation, même des meubles, est un acte de disposition qui n'appartient, en principe, qu'au propriétaire. Donc, elle n'appartient ni au dispositaire, ni au simple administrateur, à moins qu'une disposition formelle de la loi ne la lui permette. Y a-t-il ici une disposition de la loi qui la permette à l'envoyé en possession provisoire? Aucune! Bien mieux, l'article 126, 2e al., donnant expressément au tribunal le « droit d'ordonner, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier, » nous laisse clairement entendre que l'envoyé en possession provisoire ne peut aliéner le mobilier, de sa propre autorité. Si l'article 128, dont on argumente quelquefois ne défend nommément que l'aliéna-

[1] M. Accarias a mal compris l'argument de ces auteurs, lorsqu'il affirme que ces derniers permettent aux envoyés provisoires de transiger librement sur les droits mobiliers, *considérant que l'exercice des actions de l'absent leur appartient* (p. 250). Donc sa belle réfutation, qui tient près d'une page entière, frappe à faux.

tion et l'hypothèque des immeubles, c'est que, d'après l'article 126, le tribunal peut ordonner l'aliénation des meubles. Donc, le possesseur provisoire ne peut en principe aliéner ses meubles ou immeubles.

Mais, en admettant même qu'il puisse librement aliéner les meubles, en résulte-t-il nécessairement qu'il puisse aussi transiger sur les meubles? Nullement. Le tuteur, qui peut et même doit vendre « tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver, » ne peut que très difficilement transiger (art. 452 et 467). Donc, c'est à bon droit que cette première opinion est généralement repoussée[1].

439. — Donc, de sa propre autorité, l'envoyé en possession provisoire ne peut transiger ni sur des droits immobiliers, ni sur des droits mobiliers. Le tribunal peut-il au moins l'autoriser à transiger? Ici l'opinion presque unanime répond affirmativement[2]. En voici l'ar-

[1] En ce sens : Accarias, pp. 250 et 251 ; Baudry-Lacantinerie, I, p. 209, III, p. 574; Demante, I, p. 268 ; Pont, II, pp. 277 et 278 ; Laurent, II. p. 240, XXVIII, p. 348 ; Demolombe, II, p. 130.

[2] Dalloz, v° *Absence*, n° 350 ; Baudry-Lacantinerie, I, p. 209 ; Demante, I, p. 269 ; Aubry et Rau, I, p. 608 ; Laurent, II, pp. 240 et 241; Demolombe, II, pp. 128 et suiv. — Demante, après avoir décidé que le tribunal peut autoriser la transaction, ajoute : « Pour cela, le tribunal *ferait bien* d'appliquer par analogie l'article 467, qui prescrit l'avis préalable de trois jurisconsultes. » Nous croyons que c'est un conseil que le savant professeur donne obligeamment aux tribunaux. Mais ce conseil nous apprend une chose nouvelle. Nous croyions que l'avis de trois jurisconsultes est prescrit surtout pour éclairer le tuteur et la famille. C'est, du moins, ce que nous apprend Bigot de Préameneu (Fenet, XV, p. 104 ; Locré, XV, p. 417. — V. n° 384, 5e note). Il paraît que nous nous trompions : Demante nous apprend que c'est pour éclairer le tribunal ! Et puis, nous pensons que, du moment que l'on applique par analogie l'article 467, il faut l'appliquer tout entier, de sorte qu'on doit consulter non seulement les trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République (Demante ne le dit pas, mais

gument principal, sinon unique : D'après l'article 112, C. c., le tribunal peut, dit-on, *ordonner toutes les mesures qu'il croit nécessaires,* sur les biens d'un présumé absent ; il peut donc ordonner soit d'*hypothéquer*, soit d'*aliéner un immeuble*, soit de TRANSIGER. A plus forte raison, peut-il autoriser les mêmes mesures à l'envoyé en possession provisoire d'une personne déclarée absente.

Cet argument ne tient pas. D'abord, l'article 112 est loin d'être conçu dans des termes aussi larges qu'on veut le soutenir. En voici la teneur exacte : « S'il y a *nécessité absolue de pourvoir à l'administration* de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente, et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance, sur la demande des parties intéressées. » Ainsi la loi n'accorde au tribunal que le droit d'*ordonner des mesures nécessaires à l'administration*. Hypothéquer, aliéner un immeuble, *transiger*, sont-ce là des actes d'administration? Mais faisons une concession à nos adversaires et admettons un instant avec eux que le tribunal peut *ordonner toutes les mesures nécessaires*. On pourrait ainsi décider qu'il peut ordonner la vente des objets sujets à dépérissement. Mais pourrait-on jamais dire qu'une transaction est *nécessaire ?* Non certes ! une transaction peut être utile, mais jamais nécessaire. D'ailleurs, est-il possible d'admettre que le tribunal ait le droit d'autoriser quel-

nous le supposons), mais aussi le conseil de famille. Le savant auteur a oublié de le dire. C'est dommage ! — Nous nous étonnons que d'autres auteurs encore conseillent aux tribunaux de prendre l'avis de trois jurisconsultes, notamment Demolombe, II, p. 128.

Mourlon (I, pp. 234 et 235) et Marcadé (I, pp. 511 et 512) ne parlent pas de la transaction, mais ils admettent l'autorisation judiciaire pour l'aliénation et l'hypothèque des immeubles.

qu'un à disposer de la chose d'autrui, sans qu'un texte formel de la loi lui donne ce pouvoir [1] ?

440. — Donc, selon nous, l'envoyé provisoire ne peut valablement transiger. Mais, s'il a transigé malgré cela, quel sera le sort de cette transaction?

D'après le principe que nous avons posé en commençant cette section, il semblerait que cette transaction est complètement inexistante et que tous les intéressés peuvent en invoquer la nullité. Il n'en est rien, et voici pourquoi. L'envoyé provisoire réunit à sa qualité d'administrateur celle de propriétaire sous condition résolutoire. Si l'absent reparaît, il n'est qu'un administrateur. Si l'absent ne reparaît plus, il peut devenir propriétaire des biens qu'il est chargé de gérer. Donc, lui-même ne peut jamais demander la nullité de sa transaction. D'un autre côté, l'absent, qui reparaît, peut toujours en demander la nullité. Quant à l'autre partie, si elle a été de bonne foi, elle peut demander la nullité: autrement, elle ne le peut pas.

441. — On traite généralement des personnes morales à propos des incapables. Il nous semble cependant

[1] En ce sens, Accarias, pp. 250 et 251. — M. Pont, après avoir reproduit l'opinion générale, ajoute seulement que c'est un point contesté, sans se prononcer formellement ni dans l'un ni dans l'autre sens (II, p. 278). M. Colmet de Santerre traite comme irrégulière et insuffisante toute main-levée d'hypothèque consentie par l'envoyé en possession provisoire, et qui serait au fond une remise de dette ou une *transaction* (IX, p. 323). Est-ce à dire qu'il n'admet pas que cet envoyé provisoire puisse transiger, même avec l'autorisation judiciaire? — Je mets le même point d'interrogation en présence d'un arrêt qui a décidé que la femme d'un absent qui a opté pour la continuation de la communauté ne peut transiger sur une créance dépendant de la communauté (Orléans, 22 novembre 1850 : Dalloz, 1851, 2, 70).

qu'il n'y a là que des questions de pouvoir. Les personnes morales, à la différence des personnes physiques, ne sont pas seulement incapables *en droit :* il leur est absolument impossible *en fait* de contracter, n'ayant pas d'existence réelle. Que le maire, que le conseil municipal ne puissent transiger sans l'assentiment de l'autorité supérieure, ce n'est toujours là qu'une question de pouvoir, car il ne s'agit que de déterminer les pouvoirs du maire, du conseil municipal, en matière de transaction ; ce n'est jamais là une question de capacité.

Cela étant, déterminons maintenant les pouvoirs des personnes ou des corps qui représentent les personnes morales.

L'article 2045, dern. al., porte : « Les commmunes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Roi. » Ce paragraphe n'existait pas dans le premier projet. C'est sur la demande du conseiller d'État Regnaud de Saint-Jean-d'Angely que ce paragraphe fut ajouté, rappelant ainsi un arrêté qui venait d'être rendu [1].

De toutes les personnes morales, nous n'avons à parler ici que des établissements publics, car ce sont eux seuls qui ont des mandataires légaux. Encore n'est-ce pas de tous les établissements publics que nous voulons parler : nous ne parlerons que de ceux qui ont des règles spéciales en matière de transaction, savoir : les communes, les départements et quelques autres établissements publics.

442. — 1° Des Communes. L'arrêté du 21 frimaire

[1] Fenet, XV, pp. 91 et 93 ; Locré, XV, pp. 404 et 405.

an XII, auquel Regnaud de Saint-Jean-d'Angely fit allusion, reproduisant à peu près ce qui était en vigueur à la fin de l'ancien régime, prescrivait, pour que les transactions conclues par les communes fussent valables, les cinq conditions suivantes : 1° la consultation de trois jurisconsultes [1]; 2° la délibération du conseil municipal; 3° l'avis du conseil de préfecture; 4° l'autorisation du préfet; 5° l'homologation du Gouvernement, rendue en forme de règlement d'administration publique. Voici, d'ailleurs, les dispositions de cet arrêté :

« ART. 1er. — Dans tous les procès nés ou à naître, qui auraient lieu entre des communes et des particuliers sur des droits de propriété, les communes ne pourront transiger qu'après une délibération du Conseil municipal, prise sur la consultation de trois jurisconsultes, désignés par le préfet du département, et sur l'autorisation de ce même préfet, donné d'après l'avis du Conseil de préfecture.

« ART. 2. — Cette transaction, pour être définitivement valable, devra être homologuée par un arrêté du Gouvernement, rendu dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique. »

443. — Cet arrêté fut successivement modifié, en ce qui concerne la dernière condition, par la loi du 18 juil-

[1] Il a été jugé que cette consultation préalable avait pour objet d'éclairer d'abord le conseil municipal sur les avantages ou les inconvénients de la transaction projetée ; qu'il n'était dès lors pas satisfait au vœu de l'arrêté du 21 frimaire an XII, lorsque cette consultation n'intervenait pas avant, mais seulement après la délibération du conseil municipal, encore bien qu'elle intervînt avant l'arrêté du préfet (Conseil d'État, 2 février et 12 juillet 1860 : Dalloz, 1860, 3, 49).

[2] Cette condition est essentielle (Conseil d'État, 12 février 1863 : Dalloz, 1863, 3, 27).

let 1837, art. 59, qui n'exigea plus l'homologation gouvernementale que s'il s'agissait « d'objets immobiliers ou d'objets mobiliers d'une valeur supérieure à 3000 fr. ; » par le décret du 25 mars 1852, art. 1, tabl. A, n° 43 [1], qui supprima complètement l'homologation du Gouvernement, sauf pour le département de la Seine (art. 7); et par le décret du 9 janvier 1861, dont la constitutionnalité est d'ailleurs contestée, qui étendit même au département de la Seine le décret du 25 mars 1852.

444. — On se demandait si la loi de 1837 n'avait pas complètement abrogé l'arrêté de l'an XII, notamment la consultation de trois jurisconsultes. On décidait généralement que la nécessité de cette consultation avait survécu à la loi de 1837 [2].

On se demandait aussi si, dans le cas où la transaction intervenait entre deux communes, entre une commune et une section de commune, ou entre deux sections de commune, il était nécessaire d'avoir deux consultations distinctes de trois jurisconsultes chacune, ou s'il suffisait d'une seule consultation pour les deux parties. On décidait généralement que, dans les cas où les deux parties étaient du même département, le préfet, qui pouvait choisir les mêmes jurisconsultes pour les deux parties, pouvait n'exiger qu'une seule consultation.

445. — Toutes ces difficultés n'ont plus leur raison d'être depuis la loi du 5 avril 1884, qui, dans son ar-

[1] V. Décr. du 13 avril 1861, tabl. A, n° 50.

[2] Décisions ministérielles du 27 octobre 1839 et du 26 mars 1841 : Dalloz, v° *Commune*, n° 2475, note 1 ; Conseil d'État, 12 juillet 1860 : Dalloz, 1860, 3, 49.

ticle 168, 4°, 6° et 14°, a abrogé l'arrêté du 21 frimaire an XII, la loi du 18 juillet 1837 et le décret du 13 avril 1861, tabl. A, n° 50. D'après les articles 68, 4°, et 69, de la nouvelle loi, le maire peut transiger conformément à la délibération du conseil municipal, sans avoir à accomplir aucune formalité. La transaction existe dès le jour de la délibération du conseil municipal : aucune des parties transigeantes ne peut plus s'en dédire. Mais elle n'est exécutoire que sur l'approbation du préfet, donnée en conseil de préfecture, et si le préfet ne l'approuve pas, la transaction est rétroactivement résolue. C'est ainsi, du moins, que nous comprenons les articles 68 et 69 de la nouvelle loi municipale.

Sous l'empire de l'arrêté du 21 frimaire an XII, la transaction restait à l'état de projet, certainement jusqu'à l'approbation du préfet, car l'article 1er de l'arrêté disait que *les communes ne pourront transiger que sur l'autorisation du préfet ;* on pouvait même soutenir qu'elle restait à l'état de projet jusqu'à l'homologation du gouvernement, car l'article 2 du même arrêté portait : « Cette transaction, *pour être définitivement valable*, devra être homologuée... » La loi du 18 juillet 1837 avait déjà modifié l'arrêté consulaire, en disant, dans son article 20, que les délibérations des conseils municipaux « sont *exécutoires* sur l'approbation du préfet, sauf les cas où l'approbation par le ministre compétent, ou par ordonnance royale, est prescrite... » et dans son article 59, que « toute transaction consentie par un conseil municipal ne peut être *exécutée* qu'après l'homologation par ordonnance royale, s'il s'agit d'objets immobiliers ou d'objets mobiliers d'une valeur supérieure à 3,000 francs, et par arrêté du préfet en conseil de pré-

fecture, dans les autres cas. » Ce qui voulait dire, selon nous, que la transaction était valable à partir du jour de la délibération du conseil municipal, mais que l'exécution en était suspendue jusqu'à l'approbation préfectorale ou jusqu'à l'homologation royale, et que, jusque-là, la transaction n'existait que sous condition résolutoire [1]. Tel nous semble aussi le système actuel, si nous en croyons les termes de l'article 69 de la nouvelle loi qui dit : « Les délibérations des conseils municipaux sur les objets énoncés à l'article précédent sont *exécutoires* sur l'approbation du préfet... »

De même, sous l'empire de l'arrêté de l'an XII, on pouvait se demander si l'avis du conseil de préfecture devait être favorable à la transaction, car l'article 1er, *in fine*, de cet arrêté, exigeait l'autorisation du préfet, « donnée *d'après l'avis du conseil de préfecture*. » Ce doute n'était plus possible depuis 1837, car l'article 59 de la loi de 1837 n'exigeait qu'un « arrêté du préfet *en Conseil de préfecture*. » Il en est de même de la nouvelle loi, article 69, deuxième alinéa.[2]

[1] Bien entendu, on pouvait stipuler que la transaction ne serait que provisoire jusqu'à l'autorisation préfectorale ou royale : dans ce cas, elle ne liait aucune des deux parties jusqu'à cette autorisation (Pau, 16 août 1852 : Dalloz, 1853, 2, 72).

[2] Au Japon, des lois récentes ont statué sur notre question. Elles organisent différemment les grandes villes et les autres communes. Nous appellerons les premières *cités* (*Shi*), et les dernières *communes* (*Tshô-Son*). Dans les cités, c'est le *conseil administratif de la cité* (*Shi-San-Dji-Kwaï*), composé du *bourgmestre* (*Shi-Tshô*), des *adjoints* (*Djo-Yakou*) et des *conseillers administratifs de la cité* (*Shi-San-Dji-Kwaï-In*), qui a le pouvoir de transiger, d'après la délibération du *conseil municipal* (*Shi-Kwaï*) (L. sur les cités, du 17 avril 1888, article 31, 11°, article 64, 7°). Dans les communes, c'est le *maire* (*Tshô-Son-Tshô*) qui transige, après la délibération du *conseil communal* (*Tshô-Son-Kwaï*) (L. sur les communes, du 17 avril 1888, article 33, 11°, article 68, 7°).

446. — 2° Des départements. Jusqu'en 1811, la personnalité des départements était au moins douteuse; en tout cas, si elle était déjà admise, elle avait peu d'importance. C'est ainsi qu'on s'explique que l'article 2045, C. c., qui nomme les communes, ne parle pas des départements, à l'exemple de bien d'autres articles du Code (art. 910, 937, 1596, 1712, 2121, 2227). Mais, depuis 1811, les départements constituent incontestablement des personnes morales, et ils sont virtuellement compris dans les établissements publics, dont parle l'article 2045, après avoir désigné nommément les communes. Donc, ils devaient demander l'autorisation gouvernementale pour transiger [1]. C'est, du reste, ce que décidait formellement la loi du 10 mai 1838, qui, après avoir dit, dans son article 4, 6°, que « le conseil général délibérait sur les transactions qui concernent les droits du département », ajoutait dans son article 38, que ces transactions « ne pouvaient être autorisées que par ordonnance du roi, le conseil d'État entendu. »

Mais le décret de décentralisation du 25 mars 1852, article 1, tabl. A, n° 6, dont nous avons déja parlé à propos des communes, accorde au préfet la faculté de transiger sans aucune autorisation gouvernementale. Il peut donc désormais transiger après la seule délibération du conseil général. Cette règle a été d'ailleurs successivement confirmée : 1° par le décret du 13 avril 1861, tabl. A, 6° ; 2° par la loi du 18 juillet 1866, article 1, 14° ; 3° enfin, par la loi du 10 août 1871, article 46, 16°. Des cir-

[1] L'auteur de l'article sur la *Transaction*, du Répertoire de Dalloz, (n° 64), se trompe certainement lorsqu'il affirme que l'arrêté du 21 frimaire an XII s'applique aux communes et aux établissements publics. Il ne s'applique qu'aux communes (V. n° 442).

culaires ministérielles du 5 mai 1852[1] et du 4 août 1866[2] ont successivement recommandé aux préfets de prendre l'avis de trois jurisconsultes. Mais cette formalité, non prescrite par aucune disposition de loi, n'a jamais été obligatoire. A plus forte raison, n'est-elle point nécessaire, depuis la loi municipale du 5 avril 1884, qui n'exige plus cette formalité, même pour les communes.

447. — 3° DES AUTRES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS. Tous ces établissements sont prévus par l'article 2045, 3e al. ; ils ont tous besoin d'une autorisation gouvernementale, à moins qu'une loi ne les en dispense. Cette loi, c'est le décret-loi du 25 mars 1852, art. 1, tabl. A, n° 55, reproduit par le décret du 13 avril 1861, tabl. A, n° 67, et qui accorde au préfet le droit d'autoriser, à la place du gouvernement, toutes les transactions intéressant les établissements d'assistance publique et les autres établissements fondés par un département ou par une commune. Donc, de la règle générale de l'article 2045, 3e alinéa, il ne reste guère que l'autorisation gouvernementale qui est encore nécessaire pour les établissements ecclésiastiques, comme nous allons le voir.

Nous voulons parler spécialement des bureaux de bienfaisance et des établissements ecclésiastiques. Il y a d'abord une règle commune à ces deux catégories d'établissements. L'article 21, 5°, de la loi du 18 juillet 1837, confirmé implicitement par l'article 12 de la loi du 24 juillet 1867, et reproduit littéralement par l'article 70, 5°, de la loi du 5 avril 1884, dispose que « le conseil municipal est toujours appelé à donner son avis

[1] Dalloz, 1852, 3, 36.
[2] Dalloz, 1866, 3, 90.

sur les autorisations d'acquérir, d'aliéner, d'emprunter, d'échanger, de plaider ou de *transiger*, demandées par les hospices, hôpitaux et autres établissements de charité et de bienfaisance, par les fabriques et autres administrations préposées aux cultes dont les ministres sont salariés par l'État. »

448. — 1° DES ÉTABLISSEMENTS DE BIENFAISANCE. Un arrêté du 7 messidor an IX, article 15, décide que c'est le *comité consultatif*, composé de trois membres choisis par le sous-préfet parmi les jurisconsultes les plus éclairés de l'arrondissement (art. 11), qui transige sur tous les droits litigieux, intéressant les hospices. « Les transactions, d'après la même disposition, recevront leur exécution provisoire ; mais elles ne seront définitives et irrévocables qu'après avoir été approuvées par le Gouvernement, à l'effet de quoi elles seront transmises au ministre de l'intérieur, revêtues de l'avis des préfets et sous-préfets. »

Cette règle a reçu une modification certaine relativement à l'approbation gouvernementale : aujourd'hui, depuis 1852, l'approbation du préfet suffit. Mais, pour le reste, la jurisprudence est d'avis que l'arrêté du 7 messidor an IX reste en vigueur, et il n'y a, en effet, aucune disposition légale qui l'abroge.

Nous avons vu que, depuis 1837, le conseil municipal est toujours appelé à donner son avis sur ces transactions. La loi du 7 août 1851 donne à la *commission administrative* le pouvoir de délibérer sur les actions judiciaires et *transactions* (art. 9, antépénult. al.). Elle exige, en même temps, que ces délibérations soient « soumises à l'avis du conseil municipal, et suivent, quant aux auto-

risations, les mêmes règles que les délibérations de ce conseil (art. 10), » et confirme ainsi la loi de 1837, art 21, 5°.

Donc, aujourd'hui, voici les conditions que les transactions intéressant les hospices doivent remplir : 1° la délibération conforme de la commission administrative ; 2° l'avis conforme des trois jurisconsultes qui forment le comité consultatif. Après cela, les transactions existent sous condition résolutoire et sont exécutoires provisoirement. 3° L'avis, conforme ou non, du conseil municipal ; 4° l'avis, conforme ou non, du sous-préfet ; et 5° l'autorisation du préfet, qui rend les transactions « définitives et irrévocables. »

449. — 2° DES ÉTABLISSEMENTS ECCLÉSIASTIQUES. Nous avons déjà dit que, pour ces établissements, l'autorisation gouvernementale de l'article 2045, 3e alinéa, demeure toujours nécessaire. En effet, non seulement l'article 2 de l'ordonnance du 14 janvier 1831 décide formellement qu' « aucun notaire ne pourra passer acte de vente, d'acquisition, d'échange, de cession ou transport, de constitution de rente, de *transaction*, au nom des établissements ecclésiastiques, s'il n'est justifié de l'ordonnance royale, portant autorisation de l'acte, et qui devra y être entièrement insérée ; mais, de plus, les différentes lois ou décrets décentralisateurs évitent soigneusement de mentionner, parmi les actes abandonnés à la seule autorité du préfet, les affaires relatives aux établissements ecclésiastiques [1].

[1] On peut invoquer encore le décret du 30 décembre 1809, art. 62, le décret du 6 novembre 1813, art. 8, et l'ordonnance du 25 mai 1844, art. 64.

Si l'on se demande qui transige au nom de ces établissements, et dans quelles conditions, la réponse varie suivant la nature des établissements : 1° Dans les *fabriques*, c'est le *bureau des marguilliers* qui transige d'après la délibération du *conseil de fabrique* (Décret du 30 décembre 1809, art. 12, 5°, et 24) ; si la transaction porte sur un immeuble, il faut, en outre, prendre l'avis de l'*évêque* (arg., décret du 30 décembre 1809, art. 62). 2° Dans les *cures* et *succursales*, c'est le *curé* ou *succursaliste* qui transige avec la seule autorisation gouvernementale (arg., décret du 6 novembre 1813, art. 8). 3° Dans les *menses épiscopales*, c'est l'*évêque* qui a le même pouvoir (arg., même décret, art. 8 et 29). 4° Dans les *chapitres cathédraux* et *collégiaux*, c'est le *trésorier* qui transige en vertu d'une délibération de l'*assemblée des chanoines* (arg., même décret, art. 49, 53 et 57); cette délibération doit d'ailleurs être approuvée par l'*évêque ;* en cas de désaccord, c'est le *Ministre des Cultes* qui prononce (même décret, art. 61). 5° Dans les *séminaires*, c'est l'*évêque* qui transige, après avoir pris l'avis du *bureau d'administration* (arg., même décret, art. 70, et ordonn. du 2 avril 1817, art. 3). 6° Dans les *consistoires* et *conseils presbytéraux*, il faut distinguer : est-ce le *consistoire* qui veut transiger, il peut le faire avec la seule autorisation gouvernementale; est-ce le *conseil presbytéral* qui se propose de transiger, il faut prendre l'avis, favorable ou défavorable, du *consistoire*, qui se chargera de transmettre la demande d'autorisation au Gouvernement (décret du 20 mai 1853, art. 1er). 7° S'il s'agit de *consistoires israëlites*, ils peuvent transiger avec la seule autorisation du gouvernement (arg., ordonn. du 25 mai 1844, art. 64). 8° Enfin, les *congrégations religieuses* ne peuvent

transiger qu'avec l'approbation de l'*évêque* (arg., L. du 24 mai 1825, art. 2).

450. — Toutes les formalités que nous venons de voir doivent être observées à peine de nullité. Cela n'est pas douteux. Ce qui est plus douteux, c'est le point de savoir quelle est la nature de cette nullité?

Pour nous, c'est bien simple. La loi établit des organes administratifs et en détermine les pouvoirs. Ou bien ils peuvent agir seuls, ou bien ils sont obligés de remplir certaines formalités, c'est-à-dire que, sans ces formalités, ils n'ont pas le pouvoir d'agir. Donc, sans ces formalités, leurs actes sont inexistants : les deux parties peuvent en invoquer la nullité. Vainement prétend-on que les personnes morales que nous venons d'étudier ne sont que des incapables, comme le mineur, l'interdit, etc.; que les formalités ne sont exigées que pour protéger ces incapables, tout comme les formalités exigées pour les actes passés par le tuteur. Ceci nous semble contenir deux erreurs. 1° Nous espérons avoir démontré que les personnes morales ne sont pas des incapables comme le mineur et l'interdit. Ces derniers peuvent agir *en fait ;* mais la loi les déclare incapables *en droit;* tandis que les personnes morales ne peuvent pas agir elles-mêmes, par l'excellente raison qu'elles n'existent pas en réalité. Il faut donc *absolument* qu'il y ait quelqu'un qui agisse en leur nom. La loi détermine les pouvoirs de ce représentant qui ne peut *absolument* agir au nom de ces personnes que dans les limites que la loi assigne à ses pouvoirs. Donc les actes faits par lui en dehors des limites de ses pouvoirs sont inexistants. 2° Toutes les formalités que nous avons vues ne

sont pas exigées uniquement pour protéger les personnes morales : elles ont aussi pour but d'assurer l'autorité supérieure, comme l'incapacité de la femme a pour but d'assurer l'autorité maritale[1].

A l'inverse, les transactions conclues avec les formalités voulues sont certainement inattaquables.

451. — Quel est le tribunal compétent pour connaître de l'action en nullité de ces transactions pour cause d'inobservation des formalités que nous avons vues? La question est fort controversée. La jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de Cassation semblent être contraires, ici comme dans bien d'autres cas. Le conseil d'État veut naturellement attribuer la compétence aux autorités administratives[2]; tandis que la Cour de Cassation tient pour la compétence des tribunaux judiciaires[3]. Les auteurs se prononcent à peu près unanimement pour la jurisprudence de la Cour de Cassation[4]. Nous n'entrons pas dans la discussion, notre cadre d'étude restreint ne nous le permettant pas.

§ II. — Des mandataires conventionnels

452. — Nous avons vu, dans notre partie romaine

[1] *Contra* : Accarias, p. 240.

[2] Cons. d'Et., 12 juillet 1860: Dalloz, 1860, 3, 49 ; qui soumet au Conseil d'État la connaissance de l'arrêté préfectoral attaqué pour avoir autorisé une transaction sans les formalités voulues; — Cons. d'Ét., 17 avril 1869 : Dalloz, 1871, 3, 1 ; qui attribue compétence au ministre de l'Intérieur, d'une transaction attaquable pour inobservation des formes prescrites.

[3] Rej., 13 mai 1872 : Dalloz, 1872, 1, 317.

[4] Accarias, p. 240 ; Marbeau, pp. 61 et 624 ; Rigal, pp. 202 et suiv. ; Merlin, *Répertoire*, v° *Transaction*, § VI ; Pont, II, pp. 265 et 266; Dalloz, v° *Transaction,* n° 64, *in fine;* V° *Commune*, n° 2484 ; V° *Hospices*, n°s 449 et 463 ; Locré, XV, pp. 451 et suiv.

(nos 159 et suiv.), que c'est une question fort controversée que celle de savoir si, en droit romain, un mandataire général pouvait transiger. Nous avons résolu cette question négativement pour l'époque classique, et affirmativement pour le dernier état du droit romain (n° 162). Mais nous avons dit qu'il y a une opinion d'après laquelle, si le maître est présent, le mandataire n'a pas le pouvoir de transiger, mais il peut transiger valablement, si le mandant est absent (n° 159). Tel était à peu près l'avis de Pothier dans l'ancien droit[1]. Ce grand jurisconsulte disait que, lorsque le mandant n'est pas assez éloigné pour que son procureur ne puisse facilement le consulter sur les affaires extraordinaires, qui peuvent survenir, la présomption est que le mandant n'a pas entendu donner à son procureur le pouvoir de transiger sans le consulter ; mais qu'au contraire, lorsque le mandant a laissé une procuration générale en partant pour des pays éloignés, où son procureur n'est pas à portée de pouvoir le consulter sur les affaires extraordinaires qui peuvent lui survenir, le pouvoir de transiger sur ces affaires doit être présumé compris dans la procuration, lorsque la prudence et les règles d'une bonne administration semblent l'exiger.

453. — Cette décision, qui se comprenait à une époque où la justice était mal organisée, et par suite, la transaction souvent nécessaire, et où les voies de communication étaient peu développées, ne se comprend plus aujourd'hui, que l'organisation judiciaire est plus perfectionnée et rend ainsi la transaction moins nécessaire, et

[1] *Traité du Contrat de Mandat*, n° 157 (Edit. Bugnet, V, pp. 236 et 237).

que la communication est si facile. Aussi le Code civil a-t-il formellement innové sur ce point, en décidant, dans son article 1988, que « le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration, » et que, « s'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. » Ainsi, aujourd'hui, il est certain qu'un mandataire général ne peut pas transiger [1].

La loi a ajouté, avec infiniment de raison, que « le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat (art. 1989). » Donc le mandataire qui a reçu mandat, par exemple, de plaider ou de vendre, ne peut certainement pas transiger. Mais le même article se termine par ces mots: « Le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre. » D'où l'on pourrait se demander si, *a contrario*, le pouvoir de compromettre renferme celui de transiger. Mais un tel raisonnement est certainement faux, et au besoin, nous pourrions invoquer les paroles du tribun Tarrible, qui a dit dans son rapport au tribunat: « Le projet de loi, après avoir rappelé ce grand principe (que le mandataire ne peut rien faire au-delà de son mandat), l'éclaire par une application particulière, et explique les effets de la transgression. — Le pouvoir de transiger, est-il dit dans l'article 1989, ne renferme pas celui de compromettre. Ces deux pouvoirs, quoique tendant l'un et l'autre à terminer un procès, diffèrent cependant par des nuances qu'il était utile de marquer : le premier donne au mandataire

[1] L'article 4 du projet du Tribunal de Cassation portait : « Le mandataire ne peut transiger pour le mandant, si le pouvoir pour transiger n'est exprès (Fenet, II, p. 744). » On l'a supprimé, parce qu'évidemment, on l'a trouvé inutile.

la faculté de terminer lui-même le procès aux conditions qu'il juge convenables ; le second leur donne celle de soumettre le procès à un jugement d'arbitre. Terminer par son propre jugement, ou par le jugement d'autrui, sont deux choses différentes que le mandataire ne peut confondre sans dénaturer l'objet du mandat[1]. »

454. — Appliquant ces principes, désormais bien certains, nous déciderons : 1° que les administrateurs ou gérants d'une société ne peuvent pas transiger, même sur les objets qu'ils peuvent aliéner ; 2° que les liquidateurs d'une société n'ont pas davantage le pouvoir de transiger sans mandat spécial.

Nous ne pouvons pas en dire autant de l'assemblée des actionnaires, qui, elle, a le droit de transiger. Cette assemblée a reçu, soit de la loi, soit des statuts, le droit de disposer du capital social. Cela résulte à nos yeux de la combinaison des articles 29, 31 et 32, de la loi du 24 juillet 1867. En effet, d'une part, d'après l'article 32 de cette loi, l'assemblée ordinaire des actionnaires peut donner le *quitus* aux administrateurs. Or ce *quitus* peut être une remise gratuite. A plus forte raison, cette assemblée peut-elle transiger avec les administrateurs et donner le *quitus* à titre onéreux. D'autre part, l'article 31 organise les assemblées extraordinaires, qui peuvent « délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au-delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme. » Ainsi une assemblée d'actionnaires peut même modifier les statuts ; il serait donc absurde de lui refuser

[1] Fenet, XIV, pp. 593 et 594 ; Locré, XV, pp. 246 et 247.

le droit de transiger. Maintenant, cette assemblée extra ordinaire est composée autrement que l'assemblée ordinaire, dont nous avons parlé; mais, pour transiger, il suffit d'une assemblée ordinaire, car l'article 29 nous dit:

« Les assemblées générales qui ont à délibérer dans des cas autres que ceux qui sont prévus par les deux articles qui suivent, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social. » (Paris, 16 avril 1870 : Dalloz, 1870, 2, 121; Paris, 30 juin 1883 : Dalloz, 1885, 2, 18; Req., 23 février 1885: Dalloz, 1885, 1, 413; Req., 11 novembre 1885: Dalloz, 1886, 1, 54.)

CHAPITRE V

DES MODALITÉS DE LA TRANSACTION

455. — La transaction, comme toute autre convention, peut être affectée de toute espèce de modalité : terme, condition, clause pénale, etc. etc.

Nous trouvons un arrêt qui est intervenu sur une transaction conditionnelle assez curieuse. Par une transaction, les parties ont voulu confier à l'arbitrage d'experts désignés, la fixation d'une indemnité pour prix de l'abandon d'une servitude. Les experts ont refusé d'accepter cette délicate mission. L'arrêt a décidé, avec raison, que ce refus fait défaillir la condition dont dépendait la transaction et qu'il rend à chaque partie le libre exercice de ses droits (Pau, 11 juillet 1871 : Dalloz, 1872, 5, 441)[1].

456. — L'article 2047 nous dit : « On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. »

Nous avons déjà vu qu'en droit romain, il y avait beaucoup de textes qui parlaient de la clause pénale ajoutée à une transaction (nos 164 et suiv.).

[1] Il ne faudrait pas voir un compromis dans cette hypothèse. L'une des parties a abandonné par transaction la servitude à laquelle elle prétendait avoir droit. Ce n'est que le soin de déterminer le montant de l'indemnité, moyennant laquelle elle a abandonné cetts servitude, qu'on a confié à des experts. Donc, le différend a été tranché par la transaction, et non par un compromis.

Domat, probablement à cause du grand nombre de ces textes, a cru devoir parler de la clause pénale à propos de la transaction. Mais il renvoie formellement aux règles générales sur la clause pénale : « On peut ajouter, dit-il, à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. Et en ce cas, l'inexécution de ce qui est réglé donne le droit d'exiger la peine, selon qu'il en a été convenu, et suivant les règles expliquées dans le titre des conventions [1]. »

Les rédacteurs du Code ont copié littéralement le commencement du passage de Domat que nous venons de citer. S'ils n'ont pas ajouté le reste dans l'article 2047, les orateurs du Gouvernement et du Tribunat y ont suppléé suffisamment.

« Quoique la transaction, nous dit Bigot de Préameneu, ait pour but de régler définitivement la contestation qui en est l'objet, cependant il est permis, comme dans toute autre convention, de stipuler une peine en cas d'inexécution. Si pour faire subir cette peine il s'élève un nouveau débat, c'est une contestation différente de celle réglée par la transaction.[2] »

« La transaction, dit de son côté le tribun Albisson, comme les autres contrats en général, est susceptible de la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. Cette stipulation a ses règles particulières

[1] *Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, VII. — Le projet du Tribunal de Cassation portait dans son article 14 : « Si la transaction contient une peine en cas d'inexécution, cette inexécution donne le droit d'exiger la peine convenue, à moins que la transaction ne soit annulée pour les causes qui peuvent en opérer la rescision (Fenet, II, p. 745). » C'est encore, on le voit, l'application pure et simple des principes généraux.

[2] Fenet, XV, pp. 106 et 107 ; Locré, XV, p. 420.

relativement à son exécution; et ces règles sont expliquées avec soin dans la section VI, chapitre III de la loi sur *les Contrats*[1]. »

« Toute convention, dit enfin le tribun Gillet, peut être garantie par des peines que les parties stipulent. La transaction est susceptible aussi des clauses pénales[2]. »

N'est-il pas bien clair, après tout cela, que les rédacteurs du Code ont simplement voulu appliquer à la transaction les règles générales sur la clause pénale (art. 1226 et suiv.), et qu'ainsi l'article 2047 est, comme tant d'autres, un article inutile[3]?

457. — Appliquons donc à la transaction les règles générales de la clause pénale. Le créancier de la clause pénale peut-il cumuler la peine et l'exécution de la transaction, ce qu'on appelle le *principal?*

Cela dépend de l'intention des parties, et cette inten-

[1] Fenet, XV, pp. 116 et 117; Locré, XV, p. 433.

[2] Fenet, XV, p. 126; Locré, XV, p. 445.

[3] En ce sens : Baudry-Lacantinerie, III, p. 580; Mourlon, III, pp. 527 et 528; Colmet de Santerre, V, p. 286, VIII, p. 324; Aubry et Rau, IV, p. 667; Pont, II, pp. 341 et 342; Laurent, XVII, p. 457, XXVIII, pp. 373 et 374; Demolombe, *Traité des Contrats*, III, pp. 579 et suiv.; Duranton, XI, pp. 458 et suiv.; Duvergier, sur Toullier, VI, nº 830 (6e édit., III, 2e part., p. 514, note a); Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 89, note 6.

C'est avec raison que M. Boissonnade ne reproduit pas dans son Projet la disposition de l'article 2047, comme complètement inutile (V. *Commentaire*, III, p. 464, 4º). Il renvoie, en outre, « aux règles générales des conventions, pour la formation, la validité, les *effets* et la preuve de la transaction (art. 757, 2e al.). » Si nous nous rapportons maintenant aux règles générales des conventions, bien que le texte du Projet ne le dise pas expressément, l'intention de son auteur, d'interdire en principe le cumul du principal et de la peine, ressort clairement de la lecture de son *Commentaire* (II, pp. 326 et suiv.). Donc, nous pouvons espérer que la question qui va nous occuper dans les numéros suivants, ne se posera pas au Japon.

tion se déduit de mille circonstances. Par exemple, vous vous prétendez propriétaire de l'immeuble que je possède et qui vaut à peu près 100,000 francs. Je transige avec vous et je vous paye 50,000 francs, moyennant quoi vous abandonnez votre prétention sur l'immeuble. Je stipule de vous que, si vous me revendiquez de nouveau cet immeuble, vous me payerez 100,000 francs, outre la restitution des 50,000 francs que je vous ai payés. Dans ce cas, notre intention est bien claire. Si vous me payez les 150,000 francs que vous m'avez promis, vous pouvez intenter de nouveau votre action. A l'inverse, si je vous repousse en vous opposant votre transaction, j'ai bien le droit de vous demander des dommages et intérêts, s'il y a lieu, mais, je ne peux pas vous réclamer le payement de la peine stipulée. Si, au contraire, j'ai stipulé de vous seulement une peine de 10,000 francs, il est à présumer que nous ayons voulu la considérer comme le dédommagement du trouble que vous me causerez en recommençant votre procès. C'est là du reste une simple question de fait, dont l'appréciation est entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge, et qui ne saurait jamais faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

Toutefois, si le juge ne peut découvrir l'intention probable des parties contractantes, il doit alors s'en tenir à la règle interprétative posée dans l'article 1229 et décider que la peine a été stipulée à titre de dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat, et non pour le simple retard ou désagrément, et que, par conséquent, le créancier ne peut pas cumuler à la fois la peine et l'exécution du contrat [1].

[1] Une hypothèse intéressante s'est présentée en pratique. Par l'acte de dissolution d'une société, un associé réduit ses droits dans l'actif de la

458. — Voilà la conclusion à laquelle nous arrivons. Tout le monde l'admet en ce qui concerne les obligations contractées contre l'abandon du droit litigieux. Mais, quand la clause pénale a pour but de garantir l'abandon du droit litigieux, beaucoup d'auteurs s'écartent des principes généraux et prétendent que la règle est, dans ce cas, le cumul de la peine et de l'exécution de la transaction. Cette opinion, qui semble au premier abord absolument insoutenable, s'appuie sur les arguments suivants :

1° Pothier [1] aurait décidé dans ce sens ;

2° Si l'article 2047 n'établissait pas un droit exceptionnel, il serait inutile ;

3° Les mots de Bigot de Préameneu, que nous avons cités tout à l'heure (n° 456) : « Si pour faire subir cette peine il s'élève un nouveau débat, c'est une contestation différente de celle réglée par la transaction ; » signifieraient que la demande de la peine ne ressuscite-rait jamais le litige, une fois éteint par la transaction. ce qui permettrait toujours le cumul de la peine et de l'exécution de la transaction ;

4° L'article 2052, en déclarant que la transaction a l'autorité de la chose jugée, aurait voulu permettre ce cumul, contrairement aux principes généraux ;

5° Enfin, le but de la transaction étant de finir la con-

société, d'une somme déterminée payable en plusieurs termes, et stipule, pour le cas où l'un de ces termes ne serait pas acquitté à l'époque convenue, que les termes à échoir seraient immédiatement exigibles, sans préjudice d'une somme fixée d'avance pour le cas d'inexécution de ladite obligation. La Cour de Cassation a jugé avec raison que cet associé peut, en cas de non-payement d'un des termes convenus, exiger immédiatement la somme principale qui reste due et le montant de la clause pénale (Req., 23 décembre 1873 : Dalloz, 1875, 1, 23).

[1] *Traité des Obligations*, n° 348.

testation pour jamais, la demande de la peine ne devrait pas faire revivre cette contestation[1].

459. — Ces arguments sont loin de nous convaincre. 1° Pothier ne disait pas du tout qu'en matière de transaction, la règle fût le cumul du principal et de la peine. Nos adversaires confondent deux sortes de clause pénale bien distinctes, et il faut reconnaître que la plupart de nos partisans commettent aussi la même confusion. La clause pénale a généralement pour objet d'empêcher de revenir sur la convention, et en notre matière, de recommencer le procès que la transaction avait pour but de terminer. Mais elle peut avoir aussi pour objet d'empêcher d'attaquer la transaction elle-même, pour quelque cause que ce soit. Nous étudierons tout à l'heure cette dernière espèce de clause pénale.

Eh bien ! c'est cette clause pénale que Pothier traite

[1] En ce sens : Accarias, pp. 273 et suiv. ; Marbeau, pp. 119 et suiv., Rigal, p. 135 ; Dalloz, v° *Transaction*, n° 116 ; Zachariæ, V, p. 89, note 6 ; Toullier, VI, n° 830 (6e édit., III, 2e part., pp. 513 et 514).

Le Code civil italien a consacré législativement ce système. Dérogeant aux principes généraux, posés dans l'article 1212, qui reproduit presque littéralement l'article 1229 du Code français, le législateur italien décide ici que la règle en matière de transaction est le cumul du principal et de la peine. « Dans les transactions, porte l'article 1767, on peut stipuler une peine contre celui qui ne les exécute pas. — *Cette peine est la compensation des dommages occasionnés par le retard, sans préjudice toutefois de l'obligation d'exécuter la transaction.* » Cela a peu d'importance, car, en somme, c'est une règle interprétative de la volonté des parties, et ce n'est qu'en cas que le juge ne puisse découvrir la véritable intention des parties dans les circonstances de fait, que cet article sera appliqué.

Les auteurs que nous avons cités jusqu'ici sont les seuls dont nous ayons pu comprendre les opinions. Comme la question est généralement mal posée, il est fort difficile de savoir l'opinion que veut soutenir l'auteur qu'on lit. Et, ce qu'il y a d'amusant, c'est que les auteurs se citent un peu à tort et à travers, soit comme leurs partisans, soit comme leurs adversaires, ce qui arrive trop fréquemment.

dans le passage cité. Il dit avec raison qu'ici, la peine est encourue dès qu'on demande la nullité de la transaction, alors même que cette demande serait repoussée, car l'obligation principale étant de ne pas attaquer la transaction, dès qu'on l'attaque, il y a inexécution de l'obligation; donc, on ne peut pas dire qu'il y a cumul du principal et de la peine. Nous allons voir, d'ailleurs, que cette convention n'est pas toujours valable.

Il faut remarquer, de plus, que la transaction, avec le partage, n'est citée, *loco citato*, que comme un exemple entre mille, et, si Pothier y disait réellement ce qu'on lui prête, le cumul serait la règle, d'après lui, non seulement pour la transaction, mais pour le partage et pour toute espèce d'obligation de ne pas faire; alors, ce ne serait plus une règle spéciale à la transaction, comme le prétendent nos adversaires.

Ainsi, la décision de Pothier n'appuie pas du tout l'opinion que nous combattons. Ajoutons que, quand bien même Pothier aurait décidé dans le sens de nos adversaires, ce ne serait pas un argument dans notre droit actuel, car, d'un côté, le titre *des Transactions* a été copié, non pas sur Pothier, comme la plupart des autres titres, mais sur Domat; d'un autre côté, au titre *des Obligations*, qui, celui-là, a été copié sur Pothier, le législateur dit d'une manière générale qu'on ne cumule pas l'obligation principale et la peine (art. 1229), reproduisant ainsi la règle posée par Pothier au n° 342 de son *Traité des Obligations*, et sans faire aucune exception à cette règle.

460. — 2° On argumente de l'inutilité de l'art. 2047 tel que nous le comprenons. Mais combien d'articles inu-

tiles voyons-nous dans le Code? Pour ne pas sortir de notre matière même, était-il bien nécessaire d'écrire l'article 2045, 2e al., les articles 2048, 2049, 2050, 2051, 2058, et peut-être même l'article 2046[1] ? A-t-on donc oublié qu'un texte de loi obscur s'interprète plutôt dans le sens de l'application des principes généraux? Du reste, notre texte n'est point obscur. Nous avons dit qu'il a été littéralement copié sur Domat, qui renvoie expressément aux règles générales de la clause pénale[2].

Nous pourrions même argumenter, de notre côté, des derniers mots de notre article, qui dit: « On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui *manquera de l'exécuter*. » C'est donc, pourrions-nous dire, de la clause pénale *pour l'inexécution de l'obligation*, que la loi veut parler, et non de celle stipulée pour le simple trouble causé par le procès. C'est donc le cas prévu par l'article 1229, qui interdit en principe le cumul du principal et de la peine [3].

[1] Quand nous voyons Zachariæ soutenir, malgré notre article, qu'il n'est pas possible d'ajouter une clause pénale à l'obligation de ne pas intenter ou continuer le procès, comme nous en parlerons dans un instant, nous avons envie de dire que notre article n'est peut-être pas inutile, que, sans cet article, il n'y aurait peut-être pas que Zachariæ qui soutiendrait une énormité pareille.

[2] Liv. I, tit. I, sect. IV, XVIII et XIX.

[3] Rigal commet ici une petite contradiction. Après avoir dit que l'article 2047 paraît *frustratoire*, car « il n'est que l'exécution du droit commun ; » que « tout ce qu'on peut dire pour le justifier, c'est que, avant le Code, les lois qui régissent cette matière ayant une disposition particulière à ce sujet, on aurait pu croire qu'en ne la renouvelant pas on avait voulu l'abroger, et mettre la transaction hors du droit commun, en s'appuyant de la maxime *quod lex tacuit noluit;* ce qui aurait pu fournir des aliments à la chicane ; » l'auteur ajoute immédiatement : « De plus, cet article 2047 est une *exception au droit commun* établi par l'article 1229 (pp. 134 et 135). »

461. — 3° Cet argument tiré des paroles de Bigot de Préameneu est réellement surprenant. Il suffit d'ajouter le commencement de ces paroles aux mots qu'on invoque, pour se convaincre que l'orateur disait le contraire de ce qu'on prétend. « *Quoique la transaction,* disait-il, *ait pour but de régler définitivement la contestation qui en est l'objet*, cependant il est permis, *comme dans toute autre convention*, de stipuler une peine *en cas d'inexécution. Si pour faire subir cette peine il s'élève un nouveau débat, c'est une contestation différente de celle réglée par la transaction.* »

Cela veut dire tout simplement ceci : la transaction ayant pour but de terminer définitivement la contestation, on pourrait douter si l'on peut y ajouter une clause pénale, car c'est encore une source de procès ; mais on le peut dans la transaction, « *comme dans toute autre convention*, » parce que, « *si, pour faire subir cette peine, il s'élève un nouveau débat, c'est une contestation différente de celle réglée par la transaction.* » D'ailleurs, ces mots : *en cas d'inexécution*, montrent que l'orateur du Conseil d'État supposait que la transaction n'était pas exécutée [1].

462. — 4° L'article 2052, dit-on, donne à la transaction l'autorité de la chose jugée. Or, la chose jugée ne peut plus revivre. Donc, la chose terminée par transaction ne peut pas non plus revivre, même quand on paye la peine stipulée.

D'abord, nous verrons au chapitre suivant que rien

[1] Au reste, nous croyons que l'orateur visait surtout le cas où la clause pénale garantirait l'obligation nouvelle contractée contre l'abandon du droit litigieux.

n'est plus inexact que cette assimilation de la transaction à la chose jugée. Mais, admettons, pour un instant, que cette assimilation soit exacte en principe. Elle devient absolument impossible dans notre cas, attendu que le jugement ne comporte pas la clause pénale, qu'on peut au contraire ajouter à la transaction. Quoi d'étonnant alors à ce que cette clause pénale, impossible à ajouter à la chose jugée, change l'effet ordinaire de la transaction, à laquelle elle est ajoutée valablement?

463. — 5° Le dernier argument de nos adversaires est probablement ce qui les a déterminés à soutenir une opinion si difficile à soutenir. Le but que les parties se proposent en transigeant, est, dit-on, de ne plus revenir sur l'ancienne contestation, qu'elles veulent enterrer à jamais. Donc, le payement de la peine ne doit pas permettre de ressusciter cette contestation.

Cet argument a peu de valeur. D'abord, ce qu'on dit là s'applique très bien à toute clause pénale. Quand le vendeur stipule une clause pénale, c'est justement pour mieux garantir l'exécution de la vente. Si, cependant, l'acheteur ne paye pas le prix, en vertu de l'article 1229, le vendeur, sauf stipulation contraire, ne peut que choisir entre la peine et l'exécution; il ne peut pas les cumuler tous deux, et s'il opte pour la peine, le contrat se trouvera résolu, contrairement à la volonté des parties au moment du contrat. Il en est de même de la transaction.

Que, maintenant, les parties, en stipulant une peine en matière de transaction, veuillent souvent cumuler la peine et l'exécution, nous ne le contestons pas, et, comme le juge est libre de découvrir cette volonté dans toutes circonstances de fait, il peut se faire qu'en fait, le cu-

mul soit plus fréquent en notre matière qu'en toute autre matière. Mais, ce que le juge n'a pas le droit de faire, c'est d'ordonner le cumul, sans invoquer aucune circonstance de fait, et par cela seul que la clause pénale est ajoutée à une transaction. Un tel jugement n'échappera pas à la cassation pour violation de l'article 1229.

464. — Comme nous l'avons dit tout à l'heure incidemment, on confond trop souvent deux sortes de clause pénale bien différentes. Tantôt les parties stipulent une peine pour qu'elles ne recommencent plus le même procès, c'est le cas ordinaire, c'est cette clause pénale que nous venons d'étudier. Tantôt les parties veulent garantir par la clause pénale qu'elles n'attaquent pas la transaction qu'elles ont conclues, pour quelque cause que ce soit, c'est de cette clause pénale que nous allons parler.

1° Si cette clause pénale a pour but de couvrir le dol ou la violence dont la transaction est entachée, elle est nulle comme contraire à l'ordre public. C'est peut-être dans cette hypothèse que Zachariæ se place quand il nous enseigne qu'une peine ne peut jamais être stipulée pour le cas où l'une des parties entamerait ou continuerait un procès, malgré la transaction [1] ;

2° La clause pénale ne pourrait jamais rendre inattaquable la transaction conclue par un incapable. Cette clause elle-même est attaquable pour cause d'incapacité, comme la transaction, dont elle n'est qu'un accessoire. C'est le cas d'appliquer l'article 1227, qui dit : « La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale ; »

[1] V, p. 89, note 6. — Cf. Aubry et Rau, IV, p. 667, note 15, *in fine*.

3° La clause pénale peut, au contraire, empêcher de demander la nullité de la transaction pour cause d'erreur. Seulement, pour cela, il faut que l'intention des parties soit bien manifeste et que les parties soupçonnassent l'existence de l'erreur. A ces conditions, si l'une des parties attaque la transaction pour cause d'erreur, l'autre partie peut ou bien repousser la demande, en lui opposant les termes de la transaction, ou bien exiger la peine, en consentant à défendre au fond ; mais elle ne peut pas cumuler les deux avantages, sauf stipulation contraire ;

4° Dans tous les autres cas, cette clause pénale stipulée contre la partie qui attaquerait la transaction ne s'entend que dans le sens que voici : La peine sera encourue si on attaque la transaction injustement. Donc, pour voir si la peine est due, il faut attendre l'issue du procès, et, si le tribunal rejette la demande en nullité, la peine doit être toujours payée, car, par cela seul que le demandeur a attaqué la transaction injustement, il y a inexécution de la convention, non pas de la transaction elle-même, mais de la convention accessoire, par laquelle les parties se sont promis de ne point attaquer la transaction [1]. C'est donc à tort que des auteurs ont prétendu

[1] Cette clause pénale était peut-être plus fréquente autrefois qu'aujourd'hui. Autrefois, bien qu'on admît généralement que la transaction n'était pas rescindable pour cause de lésion, il y avait des plaideurs et même des Parlements qui prétendaient le contraire ; de là des procès continuels pour demander la rescision d'une transaction. Pour éviter les ennuis, il est probable qu'on stipulait souvent une peine contre celui qui attaquerait la transaction. Voilà probablement pourquoi Pothier prend comme exemple la transaction, avec le partage, pour déterminer l'effet de la clause pénale ajoutée à une obligation de ne pas faire (Cf. n° 273).

que la partie qui attaque la transaction est toujours obligée de commencer par payer la peine [1].

[1] Marbeau, pp. 119 et 120; Dalloz, v° *Transaction*, n° 116; Troplong, pp. 630 et 631; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 89, note 6, *in fine ;* Toullier, VI, n° 829 (6e édit., III, 2e part., p. 513).

CHAPITRE VI

DE L'EFFET DE LA TRANSACTION

465. — La transaction, comme toute convention, tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite ; elle ne peut être révoquée que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ; elle doit être exécutée de bonne foi (art. 1134) [1].

La jurisprudence a fait plusieurs fois application de ces principes fondamentaux. Pour ne citer qu'un arrêt récent, la Cour de Cassation a jugé qu'une partie ne peut renoncer au bénéfice d'une transaction et des décisions judiciaires qui en ont prescrit l'exécution, sans le consentement de l'autre partie ; et qu'il en est ainsi spécialement lorsque, loin de constater un nouvel accord conventionnel entre les parties transigeantes, les juges du fait se bornent à reconnaître le consentement de l'une d'elles seule, et n'établissent pas que l'autre ait également renoncé à se prévaloir de la transaction (Cass., 26 février 1884 : Dalloz, 1884, 1, 395).

Du reste, c'est une question de fait, abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond que celle de savoir si les parties ont exécuté ou non leur transaction (Req., 26 juillet 1875 : Dalloz, 1876, 1, 199).

[1] Le Projet de Code civil japonais, art. 348 et 350, 2e al., et le Code civil italien, art. 1123 et 1124, *in princip.*, reproduisent à peu près la disposition de l'article 1134.

466. — Le but de la transaction est d'éteindre un droit litigieux, pour le remplacer par un droit certain. Donc, en droit français, la transaction constitue en général une novation[1].

Je dis *en général*, car il y a des câs où il n'y a pas novation. Exemple : Je prétends être votre créancier pour 300. Vous, vous prétendez être mon débiteur seulement pour 100. Nous transigeons, et vous me promettez 200. Ici, la contestation a porté seulement sur le montant de la créance, et non sur son existence même. Il est bien évident que les parties n'ont point voulu nover. Donc, les privilèges, les hypothèques, les cautionnements subsistent toujours. Maintenant, les intéressés peuvent contester le chiffre de la créance, si le chiffre déterminé par la transaction leur semble exagéré. Ils profitent, en tous cas, de la réduction que le créancier a consentie *transigendi causa*, comme nous le verrons dans le chapitre suivant. Du reste, comme « la novation ne se présume point (art. 1273) [2], » il faut que l'intention de nover soit manifeste chez les parties, et cette intention manifeste résultera des circonstances de fait, dont l'appréciation est laissée au pouvoir discrétionnaire des juges du fait.

[1] Il en était autrement en droit romain (V. n° 173, 1re note).

[2] Le Code civil italien, art. 1269, reproduit la disposition de l'article 1273. Il n'en est pas de même du projet de Code civil japonais, dont l'article 514 est ainsi conçu :

« L'intention de nover ne se présume pas chez le créancier : elle doit résulter clairement de l'acte ou des circonstances.

« Toutefois, lorsqu'il est douteux s'il y a novation ou cumul de deux obligations entre les mêmes parties, le doute s'interprète en faveur du débiteur et dans le sens de la novation, conformément à l'article 380 (qui correspond à l'article 1162, C. c. fr.). »

On peut se demander si cette dernière disposition est bien sage.

Un arrêt de la Cour de cassation fait une application de ce dernier principe ; mais il commet une petite inexactitude : après avoir très bien dit que les juges du fond peuvent décider, d'après les circonstances et documents de la cause, qu'un acte transactionnel fixant à une certaine somme le montant de diverses dettes antérieures, n'emporte pas novation de ces dettes, l'arrêt ajoute que celles-ci continueront à subsister, « *lors même* que la transaction viendrait à être annulée [1] (Req., 26 avril 1880 : Dalloz, 1881, 1, 12). » Il fallait dire : *alors surtout* que la transaction viendrait à être annulée. En effet, si la transaction, qui pouvait opérer novation, vient à être annulée, les anciennes dettes subsistent nécessaires, alors même que l'intention manifeste des parties était d'opérer novation.

467. — Quoi qu'il en soit, s'il n'y a pas toujours novation, il y a nécessairement quelque chose qui y ressemble : c'est qu'il y a quelque chose qui est éteint et quelque chose qui est créé. Ce qui est éteint, c'est la contestation. Ce qui est créé, c'est un droit quelconque qui résulte de la transaction. Étudions d'abord l'extinction de la contestation.

La contestation est éteinte par la transaction ; elle ne peut plus être reprise par aucune des parties contractantes. La jurisprudence nous fournit de nombreuses applications de cette idée.

1° Il n'y a pas lieu de statuer sur un conflit d'attributions, lorsqu'une transaction a mis fin au litige (Trib. de

[1] Ce sont plutôt les termes de l'arrêt attaqué, que la Cour suprême approuve, en se servant de termes à peu près analogues : « L'accord transactionnel fût-il annulé, etc. »

Confl., 31 octobre 1885 : Dalloz, 1887, 3, 36 ; Trib. de Confl., 22 janvier 1887 : Dalloz, 1888, 5, 112) ;

2° La transaction par laquelle une partie, actionnée en exécution d'un marché, et, notamment, d'un achat de marchandise qu'elle refusait de recevoir, a consenti à en prendre livraison, éteint la demande, et, par suite, en cas de nouveau refus fondé sur une cause différente, la même partie ne peut être condamnée à la réception de cette marchandise sans une assignation nouvelle (Req., 17 janvier 1870; Dalloz, 1870, 1, 247) ;

3° Une partie n'est recevable à invoquer en justice l'enquête faite dans une instance antérieure, alors qu'une transaction a déclaré non avenues toutes les instances principales ou sur incidents, et que, par suite, un jugement postérieur a ordonné une nouvelle enquête sur les mêmes faits (Req., 23 janvier 1872 : Dalloz, 1872, 1, 123).

Ainsi, la transaction éteint l'insistance sur laquelle elle porte. Mais cela ne veut pas dire que, quand, de plusieurs parties en instance, l'une seule a transigé avec son adversaire, elle doive toujours être mise hors de cause. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que la transaction qui, au cours d'une instance en reddition du compte des opérations d'une société, intervient entre l'associé demandeur et l'un des coassociés défendeurs, ne peut entraîner la mise hors de cause du coassocié qui a ainsi transigé, si le compte demandé ne peut se faire qu'avec le concours de tous les intéressés, sauf l'exécution ultérieure de la transaction entre les parties : que le refus de donner un effet immédiat à cette transaction ne saurait être qualifié de déni de justice (Req., 9 décembre 1868 : Dalloz, 1869, 1, 187).

468. — Voilà les effets d'une transaction définitive et valable, qui se résument en ceci : la transaction éteint, en principe, l'instance sur laquelle elle intervient.

Un projet de transaction ou une transaction annulée produisent un effet diamétralement opposé : ils interrompent la péremption d'instance. En effet, par suite de l'idée : *Contra non valentem agere, non currit præscriptio*, il est généralement admis que, quand les poursuites sont interrompues d'un commun accord, l'instance n'est pas primée. Il en résulte qu'une transaction empêche la péremption d'instance.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un projet de transaction intervenu entre les parties, même affecté d'une nullité relative, en ce que, par exemple, il émanerait d'un tuteur qui n'a pas rempli les formalités habituelles, suffit pour interrompre la péremption (Lyon, 17 janvier 1844: Dalloz, 1845, 2, 43) ;

Mais, qu'il en serait autrement d'un projet de transaction consenti par un mandataire sans pouvoir pour transiger (Bordeaux, 9 juillet 1844 : Dalloz, 1845, 2, 43).

Décidé aussi que des propositions d'arrangement qui n'ont que le caractère de simples pourparlers, n'ont pas l'effet d'interrompre le cours de la péremption (Bordeaux, 21 février 1845: Dalloz, 1845, 2, 153).

Décidé au contraire que la radiation de la cause du rôle, précédemment prononcée sans arrêt sur la déclaration que l'affaire était arrangée, est à bon droit opposée comme circonstance interruptive de la péremption, lorsque l'existence de projets d'arrangement réciproquement débattus est effectivement établie, et se trouve notamment attestée par les pièces de la procédure (Caen, 2 juin 1858 : Dalloz, 1859, 2, 94).

469. — Nous n'avons parlé, jusqu'ici, que de l'extinction de la contestation. Mais nous avions annoncé que ce n'est là qu'un côté de la question, que la transaction a aussi pour effet de créer un droit nouveau. En voici une application que nous trouvons dans les arrêts :

Il a été maintes fois décidé que, quand la transaction a tranché une question de propriété, elle sert de titre légal de propriété à la partie à laquelle elle a attribué la propriété, contre l'autre partie, qui viendrait plus tard contester de nouveau cette propriété (Req., 30 juin 1875 : Dalloz, 1876, 1, 261; Cass., 6 juin 1877 : Dalloz, 1877, 1, 432 ; Req., 1er juillet 1886 : Dalloz, 1887, 1, 217).

470. — Nous allons spécialement étudier les quatre questions suivantes : 1° Quel est le sens de l'article 2052, 1er al.? 2° La transaction est-elle déclarative ou attributive? 3° Quels sont les droits d'enregistrement applicables à la transaction ? 4° La transaction donne-t-elle lieu à garantie ?

SECTION I

DU SENS DE L'ARTICLE 2052, 1er AL.

471. — L'article 2052, 1er al., porte : « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. »

Cette disposition soulève une question des plus difficiles. En effet, il est certain que la transaction ne produit pas les mêmes effets que la chose jugée. Pour ne parler que des principales et incontestables différences entre la transaction et le jugement : 1° le jugement en

dernier ressort peut être cassé pour erreur de droit ; la transaction n'est jamais attaquable par cette voie ni pour cette cause (art. 2052, 2e al.) ; 2° le jugement peut être anéanti pour une partie seulement ; la transaction ne peut jamais être scindée (arg., art. 2055) ; 3° le jugement ne peut jamais être attaqué pour cause de la découverte de pièces nouvelles après qu'il a passé en force de chose jugée, ce qui est quelquefois possible pour la transaction (art. 2057, 2e al.) ; 4° le jugement a force exécutoire ; la transaction verbale ou sous seing privé n'est jamais exécutoire par elle-même ; enfin, 5° le jugement emporte hypothèque judiciaire ; la transaction extra-judiciaire n'a jamais cet effet.

Eh bien ! pour que le législateur assimile les deux actes si différents, il faut qu'il y ait une raison. Quelle est cette raison ?

472. — Voici l'explication qui nous paraît la plus vraisemblable et qui résulte des travaux préparatoires.

L'article 9 du premier projet, qui correspond à notre article 2052, portait seulement : « Les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée [1]. »

Berlier proposa la rédaction suivante, en disant qu'elle « serait meilleure et s'adapterait mieux à l'ordre naturel des idées : »

« Les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée.

« Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur dans la nature du droit litigieux, ni pour cause de lésion [2]. »

[1] Fenet, XV, p. 92 ; Locré, XV, p. 404
[2] Fenet, XV, p. 94 ; Locré, XV, p. 406.

Ce dernier alinéa se trouvait auparavant, à peu près tel qu'il est, dans l'article suivant qui s'occupait spécialement de la rescision de la transaction [1].

La proposition de Berlier fut adoptée avec l'addition des mots *en dernier ressort* à la fin du premier alinéa, proposée par Tronchet.

Sauf qu'on substitua les mots *pour cause d'erreur de droit* aux mots *pour cause d'erreur dans la nature du droit litigieux* sur l'observation du Tribunat, cette rédaction passa dans notre article 2052 [2].

Ainsi, dans la pensée des rédacteurs du Code, il y a une corrélation entre le principe que la transaction a l'autorité de la chose jugée et la règle que la transaction n'est rescindée ni pour cause de lésion ni pour cause d'erreur de droit. Voici, d'ailleurs, comment l'explique Bigot de Préameneu :

« Les transactions, dit-il dans son exposé des motifs, se font sur une contestation née ou à naître, et les parties ont entendu y balancer et régler leurs intérêts. C'est donc en quelque-sorte un jugement que les parties ont prononcé entre elles ; et lorsqu'elles-mêmes se sont rendu justice, *elles ne doivent plus être admises à s'en plaindre. S'il en était autrement, les transactions ne seraient elles-mêmes qu'une nouvelle cause de procès. C'est l'irrévocabilité de ce contrat qui le met au rang de ceux qui sont les plus utiles à la paix des familles et à la société en général.* Aussi, l'une des plus anciennes règles de droit est que les transactions ont entre les parties une force pareille à l'autorité de la chose jugée. *Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse recta ratione placuit.* Leg. 20, Cod., *De trans.*

[1] V. Fenet, XV, p. 92 ; Locré, XV, p. 404.
[2] Fenet, XV, pp. 100 et 102 ; Locré, XV, p. 412.

« *Les transactions comme les jugements ne peuvent donc point être attaquées à raison des dispositions par lesquelles les parties ont terminé leur différend ;* il suffit qu'il soit certain que les parties ont consenti à traiter sous ces conditions.

« Ce serait donc en vain qu'une partie voudrait réclamer contre une transaction, sous prétexte qu'il y aurait une erreur de droit. En général, les erreurs de droit ne s'excusent point ; et dans les jugements auxquels on assimile les transactions, de pareilles erreurs n'ont jamais été mises au nombre des motifs suffisants pour les attaquer.

« Mais c'est surtout sous le prétexte de la lésion que les tentatives, pour revenir contre les transactions, ont été le plus multipliées. Cependant, il n'y a pas de contrat à l'égard duquel l'action en lésion soit moins admissible [1]. »

De même, le tribun Gillet dit dans son discours au Corps législatif : « Elle (la transaction) a pour sujet un différend éclos ou qui peut éclore, et elle est le prononcé qui le termine : elle devient pour les droits litigieux la mesure définitive qui les règle, et la déclaration résumée des opinions de ceux qui avaient le pouvoir de décider sur eux. C'est ce que le projet exprime très bien en disant qu'elle a l'autorité de la chose jugée en dernier ressort [2]. »

473. — Il résulte de tout cela que l'idée des rédacteurs était simplement celle-ci : la transaction, comme le jugement en dernier ressort, termine la contestation ;

[1] Fenet, XV, pp. 108 et 109; Locré, XV, pp. 421 et 422.
[2] Fenet, XV, p. 128; Locré, XV, p. 447.

comme lui, elle est en principe inattaquable, même quand elle est injuste.

C'était d'ailleurs là, comme nous l'avons vu, toute la portée de cette comparaison en droit romain (n° 179) [1]. Domat a cru devoir reproduire cette comparaison traditionnelle en ces termes : « Les transactions ont une force pareille à l'autorité des choses jugées, parce qu'elles tiennent lieu d'un jugement d'autant plus ferme que les parties y ont consenti, et que l'engagement qui délivre d'un procès est tout favorable [2]. »

Les rédacteurs du Code ont imité Domat; mais ils n'ont pas voulu attacher à cette comparaison plus d'importance qu'elle n'en avait en droit romain.

Sans doute, ils ont eu tort de rapprocher notre principe de la règle que la transaction n'est rescindable ni pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion, car, d'un côté, le jugement peut être cassé pour cause d'erreur de droit; d'un autre côté, si la transaction n'est pas rescindable pour cause de lésion, c'est plutôt par application du droit commun, qui n'admet pas en principe la rescision pour lésion au profit des majeurs (art. 1118, C. c.). Et Bigot de Préameneu commettait une erreur de droit, lorsqu'il disait que, dans les jugements, les erreurs de droit « n'ont jamais été mises au nombre des motifs suffisants pour les attaquer. » Le tribun Gillet n'est pas tombé dans la même erreur : « Quant à l'erreur de droit, disait-il, quoi qu'elle puisse être en certains cas un motif de casser les jugements, elle n'en est pas un de rescinder les transactions. C'est que les jugements sont la voix de

[1] Cf. *infra*, n° 484.
[2] *Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, IX.

la puissance publique ; et partant ce que la puissance publique a dicté est ce qu'ils doivent exprimer. Au lieu que les transactions sont l'ouvrage de la volonté individuelle, et leur règle principale, c'est que les volontés s'y soient rapprochées dans une détermination commune. L'objet de la justice est d'imposer silence aux passions, et c'est pour cela que sa mesure doit être exacte. Le but des transactions est de rapprocher les sentiments, et c'est pour cela que leur mesure est flexible [1]. »

Donc l'explication de Bigot était inexacte; mais elle n'en fait pas moins ressortir cette idée que la transaction termine en général la contestation aussi définitivement que le jugement en dernier ressort, qu'elle est généralement aussi inattaquable que lui. Voilà toute la signification de l'article 2052, 1er alinéa. C'est en somme une disposition complètement inutile [2].

474. — Tel est, du moins, notre avis; ce n'est pas l'avis de tout le monde.

Les uns ont prétendu que, de même que la fausse interprétation d'un jugement donne lieu à cassation, de même la fausse interprétation d'une transaction peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation [3].

Cette opinion nous semble inadmissible. D'abord, cette

[1] Fenet, XV, p. 128; Locré, XV, pp. 447 et 448.

[2] En ce sens : Accarias, pp. 302 et 303; Troplong, p. 647 ; Duranton, XVIII, pp. 443 et suiv. ; Mourlon, *Traité théorique et pratique de la Transcription*, I, p. 180. — Le Code civil italien reproduit à peu près notre disposition dans son article 1772, 1er al. : « Les transactions, porte cet article, ont entre les parties l'autorité d'une sentence irrévocable. »

[3] Cass., 21 août 1832 : Dalloz, vo *Transaction*, no 22, p. 645, note 2; Cass., 21 janvier 1835 : Dalloz, *ibid.*, no 131, p. 664, note 1 ; Cass., 19 novembre 1851 : Dalloz, 1851, 1, 321.

proposition que la fausse interprétation d'un jugement donne lieu à cassation, quoique généralement admise, nous semble contestable. Mais, conclure de là que la fausse interprétation d'une transaction donne lieu à cassation, c'est, à notre sentiment, une fausse interprétation de la loi. La transaction n'est en somme qu'un contrat. Si, donc, les juges du fond peuvent interpréter souverainement le sens des clauses d'un contrat en général, pourquoi ne pourraient-ils pas interpréter souverainement aussi le sens des clauses d'une transaction? Cette assimilation entre la transaction et la chose jugée nous semble une application judaïque de l'article 2052, qui ne tient aucun compte de l'esprit du législateur. Autrement, il faudrait décider aussi que la transaction n'est attaquable que par voie de cassation ou de requête civile, qu'elle a toujours force exécutoire, qu'elle emporte toujours hypothèque judiciaire, ce qui est absolument inadmissible.

Sans doute, si les juges, en interprétant mal une transaction, violent la loi, il y a lieu à cassation. Par exemple, si, après avoir constaté l'existence de tous les éléments essentiels d'une transaction, ils n'y voient qu'un autre contrat; si, à l'inverse, après avoir reconnu le défaut d'un des éléments d'une transaction, ils appliquent les règles spéciales à cette sorte de convention, ils violent ouvertement la loi et ils ne peuvent pas échapper à la censure de la Cour régulatrice (Cf. n° 288, *in fine*). Mais, si la mauvaise interprétation d'une transaction ne concerne qu'un point de fait, il n'y a jamais lieu à cassation [1].

[1] En ce sens : Req., 20 avril 1857 : Dalloz, 1857, 1, 396; Req., 25 avril 1860 : Dalloz, 1860, 1, 270; Req., 21 août 1860 : Dalloz, 1861,

475. — D'autres ont soutenu que l'article 2052, 1er al., a pour but de trancher la question de savoir si la transaction, comme la sentence arbitrale, est susceptible d'appel, et que la loi *interprète* la volonté des parties en ce sens qu'elles ont entendu que leur transaction ne soit pas susceptible d'appel [1].

Il nous est absolument impossible d'admettre cette explication. D'abord, puisque « c'est une question d'interprétation, » d'après M. Colmet de Santerre, si les juges reconnaissent en fait que les parties ont voulu, au contraire, qu'il y ait appel, où porter cet appel? L'appel des sentences arbitrales est minutieusement réglé dans les articles 1010, 1023 et suivants, C. de P. Mais où trouvons-nous les règles relatives à l'appel des transactions ? D'ailleurs, cette explication n'est justifiée ni par les travaux préparatoires, ni par le bon sens: ni par les travaux préparatoires, car aucun orateur n'a jamais fait seulement allusion à la question qu'on prétend que la loi a voulu résoudre ; ni par le bon sens, car qui songerait à interjeter appel, quand il n'y a point de *jugement* [2] ? La transaction n'est pas comparable au jugement arbitral, qui participe, à bien des égards, du véritable jugement (V. art. 1009 et suiv., C. de P.).

476. — D'autres, et ceux-là sont les plus nombreux,

1, 107 ; Req., 6 décembre 1869 · Dalloz, 1870, 1, 201 ; Req., 2 mars 1874 : Dalloz, 1874, 1, 359 ; Req., 17 janvier 1877 : Dalloz, 1878, 1, 258; et d'autres arrêts cités *infra*, n° 532.

[1] Colmet de Santerre, VIII, p. 338.

[2] Quand la transaction est constatée par un jugement d'expédient, nous avons vu qu'on admet généralement qu'elle est attaquable par appel, et bien que nous ne l'admettions pas en principe, il y a un cas où l'appel est certainement possible, c'est quand le jugement est irrégulier, en tant que jugement (V. nos 322 et suiv.).

veulent voir dans l'article 2052, 1er al., la consécration de ce principe fondamental en matière de convention, que la convention n'a d'effet qu'entre les parties et pour les objets auxquels on a songé en contractant [1].

Mais croirait-on que les rédacteurs du Code, pour faire application des principes généraux de la convention, fussent allés chercher une comparaison dans le domaine des décisions judiciaires, qui, à titre de quasi-contrats judiciaires, empruntent ici un des caractères des conventions? Est-il d'ailleurs admissible qu'après avoir longuement statué, dans les articles précédents (art. 2048 à 2051), sur les personnes à qui et par qui la transaction peut être opposée, et sur l'étendue de cette transaction, le législateur eût senti le besoin de résumer ces règles dans une formule si laconique [2]? Si c'était là l'idée du législateur, pourquoi n'en voyons-nous aucune trace dans les travaux préparatoires, où, comme nous l'avons dit, tous les orateurs ne s'occupent que des moyens d'attaquer la transaction?

477. — D'autres, enfin, attachent une importance capitale à notre article: ils prétendent que cet article consacre l'effet *déclaratif* de la transaction [3]. C'est ce que nous verrons dans la section suivante.

[1] Dalloz, v° *Transaction*, n° 99; Aubry et Rau, IV, p. 664; Pont, II, pp. 233, 315, 339 et 340; Laurent, XXVIII, pp. 376 et 377; Zachariæ, V, p. 88; Baudry-Lacantinerie, III, p. 579. – Mourlon, qui admet formellement notre manière de voir dans son *Traité de la Transcription*, semble cependant adhérer à l'opinion que nous venons d'exposer, dans ses *Répétitions écrites* (III, p. 526).

[2] Il faut remarquer que Domat aussi posait notre règle après avoir longuement parlé des effets relatifs de la transaction (*Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, III à IX).

[3] Batbie, VI, p. 320, note 1; Valette, *Mélanges de Droit, de Juris-*

SECTION II

LA TRANSACTION EST-ELLE « DÉCLARATIVE » OU « ATTRIBUTIVE »?

478. — Cette question ne se pose pas à propos de la chose non litigieuse qu'on donne comme condition de l'abandon de la prétention de son adversaire. Pour cette chose la transaction est certainement *attributive* ou *translative*, au même titre que la vente ou l'échange. On a été jusqu'à dire qu'ici, le transport de droit ne s'opère pas en vertu de la transaction, mais « en vertu d'un concours de volontés qui se joint à la transaction [1]. » Ce langage manque d'exactitude à nos yeux. Mais, enfin, ce qu'il y a de vrai, c'est qu'on ne discute pas la question de savoir si la transaction est translative pour cette chose.

De même, il va de soi que la question ne s'élève pas, même au point de vue du droit litigieux, si ce droit est

prudence et de Législation, II, p. 64 *e* ; Cass., ch. réun., 12 novembre 1865 : Dalloz, 1865, 1, 457 ; — Dalloz, v° *Transaction*, n° 26 ; Baudry-Lacantinerie, III, p. 580 ; Pont, II, pp. 233, 317 et 327. — J'ajoute d'ailleurs que ces trois derniers auteurs ne présentent pas cette explication comme la seule raison d'être de l'article 2052, 1er al., mais à côté de l'explication précédente.

L'auteur du Projet de Code civil japonais consacre expressément cette manière de voir : « La transaction valable, porte l'article 762, 1er al., de ce Projet, produit entre les parties l'effet *purement déclaratif* d'un jugement irrévocable, lorsque les droits ou avantages respectivement reconnus au profit de chacune d'elles étaient déjà en jeu dans la contestation née ou prévue ; dans ce cas, ils sont considérés comme retenus en vertu de leur cause antérieure, à moins que les parties n'aient entendu faire une novation. »

[1] Laurent, XXVIII, pp. 387 et 388.

une créance et que la transaction intervienne entre le prétendu créancier et le prétendu débiteur.

Il faut remarquer, de plus, que notre question, comme la plupart de celles qui sont relatives aux effets d'une convention, est une question d'interprétation de la volonté des parties. Donc, si la partie qui conserve la chose déclare formellement au moment du contrat qu'elle veut acquérir les prétentions de son adversaire, même les partisans les plus acharnés de l'effet déclaratif de la transaction conviendront qu'il y a, ou tout au moins qu'il peut y avoir transport de droit, et que, par exemple, la partie qui conserve la chose litigieuse peut invoquer, au besoin, les prétentions de son adversaire. Si, au contraire, quoique la chose paraisse peu vraisemblable, cette partie déclare formellement qu'elle ne veut pas acquérir les prétentions de son adversaire et qu'elle n'invoquera jamais ces prétentions, quoi qu'il arrive, alors, il est certain qu'il n'y a pas transport de droit. Maintenant, la transaction est-elle, dans ce cas, déclarative ou extinctive du droit? A mon sentiment, on ne peut rien dire *a priori :* elle est déclarative s'il est prouvé que la partie qui garde la chose a été toujours propriétaire ; elle est extinctive dans le cas contraire.

J'ajoute, enfin, que, quand même les parties auraient qualifié leur convention de *transaction*, s'il est démontré que cette convention ne constitue pas une véritable transaction, que, par exemple, il n'y avait pas de contestation à terminer, et qu'il y a au fond une vente ou un échange, alors, tout le monde conviendra qu'il y a translation à tous égards. Mais, il ne suffit pas pour cela, comme le disent bien des auteurs, à commencer par Pothier [1], que

[1] *Traité du Contrat de Vente*, nº 647 ; *Traité des Retraits*, nº 111. — Cf. nº 265, 2e note.

l'une des parties déclare, dans l'acte de transaction, qu'elle reconnaît le droit de son adversaire et qu'elle le paye une somme de.....; ou que le prix qu'on paye soit à peu près équivalent à la valeur de la chose litigieuse. Ce sont là, sans doute, des indices, qui, corroborés par d'autres circonstances de fait, peuvent rendre certain aux yeux des juges, qu'il n'y avait pas en réalité de droit litigieux, et par suite, de transaction véritable, mais qu'il y avait une vente. Mais, ce ne sont pas des présomptions légales, au moins en droit actuel, par l'excellente raison qu'il n'y a aucune disposition légale qui les érige en présomptions.

Posons donc nettement la question, en prenant un exemple. Primus est en contestation sérieuse avec Secundus, sur la propriété d'un immeuble. Une transaction intervient entre eux, par laquelle Primus abandonne sa prétention moyennant une somme de..., à lui payée par Secundus, sans d'ailleurs s'expliquer davantage sur leur intention. La transaction est-elle *déclarative* ou *translative*, dans ce cas?

479. — Nous avons déjà fait connaître notre sentiment sur cette question, dans notre seconde partie (n^os^ 263 et suiv.). Rappelons-le en quelques mots.

Selons nous, voici la vraie intention des parties transigeantes, quand elles ne s'expliquent pas expressément. La partie qui conserve la chose litigieuse, dans notre exemple, Secundus, se dit intérieurement : « Je crois pertinemment que je suis propriétaire de la chose. Mais, comme mon adversaire soutient que c'est lui qui est le véritable propriétaire, je vais transiger avec lui : 1° pour éviter les frais, les ennuis, le hasard du procès,

et 2° pour acquérir éventuellement les droits de mon adversaire, si, par impossible, c'est lui qui est réellement le propriétaire, ou tout au moins, pour me servir, en cas de besoin, de ses titres, qui peuvent être plus faciles à prouver que les miens. » Voilà le langage que doit tenir. intérieurement un homme raisonnable. Et l'autre partie ne le contredirait pas, si on lui demandait si c'était là aussi son intention, car quel intérêt aurait-elle à ne pas transmettre ses prétentions auxquelles elle a formellement renoncé ?

Nous disons que c'est là le langage d'un homme raisonnable. Mais demandez à n'importe quelle partie transigeante qui conserve la chose litigieuse : elle finira toujours par répondre de la même façon. Elle vous dira tout d'abord qu'elle sait que c'est elle qui est le véritable propriétaire. « Mais, lui objecterez-vous, vos preuves ne sont pas assez convaincantes pour que vous soyez absolument sûr de gagner votre procès. Voilà pourquoi vous transigez, au lieu de plaider. Eh bien ! si, par hasard, votre adversaire a des preuves plus convaincantes, ne fût-ce qu'en apparence, votre intention est-elle, oui ou non, de les invoquer, au besoin (par exemple, quand un tiers viendra revendiquer l'immeuble), au lieu d'invoquer les vôtres? » Eh bien ! nous sommes convaincu que, dans ce cas, votre interlocuteur vous répondra immanquablement qu'il invoquera les preuves de son adversaire.

480. — Cette manière de voir, que nous avons toujours soutenue, soit en droit romain, soit dans l'ancien droit, trouve un nouvel argument dans le Code civil.

D'après l'article 1701, le retrait litigieux « cesse lorsque la cession a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux. »

Primus revendique un immeuble possédé par Secundus. Tertius aussi le revendique. Primus cède son droit à Secundus. Tertius ne peut pas exercer le retrait litigieux contre Secundus. Ainsi, quand Primus cède expressément son droit litigieux à Secundus, celui-ci peut certainement l'invoquer contre Tertius, en vertu de l'article 1701 [1].

Mais, si, dans le même exemple, Primus, au lieu de dire qu'il cède son droit à Secundus, déclare simplement qu'il transige avec Secundus, est-ce que l'intention des parties sera sensiblement différente? Peut-on dire sérieusement que par cela seul que les parties ont employé le verbe *transiger* au lieu du verbe *céder*, Secundus ne pourra pas invoquer contre Tertius les titres qu'avait Primus avant la convention [2].

Et, si, dans cette dernière hypothèse, la transaction implique cession, parce que, au moment de la transaction, il y a un tiers qui revendique, ne faut-il pas décider de

[1] Au reste, nous croyons que, dans ce cas, même sans la disposition de l'article 1701, le retrait serait impossible, car nous admettons, d'après l'opinion générale, que le retrait n'est jamais possible de la part du demandeur, ce qui est notre cas.

[2] Il faut noter que la cession, dans le cas précédent, n'est autre chose qu'une transaction. En effet, c'est un contrat par lequel les parties terminent leur procès au moyen de concessions réciproques. Il ne doit donc pas y avoir de différence entre les deux cas. Il est vrai que Mourlon prétend que, dans ces cas, il n'y a pas transaction (*Traité théorique et pratique de la Transcription*, I, p. 187). Mais alors, comment veut-il définir la transaction? Dans ses *Répétitions écrites* (III, p. 515), il donne la même définition que nous. Dès lors, il nous semble difficile de ne pas admettre qu'il y a des transactions dans nos deux hypothèses.

même, quand il y a seulement une crainte de revendication de la part d'un tiers ?

S'il en est ainsi, la logique ne voudra-t-elle pas qu'on décide toujours de même, car, même dans le cas où les parties ne le soupçonnent point, qui sait qu'un tiers ne viendra pas revendiquer un jour ? Et, si vous leur demandiez, comme tout à l'heure, quelle serait leur intention, si elles savaient ou seulement soupçonnaient qu'il y aura un tiers qui viendra revendiquer un jour, elles ne manqueraient pas de répondre que Primus cèderait ses prétentions à Secundus. Pourquoi ne pas sous-entendre alors cette intention dans toutes les transactions ?

Aussi plusieurs d'entre les partisans de l'effet déclaratif de la transaction admettent-ils que, dans l'hypothèse, Secundus peut toujours invoquer les titres de Primus contre Tertius[1].

481. — Nous n'avons pas encore répondu à la question que nous avons posée : La transaction est-elle déclarative ou translative?

A notre sentiment, elle n'est *a priori* ni l'un ni l'autre; son caractère, à cet égard, est essentiellement incertain. En effet, nous espérons avoir démontré que la transaction implique cession du droit litigieux de la part de celui qui abandonne sa prétention, Primus dans notre exemple. Il en résulte que la transaction n'est pas toujours déclarative. Mais il n'en résulte pas qu'elle ne soit jamais déclarative. De quel droit, en effet, y a-t-il cession ? d'un

[1] Baudry-Lacantinerie, III, p. 581 ; Valette, *Mélanges de Droit, de Jurisprudence et de Législation*, I, p. 64. — Le passage que nous citons de ce dernier ouvrage reproduit une consultation signée de MM. Valette, Duverger et G. Demante.

droit litigieux, qui peut n'exister que dans l'imagination des parties. Dans ce dernier cas, peut-on dire qu'il y ait mutation ? Non certes ! il n'y a pas mutation de droit, par cette excellente raison que le droit qu'on a voulu céder n'existait pas en réalité.

Nous tirerons tout à l'heure les nombreuses conséquences de cette idée. Mais, auparavant, examinons brièvement les autres systèmes proposés.

482. — L'opinion presque unanime se prononce en faveur de l'effet déclaratif de la transaction [1]. En voici les principaux arguments :

[1] Marbeau, pp. 116 et 150 ; Dalloz, v° *Transaction*, n° 26 ; Merlin, *Répertoire*, v° *Partage*, § XI, V, p. 91, 2e col., p. 92, 1re col. ; v° *Transaction*, § IV, VI; Baudry-Lacantinerie, III, p. 580 ; Aubry et Rau, IV, p. 668; Pont, II, pp. 233, 317 et suiv. ; Laurent, XXVIII, pp. 385 et suiv. ; Troplong, pp. 556 et suiv. ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 85, § 767, note 2, p. 89, note 7 ; Valette, *Mélanges de Droit, de Jurisprudence et de Législation*, I, pp. 210 et suiv., 439 et suiv., II, p. 64 *d* et *e* ; Batbie, VI, p. 20, note 1 ; Championnière et Rigaud, *Traité des Droits d'Enregistrement*, I, pp. 453 et suiv. ; Req., 25 février 1846 : Dalloz, 1846, 1, 118; Cass., ch. réun., 12 déc. 1865 : Dalloz, 1865, 1, 457 ; Cass., 3 janvier 1883 : Sirey, 1883, 1, 349.

Nous avons annoncé, à la fin de la section précédente (n° 477, note), que l'auteur du Projet de Code civil japonais proclame expressément l'effet déclaratif de la transaction, avec cette restriction, cependant, qu'il en serait autrement si les parties avaient entendu faire une novation. Cette restriction atténue beaucoup les inconvénients du système de l'effet déclaratif, car les juges sont toujours libres de rechercher si l'intention des parties n'était pas plutôt de faire cession du droit litigieux; d'autant plus qu'à la différence du Code français, le nouveau Projet de Code japonais permet quelquefois de présumer la novation (n° 466, 2e note). Donc, nous accepterions volontiers cette disposition légale, si elle était accompagnée d'autres tempéraments, qui nous semblent absolument nécessaires. Nous voulons parler surtout de la transcription. L'éminent auteur du Projet n'a point perdu de vue cette question. Après avoir supposé Primus et Secundus qui se partagent l'immeuble litigieux, voici comment il s'exprime : « Il y a quelque difficulté au sujet de la transcription : si le titre en vertu duquel Secundus possédait était de nature à être soumis à la transcription et avait été effectivement transcrit, la transcription subsistera; mais,

1° Nous avons vu que dans l'ancien droit, bien que la question fût longtemps fort controversée, c'est l'opinion

pour que son effet soit réduit à la portion d'immeuble qu'il conserve, il faudra que la transaction soit mentionnée en marge de cette transcription, comme il faudrait le faire pour un jugement : en effet, Secundus pourrait conférer des droits excédant sa portion et les tiers ne doivent pas être exposés à des évictions imprévues. — La même formalité devra être remplie à l'égard du titre de Primus, s'il avait été transcrit, et, s'il ne l'avait pas été, mais avait dû l'être, d'après sa nature (par exemple, si Primus s'était dit acheteur de Secundus), il faudrait transcrire, soit la transaction en vertu de laquelle Primus obtient une partie de l'immeuble, soit la vente primitive, avec mention en marge de la transaction qui la modifie (*Commentaire*, III, pp. 477 et 478). »

Ainsi l'intention de M. Boissonade est d'exiger, en principe, la transcription de la transaction. Mais, ne faudrait-il pas le dire expressément dans le texte, car, si nous nous reportons aux articles du Projet, relatifs à la transcription, nous nous trouvons assez embarrassé d'admettre la solution, qui est dans l'intention de M. Boissonade? Voici ce que porte l'article 368, qui énumère les actes susceptibles d'être transcrits :

« Sont transcrits en entier, sur un registre spécial tenu à la sous-préfecture de la situation des biens :

« 1° Tous actes entre-vifs, authentiques ou sous seing privé, à titre gratuit ou onéreux, portant aliénation de propriété immobilière ou de tout autre droit réel immobilier;

« 2° Tout acte portant modification ou renonciation aux mêmes droits;

« 3° Tout jugement constatant l'existence d'une convention verbale ayant l'un desdits objets;

« 4° Tout jugement d'adjudication sur saisie immobilière;

« 5° Tout acte judiciaire ou administratif prononçant une expropriation pour cause d'utilité publique.

« Les règles particulières à la publicité des hypothèques et des privilèges sur les immeubles sont établies au Livre IV^e^. »

Avec l'effet déclaratif, que l'auteur du Projet attache à la transaction, il nous est assez difficile de trouver un numéro applicable à cette convention dans l'énumération que nous venons de lire. D'abord ce n'est pas une aliénation; donc, le n° 1 ne s'applique pas. Ce n'est ni une modification, ni une renonciation, car celui qui conserve l'immeuble est censé avoir été toujours propriétaire, tandis que l'autre est censé n'avoir jamais été propriétaire; donc, impossible d'appliquer le n° 2. L'éminent auteur du Projet semble vouloir assimiler la transaction au jugement, même au point de vue de la transcription. Mais cela ne nous semble pas résulter assez clairement de l'article 762, 1^er^ al.

favorable à l'effet déclaratif qui finit par prévaloir (n° 262). Or, nous ne voyons aucun texte qui innove, sur ce

Bien mieux, admettons que cette assimilation résulte clairement de ce texte. Ce n'est pas tout jugement qui soit transcriptible, mais seulement le « jugement constatant l'existence d'une convention verbale ayant l'un des objets des deux numéros précédents » ou le jugement d'adjudication. Donc, toutes les fois que la transaction ne constate pas « l'existence d'une convention verbale ayant pour objet aliénation, modification ou renonciation, » elle n'a pas besoin d'être transcrite. Sans doute, dans les autres cas, les actes primitifs ont dû être transcrits, et M. Boissonade n'exige alors que la mention en marge de la transaction, ou si les actes primitifs n'étaient pas encore transcrits, il exige soit la transcription de ces actes, avec la mention marginale de la transaction, soit celle de la transaction elle-même. Mais tout cela résulte-t-il de l'article 368 ou d'un autre article quelconque? Cela ne nous paraît pas. Nous trouvons bien un article 372, qui exige la mention marginale de la demande en résolution, rescision ou révocation et du jugement qui l'accorde, et un autre article 373, qui exige également la mention marginale de la convention portant résolution, rescision ou révocation. Mais aucun de ces articles ne s'applique à la transaction, qui est *purement déclarative*, d'après le Projet. Il est d'ailleurs bien naturel que l'auteur du Projet ne songeât pas à notre cas, quand il écrivait les articles relatifs à la transcription. Et nous ne savons si, depuis, il n'a pas corrigé ces articles pour qu'ils s'accordent mieux avec le principe de l'article 762. En tous cas, si ce n'est pas encore chose faite, nous espérons que le législateur japonais fera cette petite correction dans la rédaction définitive.

Mais ce n'est pas encore tout : M. Boissonade n'exige la transcription ou la mention marginale que dans le cas où la transaction confirme un acte transcriptible, en quoi M. Boissonade est parfaitement logique. Mais ne serait-il pas désirable qu'on transcrive la transaction, même dans les autres cas?

La loi actuelle sur l'Enregistrement (*Tô-Ki*), qui correspond à la fois à l'enregistrement et à la transcription de la France, n'exige l'enregistrement que de la vente, de la cession, de l'engagement et de l'hypothèque des immeubles et des navires (L. du 11 août 1886, art. 1er). Donc, d'après le système du Projet de Code, la transaction ne serait pas susceptible d'enregistrement. Mais nous pensons qu'en l'absence de texte précis, la transaction doit être enregistrée, comme nous le verrons ci-après pour la transcription. Nous remarquons seulement : 1° que, d'après la loi dont nous venons de parler, tout acte sujet à enregistrement et qui n'est pas enregistré, n'a point d'effet légal à l'égard de *tous tiers* (art. 6); 2° que l'acquisition *mortis causa* est aussi sujet à enregistrement (art. 15). Ces deux dispositions nous semblent en principe sages.

point, l'ancienne jurisprudence. Donc, la transaction est déclarative aujourd'hui comme autrefois..

Cet argument nous touche peu. On sait que la principale, sinon l'unique préoccupation des anciens jurisconsultes, qui s'efforçaient d'établir, même au moyen des arguments les plus héroïques, que la transaction avait toujours l'effet déclaratif, était d'exempter cette convention des droits seigneuriaux, si lourds, si exorbitants. Et, une fois ce principe admis en matière fiscale, la logique voulait que la transaction fût déclarative à tous égards. Voilà comment ces auteurs sont arrivés, un peu malgré eux, à considérer la transaction toujours déclarative. Cependant il est bon de remarquer en passant qu'ils ne sont pas allés juspu'au bout de la logique et qu'ils considéraient quelquefois la transaction comme une aliénation, par exemple au point de vue de la capacité et des pouvoirs.

Cette préoccupation fiscale ne doit pas nous déterminer aujourd'hui, quand il s'agit d'étudier les effets civils de la transaction, car l'effet fiscal de cette convention est formellement déterminé, selon nous, par un texte spécial, loi du 22 frimaire an VII, dont nous nous occuperons à l'instant.

D'ailleurs, comme c'est une fiction, ce dont la plupart de nos adversaires semblent convenir, elle a besoin d'être écrite expressément dans la loi, pour que nous puissions l'admettre. Nous voyons bien l'article 883, C. c., reproduire la fiction analogue, inventée dans le même but, en faveur du partage. Mais nous ne voyons nulle part cette prétendue fiction en faveur de la transaction. Il ne suffit pas que les anciens auteurs l'admissent, pour que

nous puissions établir une chose essentiellement contraire à la nature, une *fiction*.

483. — 2° Eh bien ! s'écrie-t-on, cette fiction, vous la trouverez dans la loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, 45°, qui est ainsi conçue : « Sont sujettes à un droit fixe d'un franc, les transactions, en quelque matière que ce soit, qui ne contiennent aucune stipulation de somme et valeur, ni dispositions soumises par la présente à un plus fort droit d'enregistrement... » En effet, d'après l'article 3 de la même loi, le droit fixe s'applique aux actes qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni transmission. Si, donc, la transaction était translative, elle serait soumise à un droit proportionnel (art. 4 et 69). Or, elle n'est sujette qu'à un droit fixe. C'est donc qu'elle est déclarative, et non translative.

Nous ferons d'abord observer que la législation fiscale ne suit pas toujours les règles du droit civil, témoin la licitation. Cette dernière opération est déclarative en vertu de l'article 883, C. c. Et cependant, l'article 69, § 5, 6°, et § 7, 4°, la soumet à un droit proportionnel, à l'égal de la vente et des autres aliénations. Quoi d'étonnant à ce qu'à l'inverse, le législateur fiscal ne soumette qu'à un droit fixe un acte, qui, au point de vue du droit civil, ne serait pas simplement déclaratif ?

Selon nous, en effet, le législateur de l'an VII a eu raison de ne soumettre la transaction qu'à un droit fixe. Bien que cet acte ne soit pas toujours déclaratif, on ne sait cependant pas non plus s'il est translatif. Et, si le texte que nous avons transcrit n'existait pas, nous serions forcé de permettre au fisc de rechercher s'il y a eu réellement mutation ou si la partie qui conserve la chose en

était réellement propriétaire, ce que nous avons décidé pour l'ancien droit. Cependant n'est-il pas évident que cette solution est souvent vexatoire ? Il vaut beaucoup mieux considérer la transaction comme toujours déclarative au point de vue fiscal. C'est ce qu'a fait le législateur de l'an VII, et nous ne saurions trop y applaudir, car le législateur, même quand il fait une loi fiscale, doit toujours songer à encourager un acte utile, comme la transaction, et surtout à ne pas commettre d'injustice, en soumettant, par exemple, une transaction, qui ne serait pas translative en réalité, à un droit proportionnel, qui ne doit frapper qu'un acte translatif. Maintenant, nous ne savons si le même législateur de l'an VII aurait décidé de mieux, n'eût été l'opinion générale des jurisconsultes, qui considéraient la transaction comme toujours déclarative. Mais, ce qui est bien fait, est bien fait. N'en demandons pas davantage. Mais, ce n'est pas une raison pour étendre cette fiction aux effets civils de la transaction.

484. — 3° Cette fiction, disent nos adversaires, se trouve consacrée, au point de vue civil, par l'article 2052, 1er al., du Code civil, qui assimile la transaction au jugement. Le jugement est, en effet, un acte essentiellement déclaratif. Donc la transaction aussi doit être purement déclarative.

Cet argument tombera, si on admet notre manière d'expliquer l'article 2052, 1er al. Selon nous, cet article veut simplement dire que la transaction est, en principe, aussi inattaquable que le jugement en dernier ressort (V. n° 473).

Ce qu'il y a de certain en tous cas, c'est qu'en droit

romain, d'où cette fameuse formule est tirée, la transaction n'était pas déclarative; elle était au contraire translative, en ce sens qu'elle servait de titre à l'usucapion et à la Publicienne (V. nos 174 et suiv.). Et, la loi 20, C., *De trans.*, qu'on considère comme l'origine de la formule de l'article 2052, 1er al., s'occupe justement de la question de savoir si une transaction est rescindable pour avoir été conclue à la deuxième heure de la nuit; elle ne s'occupe pas du tout du caractère déclaratif ou translatif de la transaction. Et nous croyons avoir suffisamment montré que les rédacteurs de l'article 2052, pas plus que les auteurs de la loi 20, ne se sont occupés de cette question; ils ne parlaient toujours que de la rescision de la transaction (nos 472 et 473).

485. — Certains auteurs, prenant le contre-pied de l'opinion générale que nous venons de combattre, enseignent que la transaction est toujours translative[1].

Cette opinion nous semble exagérée, car, en somme, on ne sait pas si le droit que l'une des parties cède à l'autre existe ou non réellement. On verra tout à l'heure à quelles conséquences inadmissibles conduit cette doctrine.

L'article 2045, qu'on invoque dans cette opinion, n'est pas d'un grand poids dans notre discussion, car, déjà autrefois, alors que l'opinion presque universelle consi-

[1] Accarias, pp. 283 et suiv.; Colmet de Santerre, VIII, p. 328; Cass., 17 mars 1846 : Dalloz, 1846, 1, 147; Trib. de Vervins, 7 décembre 1860 : Dalloz, 1861, 3, 86; Cass., 5 juin 1861 : Dalloz, 1861, 1, 227; Cass., 30 janvier 1866 : Dalloz, 1866, 1, 72; Cass., 11 avril 1866 : Dalloz, 1866, 1, 151; Cass., 19 août 1868 : Dalloz, 1868, 1, 400. Il faut remarquer que tous ces arrêts tranchent la question à propos des droits d'enregistrement. Nous verrons que la jurisprudence ne semble pas admettre la même solution au point de vue civil.

dérait la transaction comme purement déclarative, l'opinion non moins universelle exigeait la capacité d'aliéner pour transiger : *qui transigit alienat*, disait-on. D'ailleurs, nous avons vu que la capacité d'aliéner est exigée même de celui qui n'aliène point le droit litigieux (n° 377). Cela ne prouve donc pas que la transaction soit toujours translative [1].

486. — Frappé probablement de l'imperfection des deux systèmes extrêmes que nous venons de repousser, Mourlon propose un système intermédiaire d'après lequel la transaction ne serait ni déclarative, ni translative, mais *extinctive*, et il s'appuie sur le mot *renonciation* employé dans l'article 2048 [2].

Nous ferons remarquer que le mot *renonciation* ne signifie pas toujours l'extinction pure et simple ; la renonciation peut être *translative :* témoin l'article 9 de la loi du 23 mars 1855.

Cette observation faite, voyons si le système, au fond, est admissible. Il y a d'abord un cas où nous pouvons accepter cette opinion, sauf à faire une petite réserve. « Qu'on suppose, dit Mourlon, qu'une vente étant attaquée pour cause de dol ou de lésion, le vendeur renonce à sa prétention en retour d'une somme d'argent que lui paye l'acheteur : n'est-il pas certain qu'en ce cas la transaction est purement *extinctive* de l'action dont le vendeur se croyait nanti? Cette action ne pouvant être intentée que contre l'acheteur ou ses ayants cause, com-

[1] On argumente aussi de l'article 16 du projet, qui s'occupait de la question de garantie et qui fut supprimée. Mais nous verrons plus loin que cet argument est bien faible.

[2] *Répétitions écrites*, III, p. 525, note 1 ; *Traité théorique et pratique de la Transcription*, I, pp. 183 et suiv.

ment aurait-il pu songer à s'en faire investir? C'eût été viser à l'impossible, puisque une action ne peut pas exister activement et passivement en la même personne [1]. »

Nous pouvons accepter, disons-nous, la doctrine de Mourlon dans ce cas, sauf à faire une petite réserve. En effet, même dans ce cas, s'il est prouvé que la vente n'a jamais été rescindable, qu'il n'y a eu ni dol, ni lésion, la transaction n'est que déclarative. Nous nous empressons d'ajouter qu'au point de vue de la transcription, auquel l'auteur se place principalement, nous sommes d'accord tous les deux, car, pour pouvoir opposer la transaction aux tiers de l'article 3 de la loi de 1855, il faut qu'on l'ait transcrite, conformément à l'article 1er, 2°, de la même loi.

Mais, il faut remarquer que cette hypothèse n'est pas précisément celle à laquelle nous nous sommes placé en commençant notre discussion. Elle ressemble fort à celle que nous avons écartée dès le début, où un prétendu créancier et son prétendu débiteur sont en présence. Sans doute, ici, l'action en rescision a une conséquence qu'une créance ordinaire n'a pas, celle de rendre au vendeur la propriété de la chose qu'il a une fois vendue. Voilà pourquoi son abandon, même par transaction, a besoin d'être transcrit pour être opposé à certains tiers ; tandis que la transaction portant sur une créance ordinaire n'est jamais transcrite, à moins qu'elle n'ait pour condition l'aliénation d'un droit immobilier.

Aussi croyons-nous que même les partisans les plus convaincus de l'effet translatif de la transaction ne prétendront jamais qu'il y ait transmission dans notre hypothèse.

[1] *Traité théorique et pratique de la Transcription*, I, p. 188.

487. — Donc, la discussion doit se concentrer sur le point suivant : Primus se prétend propriétaire d'un immeuble possédé par Secundus. Il abandonne sa prétention moyennant une somme de... A ce moment, personne ne songe qu'il y aura un tiers qui viendra revendiquer l'immeuble. Cela n'empêche pas qu'un jour, un certain Tertius se présente prétendant que c'est lui qui est propriétaire de l'immeuble. Secundus peut-il lui opposer les titres de Primus, qui, par hypothèse, paraissent plus forts que ceux de Tertius ? Mourlon répond non, car, dit-il, Primus a éteint seulement sa prétention à l'égard de Secundus ; il ne lui a point transmis ses titres. En voici la conséquence : Tertius revendique l'immeuble contre Secundus, dont les titres ne valent pas, nous supposons, ceux de Tertius. Celui-ci triomphe donc. Mais Primus, dont les titres sont encore plus forts et qui ne les a éteints que vis-à-vis de Secundus, peut revendiquer le même immeuble contre Tertius. Et voilà que Primus qui s'est fait déjà payer de sa prétention sur l'immeuble, pour l'abandonner au profit de Secundus, se trouve avoir le même immeuble, de sorte qu'il a en même temps la chose et le prix ! Et Mourlon le trouve tout naturel. Nous le trouvons, pour notre part, souverainement injuste. La transaction, comme toute convention, doit être interprétée de bonne foi (art. 1134, 3e al.). La bonne foi exige, croyons-nous, que Primus ne s'enrichisse pas aux dépens de Secundus, que, s'il a abandonné sa prétention au profit de Secundus, il y renonce à tout jamais. Et, comme Tertius ne doit pas profiter de cette transaction entre Primus et Secundus, n'est-il pas tout naturel que ce soit Secundus qui en profite, car il a payé l'abandon de la prétention de Primus?

488. — Nous avons annoncé qu'il y a des intérêts pratiques importants à adopter l'une ou l'autre des différentes opinions que nous venons d'esquisser . Les voici :

1° Cet intérêt forme presque la base de la discussion : Secundus peut-il invoquer les titres de Primus contre Tertius? Nous avons vu que, pour nous, il le peut. Les partisans de l'effet translatif l'admettent à plus forte raison. Mais, pour les deux autres opinions, celles de l'effet déclaratif et de l'effet extinctif, la négative nous semble forcée, et c'est ce qu'on admet généralement dans ces deux camps. Cependant nous avons annoncé qu'il y a quelques dissidents sur ce point parmi les partisans de l'effet déclaratif (n° 480, *in fine*). Mais n'est-il pas évident que leur solution s'accorde mal avec leur principe, car, du moment que l'effet de la transaction est toujours déclaratif, celui qui abandonne sa prétention est censé n'avoir jamais eu de droit sur la chose litigieuse? Si on doit admettre le contraire, sous peine de commettre une grave injustice, n'est-ce pas là une preuve que le principe de l'effet déclaratif est faux?

489. — 2° La transaction sert-elle de juste titre à la prescription et à l'acquisition des fruits ? Le juste titre en matière de prescription n'est pas le même qu'en matière d'acquisition des fruits. Mais, nous pouvons étudier ensemble ces deux questions, car, au point de vue où nous nous plaçons maintenant, il n'y a pas d'intérêt à les distinguer. Ajoutons que, quand la chose litigieuse est un meuble, c'est la règle : La possession vaut titre, de l'article 2279; qui s'applique. Est-ce là une prescription ? Si oui, faut-il un juste titre? Autant de

questions controversées. Mais, en admettant que c'est une prescription, qui demande un juste titre, la transaction est-elle un juste titre ?

Pour les partisans de l'effet translatif, il n'y a pas de doute. Mais, pour nous aussi, la transaction est toujours un juste titre. En effet, qu'est-ce qu'un juste titre ? C'est un acte qui aurait transféré la propriété, s'il eût émané du propriétaire capable. Or, d'après notre système, la transaction aurait transféré la propriété, si Primus eût été propriétaire et capable. Dès lors Secundus, s'il est de bonne foi, — et la bonne foi consiste à croire que lui ou Primus est propriétaire, — peut usucaper et acquérir les fruits.

Dans les deux autres systèmes, la transaction n'est jamais un juste titre.

490. — 3° La transaction doit-elle être transcrite pour être opposée aux tiers de l'article 3 de la loi de 55 ?

Dans le système de l'effet translatif, il n'y a pas de doute, ici non plus, car l'article 1er, 1°, de la loi de 55 s'applique dans toute sa force, si, du moins, la chose litigieuse est un droit susceptible d'hypothèque.

Dans notre système aussi, la transaction doit être transcrite pour être opposée aux tiers de l'article 3, car, quand on veut opposer cette transaction à quelqu'un, c'est quand on ne veut pas se servir de ses anciens titres, mais des titres de son adversaire, en supposant bien entendu que ces titres sont fondés. Dès lors, on la considère comme un acte translatif ; il faut qu'on accomplisse les formalités voulues par la loi pour un acte translatif.

Dans le système de Mourlon, la transcription est encore

requise; car, si l'article 1er, 1°, ne s'applique pas, c'est le 2° qui s'applique.

Quant au système de l'effet déclaratif, il n'exige la transcription dans aucun cas. Mais, n'est-il pas injuste que Secundus puisse opposer la transaction non transcrite à un tiers, qui a acquis le droit de Primus dans l'ignorance de la transaction et qui s'est empressé de transcrire son acquisition [1] ?

491. — 4° En supposant que Secundus s'est marié sous le régime de la communauté légale, l'immeuble qu'il conserve en vertu de la transaction est-il son propre ou un conquêt de la communauté ?

Dans le système de l'effet déclaratif, il n'y a pas de doute, du moment que le titre sur lequel Secundus fonde sa prétention remonte avant le mariage, l'immeuble est toujours son propre. Il en doit être de même du système de l'effet extinctif, car il n'y a pas là non plus acquisition.

Mais, pour le système de l'effet translatif, l'immeuble devrait être toujours un conquêt. Cette déduction est d'abord démentie par le texte de l'article 1402, qui dit: « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. » Ainsi, au point de vue qui nous occupe maintenant, la transaction n'est certainement pas translative, quand Secundus avait déjà la possession légale de la chose au

[1] Pour plus de simplicité, nous avons laissé de côté l'article 2 de la loi de 55.

moment du mariage. Mais, dans les autres cas, les partisans de l'effet translatif devraient dire que l'immeuble est un conquêt de communauté, car aucun texte n'y fait obstacle. C'est ce qu'ils se gardent bien de faire, car ils voient que cette conséquence est choquante ; ils argumentent alors de l'article 1402, qui ferait formellement propres tous les biens sur lesquels l'époux avait des droits, certains ou incertains, antérieurs au mariage. Mais l'article 1402 ne fait propres que les biens dont l'époux « avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage. » De plus, cette solution est non-seulement contradictoire avec le principe qu'on a admis dans l'opinion que nous combattons, mais elle est en même temps injuste, car, souvent, la transaction fait réellement acquérir la propriété. Aussi M. Accarias, tout en admettant, en principe, que l'immeuble qu'on conserve par transaction est un propre, fait une réserve : « Si l'époux du transigeant, dit-il, réussit à prouver que son conjoint avait besoin de la transaction pour être propriétaire, attendu que la propriété appartenait réellement à son adversaire, nous croyons qu'il aura le droit de faire comprendre le bien dans la masse partageable [1]. »

Mais tout cela n'est-il pas la preuve la plus éclatante de la fausseté du principe dont on part ?

Pour nous, la question est bien simple. Nous écartons d'abord le cas où Secundus avait la possession légale de l'immeuble avant le mariage : là, la loi établit une présomption, en vertu de laquelle, l'immeuble reste propre. N'examinons donc que le cas où Secundus acquiert la possession en vertu de la transaction. Pour nous, la trans-

[1] P. 288.

action, par elle-même, n'est ni déclarative ni translative ; la question de propriété reste tout entière. Or, en vertu de l'article 1402, « *tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé* que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage. » Donc la présomption est en faveur de la communauté ; c'est à celui des époux qui prétend qu'un immeuble lui appartenait avant le mariage, à en fournir la preuve. C'est ce que nous lisons textuellement dans le remarquable ouvrage de M. Colmet de Santerre lui-même, qui, après avoir admis l'effet translatif de la transaction, soutient cependant que l'immeuble conservé au moyen d'une transaction est toujours propre [1].

492. — 5° Enfin, la transaction donne-t-elle lieu à un droit fixe ou à un droit proportionnel ? Cette question est trop importante pour être traitée sommairement ici : nous préférons lui consacrer une section spéciale.

SECTION III

DROITS D'ENREGISTREMENT APPLICABLES A LA TRANSACTION

493. — Laissant de côté, pour un instant, le texte de la loi qui règle la matière, demandons-nous ce à quoi doit conduire logiquement chacun des quatre systèmes, que nous avons étudiés.

1° Dans le système de l'effet déclaratif, la solution est bien simple : puisque c'est un acte purement déclaratif, il ne donne lieu qu'à un droit fixe ;

[1] VI, pp. 55 et 56, VIII, p. 331.

2° Il en est de même du système de l'effet extinctif ;

3° Dans le système de l'effet translatif, il faudrait décider que c'est toujours un droit proportionnel qui serait dû ;

4° Dans notre système, s'il n'y avait aucun texte, voici ce qu'il faudrait décider : ce serait à la régie à rechercher si la transaction constitue une mutation. Si elle arrive à prouver qu'il y a eu une mutation, elle pourra percevoir un droit proportionnel ; autrement, elle n'aura droit qu'à un droit fixe.

Voyons lequel de ces quatre systèmes le législateur a adopté.

494. — Nous savons que, dans l'ancien droit, on a fini par ne considérer la transaction que comme purement déclarative, surtout au point de vue des droits seigneuriaux.

Le législateur de l'an VII semble adopter le même système. Voici, en effet, ce que nous lisons dans l'article 68, § 1, 45°, de la loi du 22 frimaire an VII, que nous avons déjà reproduit dans la section précédente : « Sont sujettes à un droit fixe d'un franc, les transactions, *en quelque matière que ce soit*, qui ne contiennent aucune stipulation de somme et valeur, ni dispositions soumises par la présente à un plus fort droit d'enregistrement. » Cette disposition fut répétée littéralemént dans la loi du 28 avril 1816, art. 44, n° 8, sauf l'élévation du droit à 3 francs. Ce droit fixe fut augmenté de moitié par la loi du 28 février 1872, art. 4, 1er al., soit 4 fr. 50.

Ainsi, d'après la loi en vigueur, la transaction n'est sujette en principe qu'à un droit fixe de 4 fr. 50. Excep-

tionnellement, les transactions qui contiennent stipulation de sommes ou de valeurs sont soumises à un droit proportionnel de 1 0/0 (L. du 22 frimaire an VII, art. 69, § 3, 3°) [1] ; celles qui contiennent constitution de rentes, à un droit de 2 0/0 (même loi, art. 69, § 5, 2°); celles qui contiennent libération de sommes ou de valeurs, à un droit de 0,50 0/0 (même loi, art. 69, § 2, 11°) [2]; celles par lesquelles on aliène des meubles non litigieux, à un droit de 2 0/0 (même loi, art. 69, § 5, 1°); celles qui contiennent aliénation d'immeubles non litigieux, à un droit de 4 0/0 (même loi, art. 69, § 7, 1°). Dans ce dernier cas, depuis la loi du 23 mars 1855, la transaction doit être transcrite; mais, à la différence de la vente ou de la donation, le droit de transcription ne sera pas perçu en même temps que le droit d'enregistrement (V. L. du 28 avril 1816, art. 52 et 54). Seulement, quand on va demander la transcription de cette transaction, on doit payer un droit de 1,50 0/0 (L. du 21 ventôse an VII, art. 25). Si la transaction ne contient qu'une constitution d'usufruit, comme la loi du 21 ventôse an VII ne parle que de « mutation de propriétés immobilières, » le droit de transcription ne sera qu'un droit fixe d'un franc (L. du 23 mars 1855, art. 12).

495. — Voilà, du moins, la loi telle que nous la comprenons; elle est relativement simple, et elle ne nous

[1] Ce droit fut abaissé à 0,50 0/0 par la loi du 7 août 1850, article 9, 1er al. ; mais il fut rétabli au taux primitif par la loi du 5 mai 1855, article 15.

[2] La loi du 7 août 1850, article 9, 2e al., abaissa ce droit à 0,25 0/0; mais la loi du 5 mai 1855, article 15, le ramena au taux primitif.

semble pas susceptible d'autre interprétation. Cependant elle a soulevé une controverse des plus vives en doctrine et en jurisprudence.

Pour nous, nous avons déjà expliqué comment on peut justifier le système de la loi du 22 frimaire an VII, qui, cependant, ne s'accorde pas, en pure théorie, avec le système que nous avons préconisé (n° 483).

Ceux qui tiennent pour l'effet toujours translatif de la transaction soutiennent généralement que la transaction portant sur un droit immobilier est assujettie au droit proportionnel de 4 0/0, sans parler d'autres droits qui peuvent être dus à raison de l'objet non litigieux. Mais, c'est aller ouvertement à l'encontre de la loi. Que deviendrait alors la loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, 45°, qui ne soumet qu'à un droit fixe « les transactions, *en quelque matière que ce soit*, » sauf les exceptions que nous avons vues? Avec le système de M. Colmet de Santerre, cette disposition n'aurait jamais d'application. En effet, la transaction porte-t-elle sur un objet déterminé, soit mobilier, soit immobilier, elle est toujours assujettie à un droit proportionnel de mutation. Porte-t-elle sur une créance, il y aura toujours stipulation ou libération; donc, c'est encore un droit proportionnel d'obligation ou de libération qui est dû. De sorte que la loi du 22 frimaire, art. 68, § 1, 45°, restera longtemps à l'état de lettre morte.

Aussi, M. Accarias, quoique partisan des plus acharnés de l'effet translatif, se croit obligé de s'incliner devant le texte formel de la loi du 22 frimaire [1]. Et il essaye de l'accommoder à son opinion. Voici comment il s'ex-

[1] P. 292 et suiv.

prime : « En disant que la transaction est translative, nous nous référons simplement à l'intention réciproque des contractants; nous soutenons que celui qui reste ou qui devient possesseur de la chose litigieuse entend acquérir les droits tels quels de son adversaire, et celui-ci les lui céder. Mais au fond, y a-t-il mutation de propriété, c'est-à-dire quel était des contractants le véritable propriétaire, nous n'en savons rien, et nous n'avons pas le droit de le chercher. » Cela ne revient-il pas à dire que la transaction n'est pas translative *a priori ?*

Quant aux partisans de l'effet déclaratif ou de l'effet extinctif, ils admettent généralement, ce qui est bien naturel, que la transaction n'est en principe soumise qu'à un droit fixe. Chose curieuse, la jurisprudence, qui admet en principe l'effet déclaratif de la transaction, soutient que, par exception, cette convention est translative à l'égard de l'Enregistrement. Voyons comment cette jurisprudence injustifiable a été établie.

496. — Une instruction générale du 15 décembre 1827, reproduisant à peu près le système des Coutumes d'Anjou et de Normandie, dont nous avons parlé dans notre seconde partie (n° 262), prescrivit que la transaction devait être soumise au droit proportionnel, lorsque « la convention a opéré quelque changement dans l'état de la possession, dans les droits apparents des parties[1]. » C'était déjà une grave atteinte au principe proclamé par la loi du 22 frimaire an VII, article 68, § 1, 45°. Mais l'administration ne s'arrêta pas là : elle alla jusqu'à prétendre que, même quand la chose litigieuse ne changeait pas de main, il y avait lieu au droit proportion-

[1] Dalloz, v° *Enregistrement*, n° 1063.

nel de mutation : voici comment. Quand la chose change de main, la présomption est que la propriété est transmise. Quand la chose reste dans les mêmes mains, c'est que l'autre partie a renoncé à son action en revendication : il y a donc cession d'une action mobilière ou immobilière. Donc, dans les deux cas, il y a mutation, et par suite, l'administration peut percevoir le droit proportionnel.

La Cour de cassation, sans adopter cette théorie exorbitante, semble cependant admettre au moins le système de l'Instruction générale de 1827 : Pour elle, toutes les fois qu'il y a changement soit dans la possession, soit dans les droits apparents des parties, il y a lieu au droit de mutation (Req., 22 avril 1845 : Dalloz, 1845, 1, 268; Cass., 17 mars 1846 : Dalloz, 1846, 1, 147; Trib. d'Arras, 12 mai 1846 : Dalloz, 1846, 5,259; Trib. de Vervins, 7 décembre 1860 : Dalloz, 1861, 3, 86[1]; Cass., 5 juin 1861 : Dalloz, 1861, 1, 227; Cass., chamb. réunies, 12 décembre 1865 : Dalloz, 1865, 1, 457; Cass., 30 janvier 1866 : Dalloz, 1866, 1, 72 ; Cass., 11 avril 1866 : Dalloz, 1866, 1, 151 ; Cass., 24 juin 1868 : Dalloz, 1868, 1, 439; Trib. de la Seine, 27 juillet 1877 : Dalloz, 1877, 3, 79). De tous ces arrêts et jugements, il semble résulter : 1° que la transaction est déclarative au point de vue du droit civil; 2° que, cependant, elle est translative au point de vue fiscal, s'il y a quelque changement dans

[1] Cette décision, qui tranche incidemment la question de transaction, est intervenue dans une hypothèse d'acquiescement, et elle permet à l'administration de percevoir un droit de donation. Il nous semble que la loi s'y trouve ouvertement violée. Aussi est-ce à bon droit que ce jugement a été cassé par l'arrêt du 30 janvier 1866, que nous citons au texte. Seulement, cet arrêt commet aussi une erreur, en soumettant cet acte d'acquiescement au droit proportionnel de mutation à titre onéreux.

les apparences du droit; 3° que ces apparences du droit résultent surtout de la possession, des titres apparents, des jugements frappés d'appel. Le plus grand nombre des décisions que nous venons de citer est intervenu à propos d'une transaction entre un légataire universel, envoyé en possession, et un héritier du sang. Il s'est prononcé en faveur de la régie; c'est-à-dire qu'il permet à la régie de percevoir un droit de mutation, non seulement sur la totalité du legs attaqué, mais encore sur la portion de biens abandonnée *transactionis causa* à l'héritier du sang [1].

Cette jurisprudence, fort combattue en doctrine, semble

[1] On peut considérer encore les deux décisions suivantes comme conséquences de cette jurisprudence fâcheuse : — 1° Il a été décidé que la transaction constatant, après annulation par jugement frappé d'appel, de la légitimation d'un enfant naturel, la renonciation d'un héritier collatéral à ses droits et prétentions, moyennant une somme déterminée, ne dispense pas cet héritier du payement du droit de mutation par décès sur sa part dans l'hérédité telle qu'elle lui revenait d'après le jugement (Trib. de Villefranche, 19 décembre 1883 : Dalloz, 1884, 5, 223). D'après cette décision, la régie perçoit : 1° Un droit de mutation par décès sur la totalité de la succession, soit de la part de l'enfant naturel, soit de la part d'un autre ; 2° un autre droit de mutation par décès sur la portion de la même succession, qui devait revenir à l'héritier collatéral d'après le jugement frappé d'appel. N'est-il pas souverainement injuste de percevoir deux fois des droits de même nature sur les mêmes biens ? Il fallait décider que l'héritier collatéral ne devait qu'un droit d'obligation sur la somme qu'il a reçue de l'enfant naturel ; — 2° Il a été jugé aussi que l'acte par lequel, après avoir intenté une action en nullité d'une vente immobilière consentie par leur auteur, des héritiers renoncent à cette action et confirment la vente moyennant payement d'une somme d'argent, donne lieu au droit proportionnel de vente sur cette somme (Trib de Baune, 17 février 1886 : Dalloz, 1888, 5, 222). Ici encore, l'enregistrement percevra, d'après cette décision : 1° Un droit de vente sur la totalité du prix de la vente primitive ; 2° un autre droit de vente sur la somme payée *transactionis causa*. Cela est encore injuste : on n'a pas du tout conclu une nouvelle vente. Il fallait donc percevoir seulement un droit d'obligation sur la somme payée à titre de transaction.

maintenant solidement établie, surtout depuis l'arrêt solennel de 1865. Est-il possible de la justifier?

497. — Cela nous est absolument impossible! D'abord, il n'y a pas une *transaction en droit civil* et une autre *transaction en droit fiscal*. Le droit civil définit la transaction, comme les autres actes civils (art. 2044, C. c.); le droit fiscal applique à la transaction ainsi définie un tel ou tel droit d'enregistrement, sans en donner une définition spéciale. Donc, si la transaction est déclarative en droit civil, comme semble l'admettre la jurisprudence, elle ne peut pas être translative en droit fiscal. Sans doute, le législateur, qui est tout-puissant, peut taxer un acte déclaratif comme s'il était translatif, ce qui est arrivé pour la licitation (L. du 22 frimaire an VII, art. 69, § 5, 6°, § 7, 4°. — V. n° 483). Mais, pour cela, il faut un texte formel. Ce texte n'existe pas. Bien mieux, un texte, pour nous formel, décide précisément le contraire (même loi, art. 68, § 1, 45°), et la jurisprudence nous semble en contradiction évidente avec ce texte. Le texte dit: « Les transactions, *en quelque matière que ce soit*, ne sont sujettes qu'à un droit fixe. » La jurisprudence dit: « Elles donnent lieu presque toujours à un droit proportionnel. » En effet, avec le système de la jurisprudence, ce texte peut être à peu près rayé de la loi, car, quand il y a changement de possession ou quelque chose qui y ressemble aux yeux de la jurisprudence, il y a lieu à un droit de mutation; dans le cas contraire, il y a encore lieu à un droit de mutation, d'obligation ou de libération, pour l'objet non litigieux. Dans l'un et l'autre cas, ce n'est pas l'article 68, § 1, 45°, qui s'applique. Peut-être la jurisprudence l'applique-t-elle

à la transastion sur une créance, qui se termine par une réduction pure et simple du chiffre de la créance[1]. Mais si c'eût été l'intention du législateur, croirait-on qu'il eût dit, comme il l'a fait, que « les transactions, *en quelque matière que ce soit*, sont sujettes à un droit fixe? » D'ailleurs, cette distinction arbitraire entre les cas où il y a apparence de changement et les autres cas, ne nous semble justifiée par aucun texte. Il est vrai que certains auteurs et certaines coutumes adoptaient autrefois la distinction entre le cas où il y avait changement de possession et les autres cas. Mais ce système était presque universellement abandonné à la fin de l'ancien régime, et l'on prétend que le législateur de l'an VII l'aurait ressuscité implicitement, alors que son texte reproduit très visiblement le système généralement admis alors, celui des Dumoulin, des d'Argentré, des Pothier! On aggrave même le défaut de ce système, en y ajoutant encore un élément d'arbitraire, les *apparences du droit*!

498. — D'autres décisions ont été encore rendues, qui nous semblent contraires à la loi. Ainsi il a été jugé que tout acte de nature à être transcrit est soumis au droit proportionnel de transcription, alors même qu'il n'emporterait pas mutation de propriété ; qu'en conséquence, la transaction par laquelle un légataire universel fait abandon de divers immeubles de la succession à un enfant naturel du défunt dont la reconnaissance était l'objet de la contestation terminée par cette transaction, donne ouverture au droit proportionnel de transcription (Cass., 20 mai 1863 : Dalloz, 1863, 1, 239).

[1] En ce sens : Cass., 16 avril 1866 : Dalloz, 1866, 1, 175.

Cette décision est fort critiquable. Du moment qu'on reconnaît qu'il n'y a pas mutation de propriété, le droit de transcription à percevoir doit être le droit fixe d'un franc (L. du 23 mars 1855, art. 12), car, alors, ni les articles 52 et 54 de la loi du 28 avril 1816, ni l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII ne peuvent s'appliquer.

499. — Jusqu'ici, la jurisprudence a été toujours trop favorable à l'enregistrement. Par une curieuse contradiction, elle a rendu un arrêt trop favorable au redevable. Elle a ainsi décidé que les transactions dont les créances produites à une faillite ont été l'objet, depuis la faillite, entre les créanciers et le syndic, conformément à l'article 487, C. de co., sont passibles du droit fixe de 3 francs, auquel l'article 13 de la loi du 24 mai 1834 a assujetti les procès-verbaux d'affirmation de ces créances (Req., 1er février 1865 : Dalloz, 1865, 1, 54).

Cet arrêt nous paraît confondre deux choses bien distinctes : les transactions et les procès-verbaux d'affirmation. Ces derniers ne sont assujettis qu'à un seul droit fixe de 3 francs [1], quel qu'en soit le nombre (L. du 24 mai 1834, art. 13) ; mais, les transactions, elles, doivent chacune un autre droit fixe de 3 francs (L. du 28 avril 1816, art. 44, n° 8) [2]. Il est vrai que l'administration voulait prélever un droit proportionnel, en quoi elle avait tort.

500. — D'autres arrêts sont plus sensés. Il a été jugé que, lorsque, par transaction passée entre l'héritier du

[1] Aujourd'hui 4 francs 50 (L. du 28 février 1872, art. 4, 1er al.).
[2] Aujourd'hui 4 francs 50 (*ead.* L.).

sang et le légataire à titre particulier, ce dernier consent à recevoir autre chose que ce qui lui a été légué, et par exemple, une somme d'argent au lieu d'immeubles, le droit à percevoir sur la transaction est celui de legs de sommes (6 0/0)[1], et non celui d'obligation (1 0/0) (Req., 25 février 1846: Dalloz, 1846, 1, 118). En effet, la transaction n'a pas changé la nature du droit : le légataire est toujours légataire.

De même, il a été décidé que, lorsqu'après rétrocession d'un immeuble en vertu d'une décision judiciaire sur laquelle a été perçu un droit de rétrocession proportionnel à la somme à restituer par le vendeur réintégré, le rétrocédant forme contre cette décision un pourvoi dont il se désiste moyennant le payement d'une seconde somme d'argent, ce désistement n'a pas le caractère d'une seconde rétrocession passible, comme la première, du droit de 5 1/2 0/0, mais donne ouverture au droit de 1 0/0 exigible sur les transactions portant stipulation de sommes (Rej., 29 avril 1850 : Dalloz, 1850, 1, 284).

De même encore, il a été jugé que la transaction intervenue sur une demande en nullité d'une vente mobilière pour cause de vilété du prix, et par laquelle le vendeur consent à ratifier la vente par lui attaquée, moyennant une somme que l'acheteur s'oblige à lui payer, a pour effet de constituer un supplément de prix, qui est passible du droit proportionnel de 2 0/0 établi pour les transmissions de propriétés mobilières, et non pas seulement de simple droit fixe et exceptionnel de 3 francs applicable aux transactions qui ne contiennent

[1] Aujourd'hui 9 0/0 (L. du 21 avril 1832, art. 33, *in fine*, combinée avec la L. du 18 mai 1850, art. 10).

aucune transmission (Req., 11 juillet 1853 : Dalloz, 1853, 1, 303).

Décidé encore que la constitution, par une compagnie de chemin de fer à un de ses ouvriers, à titre de transaction et de réparation du préjudice à lui causé par un accident qui l'a rendu impropre à tout service actuel, d'une rente viagère réversible pour moitié sur la tête de sa femme, moyennant leur renonciation par l'un et par l'autre à toute réclamation ultérieure à raison de l'accident, donne lieu au droit proportionnel de 2 0/0 établi pour les constitutions de rentes viagères, et non pas seulement à celui d'indemnité ou de libération à 50 cent. 0/0 (Trib. de Montluçon, 31 août 1883 : Dalloz, 1884, 5, 230).

Décidé de même que, lorsque sur la demande en nullité d'un legs universel pour cause de captation ou d'insanité d'esprit, le légataire universel envoyé en possession et l'héritier non réservataire partagent entre eux la succession par voie de transaction, le légataire universel, qui a été régulièrement saisi des biens légués, ne peut réclamer la restitution des droits de mutation par décès qu'il a payés sur la portion de biens abandonnée par lui à l'héritier légitime (Cass., 19 août 1868 : Dalloz, 1868, 1, 400). C'est une application de l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII, d'après lequel « tout droit d'enregistrement perçu régulièrement ne pourra être restitué quels que soient les événements ultérieurs. » C'est donc à tort que l'arrêt motive l'impossibilité de la restitution par le caractère translatif de la transaction.

Il a été jugé enfin avec raison que la qualification de transaction donnée à un acte ne met pas obstacle à ce

que cet acte soit considéré comme renfermant une véritable vente, passible, notamment, du droit proportionnel de mutation (Req., 10 février 1857 : Dalloz, 1857, 1, 254. — Cf. n° 288).

SECTION IV

LA TRANSACTION DONNE-T-ELLE LIEU A GARANTIE ?

501. — On confond quelquefois cette question avec celle de savoir si la transaction est déclarative ou translative. C'est-à-dire que la transaction donnerait lieu à garantie, si elle était translative ; qu'elle n'aurait pas cet effet, si elle n'était que déclarative.

La seconde proposition est vraie, car, si la transaction était toujours déclarative comme il n'y aurait ni aliénateur, ni acquéreur, on ne concevrait guère la question de garantie. Encore n'est-ce pas là une idée absolue, puisque le partage qui est certainement déclaratif (art. 883), donne lieu à garantie (art. 884 et suiv.).

Mais la première proposition est tout à fait inexacte. La garantie n'est pas une conséquence inévitable de toute aliénation à titre onéreux. Elle résulte d'une convention expresse ou tacite. Dans une vente, le vendeur s'oblige à faire acquérir à son acheteur la chose vendue. Donc, s'il ne la fait pas acquérir à son acheteur, il y a lieu à garantie. Dans une transaction, la partie qui abandonne sa prétention s'oblige-t-elle à faire acquérir à son adversaire la chose litigieuse? Pas le moins du monde ; ce dernier a toujours prétendu que c'était lui qui était le véritable propriétaire. Une personne qui se prétend

propriétaire d'une chose ne demande pas généralement à un autre de la lui faire acquérir. Voilà pourquoi il n'y a pas lieu à garantie pour la chose litigieuse. Mais cela n'a aucun rapport avec l'effet translatif de la transaction. Ceci est si vrai qu'en droit romain, où la transaction n'était certainement pas toujours déclarative, la garantie n'était pas due pour la chose litigieuse (L. 33, C., *De trans.* — V. nos 177 et 268).

502. — Jusqu'ici, nous n'avons parlé que de la chose litigieuse. Quant à la chose non litigieuse qu'on donne en échange de la chose litigieuse, son éviction donne certainement lieu à garantie, car, pour cette chose, il n'y a pas de différence entre l'aliénation par transaction et l'aliénation par vente ou échange : la partie qui la donne s'oblige à la faire acquérir à sa contre-partie (V. L. 33, C., *De trans.*).

Pothier, qui enseignait les mêmes principes, à savoir: garantie pour la chose non litigieuse, et non garantie pour la chose litigieuse [1], admettait une petite restriction à ce dernier principe. « Si par l'acte, il étoit dit, lisons-nous dans son *Traité du Contrat de vente*, n° 647, que j'ai reconnu que la chose qui faisoit l'objet de notre contestation vous appartenoit ; néanmoins qu'il étoit convenu entre nous que vous me la cédassiez pour une certaine somme, il n'est pas douteux en ce cas que cette convention feroit un vrai contrat de vente, qui vous obligeroit à la garantie. »

Ceci nous semble un peu trop absolu, comme nous l'avons dit plus haut (*n°* 479). De ce que, « par l'acte, il était dit que j'ai reconnu que la chose qui faisait l'objet

[1] *Traité du Contrat de Vente*, nos 645 et 646.

de notre contestation vous appartenait, » il ne résulte pas nécessairement que le contrat ne soit pas une transaction, mais une vente; que, par suite, la garantie soit nécessairement due. Sans doute, si, au fond, il n'y avait aucune contestation, alors, le contrat ne serait pas une véritable transaction et il y aurait lieu à garantie. Mais, la circonstance supposée par Pothier, ne suffit pas pour faire présumer qu'il n'y avait aucune contestation.

Cette restriction a été cependant reproduite de nos jours par plusieurs auteurs [1].

503. — C'est peut-être cette distinction enseignée par Pothier, qui a fait rejeter l'article 16 du premier projet sur les *Transactions*, ainsi conçu : « Il n'y a point lieu à la garantie des objets auxquels chaque partie prétendait avoir des droits, dont elle s'est désistée en faveur de l'autre, lors même que ce désistement aurait été consenti moyennant une somme. — Néanmoins, si une partie est évincée par un tiers, avant qu'elle ait, de sa part, exécuté la transaction, elle ne peut pas y être contrainte, à moins que le cas de l'éviction n'ait été prévu [2]. »

Le premier Consul trouva l'article injuste : « Il lui semblait que, dans le cas prévu, la transaction doit être nulle, à moins qu'il n'y ait renonciation pure et simple de la part de la partie évincée. »

Berlier lui répondit « qu'en effet, cette disposition, quoiqu'elle ne fût point nouvelle, mais copiée du droit romain, paraissait blesser la justice dans la première partie. Quant à la seconde partie, elle était inutile; car,

[1] Marbeau, p. 116; Dalloz, v° *Transaction*, n° 28; Troplong, p. 560.

[2] Fenet, XV, p. 93; Locré, XV, p. 405.

soit dans le cas dont elle s'occupait, soit dans tout autre, on peut prévoir l'éviction et se départir des droits qui en sont la suite. »

Par suite de ces observations l'article fut supprimé [1].

D'où l'on pourrait conclure que la transaction donne lieu à garantie, même pour la chose litigieuse.

Cette conclusion serait certainement fausse. D'abord le premier Consul nous semble avoir mal compris l'article 16. Il croyait que la transaction ne devait pas donner lieu à garantie, d'après cet article, même pour la chose non litigieuse. Ce qui nous le fait supposer, c'est qu'il disait que « la transaction doit être nulle, *à moins qu'il n'y ait renonciation pure et simple de la part de la partie évincée.* » C'est donc, dans la pensée de Bonaparte, celui qui reçoit quelque chose en *renonçant* à sa prétention, qui doit subir l'*éviction*. Il n'est pas étonnant, après cela, qu'il trouvât l'article 16 injuste [2].

Ce qui est plus étonnant, c'est que Berlier le trouvât aussi injuste. Peut-être se plaçait-il dans l'hypothèse où Pothier admettait la garantie par exception. Là, bien que nous ne soyons pas du même avis que Pothier, nous comprenons au moins que Berlier eût admis l'opinion du

[1] Fenet, XV, p. 97; Locré XV, pp. 409 et 410.

[2] On reproche quelquefois à Bonaparte « une erreur de droit, » qui consisterait à « prendre une renonciation gratuite pour une transaction (Accarias, p. 280). » Il faut remarquer cependant que Bonaparte avait comme complices de cette erreur de droit Domat et la plupart, sinon tous, des Messieurs du Conseil d'Etat (nos 277 et suiv.). Et, dans l'article même qu'on discutait, il était dit : « Il n'y a point lieu à la garantie des objets auxquels chaque partie prétendait avoir des droits, *dont elle s'est désistée en faveur de l'autre, lors même que le désistement aurait été consenti moyennant une somme.* » Ce qui revenait à dire que même une convention portant désistement pur et simple serait une transaction.

grand jurisconsulte. Mais rien n'est clair dans ces travaux préparatoires, et il serait fort téméraire d'affirmer quelle était au juste le sentiment du Conseil d'État, quand celui-ci supprima cet article 16.

Ce qui était certainement aussi injuste qu'illogique, c'était la seconde disposition de cet article, qui permettait à la partie évincée de ne pas exécuter la transaction, si l'éviction avait lieu avant cette exécution, et on avait cent fois raison de supprimer un article aussi mal conçu.

Nous voilà donc complètement délivrés des textes et des travaux préparatoires; notre devoir est maintenant de trancher la question d'après les principes généraux. C'est ce que nous avons fait, quand nous disions tout à l'heure que la garantie est due pour la chose non litigieuse, et non pour la chose litigieuse elle-même.

CHAPITRE VII

DES PERSONNES A QUI ET PAR QUI LA TRANSACTION EST OPPOSABLE

504. — La transaction, comme toute convention, n'a d'effet qu'entre les parties (art. 1165, C. c). L'article 2051 reproduit spécialement pour la transaction cette règle fondamentale en matière de convention. « La transaction faite par l'un des intéressés, nous dit-il, ne lie point les autres intéressés, et ne peut être opposée par eux. » Nous avons vu qu'on veut généralement y voir une conséquence du principe de l'article 2052, 1er al. (nº 476); on a ainsi reproché au pauvre article 2051 de se trouver avant le principe, dont il ne serait qu'une conséquence [1]. Nous avons réfuté cette manière de comprendre l'article 2052, 1er al., et le reproche qu'on adresse à notre article 2051 nous semble tout à fait injuste [2].

[1] Pont, II, p. 315; Laurent, XXVIII, p. 377.

[2] Domat disait déjà : « Si celui qui avoit ou pouvoit avoir un différend avec plusieurs autres, transige avec un d'eux pour ce qui le regarde, la transaction n'empêchera pas que son droit ne subsiste à l'égard des autres : et qu'il ne puisse ou le faire juger, ou en transiger d'une autre manière. Ainsi, celui à qui deux tuteurs rendent compte d'une même administration pour transiger avec l'un pour son fait, et plaider contre l'autre. Ainsi, le créancier d'un défunt, ou le légataire peuvent transiger de leur droit avec l'un de deux héritiers pour sa portion et poursuivre l'autre pour la sienne (*Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, IV). »

L'article 13 du projet du Tribunal de Cassation portait aussi : « La transaction ne fait loi qu'entre ceux qui ont transigé ; elle ne préju-

La transaction, disons-nous, n'a d'effet qu'entre parties. Mais, comme nous l'avons vu en droit romain (n° 187), il faut entendre par *parties* non seulement les personnes qui ont figuré au contrat dans leur propre intérêt, non seulement encore leurs héritiers et leurs légataires universels, mais aussi les autres ayant cause à titre universel ou à titre particulier, et les personnes représentées par leurs mandataires légaux, judiciaires ou conventionnels.

505. — Il va sans dire que la transaction que l'une des parties a chargé un tiers de conclure en cachette, est opposable à elle et par elle, à la condition qu'il n'y ait rien de contraire à l'ordre public. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'une partie peut, en matière civile, transiger par l'intermédiaire d'un tiers qui s'oblige pour elle, sans intervenir d'une manière ostensible dans la transaction à laquelle elle veut paraître étrangère, et bien que le procès se continue en apparence pour aboutir à une décision favorable à la partie qui a désintéressé son adversaire (Rej., 8 mai 1872 : Dalloz, 1872, 1, 348).

506. — Comme exemple d'une transaction conclue par un mandataire et opposable à son mandant, on peut citer celle qui est consentie par l'assemblée des actionnaires

dicie pas à ceux qui n'y ont pas été parties : si elle est faite seulement par l'un de ceux qui sont en contestation, les droits des autres restent les mêmes que s'il n'y avait point eu de transaction (Fenet, II, p. 745). »

Le Code italien, art. 1771, est copié sur le Code français. Le Projet de Code japonais ne reproduit pas la disposition de notre article 2051 ; il renvoie, avec infiniment de raison, aux règles générales des conventions (art. 757, 2e al.).

d'une société par actions au profit des administrateurs et qui est opposable à tous les actionnaires : ceux-ci ne peuvent plus intenter la même action *ut singuli*, droit qu'ils avaient avant la transaction (Paris, 16 avril 1870 : Dalloz, 1870, 2, 121 ; Paris, 30 juin 1883 : Dalloz, 1885, 2, 18 ; Req., 23 février 1885 : Dalloz, 1885, 1, 413) [1].

507. — Passons maintenant aux tiers. La transaction n'a, en principe, aucun effet à l'égard des tiers. La pratique en fournit de nombreux exemples.

Il a été jugé : 1° que l'individu qui a succombé dans un procès soutenu contre une partie plaidant avec le secours de l'assistance judiciaire, ne peut, pour échapper à l'action de l'enregistrement en payement de la totalité des frais faits pour cette partie, se prévaloir d'un arrangement postérieurement convenu avec celle-ci, par lequel il aurait été convenu que chacun supporterait ses frais (Trib. de la Seine, 8 décembre 1866 : Dalloz, 1867, 3, 88) ;

2° Que l'héritier réservataire n'est pas lié par les transactions de son auteur, lorsqu'il les attaque comme renfermant un avantage indirect ou déguisé portant atteinte à sa réserve (Req., 5 mars 1867 : Dalloz, 1868, 1, 70) ;

3° Que, lorsqu'un tuteur a chargé un mandataire de gérer la tutelle à sa place, ce dernier n'est pas recevable à réclamer du tuteur une partie de la somme payée au pupille en vertu d'une transaction survenue entre ce pupille et le mandataire, à moins que celui-ci ne prouve que le tuteur a touché une partie des valeurs pupillaires ou engagé sa responsabilité par un fait personnel (Req., 23 janvier 1872 : Dalloz, 1872, 1, 196) ;

[1] Cf., n° 454.

4° Que les copropriétaires d'un immeuble peuvent revendiquer leurs parts indivises contre l'acquéreur de cet immeuble, qui a été vendu par l'un d'entre eux, encore bien que le vendeur, par une transaction intervenue entre lui et un tiers antérieurement à la vente, eût été reconnu propriétaire de l'immeuble tout entier (Cass., 23 avril 1879 : Dalloz, 1879, 1, 214) ;

5° Que la transaction passée entre l'administration des douanes et un entrepreneur de transports sur lequel des marchandises ont été saisies pour déclaration inexacte, est inopposable à l'expéditeur, si elle est intervenue malgré les protestations de l'expéditeur (Douai, 6 décembre 1880 : Dalloz, 1881, 2, 150) ;

6° Que les experts désignés par le Conseil d'État sont recevables à demander audit Conseil de régler les frais de leurs opérations et de déterminer à la charge de qui en incombe le payement, alors qu'un désistement intervenu à la suite d'une transaction a mis fin au litige entre les parties (Conseil d'État, 3 mars 1882 : Dalloz, 1883, 3, 114) ;

7° Que les héritiers légitimes qui ont passé, sur la validité d'un testament de leur auteur, une transaction avec les légataires universels, n'en sont pas moins recevables à demander contre les légataires particuliers étrangers à cette transaction, la nullité du testament pour insanité d'esprit du testateur (Cass., 3 janvier 1883 : Dalloz, 1883, 1, 457) ;

8° Que la transaction intervenue entre un légataire et un héritier du sang, ne profite pas aux autres héritiers (Req., 2 janvier 1877 : Dalloz, 1877, 1, 13).

508. — Bien que la transaction ne produise pas d'effet

direct à l'égard des tiers, il peut arriver cependant qu'elle produise un effet indirect à leur égard.

1° Supposons un locataire en faillite. Il s'était fait assurer contre les risques locatifs en cas d'incendie. La maison brûle. Si le propriétaire poursuivait notre locataire, celui-ci ou son syndic pourrait réclamer le payement de l'indemnité à la compagnie d'assurance. Seulement, le propriétaire serait obligé de partager cette indemnité au marc le franc avec les autres créanciers. Il va donc trouver la compagnie d'assurance et lui propose de ne pas poursuivre son locataire à la condition que la compagnie lui payera une somme un peu moindre que celle qu'elle devrait payer. Alors, le locataire ou son syndic n'a aucune indemnité à réclamer à la compagnie ; c'est là un effet indirect de la transaction (Rej., 5 février 1878 : Dalloz, 1879, 1, 161). Toutefois, il faut remarquer qu'il n'y a pas toujours transaction dans ce cas ; il se peut qu'il n'y ait aucune contestation sur l'indemnité due au propriétaire ; alors, il y aura un contrat *sui generis ;*

2° Il a été jugé que les dommages-intérêts dus en vertu de la promesse de garantie faite par le vendeur d'un produit contrefait, à son acheteur, peuvent être fixés à la somme que ce dernier a payée au breveté par voie de transaction, quoique le garant n'ait pas été partie à cette transaction, s'ils ont été ainsi calculés, non par application de la transaction elle-même, mais parce que la somme qu'elle déterminait n'avait rien d'exagéré (2 arr. de Rej., 25 juillet 1866 : Dalloz, 1866, 1, 309 et 310). Ici encore, la transaction produit indirectement effet à l'égard d'un tiers.

509. — Si la transaction contient une stipulation intéressant un tiers, elle produira certainement son effet à l'égard de ce tiers, quand celui-ci aura accepté cette stipulation. Mais, tant qu'il ne l'acceptera pas, la transaction ne l'engagera en aucune façon (Req., 4 janvier 1881 : Dalloz, 1881, 1, 251). Il a été jugé qu'il n'y a pas lieu de considérer comme l'acceptation d'une transaction stipulée par autrui, le fait d'avoir clos d'une haie sèche la portion d'un immeuble réservée par la transaction au tiers, si cette clôture était exigée par les besoins de la récolte (Bastia, 15 juin 1879 : Dalloz, 1881, 1, 251).

510. — Ainsi, la transaction produit son effet à l'égard des ayant-cause universels, à titre universel ou à titre particulier ; elle n'a aucun effet à l'égard des tiers.

Ce qu'il y a de difficile, c'est de distinguer les tiers des ayant-cause à titre particulier.

Ainsi, quand la transaction a pour effet d'établir un droit réel sur un immeuble, par exemple, l'acquéreur de cet immeuble, qui est certainement tiers à tous autres égards, est ayant-cause du vendeur relativement à l'immeuble, et il est obligé de respecter la transaction, pourvu que les formalités de publicité soient remplies, s'il y a lieu. Un arrêt a voulu appliquer ce principe à une hypothèse, où il nous semble qu'il n'y a pas établissement de droit réel. Le propriétaire d'une forêt s'oblige par transaction à livrer annuellement une certaine quantité de bois et hypothèque sa forêt à la sûreté de cette obligation ; il déclare seulement qu'il « s'oblige et oblige après lui tous les propriétaires de la forêt. » D'où la Cour de Lyon a conclu qu'il y a là établissement d'une servitude (Lyon, 8 juillet 1858 : Dalloz, 1862, 1, 293). Cette

décision est fort contestable; la Cour de Cassation, qui avait renvoyé l'affaire devant la Cour de Lyon, avait décidé le contraire (Cass., 20 juillet 1857 : Dalloz, 1857, 1, 402).

511. — De même, quand la transaction tend à opérer une cession de créance, elle est opposable à tous ceux qui acquerront postérieurement des droits sur cette créance. Mais il faut pour cela que cette cession soit signifiée ou acceptée conformément à l'article 1690. C'est donc à tort, à notre avis, que la Cour de Cassation a déclaré la transaction opposable au cessionnaire de la créance litigieuse, sans qu'elle soit signifiée ni acceptée, dans l'hypothèse que voici. Primus est créancier de Secundus pour une somme payable par cinquième. Il cède cette créance à Tertius, jusqu'à concurrence d'une somme de 15,000 francs, à prendre sur le premier cinquième dû par Secundus, et subsidiairement sur le montant des autres cinquièmes. Or, il y a déjà des saisies-arrêts faites par des créanciers de Primus entre les mains de Secundus. La signification que fait Tertius ne vaut que comme opposition à l'égard des créanciers opposants. Primus élève des contestations sur toutes les oppositions, y compris celle de Tertius. Il intervient entre Primus et tous ses créanciers opposants une transaction, par laquelle Tertius consent à ne toucher sur le premier cinquième que 3,500 francs, à condition d'être rempli du surplus de sa créance sur les cinquièmes subséquents. Or, Tertius a déjà cédé sa créance à Quartus, qui signifie cette cession après la transaction [1]. La ques-

[1] L'arrêt ne relève pas cette circonstance; mais il faut la supposer; car, sans cela, la question ne se serait jamais posée.

tion est de savoir si la transaction qui n'a pas été signifiée ni acceptée, est opposable à Quartus. Si nous admettions, d'après l'opinion générale, que la transaction est purement déclarative, elle serait certainement opposable à Quartus, car, au moment de la transaction, la cession faite à Quartus n'existait pas aux yeux de Primus. Mais, pour nous, la transaction n'est pas toujours déclarative, et Quartus a le droit de prétendre que la transaction a réellement opéré une rétrocession, et, par suite, a dû être signifiée avant la signification de Quartus, pour être opposée à celui-ci (Cf. n° 490). La Cour de Cassation a repoussé la prétention de Quartus sous prétexte que la transaction dont il s'agit ne constituerait qu' « une modification aux termes et conditions du payement de la créance de Tertius ; » en quoi, nous croyons que la Cour suprême se trompe (Cass., chamb. réun., 28 nov. 1846 : Dalloz, 1847, 1, 47).

512. — Nous allons parcourir rapidement certaines situations particulières, qui demandent quelques explications :

1° Des Possesseurs. — Il est à peu près certain que la transaction passée par un possesseur, de bonne ou de mauvaise foi, de la chose litigieuse, avec un tiers, même de bonne foi, n'est pas, en principe, opposable au véritable propriétaire. Vainement a-t-on argumenté de l'article 1240, qui déclare valable le payement fait de bonne foi au possesseur de la créance [1]. D'abord, c'est une disposition tout à fait exorbitante du droit commun, qui, à ce titre, doit être appliquée limitativement au cas

[1] Marbeau, p. 83.

prévu. Et puis, comme l'a très bien dit M. Accarias [1], le débiteur est obligé de payer ; personne n'est forcé de transiger.

La question devient excessivement épineuse, quand on se demande si un héritier apparent peut valablement transiger avec un tiers de bonne foi. Cette question est tout à fait générale et se confond avec celle de savoir si l'héritier apparent peut aliéner valablement à un tiers de bonne foi. Nous n'avons pas la prétention de la discuter ici. Nous nous contentons d'indiquer la jurisprudence et notre solution. La jurisprudence constante valide ces aliénations avec la seule condition de la bonne foi du tiers acquéreur. Nous considérons, quant à nous, cette jurisprudence comme tout à fait inadmissible. Pour qu'un *non dominus* puissè valablement aliéner, et particulièrement transiger, il faut un texte formel qui le lui permette ; cè texte n'existe pas. On invoquerait vainement soit le droit romain, soit l'ancienne jurisprudence, car, il ne suffit pas d'avoir pour soi une législation morte, pour admettre une dérogation aux principes généraux [2]. Maintenant, nous conviendrions volontiers qu'il y a là une lacune dans la loi. Nous proposerions, par exemple, de décider que, à dater d'un an après l'ouverture de la succession, la transaction, comme toute aliénation, faite par un héritier apparent avec un tiers de bonne foi, est opposable au véritable héritier. Il y aurait peu -être à organiser en outre un système de publicité.

[1] P. 255.

[2] Pour ne citer que les auteurs qui ont écrit sur la matière de la transaction : dans notre sens : Accarias, p. 255 ; Pont, II, p. 285 ; Laurent, XXVIII, p. 344. — En sens contraire, Marbeau, pp. 81 et suiv., 194 et 195 ; Dalloz, v° *Transaction*, n° 104. — M. Colmet de Santerre se borne à indiquer la jurisprudence constante, sans l'approuver, ni la désapprouver (VIII, p. 336).

513. — La question change un peu, si l'on se demande si le véritable héritier peut s'approprier la transaction passée par l'héritier apparent, ou d'une manière générale, si le véritable propriétaire peut s'approprier la transaction passée par le possesseur. M. Accarias soutient qu'il le peut, et voici son raisonnement : « Si le possesseur, dit l'éminent auteur, était de mauvaise foi, son intention évidente était bien aussi de faire, au besoin, l'affaire du véritable ayant droit ; et s'il était de bonne foi, ce n'est pas trop hasarder que de lui supposer encore cette intention en prévision d'une erreur toujours possible [1]. » Pour notre part, nous dirions : « Si le possesseur était de mauvaise foi, son intention évidente était bien de faire son affaire à lui, et non l'affaire du véritable ayant droit ; s'il était de bonne foi, il faut *a fortiori* lui supposer cette intention, par l'excellente raison qu'il croyait qu'il n'y avait que lui qui était le véritable propriétaire. » Donc, dans l'un et l'autre cas, le véritable propriétaire ne peut invoquer la transaction conclue par le possesseur [2].

Sans doute, si les juges du fait reconnaissent qu'un héritier a agi, en transigeant, non pas dans son intérêt personnel, mais dans l'intérêt de la succession en général, bien que la transaction ne soit pas opposable en principe aux autres héritiers, ceux-ci peuvent, s'ils le veulent, s'approprier la transaction (Req., 7 août 1882 : Dalloz, 1883, 1, 360) [3].

514. — 2° Des propriétaires sous condition réso-

[1] PP. 255 et 256.
[2] En ce sens : Colmet de Santerre, VIII, p. 337.
[3] Il ne paraît pas cependant que, dans l'espèce, l'héritier ait agi dans l'intérêt de la succession en général.

LUTOIRE. Le principe est bien simple : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Le propriétaire sous condition résolutoire peut valablement transiger ; seulement, si la condition vient à s'accomplir, la transaction sera résolue avec la propriété du transigeant.

Il faut cependant faire une petite réserve pour les actes d'administration et de jouissance. Ces actes sont opposables au propriétaire au profit de qui la condition résolutoire s'accomplit, s'ils ont été faits sans fraude. Donc aussi, la transaction conclue sans fraude sur ces actes est opposable au même propriétaire.

Mais, pour la transaction portant sur la propriété consentie par le propriétaire sous condition résolutoire, est en principe inopposable au bénéficiaire de la résolution. Ce principe reçoit des exceptions certaines : 1° pour les envoyés en possession définitive (art. 132, C. c.); 2° pour les donataires soumis au rapport (art. 860, C. c.); 3° pour les donataires dont les donations sont révoquées pour cause d'ingratitude (art. 958, C. c.).

515. — La seule question controversée est celle de savoir si la transaction conclue par le grevé de substitution est opposable aux appelés [1]. Nous croyons, quant à nous, qu'elle ne leur est pas opposable. C'est l'application du principe, et nous ne trouvons nulle part une disposition légale qui accorde au grevé le droit de faire un acte de disposition opposable aux appelés[2].

[1] La nature du droit du grevé est fort discutée, mais l'opinion générale admet, d'après Pothier (*Traité des Substitutions*, n° 153), que c'est une propriété sous condition résolutoire.

[2] En ce sens : Accarias, pp. 257 et 258 ; Marbeau, pp. 72 et suiv. ; Rigal, p. 50 ; Laurent, XIV, pp. 656 et 657 ; Troplong, pp. 627 et 628.

Tel n'est pas l'avis de tout le monde. Nous savons que, dans l'ancien droit, la question était longtemps controversée, et que l'ordonnance de 1747 vint la résoudre dans ce sens que le grevé peut contracter des transactions opposables aux appelés, à la condition de se faire autoriser par le tribunal sur les conclusions du ministère public (n° 272). Bien des auteurs veulent appliquer encore aujourd'hui cette ordonnance, avec plus ou moins de modifications. Ici on ne s'accorde pas du tout. Les uns veulent appliquer l'ordonnance de 1747, en exigeant en outre le consentement du tuteur à la substitution [1]. D'autres appliquent l'article 467 [2]. D'autres, enfin, y ajoutent le consentement du tuteur [3]. Ces divergences mêmes ne prouvent-elles pas combien le principe dont partent ces différents systèmes est arbitraire? L'ordonnance de 1747 est certainement abrogée par la loi du 30 ventôse an XII, article 7. L'article 467 est spécial aux mineurs ; entre le tuteur des articles 390 et suivants et le tuteur des articles 1055 et suivants, il n'y a de commun que le nom. Ce serait faire la loi que d'appliquer soit la disposition de l'ordonnance de 1747, soit celle de l'article 467, avec ou sans modification, ce dont le légis-

[1] Duranton, IX, p. 584 ; Mourlon, II, p. 511. — Mourlon ne parle pas spécialement de la transaction, mais, puisqu'il dit que « les appelés doivent respecter tous les actes que le grevé a faits avec l'autorisation de justice, dans la forme prescrite par le tribunal et avec le concours de leur représentant, c'est-à-dire du tuteur nommé pour surveiller l'exécution de la substitution, » la transaction conclue avec les mêmes formalités, est, d'après cet auteur, certainement opposable aux appelés.

[2] Marcadé, IV, p. 162; Demolombe, XXII, p. 502. — M. Colmet de Santerre, après avoir enseigné au titre *des Donations* (IV, p. 428) que le grevé peut irrévocablement transiger avec les formalités exigées pour les biens du mineur, émet des doutes sérieux sur ce point au titre *des Transactions* (VIII, p. 336).

[3] Aubry et Rau, VII, p. 350.

lateur aurait seul le droit. Maintenant, au point de vue législatif, il est peut-être désirable que le grevé puisse transiger définitivement avec l'autorisation de justice.

516. — Le propriétaire qui bénéficie de la résolution, peut-il s'approprier, s'il le veut, la transaction consentie par le propriétaire sous condition résolutoire ? Contrairement à ce que nous avons décidé pour la transaction passée par un possesseur, nous déciderons ici que le nouveau propriétaire peut s'approprier la transaction. En effet, le propriétaire sous condition résolutoire sait très bien que sa propriété est soumise à une condition résolutoire. Il faut donc présumer que quand il transige, il transige, non seulement en son nom propre, mais aussi au nom du propriétaire sous condition suspensive ou du propriétaire éventuel [1]. Maintenant, c'est une question d'interprétation, et s'il est prouvé que le propriétaire sous condition résolutoire n'a agi que pour son propre compte, sa transaction ne pourra pas être invoquée par le propriétaire éventuel.

517. — 3° Du vendeur et de l'acheteur. Si le vendeur, pour éviter la garantie, transige avec le tiers qui se prétend propriétaire de la chose vendue, ce tiers ne peut certainement pas actionner l'acheteur pour l'exécution de la transaction. Mais l'acheteur peut opposer la transaction à ce tiers, en vertu de l'article 1166, si ce dernier s'avise de le poursuivre malgré la transaction, car, autrement, le vendeur lui-même ne bénéficierait pas de la transaction.

[1] En ce sens : Accarias, p. 258.

Si c'est l'acheteur qui a transigé, il ne pourra exercer le recours en garantie contre le vendeur qu'autant qu'il prouvera que le tiers revendiquant était réellement propriétaire.

518. — 4° Du débiteur principal et des cautions. L'article 17 du projet portait : « On ne peut préjudicier par une transaction à une caution qui n'y est pas appelée : cette caution peut se prévaloir des dispositions de la transaction qui seraient à la décharge du débiteur principal [1]. »

Cet article fut retranché comme inutile, parce que, disait Berlier, « dans plusieurs titres du Code, et notamment dans ceux *des Obligations conventionnelles en général* et *du Cautionnement*, il avait été suffisamment exprimé que le débiteur principal pouvait alléger et non aggraver par de nouveaux faits la condition de sa caution. Cette règle suivra son application dans cette espèce comme dans toutes les autres [2]. »

Ainsi, l'idée des conseillers d'État qui ont voté pour la suppression de cet article est bien claire : ils l'ont supprimé, parce qu'il était inutile, qu'il n'était qu'une application des principes généraux. Notre tâche est donc singulièrement simplifiée : il nous suffit de rechercher si, réellement, cet article supprimé exprimait les principes généraux ; si oui, les solutions contenues dans cet article sont pleinement applicables, même après la suppression de l'article [3].

[1] Fenet, XV, p. 93 ; Locré, XV, p. 405.
[2] Fenet, XV, p. 97 ; Locré, XV, p. 410.
[3] Cf. aussi Gillet qui a dit, en parlant du mot *intéressés*, qui se trouve dans l'article 2051 : « Dans ce mot *intéressés*, la loi ne com-

519. — Nous pensons en effet que Berlier avait raison ; l'article 17 du projet n'était qu'une application des principes généraux, exprimés notamment par les articles 1165 et 1287. Il faut d'abord écarter le cas où la transaction constitue une véritable novation. Alors, en vertu de l'article 1281, 2e al., la caution est libérée [1], et si le créancier a stipulé que le cautionnement passera à la nouvelle créance, la caution a le choix entre l'ancienne et la nouvelle dette (art. 1281, 3e al.). Supposons donc que la transaction n'opère pas novation. De deux choses l'une : ou la dette devient plus lourde, la caution peut méconnaître la transaction conclue sans elle (art. 1165); ou la dette devient plus avantageuse, la transaction contient au fond une remise partielle, soit dans le chiffre, soit dans les conditions du payement, elle éteint donc une partie de la dette principale, et par suite, de la dette accessoire de la caution aussi (art. 1287, 1er al.). D'ailleurs, si la caution était obligée d'exécuter la dette dans les conditions primitives, elle aurait un recours contre le débiteur principal, qui ne profiterait pas alors de la transaction. Il va sans dire que si la transaction portait sur une exception personnelle au débiteur principal, elle ne pourrait être invoquée par la caution.

prend pas les cautions, dont la décharge et les droits se règlent comme il est dit au titre *des Cautionnements* (Fenet, XV, p. 127; Locré, XV, p. 446). »

[1] Bien entendu, cela n'est vrai que pour la caution véritable. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'obligation par laquelle un débiteur à raison de traites acceptées, s'est engagé, moyennant la restitution de ces traites, à répondre vis-à-vis de son créancier, de la moins-value des terrains cédés à celui-ci par un autre débiteur, continue de subsister malgré la novation résultant d'une transaction intervenue entre le créancier et les syndics du premier débiteur (Rej., 23 novembre 1875 : Dalloz, 1876, 1, 452).

520. — Jusqu'ici, nous n'avons parlé que de la transaction consentie par le débiteur principal. Supposons maintenant celle qui est conclue par la caution. Ici, nous ne pouvons plus raisonner de la même manière : l'accessoire ne peut exister sans le principal, mais le principal peut très bien subsister après la disparition de l'accessoire. Donc, le débiteur principal ne peut pas invoquer la transaction intervenue entre le créancier et la caution (arg., art. 1287, 2e al.). Il ne faudrait pas, par exemple, argumenter de l'article 1365, 5e al., où il est dit que le serment déféré à la caution profite au débiteur principal, car c'est une disposition exceptionnelle. De même, la transaction d'une des cautions ne profite pas aux autres, un des accessoires pouvant disparaître pendant que les autres subsistent. Toutefois, il faut faire une petite réserve dans ce dernier cas : les autres cautions peuvent invoquer la transaction dans la mesure de la part de la caution transigeante, en vertu de l'article 1166, car, autrement, cette dernière elle-même ne profiterait pas de la transaction. Il ne faut pas perdre de vue non plus que, si la transaction elle-même ne profite pas au débiteur principal et aux autres cautions, il n'en est pas de même du payement, même fait *transactionis causa*. Le créancier ne peut poursuivre le débiteur principal ou les autres cautions que déduction faite du montant de ce que la caution transigeante a payé. On pourrait peut-être douter s'il en est de même quand la transaction a porté sur le fait du cautionnement ; mais l'article 1288 semble répondre affirmativement, et avec raison, car le créancier ne doit jamais recevoir plus que le montant de sa créance [1].

[1] Ces différentes solutions étaient aussi celles de Domat : « Le

521. — DES TIERS DÉTENTEURS D'UN IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ. Les solutions que nous venons d'indiquer s'ap-

créancier qui transige avec la caution de son débiteur, disait-il, peut ne décharger que la caution, et la transaction ne lui fera pas de préjudice à l'égard de ce débiteur. Mais si c'est avec le débiteur même qu'il a transigé, la transaction sera commune à la caution; parce que son obligation n'est qu'un accessoire de celle du principal débiteur (*Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, VIII). »

C'est ce que disait aussi le Projet du Tribunal de Cassation, art. 10 : « La transaction, portait cet article, faite avec le débiteur principal sur la dette, profite à la caution ; celle faite avec la caution sur le cautionnement, ne profite pas au débiteur principal (Fenet, II, p. 744). »

Voici, maintenant, les articles du Code italien concernant cette matière : « Article 1277, 2e alinéa. La novation effectuée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. — 3e alinéa. Néanmoins, si le créancier exige dans le premier cas l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celle des cautions, et qu'ils refusent d'adhérer à la nouvelle convention, la créance antérieure subsiste.

« Article 1282. La remise ou libération conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions; celle accordée à la caution ne libère point le débiteur principal.

« Art. 1283. La libération accordée par le créancier à l'une des cautions sans le consentement des autres, leur profite pour la part de celle qui a été libérée.

« Art. 1284. En tout cas, ce que le créancier a reçu d'une caution pour la libérer du cautionnement, doit être imputé sur la dette et être porté à la décharge du débiteur principal et des autres cautions. »

Les solutions du nouveau Projet de Code japonais diffèrent, sur plus d'un point, de celles de la loi française. Mais, il serait trop long de les discuter. Nous nous contentons de transcrire les articles qui les donnent :

« Art. 523. La novation faite entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires ou l'un des codébiteurs d'une dette indivisible libère les autres débiteurs et les cautions. — Mais, si le créancier a mis comme condition à la novation, l'accession des codébiteurs et des cautions, et que les uns ou les autres s'y refusent, la novation est non avenue.

« Art. 524. La novation faite avec une caution est présumée porter sur le cautionnement et non sur la dette principale, si l'intention contraire des parties n'est prouvée : elle ne libère ni les débiteurs principaux, ni les autres cautions.

« Art. 528, 1er alinéa. La remise de la dette faite au débiteur principal libère les cautions.

« Art. 529. La remise de la dette faite à une caution libère les débiteurs principaux et les autres cautions.

pliquent à peu près, *mutatis mutandis*, aux tiers détenteurs d'un immeuble hypothéqué. La transaction consentie par le débiteur profite, mais ne nuit pas aux tiers détenteurs. Ceux-ci sont même complètement libérés si la transaction a opéré novation, « à moins que le créancier n'ait expressément réservé les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance (art. 1278). » Quant à la transaction consentie par les tiers détenteurs, elle ne profite ni ne nuit au débiteur, si ce n'est que le payement fait *transactionis causa*, comme tout autre payement, libère, au moins partiellement, le débiteur à l'égard du créancier. Pour les rapports des différents tiers détenteurs entre eux et ceux de ces tiers détenteurs avec les cautions, la question est trop épineuse, et aussi trop générale, pour être discutée ici.

522. — 6° DES CRÉANCIERS ET DES DÉBITEURS D'UNE DETTE INDIVISIBLE. La transaction conclue entre un des créanciers et le débiteur d'une dette indivisible est certainement inopposable aux autres créanciers, qui peuvent réclamer la totalité de la dette. Toutefois, ces créanciers doivent tenir compte de la part du créancier transigeant, dans

« Art. 530. Le codébiteur et la caution auxquels la remise de la dette a été faite n'ont de recours contre les codébiteurs ou les cofidéjusseurs que pour la valeur de ce qu'ils ont effectivement fourni, pour obtenir du créancier la décharge commune.

« Art. 533. La remise du cautionnement seul, faite à une caution, ne libère pas le débiteur principal et ne libère les autres cautions que de la part de celle à laquelle le cautionnement a été remis ; sauf le cas où les cautions sont solidaires entre elles, auquel cas toutes les cautions sont libérées, si le créancier n'a pas réservé son droit contre les autres, comme il est dit à l'article 528, 2e alinéa.

« Art. 535. Ce qu'un codébiteur ou une caution a donné au créancier pour obtenir la simple remise de la solidarité, de l'indivisibilité ou du cautionnement ne diminue pas la dette, et ne peut être l'objet d'aucun recours contre les autres coobligés. »

le cas du moins où ils profitent de l'exécution totale plus que de leurs parts, par exemple, quand la dette consiste à construire une maison ; car, autrement, le débiteur exerçant son recours, le créancier transigeant lui-même ne profiterait pas de la transaction. L'article 1224, 2e al., nous semble d'ailleurs formel[1].

[1] Le Code italien, art. 1207, 2e alinéa, reproduit à peu près les dispositions de l'article 1224, 2e al., C. c. fr.

Le Projet de Code japonais est plus explicite : « Aucun des créanciers, porte l'article 466, ne peut diminuer ou éteindre le droit des autres, si ce n'est en recevant le payement tel qu'il a été stipulé. — Si l'un des créanciers a fait une novation, une remise de la dette ou quelque autre convention tendant à libérer les débiteurs ou l'un d'eux, ou s'il existe contre lui une cause de compensation légale, les autres créanciers peuvent encore demander l'exécution intégrale de la dette ; mais ils tiendront compte au débiteur poursuivi de la valeur dont ils seraient tenus envers le créancier lui-même s'il n'avait pas perdu son droit, ainsi qu'il est dit aux articles 523, 4e alinéa, 537, 2e alinéa, 543, 4e et 5e alinéas, et sous les distinctions qui y sont portées. »

Voici, maintenant, les autres articles du Projet, concernant notre question :

« Art. 523, 4e alinéa. (Voir les deux premiers alinéas au n° 520, note). Si la première dette était indivisible, la novation faite avec l'un des créanciers laisse subsister pour le tout le droit de poursuite des autres, à charge de l'indemnité prescrite à l'article 466 (V. la 2e al. de la présente note.)

« Art. 528, 3e alinéa (V. le 1er al. au n° 520, note ; le 2e al. au n° 528, 2e note). Il en est de même de la remise faite à l'un des débiteurs d'une dette indivisible ; toutefois. si la dette est indivisible par sa nature, et que le créancier ait réservé ses droits contre les autres débiteurs, il les exercera pour le tout, en tenant compte au débiteur poursuivi de la part du gratifié (V. art. 530, n° 520, note).

« Art. 531. La simple remise de la solidarité ou de l'indivisibilité conventionnelle faite à l'un des débiteurs l'affranchit de la part des autres et affranchit les autres de la sienne. — S'il y a remise de l'indivisibilité naturelle à l'un des débiteurs, le créancier conserve le droit de demander le tout à chacun des autres ; mais, en lui tenant compte, en valeur, de la part du gratifié.

« Art. 532. Le créancier est présumé avoir entendu remettre la solidarité ou l'indivisibilité conventionnelle à l'un des débiteurs dans les cas suivants : — 1° S'il a reçu de l'un d'eux une somme ou valeur déclarée être

La solution doit être la même, et *a fortiori*, quand la transaction est intervenue entre le créancier unique et l'un des débiteurs d'une dette indivisible.

La seule question controversée est celle de savoir si les intéressés étrangers à la transaction peuvent s'approprier cette transaction, quand ils la trouvent avantageuse. L'opinion générale répond affirmativement [1]. Le motif qu'on invoque ordinairement est qu'il y a mandat tacite entre ces cointéressés d'améliorer leur situation. Cette idée est certainement inexacte, car le cas le plus ordinaire d'une dette indivisible existant pour ou contre plusieurs personnes, c'est celui de cohéritiers, qui n'ont contracté aucune convention entre eux. J'en dirais autant de cette autre idée de Duranton qui voit une société dans notre cas : il n'y a pas société sans convention. Nous verrons d'ailleurs que la question est délicate de savoir si un des coassociés représente toujours les autres, même dans la mesure des avantages de la convention.

523. — Ce n'est pas à dire que j'adopte l'opinion opposée, soutenue par d'excellents auteurs et d'après laquelle les cointéressés étrangers à la transaction ne la part de celui-ci dans la dette, sans réserver ses droits de garantie ; — 2° S'il a formé contre l'un d'eux une demande en justice qualifiée « pour sa part », sans réserve de sa garantie, et que celui-ci ait acquiescé à la demande ou ait été condamné à payer ; — 3° S'il a reçu de l'un des débiteurs le payement de sa part dans les intérêts ou arrérages de la dette, pendant dix ans consécutifs et sans réserves (V. art. 535, n° 520, note).

« Art. 537, 2e alinéa. Si l'obligation est indivisible, la remise faite par l'un des créanciers ne peut nuire aux autres, lesquels exerceront la créance entière, conformément à l'article 466 (V. le commencement de la présente note). »

[1] Dalloz, v° *Transaction*, n° 111 ; Aubry et Rau, IV, p. 664 (Cf. VIII, pp. 381 et 382) ; Pont, II, pp. 350 et 351 ; Troplong, p. 645 ; Duranton, XVIII, pp. 451 et suiv.

peuvent jamais se l'approprier [1]. Cette opinion se fonde sur l'absence de mandat entre ces individus. Si, donc, nous pouvons arriver à trouver une autre cause que le mandat pour expliquer la possibilité d'invoquer la transaction pour ces individus, le fondement de cette opinion dissidente croulera par la base. Eh bien! je prétends que nous pouvons y arriver. Quand un des créanciers ou débiteurs d'une dette indivisible transige avec son adversaire, il faut raisonnablement supposer qu'il agit non seulement pour son propre compte, mais aussi pour le compte de ses cointéressés, car la poursuite a été ou devait être exercée pour le tout et le créancier savait bien que le tout n'était pas pour lui ou pour son adversaire : il y a donc gestion d'affaires tacite. Maintenant, comme ce n'est là qu'une question d'interprétation de la volonté, la preuve contraire est toujours admise et empêchera les cointéressés d'invoquer la transaction pour eux.

524. — 7° DES CRÉANCIERS ET DES DÉBITEURS SOLIDAIRES. Ce qu'il y a de certain tout d'abord, c'est que la transaction passée par l'un des créanciers ou débiteurs solidaires n'est pas en principe opposable aux autres.

[1] Accarias, pp. 264 et 265; Marbeau, pp. 195 et 196; Colmet de Santerre, VIII, p. 535; Laurent, XX, pp. 155 et 156, XXVIII, pp. 377 et 378. — M. Accarias ne me semble pas bien logique : il a soutenu qu'un propriétaire au profit de qui la condition résolutoire se réalise peut s'approprier la transaction conclue par le propriétaire sous condition résolutoire, ce en quoi nous sommes d'accord; il a encore soutenu que la transaction faite par le possesseur de bonne ou de mauvaise foi peut être opposée par le véritable propriétaire, ce que je n'ai pas admis; et il soutient maintenant que les créanciers ou codébiteurs d'une dette indivisible ne peuvent pas invoquer la transaction consentie par l'un d'entre eux!

Toutefois, quand c'est un des créanciers solidaires qui a transigé, le débiteur peut opposer la transaction aux autres créanciers jusqu'à concurrence de la part du créancier transigeant (art. 1198, 2e al.) [1].

Les cointéressés étrangers à la transaction peuvent-ils, s'ils le veulent, opposer la transaction au débiteur ou au créancier commun? Débarrassons-nous de certains cas où ils ne le peuvent pas certainement. Ce sont :

1° Le cas où les parties ont formellement déclaré qu'elles ne voulaient transiger qu'en ce qui concerne le créancier ou le débiteur solidaire qui figurait au contrat ;

2° Le cas où la contestation portait seulement sur une exception personnelle au prétendu créancier ou débiteur transigeant [2] ;

3° Le cas où la transaction portait sur l'existence seule de la solidarité, aucune contestation n'existant d'ailleurs sur la créance elle-même [3].

525. — Dans ces trois cas, si c'est un des débiteurs solidaires qui a transigé, les autres codébiteurs peuvent toujours opposer la transaction dans la mesure de la part du débiteur transigeant. Si la valeur donnée dépasse la part de celui-ci, l'excédant doit être imputé sur

[1] Le Code civil italien, art. 1185, 2e al., reproduit la disposition de l'article 1198, 2e al., C. c. fr.

[2] M. Accarias (pp. 265 et 266) semble confondre ce cas avec le cas suivant.

[3] Ici si l'un des débiteurs solidaires étrangers à la transaction devient insolvable, on pourrait soutenir, en s'appuyant sur l'article 1215, que la portion de l'insolvable devra être supportée par le débiteur transigeant pour sa part. Mais nous croyons que cette solution est inadmissible, car la règle de l'article 1215, qui est déjà fort critiquable en cas de renonciation pure et simple à la solidarité, serait souverainement inique, si on l'appliquait à la transaction ; il faut donc la réserver au cas prévu.

les parts des autres. Dans ce cas, le débiteur qui a transigé a un recours contre les autres dans la mesure où il les a libérés, c'est-à-dire généralement pour tout ce qui dépasse sa part ; mais, s'il parvient à prouver que toute la dette existait contre les autres, il a son recours pour tout ce qu'il a payé, y compris sa prétendue part.

Voilà du moins notre avis. Duranton [1] émet une opinion qui nous semble paradoxale. Il fait une distinction entre le cas où l'exécution de la transaction précède la poursuite des codébiteurs étrangers à la transaction et le cas où c'est cette poursuite qui précède l'exécution de la transaction. Dans le premier cas, si la somme payée par le débiteur transigeant est plus forte que sa part, Duranton admet, comme nous, que le créancier est obligé de réduire sa réclamation contre les autres débiteurs de toute la somme payée *transigendi causa ;* tandis que, si c'est le débiteur transigeant qui est poursuivi le dernier, le créancier pourrait, après avoir reçu les parts des autres débiteurs, poursuivre le débiteur transigeant pour la somme totale de sa promesse, de sorte que, dans ce dernier cas, il pourrait réaliser un bénéfice réel. Le savant professeur essaye de le justifier par l'idée que le créancier a couru le risque de l'insolvabilité des autres débiteurs. Mais, alors, pourquoi ne pas décider de même dans l'autre cas ? Si le créancier ne peut pas recevoir plus que sa créance dans le premier cas, nous ne voyons pas comment il pourrait recevoir plus dans le second cas. Sans doute, il est permis au créancier de stipuler une somme quelconque comme indemnité du risque qu'il court en dégageant un des débiteurs solidaires de sa

[1] XVIII, pp. 456 et suiv.

solidarité ; mais, dans le silence des parties, il nous semble qu'il faut présumer que la somme promise devait être imputée sur la dette solidaire.

526. — Arrivons maintenant au cas le plus intéressant, où les parties n'ont pas soufflé mot sur le point de savoir si c'est dans leurs rapports entre elles seules qu'elles transigeaient ou sur la dette solidaire tout entière, et où la contestation portait sur la dette solidaire en général.

Pour nous, c'est une question d'interprétation, et les juges doivent, en principe, rechercher dans les circonstances de fait, si les parties ont voulu transiger pour elles seules, ou en même temps pour les autres intéressés. Toute la question est donc de savoir laquelle des deux solutions ils doivent présumer en cas de doute. Ici, la loi nous semble formelle pour le cas de solidarité passive, et nous croyons qu'il en doit être de même en cas de solidarité active : « La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, nous dit l'article 1285, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. — Dans ce dernier cas, il ne faut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. » Notez bien que la remise dont parle cet article ne semble pas devoir s'appliquer uniquement à la remise gratuite. En effet, non seulement nous ne trouvons pas une seule fois le mot *gratuit* dans la section *de la Remise de la dette*, où cet article est placé, mais encore l'article 1288, qui termine cette section, parle évidemment d'une remise à titre onéreux, puisqu'il parle de « ce que le créancier a

reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement [1]. »

De plus, quand la transaction opère novation, l'article 1281 nous dit : « Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés. »

Ajoutez à cela les paroles du tribun Albisson, qui a dit, en parlant de la disposition de l'article 2051 : « Dans le cas où il s'agirait d'intéressés tels que des codébiteurs ou des cautions solidaires, l'application de cette règle serait sujette à des limitations et à des modifications expliquées dans la loi générale sur les contrats, à laquelle il faudrait avoir recours [2]. »

527. — Donc, pour nous, il est à peu près certain que les créanciers ou codébiteurs solidaires étrangers à la transaction peuvent l'opposer, s'ils le veulent, au débiteur ou au créancier commun [3]. Comment justifier cette solution ? La plupart des auteurs enseignent qu'il y a un mandat tacite entre ces cointéressés d'améliorer leur sort. Cette idée, que nous avons rejetée sans hési-

[1] Le Projet de Code japonais, art. 526, dit formellement : « La remise ou décharge conventionnelle de la dette, pour tout ou partie, peut avoir lieu à titre onéreux ou à titre gratuit. — Dans le premier cas, elle constitue, suivant les circonstances, une dation en payement, une novation, une *transaction*; ou une résolution ; dans le second cas, elle constitue une donation, sans toutefois être soumise à aucune solennité particulère. »

[2] Fenet, XV, p. 118 ; Locré, XV, pp. 434 et 435.

[3] En ce sens : Accarias, pp. 266 et suiv. ; Marbeau, pp. 192 et suiv ; Dalloz, v° *Transaction*, n°s 108 et 109 ; Baudry-Lacantinerie, III, p. 580; Mourlon, III, pp. 526 et 527 ; Aubry et Rau, IV, p. 664 ; Pont, II, pp. 349 et 350; Troplong, pp. 644 et 645; Duranton, XVIII, pp. 453 et suiv. ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 88, note 4. Mourlon, cependant, ajoute en note: « Cette décision, quoique généralement admise, est très contestable. » M. Accarias aussi émet quelque doute.

tation en ce qui concerne les dettes indivisibles, se comprend mieux ici, car, presque toujours, la solidarité résulte d'une convention. Cependant, il nous semble assez difficile de soutenir que ce mandat permettrait de transiger quand la transaction est avantageuse, et non quand elle est désavantageuse. Peut-être vaut-il mieux, ici encore, expliquer la solution de la loi par l'idée de gestion d'affaires. Alors, les cointéressés étrangers à la transaction peuvent se l'approprier, quand elle est avangeuse. Objectera-t-on peut-être que, dans ce cas, la transaction leur serait opposable, alors même qu'ils ne le voudraient pas? Oui, sans doute; mais, nous avons vu qu'en matière de transaction, il est rare que l'adversaire veuille opposer la convention au *dominus rei gestæ*, en prouvant qu'elle a été utile à ce dernier (n° 435).

D'autres ont proposé une autre explication, puisée dans le droit romain. La transaction, disent-ils, éteint la dette solidaire; or, cette dette est unique; donc, elle est éteinte à l'égard de tous [1]. Si ce raisonnement était vrai, on devrait dire que les codébiteurs sont toujours libérés, que le débiteur commun est libéré à l'égard de tous les cocréanciers, par une transaction intervenue entre un des cointéressés et leur adversaire commun,

[1] Marbeau, p. 193; Troplong, p. 645; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 88, note 4. — Marbeau ajoute un autre argument mauvais. Il dit que la transaction interromprait la prescription, même à l'égard des codébiteurs étrangers à la transaction en vertu de l'article 2249. « Comment donc, s'écrie-t-il, puisque le créancier pourrait s'en prévaloir contre eux, ne pourraient-ils point, par une juste réciprocité, s'en prévaloir eux-mêmes contre lui (P. 194)? » Ceci contient deux inexactitudes; 1° la transaction n'interromprait la prescription que quand elle constituerait une reconnaissance; 2° si on parlait de « juste réciprocité, » la transaction, que les codébiteurs étrangers peuvent invoquer, selon nous, contre le créancier, devrait pouvoir être opposée par ce dernier contre eux!

sans être obligés de remplir les engagements pris *transigendi causa*, car une convention ne peut pas obliger les tiers. Cela nous semble inadmissible.

528. — L'idée dominante, qui voit entre les cointéressés solidaires un mandat tacite, et un mandat imparfait, qui existe quand l'acte est avantageux et qui n'existe pas dans le cas contraire, a répugné à certains esprits et leur a fait admettre que les consorts ne peuvent jamais s'approprier la transaction passée par l'un d'entre eux [1]. Cela nous semble manifestement contraire à l'article 1285. On peut d'ailleurs, comme nous l'avons vu, expliquer cet article, sinon le justifier, par une idée autre que l'idée de mandat. Du reste, c'est une question d'interprétation de la volonté probable des parties. Celles-ci, surtout l'une d'elles, peuvent prouver par tous les moyens possibles qu'en transigeant, elles n'ont voulu régler que leurs rapports entre elles seules, et non ceux des autres intéressés.

Delvincourt s'appuie sur cette idée que « la transaction est censée faite *intuitu personæ*, » pour soutenir que les cointéressés ne peuvent pas s'approprier la transaction. Nous combattrons plus loin l'idée sur laquelle l'auteur se fonde. Mais, elle est au moins déplacée ici. L'article 1285, qui s'applique certainement à la remise gratuite, nous dit formellement que cette remise gratuite, qui est une libéralité, peut être invoquée par les codébiteurs solidaires étrangers à la convention de remise. L'auteur prétendra-t-il par hasard que la remise

[1] Colmet de Santerre, VIII, pp. 334 et 335 ; Laurent, XX, pp. 149 et suiv., XXVIII, pp. 377 et 378 ; Delvincourt, III, *Notes et Explications*, pp. 247 et 248 ; Zachariæ, V, p. 88, note 4.

gratuite n'est pas censée faite *intuitu personæ* au même degré que la transaction ? Ce refus d'appliquer l'article 1285 à la transaction est d'autant plus étonnant de la part de Delvincourt, que cet auteur n'exige pas la réciprocité de sacrifices pour qu'il y ait transaction (V. n° 279, 1re note) [1].

529. — 8° Des associés. Pour nous, il faut distinguer les associés administrateurs des associés non administrateurs, et cela aussi bien dans une société personne morale que dans toute autre société.

Quand c'est un administrateur qui a transigé au nom de la société, c'est une question de pouvoir qui se pose. A-t-il agi dans les limites de ses pouvoirs [2], la transaction est opposable à tous les associés et par tous les

[1] Voici les dispositions du Code italien sur notre question :

« Art. 1277. — Au moyen de la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés (V. la suite au n° 520, note).

« Art 1281. — Le créancier, qui, en déclarant remettre la dette à l'un des codébiteurs solidaires, ne veut pas libérer tous les autres, doit réserver expressément ses droits contre eux. Mais, dans ce cas, il ne peut répéter la créance que sous déduction de la part de celui auquel il a fait la remise. »

Dans le Projet de Code japonais, la question est plus minutieusement réglée : « Art. 523, 3e al. (V. les deux premiers alinéas au n° 520, note). — La novation faite avec un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que de la part de ce créancier.

« Art. 528, 2e al. — Celle (remise de la dette) faite à l'un des débiteurs solidaires libère les autres, à moins que le créancier n'ait réservé ses droits contre ceux-ci ; dans ce cas même, la réserve ne vaut que sous la déduction de la part de celui auquel la remise a été faite (V. art. 530 et 535, n° 520, note ; art. 531, 1er al., et 532, n° 522, 1re note).

« Art. 537. — La remise, soit de la dette même, soit de la solidarité seulement, faite par l'un des créanciers solidaires, n'est opposable aux autres que pour la part de celui-ci dans la créance. »

[2] Nous avons vu qu'en principe, l'administrateur n'a pas le pouvoir de transiger (n° 454).

associés. A-t-il dépassé ses pouvoirs? elle n'est pas opposable aux autres associés. Mais ceux-ci peuvent se l'approprier comme maîtres de l'affaire gérée.

Supposons maintenant une transaction consentie par un associé n'ayant pas le pouvoir d'administrer. A-t-il agi au nom de la société, la transaction, qui n'est pas opposable, en principe, aux autres associés, peut être opposée par eux, s'ils y trouvent avantage. A-t-il agi en son nom propre, ses coassociés ne peuvent même pas s'approprier la transaction. Et cela, croyons-nous, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les créances et les droits réels[1]. Maintenant, cet associé a-t-il agi au nom de la société ou en son nom propre? c'est une question de fait, qui ne sera pas, en général, difficile à résoudre.

[1] V. cependant Accarias, pp. 268 et 269.

CHAPITRE VIII

DE L'ÉTENDUE DE LA TRANSACTION

530. — La question de savoir sur quelles difficultés la transaction a porté est une question de fait, dont la solution appartient à l'appréciation souveraine des juges du fond (Cf. n° 474). Cependant la loi a cru sage de tracer quelques règles de prudence aux juges, pour le cas où il y aura des doutes sérieux. C'est ainsi que, déjà, l'article 1163, statuant sur les conventions en général, nous dit: « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter. » Cette règle, qui est vraie pour toutes les conventions, est tout particulièrement applicable en matière de transaction, car, d'une part, les transactions générales sont très fréquentes, et, d'autre part, la transaction, renfermant toujours une renonciation partielle de chaque partie à sa prétention, doit être interprétée strictement. Voilà pourquoi, probablement, la loi reproduit la règle de l'article 1163, avec plus de détails, dans les articles 2048 et 2049.

« Les transactions, nous dit l'article 2048, se renferment dans leur objet: la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu. »

« Les transactions, continue l'article 2049, ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé. »

Cependant, ces articles nous semblent tout à fait superflus [1], ce sont plutôt des conseils que des règles de droit, et l'article 1163 nous semble plus que suffisant. Nous applaudissons donc des deux mains l'éminent auteur du Projet de Code civil japonais de n'avoir reproduit aucune de ces dispositions au chapitre *de la Transaction* [2].

531. — L'article 2050 tire une conséquence de l'idée exprimée dans les deux articles précédents: « Si celui

[1] Ces deux articles répètent d'ailleurs la même idée.

[2] Nous savons que de nombreux textes du droit romain posaient aussi ces règles d'interprétation (nos 213 et suiv.).

Reproduisant ces règles, Domat disait: « Les transactions ne reglent que les différends qui s'y trouvent nettement compris par l'intention des parties, soit qu'elle se trouve expliquée par une expression générale ou particulière, ou qu'elle soit connue par une suite nécessaire de ce qui est exprimé, et elles ne s'étendent pas aux différends où l'on n'a point pensé (*Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, III). » Ce sont à peu près les termes des articles 2048 et 2049. La première rédaction de ces articles reproduisait encore plus fidèlement le passage de Domat, qu'on vient de lire (Fenet, XV, pp. 91 et 92 ; Locré, XV, p. 404).

Le projet du Tribunal de Cassation, art. 12, disait à peu près la même chose : « La transaction, portait cet article, ne s'applique qu'aux objets de contestation énoncés dans l'accord et quelle que soit la généralité des expressions de conciliation, elle ne s'étend à aucun autre, même à ceux dont la solution pourrait dépendre des mêmes motifs (Fenet, II, pp. 744 et 745). »

Les articles 1138, 1768 et 1769 du Code italien reproduisent presque littéralement nos articles 1163, 2048 et 2049. L'article 379, 1er al., Proj. de C. japonais, reproduit la disposition de l'article 1163.

qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef, porte cet article, acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure[1]. »

Nous disons que c'est là une conséquence de l'idée exprimée par les articles précédents ; en effet, pour emprunter un exemple aux textes du droit romain, de deux frères ayant un même tuteur, l'un transige sur son compte de tutelle ; il hérite de son frère ; il peut intenter l'action *tutelæ directa* pour la tutelle de ce dernier (V. n° 216)[2].

D'excellents auteurs n'admettent pas cette manière de voir ; ils veulent voir dans notre article 2050, non pas une conséquence des règles des articles 2048 et 2049, mais bien celle de l'article 2051, et ainsi, il reproche aux rédacteurs du Code de manquer de méthode[3]. Nous

[1] Voici ce que disait Domat : « Si celui qui avoit transigé d'un droit qu'il avoit de son chef, acquiert par la suite un pareil droit du chef d'une autre personne, la transaction ne fera pas de préjudice à ce second droit. Ainsi, par exemple, si un majeur a transigé avec son tuteur sur le compte de sa portion des biens de son pere, et qu'il succéde ensuite à sa portion, son frere à qui le même tuteur, devoit rendre compte de la transaction n'empêchera pas que les mêmes questions qu'elle avoit reglées pour une portion, ne subsistent pour l'autre : et ce second droit reste en son entier (*Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, VI). » Cf. L. 9, pr., D., *de Trans.* (V° n° 216).

L'article 1770 du Code civil italien est presque littéralement copié sur notre article 2050.

[2] Troplong (p. 641) et Duranton (XVIII, pp. 448 et suiv.) appliquent notre article au cas où un héritier qui a transigé sur une portion de l'hérédité, profite de l'accroissement résultant de la renonciation de son cohéritier. Cela est un peu inexact, comme le remarque M. Accarias (p. 272). L'article 2050 parle d'un « droit nouvellement acquis ; » dans l'hypothèse, notre héritier est censé avoir succédé au défunt pour l'hérédité tout entière, du jour du décès. Maintenant, la solution doit être la même : il n'y a, ni dans l'un ni dans l'autre cas, identité d'objet.

[3] Accarias, pp. 258 et suiv ; Baudry-Lacantinerie, III, p. 580 ; Pont, II, pp. 346 et 347. — Mourlon (III, p. 527), Aubry et Rau (IV, p. 665), Zachariæ (V, p. 88) semblent faire la même confusion. — M. Pont,

avons déjà combattu cette idée (n° 216, note). L'article 2051 suppose nécessairement l'identité de l'objet; car, si l'objet n'était pas identique, à quoi bon de demander si les parties sont les mêmes ou non, puisque la convention ne produirait pas d'effet, même entre parties? Or, ici, l'objet n'est pas le même; donc, ce n'est pas une question relative à l'identité des parties. Si, dans le chapitre précédent, nous avons été quelquefois amené à empiéter sur le domaine du présent chapitre, c'est que nous n'avons pas voulu, quand nous parlions de certaines situations juridiques spéciales, séparer les deux matières voisines, si intimement liées que des meilleurs esprits les confondent [1].

qui comprend très bien notre idée, commence par corriger le texte pour mieux l'adapter à sa manière de voir ; d'après lui, il faudrait mettre *le même droit* au lieu d'*un droit semblable*, car, autrement, dit-il, l'article serait inutile. Mais, si on parlait d'inutilité, nous conseillerions de supprimer l'article 2050 tout entier, avec les deux articles précédents et beaucoup d'autres encore de notre titre.

[1] Cette manière de voir a l'avantage, non seulement de ne pas accuser la loi de désordre, mais de s'accorder avec la pensée des rédacteurs : « Il peut arriver, disait Bigot de Préameneu, que celui qui aurait transigé sur un droit douteux, ait ensuite, du chef d'une autre personne, un droit pareil; quoique l'un et l'autre de ces droits soient d'une nature semblable et présentent le même doute, cependant on ne peut pas dire que celui qui n'était point encore acquis dans le temps de la transaction en ait été l'objet. Il y a même raison de transiger ; mais il n'y a point de lien de droit qui puisse, à l'égard du droit nouvellement échu, être opposé. C'est la décision de la loi 9, C. (D. ?), *de Trans.* où on l'applique à l'espèce d'un mineur qui a transigé avec son tuteur, sur la part qu'il avait de son chef dans la succession de son père, et qui devient ensuite héritier de son frère pour l'autre part (Fenet, XV, pp. 107 et 108 ; Locré, XV, p. 421). »

« L'article 7 (2050), disait à son tour le tribun Albisson, n'est qu'une conséquence de la disposition de l'article 6 (2048). Il est évident en effet que le droit nouvellement acquis étant, quoique semblable, différent de celui sur lequel il a transigé, il ne peut être lié par un acte qui a précédé l'acquisition du nouveau droit (Fenet, XV, p. 117; Locré, XV, p. 434). »

« Les articles 5, 6 et 7 (2048, 2049 et 2050), disait enfin Gillet, ne

532. — Quoi qu'il en soit, tous ces articles ont peu d'importance : l'essentiel est, comme nous l'avons dit dès le début, de rechercher l'intention véritable des parties contractantes, et cette recherche est entièrement abandonnée à la sagesse des juges du fait. C'est ce qui a été jugé mainte et mainte fois dans des hypothèses les plus variées.

D'abord, nous citerons deux arrêts, entre plusieurs autres, de la Cour de Cassation, qui posent le principe que, lorsqu'il y a doute sur le sens d'une transaction, les juges du fond sont souverains pour déterminer, par appréciation des circonstances de la cause et de l'intention des parties, les différends sur lesquels elle a porté (Req., 16 juin 1875 : Dalloz, 1877, 1, 71 ; Req., 21 juillet 1884 : Dalloz, 1885, 1, 471).

En voici un qui est plus précis : il a été jugé que l'arrêt qui, malgré la généralité des termes d'une transaction, juge par appréciation des circonstances de la cause et de l'intention des parties, que cette transaction ne s'applique qu'à un différend particulier qu'il détermine, est une décision en fait qui ne saurait encourir la cassation (Rej., 16 novembre 1853 : Dalloz, 1853, 1, 343).

Citons maintenant quelques décisions particulières, intervenues dans des hypothèses intéressantes :

1° La transaction intervenue sur les dommages et intérêts dus par suite d'un accident a pu être considérée comme ne portant pas sur l'aggravation survenue après la convention dans l'état de la victime de l'accident (Req., 10 décembre 1861 : Dalloz, 1862, 1, 123 ; Paris,

sont que des corollaires de cette pensée : *Iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non docetur* (Fenet, XV, p. 127 ; Locré, XV, p. 446). »

16 juillet 1870 : Dalloz, 1871, 2, 169 ; Amiens, 1er mars 1883 : Dalloz, 1884, 2, 150) [1] ;

2° La transaction intervenue sur un jugement qui a révoqué un premier testament pour cause d'ingratitude n'est pas opposable au légataire qui invoque un second testament inconnu à l'époque de la transaction (Lyon, 14 janvier 1870 : Dalloz, 1876, 5, 448) ;

3° Il a été jugé qu'il appartient aux juges du fond de décider souverainement et par application des circonstances de la cause, que la partie qui a transigé sur l'inscription de faux, dirigée par elle contre un testament invoqué par son adversaire, peut former contre celui-ci une plainte en faux, sans, pour cela, renoncer au bénéfice de la transaction antérieurement conclue (Req., 16 août 1876 : Dalloz, 1877, 2, 316) [2] ;

4° Il est évident que les sociétaires dont les achats d'actions ont été déterminés par des rapports et des bilans frauduleux ont le droit d'agir en dommages-intérêts contre les administrateurs, quoique la société ait transigé avec eux quant à la responsabilité née de leur mandat (Paris, 16 avril 1870 : Dalloz, 1870, 2, 121) [3].

C'est à tort que la Cour de Cassation a cassé un arrêt qui déclarait une transaction générale, dans laquelle il

[1] Ces décisions sont peut-être critiquables en fait. Mais, en droit, la Cour de Cassation ne pouvait pas les casser.

[2] On peut douter si, en fait, cet arrêt est à l'abri de toute critique. Mais, comme le dit très bien la Chambre des Requêtes, il échappe à la censure de la Cour de Cassation.

[3] V. aussi Rej., 16 décembre 1851 : Dalloz, 1852, 1, 13 ; Req., 20 avril 1857 : Dalloz, 1857, 1, 396 ; Req., 21 décembre 1859 ; Req., 21 juin 1864 : Dalloz, 1864, 1, 389 ; Req., 18 juin 1867 : Dalloz, 1866, 1, 182.

était dit que les parties ne pourraient jamais faire valoir aucun droit dans les successions objet de transaction, non applicable à la nullité prononcée par l'article 907, C. c. (Cass., 19 novembre 1851 : Dalloz, 1851, 1, 321)[1].

[1] Cf. n° 474.

CHAPITRE IX

DE LA NULLITÉ DE LA TRANSACTION

533. — La théorie de la nullité est, sans contredit, une des plus importantes, et en même temps des plus délicates. Il faut ajouter qu'elle est une de celles que le législateur a le plus mal comprises. De là des confusions, des contradictions dans la plupart des auteurs. Nous avons une théorie à nous sur cette matière. Mais il serait trop long de l'exposer, et surtout de la justifier ; nous craignons de sortir de notre cadre d'étude restreint. D'ailleurs, nous n'avons pas à nous demander quelle est la meilleure théorie, mais à exposer celle de la loi française. Encore n'avons-nous pas à l'exposer d'une manière générale, mais seulement en ce qui regarde la transaction.

Nous distinguons deux sortes de nullité : l'une, nous l'appellerons *nullité radicale*, c'est-à-dire absence de consentement, de cause ou d'objet ; l'autre, nous lui donnerons le nom d'*annulabilité*, tels sont les cas de vice de consentement, d'incapacité ou d'insolvabilité. A nos yeux, il n'y a rien de particulier en matière de transaction pour les cas de nullité radicale. Même pour les cas d'annulabilité, rien de particulier non plus en ce qui concerne l'incapacité et l'insolvabilité. Nous avons d'ailleurs longuement étudié les différentes incapacités (chap. IV). Il ne nous reste donc que les vices de consen-

tement. Mais, sauf la proscription de l'erreur de droit, qui est réellement, croyons-nous, une dérogation au droit commun, nous ne voyons guère, pour notre part, de dispositions exceptionnelles dans tous les articles 2052 à 2058.

534. — Mais, avant d'entrer dans la discussion de ces articles, quelques observations sont nécessaires.

Nous avons vu qu'en droit romain, la transaction se décomposait généralement en deux actes, dont l'un pouvait être valable, pendant que l'autre était nul ou rescindable (n° 221). Nous avons vu aussi qu'en dehors de cela, la transaction intervenue sur la foi de pièces fausses, pouvait être rescindée pour partie, quand toutes les clauses de cette transaction ne paraissaient pas avoir été déterminées par les pièces fausses (n° 231).

Eh bien ! tout cela n'existe plus aujourd'hui. La loi moderne n'admet pas que, quand l'obligation de l'une des parties est nulle ou annulable, celle de l'autre soit valable; ou la transaction est valable pour toutes ses parties, ou elle est nulle et annulable également pour toutes ses parties; on ne peut pas la scinder. D'un autre côté, nous avons critiqué la décision de la loi 42, C., *de Trans.*, en ce qu'elle permet la rescision partielle (n° 231, note). C'est aussi ce qu'ont pensé les rédacteurs du Code, qui le font savoir dans l'article 2055, ainsi conçu : « La transaction faite sur des pièces qui depuis ont été reconnues fausses, est *entièrement* nulle. »

Voici comment l'explique Bigot de Préameneu : « On avait dans la loi romaine, dit-il en parlant du principe de l'article 2055, tiré de ce principe une conséquence qu'il serait difficile d'accorder avec la nature des transactions

et avec l'équité. On suppose dans cette loi que dans une transaction il peut se trouver plusieurs chefs qui soient indépendants, et auxquels la pièce fausse ne soit pas commune. On y décide que la transaction conserve sa force pour les chefs auxquels la pièce fausse ne s'applique pas.

« Cette décision n'est point admise dans le projet de loi. On ne doit voir dans une transaction que des parties corrélatives; et lors même que les divers points sur lesquels on a traité, sont indépendants quant à leur objet, il n'en est pas moins incertain, s'ils ont été indépendants quant à la volonté de contracter, et si les parties eussent traité séparément sur tous les points [1]. »

L'orateur parle encore de cette idée à propos de la disposition de l'article 2057, dont nous parlerons tout à l'heure [2].

Ainsi, aujourd'hui, la transaction est indivisible ; si l'une de ses clauses est nulle ou annulable, les autres aussi tombent ; et cela non seulement en cas de pièces fausses, mais dans tous les cas, car la loi considère avec raison que, dans un acte complexe, comme la transaction, si l'on eût retranché une clause, les parties n'auraient peut-être pas consenti à contracter. C'est là la règle générale ; si les juges du fait reconnaissent dans une transaction deux conventions absolument distinctes l'une de l'autre, ils peuvent en annuler l'une et maintenir l'autre, car, alors, il y a au fond deux transactions.

Du reste, l'indivisibilité de la transaction n'empêche pas que l'un des intéressés qui ont transigé avec leur

[1] Fenet, XV, pp. 109 et 110 ; Locré, XV. pp. 423 et 424.
[2] Fenet, XV, p. 112 ; Locré, XV, p. 426.

adversaire commun, ne puisse demander la nullité de la transaction, tandis que les autres ne le peuvent pas [1].

535. — 2° Nous avons vu plus haut (n^os 322 et suiv.) que, selon nous du moins, la nullité de la transaction, même de celle qui revêt la forme de jugement, doit être demandée par voie d'action principale en nullité. Mais, devant quel tribunal cette action doit-elle être portée ? Pour les transactions ordinaires, il n'y a pas de doute : on suit les règles générales de compétence ; c'est généralement le tribunal civil du domicile du défendeur qui est compétent (art. 59, C. de P.). Mais un arrêt a décidé que la demande en nullité d'une transaction intervenue au cours d'un procès doit être portée devant le tribunal où ce procès était pendant (Paris, 10 fév. 1862: Dalloz, 1862, 2, 127). Cette décision ne nous semble justifiée par aucun texte.

[1] D'Argentré enseignait déjà l'indivisibilité de la transaction (sur l'art. 453 de la Coutume de Bretagne). Domat, au contraire, s'en tenait au système de la loi 42, *C.*, *de Trans.* : « Si on a transigé sur un fondement de piéces fausses qui ayant passé pour vraies, et que la fausseté se découvre dans la suite, celui qui s'en plaindra pourra faire résoudre la transaction, en tout ce qui aura été réglé sur ce fondement. Mais s'il y avoit dans la transaction d'autres chefs qui en fussent indépendans, ils subsisteroient. Et il ne seroit point fait d'autres changemens que ceux où obligeroit la connaissance de la vérité que les pièces fausses tenoient inconnue (*Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. II, IV). » Les rédacteurs du Code se sont éloignés ici de Domat, pour adopter la doctrine de d'Argentré, et ils ont bien fait.

L'article 1775, C. ital., est calqué presque mot pour mot sur notre article 2055. Quant au Projet de Code japonais, il ne reproduit pas notre règle, dont l'auteur du Projet ne semble pas s'être aperçu : M. Boissonade semble prendre les mots *entièrement nulle* dans le sens de *radicalement nulle* (*Commentaire*, III, p. 472). En somme, c'est une règle d'interprétation qui n'est pas absolument nécessaire. Cependant, il est peut-être prudent d'établir l'indivisibilité en principe, comme dans les Codes français et italien.

536. — 3° Le langage du Code civil en matière de nullité est tout à fait défectueux. Il emploie les mots *nullité*, *rescision*, *restitution,* à peu près comme synonymes. Ces mots sont souvent mis alternativement : on dirait que, « par une préoccupation d'élégance assez déplacée, le législateur a sacrifié l'exactitude du langage à la variété des expressions, » comme le croit M. Accarias [1]. Le langage des différents orateurs du Conseil d'État et du Tribunat n'est pas plus exact, ce qui se comprend bien, car ce sont eux qui ont rédigé les projets.

Donc, il est absolument impossible d'argumenter soit des termes de la loi, soit des paroles des divers orateurs, quand il s'agit de rechercher si une *nullité* est une *nullité radicale* ou une *annulabilité*. Ainsi, il ne faudrait pas dire, par exemple, avec M. Accarias : « Le Code ne s'occupe que des transactions rescindables, non des transactions absolument nulles ou inexistantes. Cela résulte, *avec certitude* de ce que les articles précités emploient presque constamment les mots *rescinder* et *rescision*. Nous opposera-t-on que dans les espèces prévues aux articles 2055, 2056, 2057, 2e phr., la transaction est qualifiée *nulle ?* Nous répondrons que dans la langue habituelle des auteurs du Code civil, les mots *nul* et *nullité* figurent *ordinairement* comme synonymes des mots *rescindables* et *rescision*. Plus spécialement encore, dans les explications fournies au Corps Législatif et au Tribunat, les orateurs se sont indistinctement servis des mots *nullité* et *rescision* [2]. » Et il ajoute la réflexion que nous avons citée. Mais, comment pourrait-on argumenter

[1] P. 304.
[2] P. 303.

avec certitude d'un tel amalgame ? Et nous voyons avec étonnement l'éminent auteur argumenter ainsi, à chaque instant, des termes de la loi [1].

Pour notre part, nous laissons tranquilles et les termes de la loi et les paroles des orateurs, pour ne consulter que les principes généraux.

537. — L'article 2052, 2e al., porte ce qui suit : « Elles (les transactions) ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion. »

L'article 2053 ajoute : « Néanmoins une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. — Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence [2]. »

[1] PP. 309, 310, 318, 327. — J'adresserai le même reproche à MM. Baudry-Lacantinerie, III, pp. 583 et 584 ; Mourlon, III, p. 520 ; Colmet de Santerre, VIII, p. 341 ; Pont, II, 369 ; Laurent, XXVIII, pp. 397 et 398. — Ceci est d'autant plus impardonnable à M. Colmet de Santerre, qu'il affirme, trois pages plus loin (VIII, p. 344), quand le mot *rescision* le gêne, que « l'article 2054 a employé improprement l'expression action en rescision. » Si le législateur « a employé improprement l'expression action en rescision, » dans l'article 2054, comment peut-on affirmer qu'il n'en a pas fait autant dans les autres articles, surtout dans les articles voisins ? Du reste, nous verrons que, dans l'article 2054, la loi a bien employé, selon nous, l'expression *action en rescision*.

[2] Domat disait : « Les transactions où l'un des contractans a été engagé par le dol de l'autre, n'ont aucun effet. Ainsi celui qui par une transaction abandonne un droit qu'il n'a pû soûtenir, faute d'un titre retenu par sa partie, rentreroit dans son droit, si cette vérité venoit à paroître. Et il en seroit de même d'un héritier qui auroit transigé avec son cohéritier dont le dol lui auroit ôté la connoissance de l'état des biens (*Les Loix civiles,* liv. I, tit. XIII, sect. II, I). » Cf. L. 9, § 2, D., *de trans.*, et L. 19, C., *de Trans.* (V. n° 240).

Domat disait encore : « Les transactions ne sont pas résolues par la lésion que souffre l'un des contractans, en donnant plus que ce qu'il pouvoit devoir, ou recevant moins que ce qui lui étoit dû. Si ce n'est qu'il y eût du dol. Car on compense ces sortes de pertes avec l'avan-

On voit que, dans un article et demi, tous les vices de consentement sont très bien mélangés, et la loi nous réserve encore différents cas d'erreur dans les longs articles suivants.

Classons ces vices de consentement un peu à notre manière. Pour nous, il y a deux vices de consentement : le *manque de liberté* et l'*erreur*. Le premier se subdivise en deux : la *violence* [1] et la *lésion* [2] ; le second également en deux : le *dol* [3] et l'*erreur simple*.

De l'aveu de tout le monde, il n'y a rien de particulier en ce qui concerne la violence [4] et le dol.

tage de finir un procès, et prévenir l'incertitude de l'évenement. Et il est de l'intérêt public, de ne pas donner d'atteintes aux transactions par des lésions dont l'usage seroit trop fréquent (*Ibidem*, V). »

Le projet du Tribunal de Cassation portait aussi : « Article 20. — Aucune transaction sur contestation réelle née ou à naître, ne peut être attaquée ni rescindée sous prétexte de lésion quelconque, et à quelque somme ou valeur qu'elle puisse monter.

» Article 21. — Les transactions obtenues, soit par violence, soit par le dol de l'une des parties, sont assujetties à la rescision sur la demande de la partie qui a souffert la violence ou le dol (Fenet, II, p. 746). »

Le Code italien, article 1772, 2e al., et 1773, reproduit les dispositions du Code français, articles 2052, 2e al., et 2053, plus article 2058, dont nous parlerons tout à l'heure.

Le Projet du Code japonais supprime les dispositions dont il s'agit, comme inutiles, sauf ce qui concerne l'erreur de droit, dont il sera question ci-après.

[1] Il vaudrait mieux dire la *crainte*.

[2] La lésion n'est qu'un résultat : Le véritable vice est la *pression*. De plus, tous les cas de lésion sont loin de rentrer dans cette catégorie ; la lésion peut avoir pour cause une *erreur*.

[3] Le dol n'est pas non plus un vice de consentement : il n'est qu'un moyen d'en produire un, l'*erreur* ; il vaudrait mieux peut-être dire l'*erreur par dol*. Mais, c'est pour nous conformer, autant que possible, au langage de la loi, que nous employons les mots *violence*, *lésion*, *dol*.

[4] Il convient de noter une décision, qui est conforme à la théorie de la jurisprudence, mais qui peut être contestée. La Cour de Cassation a décidé que la transaction imposée à un capitaine de navire par suite

538. — Parlons un peu de la lésion. Nous espérons avoir démontré qu'en droit romain, la lésion n'était jamais une cause de rescision d'une transaction pour les majeurs (nos 225 et suiv.). Nous avons vu cependant que, dans l'ancien droit, certains jurisconsultes et certains parlements admettaient la rescision d'une transaction pour une lésion considérable, et qu'un édit d'avril 1561 proscrivait formellement cette cause de rescision, ce qui n'a pas empêché le Parlement de Flandre de rescinder plus d'une fois une transaction pour cause de lésion (n° 273).

Nous avons vu, dans la première note du numéro précédent, que Domat proscrivait expressément la rescision pour lésion. Il en était de même du projet du Tribunal de Cassation. Le Code a imité ces précédents, mais cela n'était pas nécessaire, car le Code proclame que la lésion ne vicie pas en principe les conventions (1118).

539. — Donc, la transaction n'est pas rescindable pour cause de lésion : voilà le principe [1]. Ce principe reçoit une exception en matière de partage : « L'action en rescision, dit l'article 888, est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de *transaction*, ou de toute autre manière. — Mais après le partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait le premier acte, même

d'une action dirigée contre lui sans cause, et dont l'effet a été de placer sous embargo son navire la veille même du jour où il devait prendre la mer, doit être rescindée pour cause de violence (Req., 19 février 1879 : Dalloz, 1879, 1, 445).

[1] V. Req., 2 mai 1882 : Dalloz, 1883, 1, 253.

quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé [1]. »

Cet article, qui nous semble assez claire, soulève cependant un peu de difficultés. Éliminons d'abord les points certains : 1° Si la transaction est simulée et qu'elle constitue en réalité un partage ordinaire, elle est certainement rescindable pour lésion de plus du quart, non pas par application de l'article 888, mais par application de l'article 887. 2° Si la transaction n'a pas pour but de faire cesser l'indivision, par exemple, si elle intervient avant le partage, sur une contestation relative aux droits respectifs des copartageants, ou si elle intervient après le partage, sur une difficulté concernant la validité, l'interprétation, l'exécution de ce partage, alors, elle n'est jamais rescindable pour lésion, soit en vertu de l'article 1118, soit en vertu de l'article 2052, 2e al. Si le second alinéa de l'article 888 dit expressément que « la rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les *difficultés réelles* que présentait le partage, c'est qu'il est à craindre qu'on ne déguise sous forme de transaction un véritable acte de confirmation d'un partage rescindable.

La difficulté se concentre donc sur ce point : Une véritable transaction ayant pour but de faire cesser l'indivision est-elle rescindable pour lésion de plus du quart ? Nous répondons, avec la jurisprudence [2] et la majorité des auteurs [3], dans le sens de l'affirmative. Cela résulte du

[1] L'article 1039, C. c. ital., reproduit presque littéralement la disposition de l'article 888.

[2] Caen, 3 mars 1855 ; Dalloz, 1856, 2, 91 ; Req., 8 février 1869 ; Dalloz, 1870, 1, 12 ; Cass., 3 décembre 1878 : Dalloz, 1879, 1, 419.

[3] Accarias, pp. 306 et 307 ; Baudry-Lacantinerie, II, pp. 236 et suiv. ;

contexte de l'article 888. Cela résulte encore de la discussion de l'article au Conseil d'État. Tronchet, s'autorisant de l'opinion de Dumoulin, voulait qu'une transaction véritable, même opérant partage, ne fût pas rescindée pour lésion, Treillard défendait l'article, car, « souvent, disait-il, les parties supposent des difficultés imaginaires, pour donner à leur acte le privilège des transactions; ensuite, il y a un premier procès sur le véritable caractère de l'acte. L'article évite ce procès aux héritiers [1]. »

540. — Parlons maintenant de l'erreur. L'erreur peut ou bien anéantir complètement le consentement, ou bien seulement le vicier. Sur la première sorte d'erreur, rien de particulier en matière de transaction; c'est donc sur la seconde sorte d'erreur, que notre attention se concentrera [2].

On distingue l'*erreur de droit* de l'*erreur de fait*. En principe, quand une erreur de fait vicie le consentement, une erreur de droit le vicie également. La loi fait ici une dérogation à ce principe et déclare catégoriquement que

Mourlon, II, p. 264 ; Aubry et Rau, VI, pp. 579 et suiv. ; Pont, II, pp. 358 et 359 ; Laurent, X, pp. 516 et suiv. ; Demolombe, XVII, pp. 458 et suiv. ; Zachariæ, V, p. 91 ; Duranton, XVIII, p. 465. — *Contra* : Rigal, pp. 74 et suiv., 201 et 202; Merlin, *Répertoire*, v° *Transaction*, § V, XIII ; Demante, III, pp. 396 et 397 ; Marcadé, 7e édit., III, pp. 310 et 311 ; Troplong, p. 658; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 91, note 13. — Il faut remarquer du reste qu'il y en a parmi ces derniers auteurs qui ne déclarent non rescindables pour lésion que les transactions dont le caractère transactionnel l'emporte sur le caractère de partage. Même, avec cette restriction, nous ne saurions admettre l'opinion de la minorité.

[1] Fenet, XII, p. 82 ; Locré, X, pp. 142 et 143.

[2] Nous ne serions pas éloigné de penser que l'erreur qui ne détruit pas complètement le consentement et qui n'a pas été déterminée par dol, ne devrait jamais permettre la rescision d'une convention quelconque.

l'erreur de droit ne sera jamais une cause de rescision de la transaction (art. 2052, 2e al.) [1].

Comment expliquer cette dérogation ? Nous avons donné plus haut (nos 472 et 473) les explications de Bigot de Préameneu et de Gillet, qui n'expliquent rien, et celle de Bigot de Préameneu contient même une véritable erreur de droit.

Certains auteurs veulent expliquer cette disposition exceptionnelle, en disant simplement que nul n'est censé ignorer la loi [2] ou que l'erreur de droit ne s'excuse pas facilement [3]. Mais alors pourquoi ne pas proscrire la rescision pour erreur de droit dans toutes les conventions [4] ? Troplong ajoute une autre explication qui ne vaut pas plus que la première. « La transaction, dit-il, est toujours censée avoir une juste cause. » Mais nous ne nous demandons pas si la transaction a une juste cause ou non. Il faut bien supposer quelle en ait une, car, autrement, la transaction serait radicalement nulle. Nous nous demandons seulement si une transaction, qui, d'ailleurs, ne manque d'aucun des éléments essentiels, peut être rescindée pour cause d'erreur de droit. La loi répond non. Pourquoi ?

Une très grande majorité des auteurs se tirent d'affaire, en disant que les parties ont dû bien examiner par elles-mêmes, ou faire examiner par des hommes compé-

[1] Voici comment cette disposition est reproduite dans notre Projet de Code : « La transaction, porte l'article 759, ne peut être rescindée par erreur de droit, à moins que celle-ci ne provienne du dol de l'autre partie. »

[2] Duranton, XVIII, p. 463.

[3] Troplong, p. 651.

[4] Il faut noter que Duranton admet, en principe, que l'erreur de droit, comme l'erreur de fait, vicie le consentement (X, pp. 97 et suiv.).

tents, les affaires sur lesquelles elles ont transigé ; et que, par suite, l'erreur de droit est peu probable [1]. Cette explication quoique fort répandue, n'en est pas une, car c'est précisément quand il est prouvé qu'il s'est glissé une erreur de droit que la question se pose. Il ne faut pas oublier en effet que c'est à celui qui invoque l'erreur à la prouver. Eh bien ! s'il parvient à la prouver, pourquoi l'admettre comme une cause de rescision, quand c'est une erreur de fait, et pourquoi ne pas l'admettre, quand c'est une erreur de droit? Voilà ce qu'il fallait démontrer.

Pour notre part, voici ce que nous répondrons. D'abord, il est fort possible que les rédacteurs du Code, qui étaient pressés quand le projet sur la transaction était venu à la discussion (V. *Introduction*), aient introduit aveuglément cette règle, qui était jadis une règle générale, que l'erreur de droit n'est pas une cause de rescision, alors que, par leur silence, ils avaient implicitement supprimé, en règle générale, cette distinction assez peu raisonnable entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Mais, cette distinction peut, sinon se justifier, du moins s'expliquer en matière de transaction. La loi organise le pouvoir judiciaire, pour que chacun puisse faire valoir son droit, et les membres de ce pouvoir sont censés mieux connaître la loi que les simples particuliers: Donc, les particuliers qui se croient lésés dans leur droit n'ont qu'à se présenter devant les tribunaux. Eh bien! quand ils ont transigé, c'est qu'ils ont préféré se fier à leur propre jugement. Ils seront mal venus à attaquer leur propre œuvre sous prétexte d'une erreur de droit qu'ils

[1] Accarias, p. 308; Dalloz, V° *Transaction*, n° 136; Baudry-Lacantinerie, III, p. 583; Mourlon, III, p. 317; Colmet de Santerre, VIII, p. 340; Pont, II, pp. 354 et 355.

auraient commise. Cette erreur était bien prévue. Ils y sont tombés presque de propos délibéré. Cela est vrai aussi, dans une certaine mesure, pour l'erreur de fait. Mais il n'y a pas identité de motif. Du reste, nous pensons qu'en admettant même l'erreur simple sans dol comme un vice de consentement, dans les conventions en général, il y a une raison toute spéciale pour ne point l'admettre en matière de transaction, car c'est précisément l'obscurité du droit qui est la raison d'être même de cette convention ; l'erreur était donc prévue. Il nous semble assez choquant de permettre la rescision de cette convention, quand l'une des parties vient à découvrir qu'elle a commis une erreur. Mais la loi permet cette rescision pour cause d'erreur de fait. Ce serait réellement trop de la permettre même pour cause d'erreur de droit, quand cette erreur a dû être prévue plus encore que l'erreur de fait.

541. — Passons maintenant à l'erreur de fait. Le projet du Tribunal de Cassation contenait un article assez sage. Il limitait les cas où l'erreur pouvait vicier une transaction. « La simple erreur, même de fait, portait l'article 22 de ce projet, ne donne pas lieu à la rescision, si ce n'est lorsqu'il est intervenu sur la contestation un jugement sans appel, ignoré des parties, ou un jugement susceptible d'appel, connu de l'une et ignoré de l'autre ; — Lorsque la transaction a pour base des pièces fausses qui ont été considérées comme vraies ; — Lorsque des pièces décisives ont été soustraites à la connaissance de l'une des parties par le fait de l'autre ; — Lorsqu'un mineur devenu majeur a transigé sur le compte que lui devait son tuteur, sans avoir vu les

pièces; — Lorsqu'il y a erreur sur la qualité de la personne avec laquelle on transige en cette qualité [1]. »

542. — Le Code ne l'a pas imité. Tous ses articles relatifs à la nullité de la transaction ne sont qu'énonciatifs. L'article 2053, 1er al., que nous avons transcrit tout à l'heure (n° 537), commence par poser les principes : « Une transaction, dit-il, peut être rescindée, lorsqu'il y a *erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation*. »

On a beaucoup ergoté sur le sens des mots : *erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation*. On a dit qu'il ne doit pas s'agir là d'erreurs qui anéantissent complètement le consentement, car la loi dit : « Une transaction peut être *rescindée*... » et d'ailleurs, dans les articles 2052 et suivants, il n'est question que d'annulabilité [2]. Cela peut être vrai, mais cela n'est pas prouvé (cf. n° 536). Bien mieux, le contraire résulte clairement du discours de Bigot de Préameneu : « Il n'y a ni consentement, disait cet orateur, ni même de contrat lorsqu'il y a erreur dans la personne. Telle serait la transaction que l'on croirait faire avec celui qui aurait qualité pour élever des prétentions sur le droit douteux, tandis qu'il n'aurait aucune qualité et que ce droit lui serait étranger [3]. » D'un autre côté, les mots : *erreur sur l'objet de la contestation*, signifient, dans leur sens ordinaire, l'erreur qui consiste à prendre, par exemple, une contestation sur l'immeuble A pour celle sur l'immeuble B.

[1] Fenet, II, p. 746.

[2] Accarias, pp. 309 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, III, p. 584, Colmet de Santerre, VIII, p. 341; Laurent, XXVIII, pp. 397 et 398.

[3] Fenet, XV, p. 109; Locré, XV, p. 423.

Mais toutes ces discussions nous semblent tout à fait superflues, car il serait inadmissible, par exemple, que l'erreur qui détruit complètement le consentement, ne donnerait lieu qu'à une action en rescision [1]. Donc, nous pouvons laisser de côté l'article 2053 et nous en tenir aux principes généraux.

543. — Pour mieux comprendre les cas d'erreur viciant seulement le consentement, voyons quelques hypothèses où le consentement manque complètement.

D'abord, l'erreur de personne peut détruire complètement le consentement. Par exemple, j'ai une contestation avec Primus. Je transige avec Secundus, le prenant pour Primus. Le consentement fait complètement défaut. De même, j'avais une contestation avec Primus. Celui-ci meurt. Secundus se présente comme son héritier, et je transige avec lui. Or Secundus n'est pas héritier de Primus. Pas de consentement non plus [2].

[1] V. cependant *infra*, n° 551, 1re note.

[2] Delvincourt confond deux questions bien différentes. En parlant de la rescision pour erreur sur la personne, il dit que la transaction faite par un héritier apparent n'est pas opposable au véritable héritier, parce que la transaction est faite *intuitu personæ* (III, *Notes et Explications*, pp. 250 et 251). Nous disons que c'est là une confusion, car, quand on parle soit de la rescision, soit de la nullité d'une convention pour cause d'erreur, on ne s'occupe que des rapports entre les deux parties contractantes ; on ne se demande pas si cette convention est opposable à un tiers ; on se demande si, dans les rapports des deux parties, celle qui est tombée dans une erreur peut demander la rescision ou la nullité de la convention qu'elle a réellement contractée avec l'autre.

Domat n'a peut-être pas été sans contribuer à cette confusion, inconsciemment sans doute : voici ce que nous lisons dans ses *Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, V : « Si la personne qui a un différend, en transige avec celui qu'il croit être sa partie, et qui ne l'est pas, cette transaction sera inutile. Ainsi, par exemple, si un créancier d'une sucession, transige avec celui qu'on croyoit être l'héritier, et

L'erreur sur l'objet même de la contestation anéantit également le consentement. J'ai dejà parlé de l'erreur consistant à transiger sur la contestation relative à l'immeuble A, croyant transiger sur celle relative à l'immeuble B. Donnons encore un autre exemple classique. Moi, je veux transiger sur le possessoire ; tandis que mon adversaire, lui, veut transiger sur le pétitoire. Il n'y a, ni dans l'un ni dans l'autre cas, aucune espèce de consentement.

544. — Avant d'aborder les différents cas d'erreur qui vicient le consentement, débarrassons-nous de l'erreur de calcul, dont s'occupe l'article 2058 : « L'erreur de calcul dans une transaction, dispose cet article, doit être réparée. »

L'article 15 du projet portait, après cette disposition, qui en formait le premier alinéa : « Mais la transaction sur un compte litigieux ne peut être attaquée pour cause de découverte d'erreurs ou inexactitudes dans les articles du compte. [1] » C'était là la reproduction de la loi unique, C., *de Errore calc.*, 2, 5 (v. n° 230, dernière note). Cette disposition était bien raisonnable; quand la transaction portait précisément sur un compte litigieux, l'erreur de calcul qui se trouvait dans ce compte ne devait donner lieu ni à rectification, ni, à plus forte raison, à rescision. Tronchet ne semble pas l'avoir compris ; il a fait suppri-

qui ne l'étoit pas, cette transaction sera sans effet, et à l'égard de ce créancier et à l'égard du vrai héritier. Car le vrai héritier n'a pû être obligé par le fait d'un autre : et le créancier n'a pas été obligé de sa part envers cet héritier, avec qui il n'a point traité, *et pour qui il pouvoit avoir moins de considération, que pour celui qu'il avoit crû être l'héritier.* »

[1] Fenet, XV, p. 93 ; Locré, XV, p. 405.

mer ce second alinéa, en disant qu'il « blessait le principe généralement reçu qu'on est admis dans tous les cas à revenir contre des erreurs de calcul [1]. » On comprendrait que cette disposition fût supprimée comme inutile; mais on ne comprend pas qu'elle fût supprimée comme « blessant un principe généralement reçu. » Cependant un incident, comme celui-là, dans la discussion du Conseil d'État, ne fait jamais loi. Cette disposition étant supprimée, nous rentrons dans les principes généraux, et nous décidons comme il était dit dans cette disposition [2].

En somme, l'erreur de calcul n'est jamais une cause de rescision, elle donne lieu seulement à rectification, à moins qu'on n'ait justement transigé sur cette erreur.

545. — Nous arrivons ainsi à l'erreur qui vicie le consentement. D'après l'article 1110, l'erreur vicie le consentement, 1° quand elle porte sur la personne, avec qui on contracte, si la considération de cette personne est la cause déterminante; 2° Quand elle porte sur la *substance* de la chose objet du contrat. Puisque la loi ne dit pas qu'il en serait autrement en matière de transaction, et même qu'elle semble reproduire dans l'article 2053, 1er al., la règle de l'article 1110, la transaction, comme toute autre convention, peut être annulée, 1° pour cause d'erreur sur la personne, quand la considération per-

[1] Fenet, XV, p. 97; Locré, XV, p. 409.

[2] Par application de cette idée, la Cour de Cassation a jugé que la découverte, après la conclusion d'une transaction, d'une erreur dans les comptes ayant servi de base à la réclamation de l'une des parties, ne peut motiver de sa part une demande en révision, si ces comptes ont été dressés par cette partie seule, et avant toute tentative d'arrangement (Req., 16 juin 1875 : Dalloz, 1877, 1, 71).

sonnelle était la cause déterminante; 2° pour cause d'erreur sur la *substance* de la chose objet de la transaction.

Parlons d'abord de l'erreur sur la personne. Je transige avec Pierre, avec qui j'ai eu réellement une contestation. Il y a donc consentement. Seulement, je prends Pierre pour fils de mon bienfaiteur, ce qui m'a déterminé à transiger. Dans ce cas, je puis demander la rescision de la transaction.

Des auteurs sont allés plus loin, ils ont dit qu'en matière de transaction, on présumera que la considération personnelle était toujours la cause déterminante : telle serait la portée de l'article 2053, 1er alinéa [1]. Cette opinion est le résultat d'un effort pour trouver une utilité à toute disposition de la loi. Mais, quand le Code contient tant d'articles inutiles, et dans notre matière plus que dans toute autre, l'effort d'un jurisconsulte consciencieux doit être, non pas pour trouver une utilité à chaque article, mais plutôt pour mettre les articles obscurs en harmonie avec les principes généraux. Or, ici, les termes de l'article peuvent être entendus dans ce sens qu'une transaction peut être rescindée, pour cause d'erreur sur la personne, dans les cas, du moins, où, de droit commun, cette sorte d'erreur vicie le contrat, c'est-à-dire, quand elle est la cause déterminante. D'ailleurs, rien, dans les travaux préparatoires, ne permet de supposer que le lé-

[1] Marbeau, pp. 6 et 16; Laurent, XXVIII, pp. 340 et 341; Duranton, XVIII, p. 466. — Cependant, ce dernier auteur ne cite comme exemples que les cas de la loi 3, § 2, D., *de Trans.*, et de la loi 36, *in fine,* D., *Famil. erciscund.*, 10, 2, où l'erreur porte sur la cause même du contrat, ou plus exactement sur la cause et l'objet des obligations des deux parties transigeantes (V. nos 232 et suiv., 238). Il est donc visible que Duranton est tombé dans l'erreur assez générale qui consiste à croire qu'en droit romain, la transaction était considérée comme faite *intuitu personæ.*

gislateur eût voulu ici déroger aux principes généraux; c'est plutôt le contraire qui en résulte manifestement. Bigot de Préameneu dit : « Il n'y a ni consentement ni même de contrat lorsqu'il y a erreur dans la personne... Il n'y a point de consentement s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence. *Ce sont les principes communs de toutes les obligations* [1]. » Albisson dit : « L'erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation, le dol ou la violence, *qui vicient tous les contrats*, donnent ouverture à l'action en rescision [2]. » Gillet dit : « Le dol, la violence, l'erreur de fait qui touchent à la personne ou à l'objet, font rescinder la transaction *comme les autres contrats* [3]. » Pour achever la démonstration, demandons-nous si, au moins, il y a une raison particulière pour admettre la prétendue présomption. Aucune ! quand on transige, ce n'est généralement pas parce que son adversaire est son parent, allié, ami, ou parent de son ami, c'est presque toujours parce qu'on n'a pas la preuve certaine de son droit, parce qu'on craint les frais et les ennuis d'un procès. Tout cela n'a rien de commun avec la considération de la personne.

546. — Parlons maintenant de l'erreur sur la *substance*. Le sens du mot *substance* est excessivement controversé, mais ce n'est pas ici le lieu de le discuter. Nous nous bornerons à indiquer ce que nous considérons comme le vrai sens du mot. Nous croyons que la *substance*, dans l'article 1110, veut dire qualité d'un objet, sans laquelle les parties n'auraient pas contracté. C'est, d'ailleurs, si

[1] Fenet, XV, p. 109; Locré, XV, p. 423.
[2] Fenet, XV, p. 118; Locré, XV, p. 435.
[3] Fenet, XV, p. 127; Locré, XV, p. 446.

nous ne nous trompons, l'opinion la plus accréditée aujourd'hui.

Or, la qualité d'un objet est encore facile à déterminer, quand il s'agit d'un objet corporel. Mais quand il s'agit de déterminer cette qualité en matière de transaction, c'est une chose singulièrement difficile et extrêmement délicate. Voilà pourquoi, peut-être, la loi a cru nécessaire d'en donner quelques applications dans les articles 2054 et suivants, si elle n'a pas copié ces articles un peu aveuglément sur le droit romain et l'ancienne jurisprudence.

Quoi qu'il en soit, ce qui nous semble certain, c'est que les applications de l'article 1110, que nous trouvons dans les articles 2054 et suivants, ne sont pas limitatives, et que, même en dehors de ces cas, s'il y a erreur sur la *substance*, il y aura lieu à rescision. C'est ainsi qu'un arrêt a pu décider que la demande en dommages-intérêts formée par la victime d'un accident ou ses héritiers est recevable, bien qu'il soit antérieurement intervenu entre la victime et l'auteur de l'accident un arrangement aux termes duquel la première acceptait une indemnité en déclarant renoncer à élever aucune autre réclamation à l'avenir, si le consentement des parties avait été déterminé par une erreur commune sur la gravité des blessures (Paris, 11 août 1868 : Dalloz, 1868, 2, 186).

C'est, du reste, une question de fait que celle de savoir si, dans un cas donné, il y a erreur de *substance* ou non. C'est ainsi qu'il a été jugé que, de cela que, de deux parties qui ont transigé avec la pensée qu'elles avaient, chacune à l'exclusion de l'autre, droit à la totalité de l'objet du litige (une succession), l'une se trouve ne pouvoir en réalité prétendre, en cas de rejet de la de-

mande de l'autre, qu'à un droit indivis sur cet objet, il ne suit pas nécessairement qu'il y ait erreur sur le point en contestation, susceptible d'entraîner la nullité de la transaction (Paris, 7 juin 1851 : Dalloz, 1853, 2, 55).

547. — Arrivons aux applications données par la loi elle-même. Elles ne sont pas toutes heureuses, comme on va le voir :

Première application. — L'article 2054 nous dit : « Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité. »

Cet article est une innovation. Nous n'en trouvons l'origine ni dans le droit romain, ni dans l'ancienne jurisprudence. Cependant, il est assez visible que c'est la loi 42, C., *de Trans.*, prononçant la rescision d'une transaction sur pièces fausses, qui a inspiré le législateur. En effet, si la fausseté des pièces, ignorée des parties ou de l'une des parties, peut donner lieu à rescision, pourquoi la nullité des pièces ignorée ne pourrait-elle pas donner lieu à rescision ? Et puis, cette restriction relative au cas où la transaction porte sur la nullité, est semblable à celle qui était apportée par la loi 42, C., *de Trans.*, à la rescision d'une transaction sur pièces fausses (V. n° 231).

Cette innovation est-elle heureuse? Nous ne le pensons pas, surtout dans la forme où elle est formulée. Nous le verrons en commentant cet article. Tout au plus peut-on dire qu'il valait mieux écrire un article, même mal rédigé, même mal conçu, pour limiter le pouvoir des juges, que de leur laisser l'entière liberté de décider

s'il y a erreur substantielle ou non, dans une matière aussi délicate que celle de la transaction [1].

548. — D'après nous, voici le sens de l'article. Pierre meurt laissant un testament qui institue Paul légataire universel. Moi, héritier du sang de Pierre, j'attaque le testament pour cause de captation ou d'insanité d'esprit. Je transige avec Paul, et j'abandonne ma prétention moyennant une certaine somme. Plus tard, je découvre que l'un des témoins du testament était incapable. Je puis demander la rescision de la transaction.

Supposons maintenant que j'attaquais le testament pour cause de la nullité de l'acte, et que c'est justement sur cette nullité que notre transaction est intervenue. Je ne pourrai plus attaquer la transaction, alors même que je découvrirais plus tard que l'acte était certainement nul.

Voici un certain nombre de propositions auxquelles nous ramenons la disposition de notre article :

1° Le *titre* dont parle notre article est *l'acte instrumentaire* ;

2° Il s'agit ici d'une *rescision* de la transaction pour cause d'*erreur sur la substance ;*

3° Cette erreur se présume *jusqu'à preuve contraire ;*

[1] L'article 1774, C. c. ital., reproduit à peu près la disposition de notre article 2054.

L'article 760, Proj. de C. c. jap., réunit la disposition de notre article et celle de l'article suivant, avec des modifications raisonnables : « Elle (la transaction) ne peut être rescindée, porte cet article, comme consentie en vertu de pièces fausses ou d'un titre ou acte nul que si le faux ou le fait auquel la loi attache la nullité de l'acte a été ignoré de la partie qui aurait pu en arguer. »

4° Cette erreur doit être une *erreur de fait*, et non une erreur de droit.

Toutes ces quatre propositions sont contredites.

549. — 1° *Le titre dont parle notre article est l'*ACTE INSTRUMENTAIRE. — Nous avouons que c'est là notre opinion isolée: l'opinion universelle est que c'est de l'*acte juridique* qu'il s'agit; la nullité de l'acte instrumentaire ne suffirait pas pour rescinder la transaction[1]. Cependant, nous sommes convaincu que le législateur n'a songé qu'à la nullité de l'*acte instrumentaire*.

D'abord, Bigot de Préameneu et le tribun Gillet entendaient certainement le mot dans ce sens: « Lorsqu'un titre est nul, lisons-nous dans l'exposé des motifs, il ne peut en résulter aucune action pour son exécution; ainsi, lors même que dans ce titre il y aurait des *dispositions obscures* elles ne pourraient faire naître de contestations douteuses, etc[2]. »

« Il faut en dire autant (c'est-à-dire qu'il n'y a pas de transaction), disait le tribun Gillet, si la transaction n'est que l'exécution d'une *pièce nulle*[3]. »

De plus, l'article se comprend mieux avec notre interprétation, qu'avec celle de l'opinion universelle. Quand on transige avec quelqu'un qui prétend avoir un certain droit, c'est que, généralement, il y a doute et con-

[1] D'après cette notion universellement admise, la Cour de Cassation a jugé qu'une transaction intervenue entre l'héritier et la concubine du *de cujus* ne peut être considérée comme faite en exécution d'un titre nul, lorsqu'elle porte non sur le partage d'une prétendue communauté résultant du concubinage, mais uniquement sur le point de savoir si les objets demeurés entre les mains de la concubine était sa propriété ou celle du *de cujus* (Req., 2 mai 1882 : Dalloz, 1883, 1, 253).

[2] Fenet, XV, p. 109; Locré, XV, p. 423.

[3] Fenet, XV, p. 127; Locré, XV, p. 446.

testation sur le titre juridique d'où résulterait le droit litigieux. Donc, interprété comme il l'est par les auteurs, notre article aurait peu d'application, puisque la rescision n'est pas permise, lorsque la transaction porte sur la nullité. Il y a plus. Supposons un testament que j'attaque comme nul pour captation on insanité d'esprit. Je transige sur la nullité et je m'engage à ne plus attaquer le testament. Plus tard, je découvre qu'un des témoins du testament était incapable, et que, par suite, l'acte sur lequel mon adversaire se fondait était nul. Pourrai-je attaquer la transaction? Nous répondons oui ; l'opinion générale doit répondre non. Mais je croyais que l'acte était parfaitement valable, et c'est pourquoi j'ai transigé. Si j'avais su que l'acte était nul, je n'aurais pas transigé, car j'étais sûr de gagner mon procès : le testament était nul pour cette cause. Il y a donc erreur substantielle. Pourquoi alors ne pas permettre la rescision ?

Quant à l'objection de Laurent,[1] qui dit que la loi emploie l'expression : EN EXÉCUTION *d'un titre nul*, mais qu'on n'*exécute* pas un *acte instrumentaire*, elle est facile à réfuter. Sans doute, la loi n'aurait pas dû employer cette expression ; mais, puisque le tribun Gillet et Tropong[2] se servent de l'expression EXÉCUTION *d'une pièce nulle*, les auteurs de l'article, qui n'étaient probablement pas plus grands jurisconsultes que ces deux messieurs, sont pardonnables d'avoir employé une expression analogue.

550. 2° *Il s'agit ici d'une* RESCISION *de la transaction pour cause d'*ERREUR SUR LA SUBSTANCE. — Cette propo-

[1] XXVIII, p. 401.
[2] P. 665.

sition, admise très généralement [1], trouve cependant des contradicteurs.

Les uns n'y voient qu'une application de l'article 2048; quand les parties n'ont pas dit qu'elles transigeaient sur la nullité, la question de nullité n'est pas entrée dans la transaction, elle reste entière, et si la nullité du titre est déclarée, la transaction tombe pour défaut d'objet [2].

Cette opinion nous semble contenir deux erreurs. D'abord, les articles qui s'occupent de l'étendue de la transaction portent les numéros 2048, 2049 et 2050; notre article porte le numéro 2054. Il y a donc trois articles entre les premiers articles et le nôtre. Quel que soit le désordre qui règne dans notre titre, est-il possible de supposer que le législateur eût oublié toute notion de méthode, au point d'insérer un article qui s'occupe de l'étendue de la transaction au milieu des articles qui ne s'occupent que des causes de nullité, alors que les autres articles concernant la même matière se trouvent tous réunis à un autre endroit?

La seconde erreur de cette opinion consiste à annuler une transaction sous prétexte de la nullité de l'acte qui a été prononcée, mais qui ne faisait pas objet de la transac-

[1] Accarias, p. 312; Baudry-Lacantinerie, III, p. 584; Mourlon, III, p. 520; Aubry et Rau, IV, p. 671, note 5; Pont, II, pp. 366 et suiv.; Duranton, XVIII, pp. 472 et 473.

[2] Rigal, p. 158; Merlin, *Répertoire*, v° *Transaction*, § V, IV (5e édit. p. 772); Colmet de Santerre, VIII, pp. 343 et suiv. — MM. Pont (II, p. 372) et Laurent (XXVIII, p. 407) rangent Merlin parmi les partisans du système de l'*erreur*. Cela nous semble une petite erreur. Mais, ce qui a conduit ces deux éminents jurisconsultes à commettre cette erreur, c'est que, comme on va le voir, Merlin discute avec beaucoup de développements la question de savoir si l'erreur de droit est admise dans notre hypothèse, ce qui était tout à fait superflu dans son système.

tion. J'attaque un testament pour cause de captation. J'abandonne cette prétention moyennant une certaine somme d'argent. Je découvre que l'acte de testament est entièrement nul. Si on dit que cette question était en dehors de la transaction, on doit admettre que la première transaction avait une cause et un objet : abandon de l'action en nullité du testament pour captation contre une somme d'argent. C'était en effet la décision du droit romain, toutes les fois qu'on admettait qu'une cause de nullité était en dehors de la transaction (V. n° 218). Donc, la transaction ne devrait être ni rescindée ni déclarée nulle.

551. — D'autres prétendent qu'il y a dans notre cas nullité radicale pour défaut de cause [1].

Cela nous semble absolument inexact. La cause de l'obligation de l'une des parties est généralement l'abandon de la prétention de l'autre, et la cause de l'obligation de celle-ci est le payement d'une certaine somme. L'une des parties avait réellement une prétention, dont le bien-fondé va être prouvé par la nullité du titre sur lequel s'appuyait son adversaire. Elle y a renoncé, et elle s'est contentée d'une somme d'argent. Qu'est-ce qui

[1] Dalloz, v° *Transaction*, n°s 154 et 155 ; Laurent, XXVIII, p. 402 ; Troplong, p. 665 ; Zachariæ, V, p. 90. — MM. Aubry et Rau, dans leur troisième édition (III, pp. 487 et 488), soutenaient aussi ce système. Mais, ils l'ont abandonné à leur quatrième édition. — Laurent, après avoir soutenu que la transaction est inexistante pour défaut de cause ou d'objet, ajoute que la loi a mal appliqué ce principe, dont elle est partie, et qu'elle n'accorde qu'une action en rescision. Mais, si le principe qu'on prétend être celui de la loi l'était réellement, qu'est-ce qui empêche d'admettre la nullité radicale de la transaction ? Ce n'est pas le mot *rescision*, car la loi semble l'employer quelquefois dans le cas de nullité radicale (V. art. 2053 et n° 542). De plus, la loi ne peut pas faire qu'une chose qui n'existe pas, existe.

manque dans ce contrat ? Rien ! le consentement, la cause et l'objet : tout y est. Seulement, le consentement a été déterminé par une erreur sur une qualité principale de la prétention qui s'est trouvée consacrée par la transaction, c'est-à-dire sur la pièce qui semblait établir cette prétention et qui était nulle. Il y a donc lieu à rescision pour cause d'erreur [1].

Notons que ces auteurs, aussi bien, que dis-je ? plus encore que les autres, enseignent que le *titre* nul est l'*acte juridique*, qui n'a pas d'existence ou qui est tout au moins annulable. Donc, leur opinion revient à dire que, pour qu'il y ait transaction, il faut qu'il y ait un acte juridique valable sur lequel se fonde la prétention de l'une des parties. Cet acte juridique serait la cause ou l'objet de la transaction. Si c'était là le véritable caractère de la transaction, la définition du mot serait à refaire. Bien mieux, ces auteurs, d'après la loi, admettent très bien que la transaction est existante et valable quand elle porte sur la nullité même. Mais, si l'objet ou la cause de la transaction étaient l'acte juridique valable, il n'y aurait pas là une transaction. Si la convention est valable, c'est une convention autre qu'une transaction, ce que ces auteurs même ne semblent pas admettre.

552. — 3° *L'erreur se présume* JUSQU'A PREUVE CONTRAIRE. — Cette proposition est loin d'être admise par tous les auteurs partisans du système de l'*erreur*. Mais, une fois l'idée de l'*erreur* admise, il nous semble assez difficile de ne pas admettre notre proposition. Que la loi

[1] J'ai supposé le cas ordinaire où c'est la prétention appuyée sur la pièce nulle, qui s'est trouvée consacrée par la transaction. Mais on peut supposer le contraire, et cela ne changera rien.

présume jusqu'à preuve contraire que l'erreur existait, quand les parties ont transigé malgré l'existence d'un titre nul, cela se comprend encore, bien que la solution nous semble sujette à critique. Mais, que la loi présume, sans permettre la preuve contraire, que cette erreur existait, cela ne se comprend plus. On comprend que la loi établisse des présomptions *juris et de jure*, quand l'intérêt public les exige. Mais, ici, y a-t-il de l'intérêt public à établir une présomption de ce genre? Non certes! c'est le contraire que l'intérêt public exige, car il est tout à fait contraire à la morale, à la notion de justice, et par conséquent, à l'intérêt public, de permettre à quelqu'un de venir dire à son adversaire, devant la justice: « Vous avez prouvé que je savais bien que le titre était nul, et que j'ai transigé malgré cela ; mais je n'ai pas « *expressément* « traité sur la nullité. » Donc, je suis censé avoir ignoré cette nullité ! » Et dire que c'est en matière d'*erreur* qu'on veut admettre cette présomption absolue : *erreur*, chose essentiellement contraire à la connaissance de la vérité ! Le seul adverbe *expressément* ne nous permet pas d'admettre une présomption aussi contraire à la morale, à la notion de droit [1]. Il faut remarquer, d'ailleurs, que cette restriction qui a été visiblement empruntée à la loi 42, C., *de Trans.*, n'avait pas ce sens en droit romain, c'est du moins, ce que tout le monde admet (V. n° 231) [2].

553. — 4° *L'erreur doit être une* ERREUR DE FAIT, *et non*

[1] Ainsi, dans notre système, la fin de l'article veut dire simplement: *à moins qu'il n'y ait preuve du contraire.*

[2] En ce sens : Mourlon, III, pp. 520 et 521 ; Aubry et Rau, IV, p. 671, note 5; Req., 19 décembre 1865 : Dalloz, 1866, 1, 463 ; Poiliers, 10 juin 1878: Dalloz, 1879, 2, 69. — En sens contraire : Accarias, p. 312; Baudry-Lacantinerie, III, p. 585 ; Pont, II, p. 369.

une erreur de droit. Cette question, comme la précédente, n'a pas de raison d'être dans les deux systèmes que nous avons rejetés sous la deuxième proposition, à savoir : 1° que l'article 2054 ne règle qu'une question d'étendue de la transaction ; 2° que la transaction est, dans notre hypothèse, sans cause ou sans objet[1]. Et nous nous étonnons que Merlin, tout en admettant que l'article 2054 n'est qu'une application de l'article 2048, ergote longuement sur le point de savoir si l'erreur de droit est admise ou non. Ses arguments ont déjà été, d'ailleurs, victorieusement combattus par les auteurs. Nous n'en parlerons donc pas.

Mais, même dans le système de l'*erreur*, la question perd singulièrement de son importance, pour ceux qui voient dans notre article une présomption *juris et de jure*, car cette présomption exclut, aussi bien pour l'erreur de fait que pour l'erreur de droit, toute preuve contraire autre que l'aveu et le serment judiciaire. Ces auteurs admettent tous qu'en avouant qu'il n'a commis aucune erreur de fait, le demandeur n'a pas le droit d'invoquer une erreur de droit[2].

Cela dit, expliquons en deux mots comment l'erreur de droit ne doit pas être admise dans notre hypothèse. L'article 2052, 2e alinéa, nous dit d'une manière générale que l'erreur de droit ne sera jamais une cause de

[1] Chose curieuse, certains de ces derniers auteurs rejettent l'erreur de droit, d'après l'article 2052, 2e al. (Troplong, pp. 666 et suiv. ; Zachariæ, V, p. 90, note 6). Mais du moment que la transaction est inexistante faute de cause, ce n'est plus une question de simple erreur.

[2] Ce point n'est pas clairement dit par ces auteurs, et on croirait à la première lecture que ces auteurs, après avoir rejeté toute preuve de la connaissance de la nullité, discutent, à n'en pas finir, la question de savoir si une erreur de droit est admise ou non.

rescision. Les articles 2053 et suivants parlent des cas d'erreur où il peut y avoir lieu à rescision. Il est tout naturel de supposer que l'erreur dont parlent ces articles est une erreur de fait, puisque rien, dans ces articles, ne laisse supposer que ces articles s'appliquent même à l'erreur de droit, qu'on vient de proscrire dans l'article précédent.

554. — Deuxième application. Nous avons déjà transcrit l'article 2055 à propos de l'indivisibilité de la transaction (n° 534). Cet article reproduit la disposition de la loi 42, C., *de Trans.*, avec une innovation importante : « La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses, porte cet article, est entièrement nulle. » L'innovation consiste, nous le savons, à déclarer *entièrement* nulle la transaction faite sur pièces fausses, tandis qu'en droit romain, la rescision partielle était permise. Mais, sauf cette innovation, c'est toujours la même règle. Nous renvoyons donc à ce que nous avons dit sur la loi 42, C., *de Trans.* (n° 231).

Notons toutefois que la première rédaction portait simplement : « La transaction faite sur pièces fausses est entièrement nulle. » Sur la demande du conseiller Jolivet, on a ajoutéles mots : *qui depuis ont été recommues*, pour mieux montrer que la transaction sur le faux même est parfaitement valable[1].

Ajoutons enfin que la plupart des auteurs qui décident que la transaction fondée sur un titre nul est nulle par le défaut de cause ou d'objet, admettent, ici aussi, et dans les cas suivants, que la transaction est nulle pour la

[1] Fenet, XV, pp. 92 et 94 ; Locré, XV, pp. 404 et 407.

même cause[1]. Cependant, MM. Aubry et Rau soutenaient dans leur troisième édition que c'est seulement dans le cas de l'article 2054, que la transaction est nulle pour défaut de cause. Cette opinion semblerait insoutenable, si on ne savait que ce qui faisait admettre à MM. Aubry et Rau que la transaction sur un titre nul est radicalement nulle, solution qui leur paraissait peu rationnelle, étaient ces mots : *à moins que les parties n'aient* EXPRESSÉMENT *traité sur la nullité*.

555. — TROISIÈME APPLICATION. L'article 2057 est ainsi conçu : « Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties ; —Mais la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit. »

Nous savons qu'en droit romain, la découverte des pièces nouvelles n'était jamais une cause de rescision, si ce n'est par le fait de l'une des parties que ces pièces étaient tenues cachées (V. n° 230, 2°, et n° 240, 2°). Domat admettait déjà la solution de notre Code : la transaction est-elle générale, la découverte des pièces nouvelles n'est pas une cause de rescision; la transaction est-elle spéciale, cette découverte donne lieu à rescision[2]. Le Code a suivi cette opinion[3].

[1] En ce sens : Req., 14 août 1877 : Dalloz, 1878, 1, 298.

[2] *Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. II, II et III.

[3] Le Code italien, art. 1777, et le Projet de Code japonais, art 761, 1er et 3e al., reproduisent la disposition de notre article.

556. — A-t-il bien fait de préférer la solution de Domat à celle de la loi romaine ? Nous ne le pensons pas. Quand on transige, on doit prévoir qu'un jour, on arrivera peut-être à découvrir une pièce décisive en sa faveur. Donc, la plupart du temps, on ne peut pas dire, à proprement parler, qu'il y ait erreur, en cas de découverte de pièces nouvelles. D'ailleurs, si on permet la rescision pour cause de découverte de pièces nouvelles, on devrait logiquement admettre que la transaction est rescindable pour cause de découverte de témoins nouveaux. Et ce que la loi n'a pas fait, les tribunaux pourraient très bien le faire ; car, s'il y a erreur substantielle dans un cas, il y en a aussi dans l'autre. Qu'on ne dise pas que les pièces décisives ôtant toute espèce de doute, il n'y a plus de droit douteux, ce qui amènerait d'ailleurs à l'inexistence de la transaction, et non à sa rescision. Mais le doute existait réellement au moment de la transaction, et cela doit suffire, car, sans cela, la transaction n'impliquerait pas toujours la réciprocité de sacrifices, la partie qui découvrira une preuve nouvelle pouvant toujours faire annuler la transaction.

Tout ce qu'on peut dire à la décharge du législateur, en guise de circonstances atténuantes, c'est que la loi 42, C., *de Trans.*, ayant donné un mauvais exemple en permettant la rescision de la transaction sur pièces fausses, les rédacteurs du Code, et Domat avant eux, ont pensé probablement qu'il n'y avait guère de différence entre ce cas et celui où l'on découvre des pièces nouvelles depuis la transaction. Tel est le sort d'une brèche donnée au principe: la première brèche en entraîne beaucoup d'autres, qui sont généralement plus mauvaises que la première. Du reste, le principe de la rescision pour

cause d'erreur sur la substance étant une fois admis par le Code, cette application est peut-être logique, bien qu'elle ne soit pas conforme à la nature de la transaction.

557. — Quelques observations sont ici nécessaires :

1° La distinction entre la transaction générale et la transaction spéciale se comprend parfaitement. En cas de transaction spéciale, on peut soutenir que l'ignorance des titres décisifs a déterminé les parties à transiger. Mais, quand la transaction est générale, on ne peut pas dire que toutes les clauses de la transaction ou tous les chefs de la convention ont été déterminés par l'ignorance d'une pièce relative à l'un d'eux. Alors, de deux choses l'une : ou bien annuler la transaction dans la partie qui a été déterminée par cette ignorance ; ou bien maintenir le tout. C'est cette dernière solution que la loi a préféré avec raison. Cependant, il peut y avoir difficulté, au point de vue théorique, dans le cas où la majeure partie de la transaction a été déterminée par l'ignorance de la pièce dont il s'agit. Mais, la loi n'a pas voulu, ou n'y a pas songé, admettre la rescision dans ce cas, et peut-être avec raison.

558. — 2° Que faut-il entendre par cette incidente de l'article 2057, 1er al. : *à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties ?* Il nous semble certain que cette incidente ne vise que le cas de dol ; par conséquent, quand la pièce a été retenue chez l'une des parties à son insu, la transaction générale n'est pas rescindable. Cela résulte, en effet, avec certitude, des travaux préparatoires. Le premier projet ne contenait pas cette inci-

dente. Dans une discussion au Conseil d'État, le premier Consul, induit en erreur par Tronchet, s'étonnait que les transactions aient un caractère plus sacré que les jugements. Berlier, pour rectifier l'inexactitude commise par Tronchet, fit observer que la requête civile n'est admise qu'en cas de découverte de titres retenus par la partie adverse et qu'il en est de même en matière de transaction générale. Il ajouta qu'on pouvait insérer cette exception dans l'article en discussion, mais que cela était inutile, « car la partie qui retient des pièces se rend coupable de dol [1] .»

559. — Quatrième application. Nous avons vu que, pour nous du moins, la loi romaine n'annulait la transaction sur chose jugée que dans le cas où le jugement inattaquable était inconnu de la partie gagnante (n° 18). Dans l'ancien droit, Domat admettait le même système [2]. Argou validait la transaction sur la chose jugée, même quand le jugement n'était plus susceptible d'appel [3].

Le premier projet du titre *des Transactions* admettait, croyons-nous, le système de Domat, quand il disait, dans son article 13 : « Pour que la transaction sur un procès déjà terminé, même à l'insu des parties, par un jugement, soit valable, il faut que ce jugement soit susceptible d'être attaqué par appel [4].» Cambacérès a trouvé étrange que le jugement inconnu des parties, même frappé d'appel, ne donne pas lieu à rescision. Berlier a défendu l'article, mais, comme l'article n'était pas suffisamment clair,

[1] Fenet, XV, pp. 92 et 96; Locré, XV, pp. 405 et 409.
[2] *Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. II, VII.
[3] *Institution au Droit français*, liv. IV, chap. X (11e édit., p. 354).
[4] Fenet, XV, p. 92; Locré, XV, p. 404. — Le projet du Tribunal de Cassation était plus explicite en ce sens (V. n° 541).

il a proposé la rédaction suivante, qui est devenue notre article 2056 : « La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties n'avaient point connaissance, est nulle. — Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction sera valable [1]. »

560. — Il y a cependant un point sur lequel le droit actuel diffère certainement de la loi romaine : c'est qu'en droit romain, l'ouverture d'une voie de recours quelconque, même de la *restitutio in integrum*, était suffisante pour valider la transaction ; tandis qu'aujourd'hui, l'ouverture d'une voie extraordinaire ne suffit pas. Comment l'expliquer ? Voici l'explication de Bigot de Préameneu, qui est probablement la véritable : « Le pourvoi en cassation n'empêche pas qu'il n'y ait un droit acquis, un droit dont l'exécution n'est pas suspendue [2]. » On peut y ajouter peut-être que l'appel est ouvert pour toute cause, même pour un simple mal-jugé ; tandis que la cassation, ou la requête civile, n'est possible que dans des cas limitativement déterminés [3].

Mais cette explication justifie-t-elle complètement la solution du Code ? Nous ne le croyons pas. C'est déjà beaucoup de rescinder une transaction librement consen-

[1] M. Accarias ne nous semble pas avoir bien compris le sens de la discussion du Conseil d'État (pp. 322 et 323). Cela tient probablement à ce qu'il croyait, à tort selon nous, qu'en droit romain, la transaction sur un jugement, même connu des parties, était nulle.

[2] Fenet, XV, p. 111; Locré, XV, p. 425.

[3] M. Accarias donne l'explication suivante, que nous ne trouvons pas satisfaisante : « Il est assez facile, dit-il, de voir si un jugement est susceptible d'opposition ou d'appel ; tandis qu'il est difficile d'apprécier avec sûreté la justesse d'un moyen de cassation ou de requête civile (p. 321). »

tie pour la découverte d'un jugement inattaquable, même par voie extraordinaire. Le permettre dans le cas où il y a jugement attaquable par une voie extraordinaire, c'est trop. Aussi applaudissons-nous l'auteur du Projet de Code japonais d'avoir corrigé la disposition du Code français sur ce point : « Il en est de même (c'est-à-dire que la transaction est rescindable), porte l'article 761, 2e al., du Projet, si la contestation était déjà terminée par un jugement irrévocable ou par un contrat inattaquable, ignoré de la partie qui avait intérêt à le connaître[1]. »

561. — Ici encore, il y a des auteurs qui soutiennent que la transaction est inexistante pour défaut de cause ou d'objet. Mais ici, ils ont pour eux le droit romain, et ils invoquent, en même temps, la raison qui faisait décider dans ce droit que la transaction était nulle, c'est-à-dire qu'il n'y a plus chose douteuse. Nous répondons d'abord que cette raison nous semble inexacte théoriquement, car il suffit que le doute existe au moment du contrat. Ajoutons que les termes de la loi et les paroles des différents orateurs ne font aucune distinction entre ce cas et les autres cas de nullité. Or, nous espérons avoir démontré que dans les autres cas, il n'y a pas nullité radicale; donc, ici aussi, il n'y a lieu qu'à rescision ; c'est plus conforme aux principes généraux. Les idées changent avec le temps, et ici, il faut dire : dans le sens de l'amélioration.

[1] Le Code italien reproduit la disposition de l'article 2056, 1er al. Quant au 2e alinéa, il l'a supprimé avec raison, car il est inutile.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le pupille sorti de l'*infantia* s'oblige naturellement, quand il ne s'oblige pas civilement ; mais cette obligation ne peut recevoir son exécution qu'avec l'*auctoritas tutoris* ou que quand il sera majeur.

II. — L'acquisition des fruits est une acquisition *lege*.

III. — Pour usucaper *pro emptore*, il n'est pas nécessaire d'avoir payé le prix.

IV. — Le rang des hypothèques générales est déterminé par leurs dates respectives, même sur les biens futurs.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. — L'erreur de personne dans une donation est une erreur sur la cause.

II. — La dation en payement suppose novation.

III. — La vente de la chose d'autrui est nulle pour objet et cause impossibles, dans le cas où toutes les deux parties croyaient que le vendeur était propriétaire.

IV. — La subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée n'est qu'une cession de l'hypothèque.

DROIT COMMERCIAL

La clause d'intérêts dans une société par action, est nulle d'après le droit français actuel.

DROIT CRIMINEL

Le jury pour les délits non politiques est condamnable.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Le suffrage universel, dans l'état actuel de la civilisation, a plus d'inconvénients que d'avantages.

ÉCONOMIE POLITIQUE

Le protectionnisme est toujours nuisible.

Vu,
Lyon, le 20 juin 1889.
Le Président de la Thèse,
H. MABIRE.

Vu,
Lyon, le 29 juin 1889.
Le Doyen de la Faculté,
E. CAILLEMER.

Permis d'imprimer,
Lyon, le 1er juillet 1889.
Le Recteur de l'Académie,
Em. CHARLES.

ERRATA

Pag.	lig.	Au lieu de :	Lisez :
VII	13	très	trop
IX	21	17	15
4	7	IV	VI
»	16	la	le
14	16	aléat	aléa
16	2	un aléat	un aléa
55	17	*supprimez* (*sic*)	
72	24	— d'	
77	14	— (*sic*)	
108	1	*après* ne, *ajoutez* nous	
100	15	*acucsationis*	*accusationis*
155 note 1	7	incéder	intercéder
189 note	38	unicaper	usucaper
209	12	concessionnaire	cessionnaire
209 note 1		»	»
217	13	*sicio*	*socio*
242	10	complète	compète
287 note 1	3	*alienato*	*alienatio*
289	19	de	à
290	6	lots	lois
4	15	continuer	confirmer
16 note	7	ainsi	aussi
17	3	*déterminer*	*terminer*
19 note 1	9	quatre	cinq
22	26	Aussi	Ainsi
25 note 2	3	d'	à
56	4	transaction	conciliation
75	19	finales	pénales
75 note 1	4	constater	contester
171	5	dans	sans
176	10	excluse	excuse
234	10	primée	périmée
340	6	on	ou
27 note 2	2	*après* p. 225, *ajoutez* : Bourges, 14 juin 1844 : Dalloz, 1846, 2, 41 ; Bordeaux, 18 novembre 1872 : Dalloz, 1873, 2, 106.	
183	5	*avant* ces actes, *ajoutez* la nature de	
253	12	— toujours	comme

BIBLIOTECA NACIONAL IMPRIMES

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

DE LA TRANSACTION EN DROIT ROMAIN

		Pages
INTRODUCTION		V
CHAPITRE I.	— Notions générales. — Définition, caractères et preuve de la transaction	1
CHAPITRE II.	— Des formes de la transaction	34
SECTION I.	— Du droit objet de transaction	34
§ I.	— Du droit non déduit *in judicium*	34
§ II.	— Du droit déduit *in judciuim*	51
SECTION II.	— Du droit nouveau qu'on veut créer par la transaction	58
CHAPITRE III.	— De l'objet de la transaction	85
SECTION I.	— Des questions d'état	85
SECTION II.	— Des crimes et délits	94
§ I.	— Des *delicta privata*	95
§ II.	— Des *crimina privata*	96
§ III.	— Des *crimina publica*	99
SECTION III.	— Des actions *quæ infitiatione duplantur*	121
SECTION IV.	— Des aliments	126
§ I.	— Conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu d'appliquer le sénatus-consulte	126
§ II.	— Du magistrat compétent et de son office	132
§ III.	— Conséquences du défaut d'autorisation	134
SECTION V.	— Des droits résultant d'un testament	138
CHAPITRE IV.	— Des personnes qui peuvent transiger	144
SECTION I.	— De la capacité de transiger	144
§ I.	— Des pupilles	145
§ II.	— Des mineurs de vingt-cinq ans	148
§ III.	— Des prodigues	151

§ IV. — Des fils de famille..... 152
§ V. — Des filles de famille..... 157
§ VI. — Des esclaves..... 157
SECTION III. — Du pouvoir de transiger pour autrui..... 159
CHAPITRE V. — Des modalités de la transaction..... 170
CHAPITRE VI. — Des effets de la transaction..... 181
CHAPITRE VII. — Des personnes à qui et par qui la transaction peut être opposée..... 199
CHAPITRE VIII. — De l'étendue de la transaction..... 232
CHAPITRE IX. — De la nullité, de la rescision et de la résolution de la transaction..... 239
SECTION I. — De la nullité de la transaction..... 239
SECTION II. — De la rescision de la transaction..... 243
§ I. — De l'erreur..... 247
§ II. — Du dol..... 260
§ III. — De la violence..... 264
SECTION III. — De la résolution de la transaction..... 268

DEUXIÈME PARTIE

DE LA TRANSACTION DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I. — De l'objet de la transaction..... 272
CHAPITRE II. — De la capacité requise pour transiger..... 278
CHAPITRE III. — De l'effet de la transaction..... 283
CHAPITRE VI. — De la rescision de la transaction..... 292

TROISIÈME PARTIE

DE LA TRANSACTION EN DROIT FRANÇAIS ACTUEL

CHAPITRE I. — Notions générales..... 1
SECTION I. — Définition de la transaction..... 1
SECTION II. — Caractères de la transaction..... 24
CHAPITRE II. — De la preuve de la transaction..... 36
SECTION I. — De la preuve testimoniale..... 37
SECTION II. — Des présomptions..... 46
SECTION III. — De l'aveu..... 47

SECTION IV. — Du serment..... 48
SECTION V. — De la preuve littérale..... 50
CHAPITRE III. — De l'objet de la transaction..... 62
SECTION I. — Des délits..... 63
SECTION II. — Des dettes de jeu..... 83
SECTION III. — De la cession d'office..... 85
SECTION IV. — Des questions de compétence *ratione materiæ*..... 88
SECTION V. — De l'État des personnes..... 90
SECTION VI. — Des biens dotaux..... 102
SECTION VII. — Des aliments..... 109
CHAPITRE IV. — Des personnes qui peuvent transiger..... 114
SECTION I. — De la capacité de transiger..... 114
§ I. — Des incapacités générales..... 122
§ II. — Des incapacités spéciales..... 168
SECTION II. — Du pouvoir de transiger..... 193
§ I. — Des mandataires légaux et judiciaires..... 195
§ II. — Des mandataires conventionnels..... 212
CHAPITRE V. — Des modalités de la transaction..... 217
CHAPITRE VI. — De l'effet de la transaction..... 230
SECTION I. — Du sens de l'article 2052, 1er al..... 235
SECTION II. — La transaction est-elle *déclarative* ou *attributive ?*..... 244
SECTION III. — Droits d'enregistrement applicables à la transaction..... 264
SECTION IV. — La transaction donne-t-elle lieu à garantie ?. 276
CHAPITRE VII. — Des personnes à qui et par qui la transaction est opposable..... 281
CHAPITRE VIII. — De l'étendue de la transaction..... 310
CHAPITRE IX. — De la nullité de la transaction..... 317
Positions..... 353



Tours. — Imp. Deslis Frères, 6, rue Gambetta.

PREMIERE PARTIE DE LA TRANSACTION EN DROIT ROMAIN
INTRODUCTION
CHAPITRE I. - Notions générales. - Définition, caractères et preuve de la transaction
CHAPITRE II. - Des formes de la transaction
SECTION I. - Du droit objet de transaction
§ I. - Du droit non déduit *in judicium*
§ II. - Du droit déduit *in judciuim*
SECTION II. - Du droit nouveau qu'on veut créer par la transaction
CHAPITRE III. - De l'objet de la transaction
SECTION I. - Des questions d'état
SECTION II. - Des crimes et délits
§ I. - Des *delicta privata*
§ II. - Des *crimina privata*
§ III. - Des *crimina publica*
SECTION III. - Des actions *quae infitiatione duplantur*
SECTION IV. - Des aliments
§ I. - Conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu d'appliquer le sénatus-consulte
§ II. - Du magistrat compétent et de son office
§ III. - Conséquences du défaut d'autorisation
SECTION V. - Des droits résultant d'un testament
CHAPITRE IV. - Des personnes qui peuvent transiger
SECTION I. - De la capacité de transiger
§ I. - Des pupilles
§ II. - Des mineurs de vingt-cinq ans
§ III. - Des prodigues
§ IV. - Des fils de famille
§ V. - Des filles de famille
§ VI. - Des esclaves
SECTION III. - Du pouvoir de transiger pour autrui
CHAPITRE V. - Des modalités de la transaction
CHAPITRE VI. - Des effets de la transaction
CHAPITRE VII. - Des personnes à qui et par qui la transaction peut être opposée
CHAPITRE VIII. - De l'étendue de la transaction
CHAPITRE IX. - De la nullité, de la rescision et de la résolution de la transaction
SECTION I. - De la nullité de la transaction
SECTION II. - De la rescision de la transaction
§ I. - De l'erreur
§ II. - Du dol
§ III. - De la violence
SECTION III. - De la résolution de la transaction
DEUXIEME PARTIE DE LA TRANSACTION DANS L'ANCIEN DROIT FRANCAIS
CHAPITRE I. - De l'objet de la transaction
CHAPITRE II. - De la capacité requise pour transiger
CHAPITRE III. - De l'effet de la transaction
CHAPITRE VI. - De la rescision de la transaction
TROISIEME PARTIE DE LA TRANSACTION EN DROIT FRANCAIS ACTUEL
CHAPITRE I. - Notions générales
SECTION I. - Définition de la transaction
SECTION II. - Caractères de la transaction
CHAPITRE II. - De la preuve de la transaction
SECTION I. - De la preuve testimoniale
SECTION II. - Des présomptions
SECTION III. - De l'aveu
SECTION IV. - Du serment
SECTION V. - De la preuve littérale
CHAPITRE III. - De l'objet de la transaction
SECTION I. - Des délits
SECTION II. - Des dettes de jeu
SECTION III. - De la cession d'office
SECTION IV. - Des questions de compétence *ratione materioe*
SECTION V. - De l'Etat des personnes
SECTION VI. - Des biens dotaux
SECTION VII. - Des aliments
CHAPITRE IV. - Des personnes qui peuvent transiger
SECTION I. - De la capacité de transiger
§ I. - Des incapacités générales
§ II. - Des incapacités spéciales
SECTION II. - Du pouvoir de transiger
§ I. - Des mandataires légaux et judiciaires
§ II. - Des mandataires conventionnels
CHAPITRE V. - Des modalités de la transaction
CHAPITRE VI. - De l'effet de la transaction
SECTION I. - Du sens de l'article 2052, 1er al
SECTION II. - La transaction est-elle *déclarative ou attributive?*
SECTION III. - Droits d'enregistrement applicables à la transaction
SECTION IV. - La transaction donne-t-elle lieu à garantie?
CHAPITRE VII. - Des personnes à qui et par qui la transaction est opposable
CHAPITRE VIII. - De l'étendue de la transaction
CHAPITRE IX. - De la nullité de la transaction
Positions