

# ENCYCLOPÉDIE DU DROIT

ou

## RÉPERTOIRE RAISONNÉ

DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE.





### CET OUVRAGE SE TROUVE ÉGALEMENT :

### EN FRANCE,

A AGEN,	BERTRAND.	A GRENOBLE,	FERARY.
AIX,	AUBAIN.	LYON,	DORIER.
ANGERS,	BARASSÉ.	METZ,	WARRION.
ANGOULÊME,	PEREZ LECLERC.	MARSEILLE,	VEUVE CAMOIN.
BESANÇON,	BINTOT,	NANCY,	MIle GONET.
BORDEAUX.	LAWALLE.	POITIERS,	PICHOT.
BOURGES,	JUST BERNARD.	RENNES,	MOLLIEX.
CAEN,	RUPALLEY.	ROUEN,	FRANÇOIS.
COLMAR,	KAEPPELIN.	STRASBOURG,	DÉRIVAUX.
DIJON, .	LAMARCHE.	TOULOUSE,	LEBON.
	The second second second		

### A L'ÉTRANGER,

A ATHÈNES,	A. NAST.	A LEIPZIG,	MICHELSEN.
BRUXELLES,	PÉRICHON.	NAPLES,	PUZZIELLO.
GENÈVE,	DESROGIS.	TURIN,	BOCCA.
GÊNES,	A. BEUF,		A. PIC.
FLORENCE,	PIATTI.	SAINT-PÉTERSBOURG,	BELIZARD.

# ENCYCLOPÉDIE DU DROIT

OU

## RÉPERTOIRE RAISONNÉ

### DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE,

EN MATIÈRES

CIVILE, ADMINISTRATIVE, CRIMINELLE ET COMMERCIALE;

CONTENANT PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE :

L'EXPLICATION DE TOUS LÉS TERMES DE DROIT ET DE PRATIQUE; — UN TRAITÉ RAISONNÉ SUR CHAQUE MATIÈRE; — LA JURISPRUDENCE DES DIVERSES COURS ET DU CONSEIL D'ÉTAT; — UN SOMMAIRE DES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES;

PUBLIE SOUS LA DIRECTION

DE MM. SEBIRE ET CARTERET,

Avocats la Cour royale de Paris.

TOME CINQUIÈME.

BIBLIOTHEQUE CUJAS

D 060 572908 1

PARIS.

VIDECOQ PÈRE ET FILS, 1, PLACE DU PANTHÉON.

DELAMOTTE ET COSSE, 27, PLACE DAUPHINE.

1845.

# Tionagiania da a compina de la composición del composición de la c

# 

CHANGE ADMINISTRATIVES CHIMANALE ET COMMUNICATION

RRESIDENT RESIDENT

LED Tringathin Regio are Augustion

Barrens and Anniel — Propries de la recomme de establica de la comme del comme de la comme del comme de la comme del la comme de la comme del la

MANAGE MEANING INCOME.

Approximately of the company of the

TOME CINCURAL CONTRACT



and the last the last

The control of the co

VIDERGO PERE TERES.

-Courtes of Buch .

# ENCYCLOPÉDIE DU DROIT

OU

## RÉPERTOIRE RAISONNÉ

## DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE,

EN MATIÈRES

CIVILE, ADMINISTRATIVE, CRIMINELLE ET COMMERCIALE.

COMMODAT. C'est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. (C. civ., 1875.) — V. Prêt.

COMMORIENTES. Expression dont on se sert pour désigner deux ou plusieurs personnes mourant ensemble, perdant la vie dans un même événement. Le Code civil s'occupe des commorientes pour régler entre eux l'ordre de succession. (C. civ., 720 et suiv.) — V. Succession.

COMMUNAUTÉ. — V. Communion de biens, Communistes.

COMMUNAUTÉ CONJUGALE (1). — 1. La communauté entre époux est une espèce de société de biens qu'un homme et une femme contractent lorsqu'ils se marient.

Cette définition, empruntée à Pothier, indique clairement les rapports de genre et les différences d'espèce qui existent entre la communauté conjugale et les sociétés ordinaires; elle rattache, par la généralité de ses termes, la communauté légale et la communauté conventionnelle à la même origine, au contrat qui intervient toujours entre les époux, soit expressément, lorsqu'ils arrêtent par écrit

les conventions de leur mariage, soit tacitement, lorsque par leur silence ils se soumettent, d'une manière implicite et virtuelle, aux dispositions de la loi elle-même.

### Historique.

Chap. 1er. — Caractères de la communauté conjugale. — Quand commence-t-elle? — Distinction entre la communauté légale et la communauté conventionnelle.

CHAP. 2. — De la communauté légale.

Sect. 1<sup>re</sup>. — De ce qui compose la communauté légale activement et passivement.

§ 1er. — De l'actif de la communauté.

§ 2. — Du passif de la communauté et des actions qui en résultent contre la communauté.

Sect. 2. — De l'administration de la communauté et de l'effet des actes de l'un ou de l'autre époux relativement à la société conjugale.

§ 1er. — Droits du mari sur les biens de la communauté.

§ 2. — Droits du mari sur les biens de sa femme.

§ 3. — Récompense. — Remploi.

Sect. 3. — De la dissolution de la communauté; — de ses causes; — de ses suites.

SECT. 4. — De l'acceptation de la communauté et de la renonciation qui peut y être faite avec les conditions qui y sont relatives.

<sup>(1)</sup> Article de M. Glandaz, avocat-général à la cour royale de Paris.

- § 1er. De l'acceptation de la communauté.
- § 2. De la renonciation à la commumunauté.
- § 3. Dispositions communes aux cas d'acceptation et de renonciation.
- SECT. 5. Du partage de la communauté après l'acceptation.
- § 1<sup>er</sup>. Du partage de l'actif. Opérations préliminaires au partage. — Rapports. — Prélèvements.
- § 2. Du passif de la communauté et de la contribution aux dettes.
- Chap. 3. De la communauté conventionnelle.
- Sect. 1<sup>re</sup>. De la communauté réduite aux acquêts.
- Sect. 2. De la clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie.
- SECT. 3. De la clause d'ameublissement.
- Sect. 4. De la clause de séparation des dettes.
- Sect. 5. De la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte.
- Sect. 6. Du préciput conventionnel.
- Sect. 7. Des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté.
- SECT. 8. De la communauté à titre universel.
- Sect. 9. Dispositions communes aux huit sections précédentes.
- CHAP. 4. Questions transitoires.

### Historique.

- 2. La communauté légale de biens entre époux était inconnue des Romains. Cependant Lebrun fait observer avec raison qu'elle pouvait être stipulée par une convention. La loi 16 ff. De alim. vel cibar. leg. parle d'un mari et d'une femme qui avaient été communs en biens: seulement, pour prévenir les avantages prohibés pendant le mariage, il fallait qu'il y eût égalité complète dans la position des deux époux. (L. 5. ff. Pro socio; l. 32, \$24, ff. De don. inter vir. et uxor.)
- 3. Les origines du droit sur la communauté légale sont assez obscures; quelques auteurs les font remonter aux sociétés de travail et de nourriture qui existaient fréquemment entre les serfs d'un même seigneur (Michelet, Orig.
- du droit français, p. 47). D'autres en trouvent la trace dans un passage des Commentaires de César, qui rappelle un usage pratiqué par les Gaulois. L'opinion la plus commune et la plus vraisemblable fait passer la communauté de l'ancien droit germanique dans nos coutumes. La loi des Ripuaires (tit. 29). celle des Saxons (tit. 8), attribuaient à la femme le tiers ou la moitié des acquêts faits pendant le mariage. Sous la première et la seconde race de nos rois, la portion de la femme était du tiers des biens. Aimoin rapporte que, lors du partage de la succession de Dagobert, un tiers des acquisitions fut réservé pour la reine. Charlemagne, Louis le Débonnaire et Lothaire, son fils, en firent une loi générale. Les établissements de saint Louis (liv. 1er, chap. 136) fixèrent cette part à la moitié. Les coutumes de Bourgogne, rédigées en 1459, sont les premières qui contiennent des dispositions précises sur la communauté, dont moitié est attribuée à la femme. A l'époque où ces coutumes ont été écrites, les Anglais étaient maîtres de la plus grande partie du royaume; la conformité de leur texte avec la loi des Saxons a fait conjecturer que la présence des Anglais sur le sol de France avait bien pu ne pas être étrangère à l'adoption du droit depuis longtemps en vigueur parmi eux (Probert, Lois galloises, p. 128). Mais on est porté à croire que l'emprunt fait par nos coutumes aux lois des peuplades de la Germanie, est antérieur et qu'il a eu lieu à l'époque même des premières invasions : en effet, nous en avons suivi les traces sous la première et sous la seconde race, et on ne saurait douter que bien avant 1459 la communauté ne fût en usage dans plusieurs pays de l'Europe. Monstrelet (t. 1, p. 142) raconte qu'en 1404, à Arras, la duchesse Marguerite de Bourgogne, femme de Philippe le Bon « renonca ses biens meubles, par le doute qu'elle ne trouvât trop grandes dettes, en mettant sur sa représentation sa ceinture avec sa bourse et ses clefs, comme il est de coutume. et, de ce, demanda instrument à un notaire public, qui était là présent. » « Bonne, dit le même auteur (chap. 139), veuve de Valeran, comte de Saint-Pol, a mis sur sa représentation sa courroie et sa bourse. » On peut voir dans le grand Coutumier (liv. 2, chap. 41) que les renonciations à la communauté avaient lieu en cette forme.
  - 4. Les dispositions du droit sur la commu-

nauté conjugale n'étaient pas les mêmes dans les différentes parties du royaume; on rangeait, sous ce rapport, les provinces en quatre classes:

- 1º Les provinces régies par les coutumes de Paris, d'Orléans, et un grand nombre d'autres encore où la communauté légale était le droit commun, à défaut de conventions confraires.
- 2º D'autres pays coutumiers, tels que ceux de Bretagne, d'Anjou, du Maine, de Chartres et du Perche, où la communauté n'était de droit commun que si le mariage avait duré au moins un an et jour. C'était un vestige de notre vieux droit français suivant lequel la simple cohabitation, continuée pendant un certain temps entre les parents rapprochés en degrés, les frères et sœurs, par exemple, établissait entre eux une communauté quant aux meubles et acquêts. C'est ainsi qu'on lit au grand Coutumier (liv. 2, chap. 40): « Nota, que par usage et coutume, deux conjoints ou affins demeurants ensemble par an et jour sans faire division ni protestation, ils acquièrent l'un avec l'autre communauté quant aux meubles et conquêts. »
- 3º Les pays de droit écrit qui n'admettaient que le régime dotal, à moins d'une stipulation expresse de communauté.
- 4º Enfin, la Normandie, dont le statut coutumier (art. 389) prohibait toute communauté entre mari et femme. Cependant, même dans cette coutume, les articles 329 et 392 accordaient à la femme certains droits qui n'étaient pas sans affinité avec ceux dérivant de la communauté.
- 5. Ces dispositions, modifiées par les législations de l'an 11 et de l'an v, n'ont été abrogées complétement que par le titre du contrat de mariage, au Code civil, titre publié le 20 février 1804.
- 6. Aux termes de l'art. 1390, les coutumes, lois ou statuts locaux ont cessé d'être en vigueur; il n'est même plus permis aux époux de les adopter, d'une manière générale, comme règle de leur association. Pourraient-ils se référer spécialement à l'un des articles de ces anciens statuts? - V. Contrat de mariage.
- CHAP. 1er. Caractère de la communauté conjugale. - Quand commence-t-elle? -Distinction entre la communauté légale et la communauté conventionnelle.

- établi par la première partie du chap. 2, tit. 5, liv. 3 du Code civil, forme aujourd'hui le droit commun de la France. Ce n'est pas que la loi impose ce régime aux époux, ou qu'elle veuille le leur imposer tel qu'il est établi dans les dispositions que nous venons d'indiquer: la plus grande liberté est au contraire laissée aux contractants pour les conventions civiles de leur mariage : «La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et, en outre, sous les modifications exprimées au Code civil. » (C. civ., 1387.) — V. Contrat de mariage.
- 8. Mais si la loi n'impose pas le régime en communauté aux époux, on ne peut méconnaître qu'il ne soit dans son vœu de le voir préféré. Ce régime est le plus conforme aux traditions les plus générales du pays; il convient le mieux aux sentiments d'affection et de confiance sur lesquels repose le mariage: il est le moyen le plus propre à faire régner l'égalité entre les époux, à conserver l'unité dans les familles, à réaliser enfin le consortium omnis vitæ, le divini et humanis juris communicatio, que la philosophie élevée d'un jurisconsulte romain (Modestinus) (1) avait présenté comme l'idéal du mariage, avant même que le christianisme en eût fait l'attribut principal de cette institution (2).
- (1) L. 1, ff. De ritu nupt. Herennius-Modestinus vécut principalement sous Sévère-Alexandre, dans la première partie du troisième siècle de l'ère chrétienne. L'influence du spiritualisme chrétien se fait sentir dès cette époque sur la philosophie païenne et sur le droit civil des Romains. (V. De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains, par M. Troplong.) - Modestinus avait été disciple d'Ulpien. ( V. 1. 52, § 20, ff. De furt.)
- (2) Un jurisconsulte portugais, Velasquez, s'exprime ainsi sur la communauté : « Et est nimium rationabilis consuetudo ex pluribus, primo ut qui communicant corpora, quod plus est, communicant etiam bona, jura, et actiones, quod minus est, quia excellentior est persona rebus. Item, ne quotidie in eadem domo sit illud jurgium inter conjugatos quod esse consuevit : Hoc meum est, illud est tuum, prout contigit in illis locis in quibus hujusmodi consuetudo non viget.» (Praxis 7. Le régime en communauté, tel qu'il est | pactitionum et collationum inter heredes es-

9. De ce que le régime en communauté forme le droit commun de la France, il s'ensuit qu'à défaut de contrat, les époux sont placès sous l'empire de ce régime, tel qu'il est expliqué dans la première partie du chap. 2, tit. 5, liv. 3 du Code civil; il en est de même encore si les parties se contentent de déclarer par leur contrat qu'elles entendent se marier sous le régime de la communauté. (C. civ., 1400.)

La communauté qui s'établit dans ces deux cas, est la communauté légale.

Si les époux désirent former entre eux une communauté, en la soumettant à d'autres règles que celles établies par la loi, ils peuvent modifier, dans leur contrat, la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux art. 1387, 1388, 1389, 1390 du Code civil. (C. civ., 1497.)

La communauté qui s'établit ainsi est la communauté conventionnelle, et elle est régie par la deuxième partie du chap. 2, titre 5, liv. 3 du Code civil.

- 10. Communauté légale, communauté conventionnelle, tels seront les titres des deux divisions principales sous chacune desquelles nous exposerons les règles spéciales à ces deux régimes, après avoir donné, dans une première section, quelques notions générales sur la nature, les caractères et la durée de la communauté.
- 11. La communauté, soit légale, soit conventionnelle, ne commence que du jour du mariage célébré devant l'officier de l'état civil. On ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque. (C. civ., 1399.)
- 12. M. Toullier a élevé, à propos de cette disposition, une discussion fort étendue dans laquelle nous n'entendons pas le suivre, mais dont nous devons cependant dire quelques mots.

M. Toullier soutient qu'il est inexact de dire que la communauté commence au jour du mariage; que la femme, pendant le mariage, n'a point un droit de communauté ou de co-

propriété sur les meubles et acquêts, mais sculement l'espérance ou le droit éventuel de les partager un jour si le mari n'en a pas disposé. « La communauté proprement dite, c'està-dire la copropriété actuelle des biens communs, ne s'ouvre donc réellement, dit notre auteur, qu'au moment où finit la société conjugale, soluto matrimonio. Avant cette époque, la femme n'est point commune en biens ou associée; elle n'a que l'espérance de le devenir: non est propriè socia, sed speratur fore, ainsi que l'enseigne Pothier; le mot de communauté ne signifie donc ici que le droit éventuel, l'espérance de la femme ou de ses héritiers sur les biens dont il (le mari) n'aura pas disposé. » (Toullier, t. 12, n°s 77, 83.)

13. Cette distinction, un peu subtile et d'un intérêt peu pratique, ne nous paraît pas d'ailleurs bien fondée.

En se mariant sous le régime qui nous occupe, les époux ne mettent-ils pas en commun la propriété d'une partie notable de leurs biens personnels et la jouissance totale de ceux qui leur restent propres? Ne se réservent-ils pas le bénéfice des chances favorables? ne se soumettent-ils pas aux risques des chances contraires, risques dont la femme ne peut se rédimer par une renonciation dont l'effet immédiat est au contraire la perte pour elle de ses apports en communauté? On ne peut sérieusement nier qu'il n'y ait là tous les caractères d'une véritable société. Quant au droit de renonciation réservé à la femme; c'est là une disposition favorable qui lui permet de limiter ses pertes dans la société conjugale, mais dont l'exercice n'empêche pas qu'elle n'ait été associée.

Aussi, sous l'ancienne législation, était-ce une maxime reçue dans toute la France coutumière (1), « qu'homme et femme conjoints

cundum jus commune ac regium Lusitaniæ. (Francof. 1608.)

On a remarqué comme une singularité qu'en Portugal, terre toute romaine, où Bartole est encore l'oracle de la jurisprudence, le régime légal du mariage soit la communauté universelle. (V. Ed. Laboulaye, De la condition civile et politique des femmes, p. 434.)

<sup>(1)</sup> Excepté, bien entendu, l'Auvergne, la Haute-Marche et la Normandie, où la communauté n'était point admise. Quelques auteurs ont prétendu que la coutume de Reims était aussi exclusive de la communauté. Ce qui avait donné naissance à cette opinion, c'est que les rédacteurs de cette coutume avaient fait précéder une série d'articles qui consacraient les principaux effets de la communauté, par cette disposition : « Homme et femme conjoints par mariage ne sont uns et communs en biens, meubles et conquêts immeubles faits pendant le mariage; ainsi, le mari seul, sans l'avis et consentement de sa femme, peut en disposer comme et à qui bon semblera. » (Ar-

par mariage étaient communs en tous biens, meubles et conquêts immeubles et fruits des immeubles propres, ainsi qu'en toutes dettes mobilières, tant actives que passives, chacun par moitié. » (Klimrath, Etudes sur les Coutumes.)

Ainsi doit-on dire, sous la législation du Code civil, pour ceux qui ont adopte le régime en communauté, et avec d'autant plus de raison, que l'administration du mari, comme chef de la communauté, n'est plus aujourd'hui aussi étendue qu'elle l'était sous l'empire des coutumes. A cette époque, en effet, tels étaient les pouvoirs du mari, comme chef de la communauté, « qu'il pouvait disposer à son gré, à tel titre que bon lui semblait, même de donations entre vifs, de toutes les choses qui la composaient, tant pour la part de sa femme que pour la sienne, sans le consentement de celle-ci, laquelle, de son côté, n'avait pas droit de disposer de rien. » (Pothier, De la communauté, nº 3.-V. l'art. 239 de la coutume de Reims, cité à la note qui précède.)

Aujourd'hui les pouvoirs du mari sont plus limités; les art. 1422 et 1423 du Code civil, en restreignant la libre disposition, par le mari, des biens de la communauté, indiquent suffisamment qu'il n'en est pas le seul propriétaire, qu'il n'est qu'un administrateur de biens communs, et quelque étendus que soient ses pouvoirs d'administrateur, ils n'enlèvent point à la femme son droit de commune dans la propriété et la jouissance desdits biens.

14. Cette opinion est conforme à celle qui est enseignée par M. Zachariæ; et ses annotateurs, appuyant la doctrine de leur auteur, font observer avec raison que si la femme n'était pas, pendant la communauté, copropriétaire actuelle des biens qui en dépendent, on ne comprendrait pas comment les engagements qu'elle contracterait seule, avec la simple autorisation de son mari, pourraient lier la communauté, même au cas où la femme y renoncerait. (C. civ., 1419. — V. Zachariæ, Droit civil français, t. 3, § 505, n° 2. — V. encore, sur cette question, Duranton, t. 14, n° 96; Battur, t. 1, n° 64; Dumoulin, Commentarii in consuetudines parisienses, § 37,

ticle 239.) Malgré cette disposition, que Klimrath qualifie justement d'étrange, la coutume de Reims doit être rangée parmi celles qui admettaient la communauté comme le régime légal du mariage.

nº 2, novæ cons., et § 109, nº 3, veteris cons.)

15. Sous le droit coutumier, la communauté commencait régulièrement dès le jour de la bénédiction nuptiale; et plusieurs coutumes contenaient à cet égard une disposition expresse (1). Dans les coutumes du Grand Perche (102, 103), du Loudunois (XX, 1), du Maine (508), d'Anjou (511) et de Bretagne (424, 429), la communauté n'avait lieu gu'entre époux qui avaient demeuré ensemble par an et jour, mais avec effet rétroactif au jour du mariage. Il en était de même sous les coutume de Chartres (57, 59), Dreux (48, 50) et Châteauneuf (66, 68), pour les mariages en premières noces; mais si l'un des époux avait déjà été marié précédemment, la nouvelle communauté avait lieu dès la première nuit de leur mariage.

16. La disposition de l'art. 1399, qui porte que la communauté commence du jour du mariage, sans qu'on puisse stipuler qu'elle commencera à une autre époque, a eu pour objet de faire cesser tous les embarras et toutes les difficultés que faisaient naître les dispositions diverses des coutumes.

17. Quant à cette autre disposition qui fixe le commencement de la communauté au jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil, elle est une conséquence de celle qui, sécularisant le mariage, ne reconnaît valable que celui civilement contracté.

18. Les futurs époux pourraient-ils soumettre l'existence de la communauté à une condition suspensive ou résolutoire? l'affirmative n'est pas douteuse. Pour le développement de cette proposition, V. Contrat de mariage.

19. La communauté, soit légale, soit conventionnelle, peut cesser avant la dissolution du mariage, mais elle ne peut se prolonger au delà. — V. infrà, n° 286.

#### CHAP. 2. — De la communauté légale.

20. La communauté légale s'établit par la simple déclaration que l'on se marie sous le régime de la communauté. A défaut de contrat, la communauté légale s'établit de plein droit, sinon comme produite immédiatement par la loi, du moins comme résultant d'une convention tacite des parties qui, à défaut de

<sup>(1)</sup> Paris, 220; Etampes, 96; Melun, 211; Touraine, 230; Nivernais, XXIII, 2; Berry, VIII, 7; Poitou, 229, etc., etc.

stipulation expresse, sont légalement présumées avoir voulu adopter ce régime. Dans l'un et l'autre cas, la communauté légale est soumise aux règles énumérées sous les cinq sections qui vont suivre.

Section 1<sup>re</sup>. — De ce qui compose la communauté légale activement et passivement.

\$ 1er. - De l'actif de la communauté.

21. La communauté légale se compose, activement d'abord, de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ensemble de tout le mobilier qui leur écheoit pendant le mariage à titre de succession ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire (C. civ., 1401,1°).

22. Une première distinction est faite par l'art. 1401. Le mobilier dont les époux sont propriétaires au moment de leur union tombe dans la communauté, s'il n'y a convention contraire; à l'égard du mobilier donné à l'un d'eux pendant le mariage, le donateur peut l'exclure de la communauté. La loi ne parle que du donateur; il est évident que le testateur aurait le même droit.

Il n'est pas nécessaire que l'exclusion soit prononcée en termes formels; il suffit qu'elle résulte d'une manière non équivoque des termes de l'acte. Toullier, qui partage notre opinion, fournit cet exemple de la volonté du donateur implicitement exprimée: « Si, par exemple, il avait dit qu'il donnait une rente de.... à telle femme mariée pour lui être comptée pendant sa vie ou jusqu'à sa mort, afin de lui procurer plus d'aisance, il est manifeste, dit cet auteur, que le donateur n'a pas voulu que cette rente fût, pendant le veuvage de la femme, comptée aux héritiers ou aux créanciers du mari; car, en ce cas, son vœu ne serait pas rempli. » (t. 12, n° 115.)

Nous devons faire observer que la réserve du droit de retour n'impliquerait pas exclusion de la communauté. (Duranton, t. 14, n° 138.)

23. L'auteur de la libéralité pourrait-il y apposer pour condition que la femme touchera seule et sans le concours de son mari les revenus des biens exclus de la communauté? Dupérier (Questions notables), Bellot des Minières (Contrat de mariage, p. 300), Delvincourt (t. 3, p. 239), soutiennent la négative. L'affirmative est adoptée par la majorité des auteurs (Proudhon, De l'usufruit, nos 283

et suiv.; Toullier, t. 12, nº 142; Duranton, t. 14, nº 150). Elle a été consacrée par deux arrêts de la cour royale de Paris des 27 janvier et 27 août 1835 (S.-V. 35. 2. 65; 35. 2. 518; D. P. 35. 2. 45; 35. 2. 176; J. P. 3º édit.); par un autre arrêt de la cour royale de Nîmes du 18 juin 1840 (S.-V. 41. 2. 11); par un arrêt de la cour de Toulouse du 20 août 1840 (S.-V. 41. 2. 114). Le pourvoi contre ce dernier arrêt a été rejeté par la chambre des requêtes, le 9 mai 1842 (S.-V. 42. 1. 513). Ce pourvoi était soutenu par une consultation de MM. de Vatismesnil et Pardessus, dont l'avis n'a pas prévalu. L'opinion consacrée par la jurisprudence nous paraît la seule conforme aux vrais principes. On ne peut pas dire, en effet, qu'il y ait dans la condition imposée par le testateur et le donateur une atteinte aux droits de la puissance maritale, puisque les parties qui ne peuvent point déroger à ces droits par leurs conventions, peuvent cependant, sous le régime de la communauté et même sous le régime dotal, modifier ceux qui découlent de l'administration conférée au mari par la loi (C. civ., 1536, 1549.). A ce cas doit donc s'appliquer la maxime : unicuique licet, quem voluerit modum liberalitati suæ apponere.

24. Si la libéralité était faite par un ascendant, et qu'elle excédât la réserve, M. Delvincourt (t. 3, p. 238) pense que la clause d'exclusion devrait être considérée comme sans effet à l'égard de cette réserve, le donateur n'ayant pas pu régler le sort de la portion des biens dont il n'avait pas le droit de disposer. Toullier (t. 12, nº 114) et M. Duranton (t. 14, nº 135) se prononcent contre cette doctrine, et enseignent que l'exclusion vaudra pour le tout. Ces deux systèmes paraissent trop absolus, et il faut faire une distinction: si le donataire accepte la succession, les biens mobiliers recueillis par lui, jure hereditario et à titre de légitime, tomberont dans la communauté; mais s'il la répudie, comme il n'a plus, pour en recueillir les valeurs, d'autre titre que l'acte de libéralité, il devra en accepter la condition pour le tout, sauf l'action en réduction des cohéritiers, action tout à fait étrangère au conjoint.

25. L'art. 1401 se sert de ces expressions : « tout le mobilier qui échoit aux époux pendant le mariage à titre de succession ou de donation. » La coutume de Paris et plusieurs autres encore déclaraient les époux communs

en tous meubles. Est-ce à dire que le Code civil ait adopté des principes différents de ceux consacrés par l'ancien droit, et qu'il n'y ait plus aujourd'hui que le mobilier adventif des successions ou donations qui fasse partie de la communauté? Pour se convaincre du contraire, il suffit de jeter les yeux sur le texte de l'article 1498 qui comprend encore, dans l'actif de la communauté, le mobilier provenant de l'industrie commune ou des économies faites sur les fruits et revenus des biens propres. Le soin pris par le législateur d'indiquer, par des dispositions particulières, les valeurs mobilières dont la communauté ne doit pas s'enrichir, montre encore qu'en cette matière le principe est que tout le mobilier qui advient aux époux pendant le mariage, à quelque titre que ce soit, devient un acquêt de la communauté, à moins qu'il n'en ait été exclu par un texte formel de la loi. Les exceptions de ce genre s'appliquent : 1° aux choses produites par les biens propres des époux, et qui cependant ne sont pas considérées comme des fruits ou des revenus, par exemple, certaines coupes de bois, certains produits des mines ou carrières; il en sera question ci-après (nº 27); 2º aux choses mobilières substituées aux biens propres des époux; on peut citer le prix d'un immeuble propre vendu pendant le mariage, le prix de la licitation, ou la soulte de partage de biens immeubles provenant d'une succession échue à l'un des époux, soit avant, soit depuis le mariage, pourvu toutefois, dans le premier cas, que l'adjudication ou le partage aient eu lieu pendant l'existence de la communauté; 3º aux portions de mobilier retranchées de la communauté par application de l'art. 1496 du Code civil, lorsque l'un des époux ou tous deux ont des enfants de précédents mariages, et lorsque la confusion du mobilier et des dettes opère, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'art. 1098, au titre des donaions entre-vifs et des testaments. Sauf ces exceptions, la communauté profite de tout le nobilier, quelle qu'en soit l'origine, dont les epoux s'enrichissent pendant son cours. (Pothier, De la communauté, nos 96, 97, 98, 99, 100.)

26. La loi elle-même a pris soin de définir le mot mobilier employé dans l'art. 1401. L'art. 535 porte: L'expression biens meubles, celle de mobilier ou d'effets mobiliers, comprennent généralement tout ce qui est censé

meubles d'après les règles établies par les art. 528, 529, 530, 531 et 532.

27. L'art. 528 s'applique aux meubles corporels: ce sont tous les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées. L'art.531 met au nombre des meubles les bateaux, bacs, navires, moulins, bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées sur piliers et ne faisant point partie de la maison. L'art. 532 résout une question incertaine avant le Code, et répute meubles les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, ceux assemblés pour en construire un nouveau. Tous les auteurs pensent que cette disposition s'appliquerait même aux matériaux provenant d'un immeuble qui aurait été démoli par l'un des époux, avec l'intention de le réédifier immédiatement et avec les mêmes matériaux. (V. Biens, nos 89 et 90.) Il faudrait encore considérer comme meubles tombant dans la communauté, les récoltes même pendantes par les racines, les fruits des arbres non encore recueillis, les coupes de bois ou de futaie non encore coupées appartenant à l'un des époux, au moment du mariage, soit en vertu d'un bail à ferme. soit par suite de l'acquisition qu'il en aurait faite du propriétaire du sol. Les art. 519, 521 ct 522 ne font pas obstacle à cette décision. Par l'effet de la location ou de la vente, ces différents produits ayant cessé d'appartenir au maître de l'immeuble, ne peuvent plus en être considérés comme les accessoires, et sont au contraire mobilisés dans les mains dusfermier, ou de l'acquéreur auquel ils appartiennent.

28. Les art. 529 et 530 concernent les meubles incorporels déclarés tels par la détermination de la loi.

29. Les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers sont meubles par la détermination de la loi, et, à ce titre, entrent dans la communauté. Cette attribution est la conséquence de deux principes incontestables, et résumés par deux axiômes de droit: le premier, actio ad mobile est mobilis; le second, qui actionem habet, rem ipsam habere videtur.—V. Biens, n° 95.

Pour juger si une action est mobilière ou immobilière, il ne faut pas remonter à sa cause, mais seulement en considérer l'objet. Ainsi l'action en paiement d'un immeuble vendu avant le mariage est mobilière. Elle a sans doute pour cause la vente d'un immeuble, mais elle a pour objet le recouvrement d'une somme d'argent, valeur essentiellement mobilière, et c'est là ce qui détermine exclusivement la nature de cette action. Il faut placer sur la même ligne : 1º l'action en paiement d'un prix de licitation ou d'une soulte de partage de biens immobiliers, lorsque la licitation ou le partage sont antérieurs à la formation de la communauté; 2º l'action en remploi ou en récompense de la part de l'un des époux contre une première communauté, à raison de la vente d'immeubles propres ou de rachats de services fonciers auxquels ils avaient droit. -V. Action, nos 57 et suiv.; V. aussi Pothier, De la communauté, nº 77.

30. Nous avons vu que les soultes ou prix de licitation provenant de successions immobilières liquidées pendant le mariage n'entrent point en communauté; il en serait autrement du mobilier composant exclusivement le lot de l'un des époux dans une succession tout à la fois mobilière et immobilière. Aux termes de l'art. 883 du Code civil, chaque cohéritier est censé n'avoir jamais eu la propriété des effets échus par le partage à ses cohéritiers. Le conjoint qui ne recueille que des meubles est donc censé n'avoir jamais eu aucun droit sur les immeubles. Dans l'hypothèse contraire, si le conjoint n'avait recueilli que des immeubles, la communauté ne pourrait prétendre à aucune indemnité pour les valeurs mobilières dont elle aurait été privée. Il est bien entendu que le partage doit, dans tous les cas, être fait sans fraude; la fraude prouvée fait exception à toutes les règles.

31. Si l'action est tout à la fois mobilière et immobilière, la communauté en profite jusqu'à concurrence de son objet mobilier: ainsi, un des époux a acheté, avant son mariage, une maison avec les meubles qui s'y trouvent, l'action afin de livraison des meubles appartient à la communauté.

32. L'obligation garantie par une hypothèque ne perd pas son caractère mobilier, pas plus que si elle avait été accompagnée d'une stipulation d'antichrèse ou d'une délégation sur le prix d'un immeuble.

33. La condition apportée à l'obligation n'aurait pas pour effet de l'exclure de la communauté, et le bénéfice devrait être partagé entre les époux, quand même la condition ne s'accomplirait qu'après la dissolution de la communauté. La condition accomplie rétroagit au jour du contrat.

34. Si deux choses, l'une mobilière, l'autre immobilière, sont dues sous une alternative, la qualité de la créance reste en suspens jusqu'à la libération du débiteur, et cette créance fait ou non partie de la communauté selon que le paiement a lieu en meubles ou en immeubles: peu importe que le choix ait été laissé au débiteur ou au créancier.

35. Mais il ne faut pas confondre l'obligation alternative avec l'obligation à laquelle une faculté a été ajoutée pour le paiement. Dans ce cas, c'est la chose due qu'il faut seule considérer et non celle indiquée in facultate solutionis. Ainsi le legs d'une somme d'argent avec faculté pour l'héritier de s'en libérer en abandonnant tel immeuble, est purement mobilier, et vice versâ.

36. Le droit accordé par la loi du 27 avril 1825 à une indemnité pour biens immeubles confisqués révolutionnairement fait-il partie de la communauté légale? On peut dire que cette indemnité représente le fonds dont l'état s'est emparé; qu'elle doit être répartie par voie d'ordre entre les créanciers hypothécaires; qu'elle est, pour ainsi dire, substituée à l'immeuble et le représente. On répond que, si ce droit a une cause immobilière, il a pour objet une valeur mobilière et se résout en une rente sur le grand livre de la dette publique; que l'indemnité ne représente pas plus l'immeuble confisqué, que le prix d'un bien vendu avant le mariage ne représente ce bien, quoiqu'il puisse également rester grevé d'hypothèques; qu'elle ne subit même que la charge des droits hypothécaires antérieurs à la confiscation; qu'à l'égard des créanciers postérieurs, elle doit être répartie contributoirement entre eux; enfin, que la fiction qui fait réputer cette indemnité immeuble doit être renfermée dans les cas prévus par le législateur : Fictio tantumdem operatur in casu ficto. Il faut donc décider que ce droit tombe dans la communauté. (Arg. d'un arrêt de la cour de cassation, du 26 janv. 1830, S.-V. 30. 1. 153.) Il en est de même pour l'indemnité des colons de Saint-Domingue. - V. ce mot, nº 17.

37. Quant au baux à ferme ou à loyer, ils constituent des droits purement mobiliers. Lors donc qu'un époux a fait un bail avant son mariage, ce bail et le droit qui en résulte

entrent en communauté, de telle facon que la femme survivante, ou ses héritiers, si elle prédécède, peuvent, en acceptant la communauté, contraindre le propriétaire à les laisser jouir jusqu'à l'expiration du bail, comme aussi il peut les contraindre à continuer la jouissance. Quelques auteurs, et notamment Ferrière (sur l'art. 211, Cout. de Paris, gl. uniq., nos 15 et 17), avaient contredit ce principe et enseignaient que la veuve ne pouvait ni continuer le bail contre la volonté du propriétaire, ni être par lui contrainte à le continuer, parce que le bail consistant dans une exploitation qui peut durer plusieurs années après la dissolution du mariage, ne produisait qu'un droit successif de percevoir les fruits de chaque année, à mesure qu'ils viendraient à l'état de maturité. Or, disait-on, les fruits à venir sont immeubles comme le fonds; dès lors le droit et l'obligation que produit le bail sont immobiliers et n'entrent point en communauté. Mais cette doctrine n'avait pas prévalu. Pothier s'était nettement expliqué en sens contraire. « Le droit du fermier, dit-il (De la comm., t. 1, nº 71), ne tend pas à lui faire acquérir l'héritage qui lui a été donné à ferme, mais seulement à lui faire avoir la faculté d'en percevoir les fruits, et d'acquérir lesdits fruits par la perception qu'il en fera. Ces fruits devenant choses meubles par la perception qui s'en fait, son droit ne tend donc qu'à lui faire acquérir quelque chose de meuble, c'est actio ad mobile, et par conséquent un droit mobilier. » Tel était aussi l'avis de Lebrun (liv. 2, sect. 3, nº 35). Ces principes ont été généralement adoptés sous l'empire du Code civil. (V. Toullier, t. 12, nº 105; Duranton, nº 126; Zachariæ, t. 3, \$ 507, p. 412; Duvergier, Du louage, t. 1,  $n^{os}$  279 et suiv.) — V. Biens,  $n^{o}$  72.

De là cette conséquence: 1° que lorsque la femme survivante accepte la communauté, elle a le droit de partager les profits du bail antérieurs au mariage, et de faire, en conséquence, diviser la jouissance des biens soumis au bail entre elle et les héritiers de son mari, lorsque la division est possible; 2° que si le bail avait été stipulé par la femme et qu'elle renonçât à la communauté, le mari le continuerait, mais à la charge de garantir la femme ou ses héritiers des suites de l'action du propriétaire contre eux, car ils seraient affranchis, vis-à-vis du mari ou de ses héritiers, des dettes personnelles de la femme qui sont tombées à

la charge de la communauté. (Sic Toullier, t. 12, nos 106 et 107; Duranton, t. 14, no 126.)

38. Les droits résultant de la propriété littéraire sont essentiellement mobiliers. Le produit des éditions, le prix des cessions faites, soit avant, soit pendant le mariage, appartiennent à la communauté. Il en est de même des éditions ou des cessions postérieures à la dissolution de la communauté : c'est le droit tout entier et sans réserve qui tombe dans son actif (Duranton, t. 14, nos 131 et 132). Toullier (t. 12, nº 116) embrasse un avis contraire. Il pense que le droit reste propre à celui des conjoints qui a créé l'œuvre littéraire; que la communauté profite des produits réalisés pendant son cours, mais qu'elle ne peut prétendre aux bénéfices obtenus après sa cessation. Cet auteur se fonde sur la législation spéciale à la propriété littéraire. Mais, en la parcourant, il est impossible d'y trouver une dérogation aux règles du droit commun. La loi du 19 janvier 1791 et le décret du 19 juillet 1793 n'ont eu d'autre but que de proclamer les droits de la propriété littéraire et d'en régler la durée, sans s'occuper des transactions dont ces droits pourraient devenir l'objet. Il faut encore remarquer que ces deux lois accordent aux auteurs la faculté de céder leurs droits, ce qui implique celle de les apporter en communauté. L'art. 39 du décret du 5 février 1810, plus particulièrement invoqué par Toullier, porte : « Le droit de propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve pendant leur vie, si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnent le droit, et à leurs enfants pendant vingt ans. » Par ces mots, Conventions matrimoniales, faut-il entendre des conventions expresses? Le décret ne le dit pas; il s'en est donc référé aux règles ordinaires d'après lesquelles tous les droits mobiliers tombent en communauté, s'il n'y a exclusion formelle de la part des époux. D'ailleurs, si l'on concède, et on ne peut s'y refuser, que les droits de la propriété littéraire peuvent être mis en communauté par la convention des deux époux, on est amené nécessairement à reconnaître qu'ils tombent dans la communauté légale s'ils n'en ont pas été exceptés, cette communauté ne s'établissant pas entre les époux par la force seule de la loi, mais, ainsi que nous l'avons dit suprà, nº 20, par l'effet de l'adoption tacite qu'ils en ont faite en ne plaça

pas, comme ils en avaient le droit, leur association sous un autre régime. La communauté légale est aussi le résultat d'une convention.

39. Il y aurait difficulté peut-être si, après la dissolution de la communauté, l'auteur donnait une nouvelle édition corrigée et augmentée. Dans ce cas, l'auteur doit être indemnisé dans la proportion de la valeur que les additions auront pu donner à l'ouvrage. C'est la matière d'une convention entre les représentants de la communauté et l'auteur, ou, à défaut de convention, d'un règlement en justice. — V. Propriété littéraire.

40. Les mêmes principes doivent être appliqués aux compositions de peinture, de musique, aux droits de la propriété industrielle, et notamment aux brevets d'invention. — V. Biens, n° 104.

41. Le droit d'exercer les fonctions publiques attachées aux offices n'est point dans la communauté; il ne peut être l'objet d'aucune disposition particulière; mais l'art. 91 de la loi de finances du 28 avril 1816 permet aux titulaires de certains offices de présenter leurs successeurs, sauf le droit qui appartient au roi de refuser son agrément au candidat présenté. Dans l'usage, et d'après la jurisprudence aujourd'hui bien constante, ce droit, dont l'exercice est toujours l'objet d'une convention intéressée entre le titulaire de l'office et celui qui aspire à devenir son successeur, constitue une véritable propriété de nature mobilière et qui entre dans la communauté. (Duranton, t. 14, nº 130; Toullier, t. 12, nº 112; Carre, Traité de la compét., t. 1er, p. 297, note; Rolland de Villargues, Répert. du not., vº Communauté, nº 82; Dard, Traité des offices, p. 260 et suiv.) - V. Offices.

42. Peu importe que le conjoint ait été pourvu de l'office avant le mariage, ou qu'il l'ait obtenu depuis à titre gratuit (Cass. 7 nov. 1827, S.-V. 28. 1. 186; J. P. 3º édit.; Rapport de M. Sapey à la chambre des députés, le 18 sept. 1830, S.-V. 30. 2. 307; - Douai, 15 nov. 1833, S.-V. 34. 2, 189; J. P. 3e edit.; D. P. 34. 2. 128; — implicitement, Metz, 24 déc. 1835, S.-V. 36. 2. 255; D. P. 36. 2. 132; — Agen, 2 déc. 1836, S.-V. 37. 2. 309; D. P. 37. 2. 141.). Il existe, il est vrai, un arrêt contraire de la cour royale de Bordeaux, du 2 juillet 1840 (S.-V. 40. 2. 398; J. P. 1840. 2. 445); mais il est isolé, contraire à la jurisprudence et repoussé par l'unanimité des auteurs, et par les principes, qui veulent que toutes les valeurs mobilières qui adviennent aux époux pendant la communauté, fassent partie de son actif, s'il n'y a une exception positive écrite dans la loi ou dans le contrat.

43. L'arrêt de la cour de Douai du 15 novembre 1833, et l'arrêt de la cour d'Agen du 2 décembre 1836, jugent encore que si le mari est en possession de l'office au moment de la dissolution de la communauté, il en doit le prix d'après sa valeur à cette époque et non d'après la vente qu'il en aurait faite plus tard. Cette décision est fondée en droit. Cependant, s'il s'était écoulé peu de temps entre la dissolution de la communauté et la vente, on devrait considérer la jouissance du mari comme un acte d'administration provisoire dans l'intérêt de tous, dont les risques ne devraient pas peser exclusivement sur lui. Ce tempérament, indiqué par la raison et l'équité. a été admis par un arrêt de la cour de Paris, du 22 mars 1834 (S.-V. 34. 2. 190; D. P. 34. 2. 129): il s'agissait d'un fonds de boulangerie, mais le motif est le même.

44. Si l'office a été acheté pendant la communauté et de ses deniers, le mari qui en est pourvu au moment de sa cessation en doit encore le prix d'après sa valeur à cette époque. Il ne pourrait pas se contenter d'offrir la restitution des sommes déboursées par la communauté. (Dard, p. 281 et 282.)

45. Mais les héritiers de la femme pourraient-ils forcer le mari à réaliser le prix de l'office en vendant? pourraient-ils demander la licitation? Lebrun et Pothier font remarquer qu'il y aurait indécence à dépouiller ainsi un officier public de ses fonctions. A cette raison si grave, on peut ajouter que l'office aujourd'hui n'est plus dans le commerce, et que, dès lors, les héritiers de la femme n'ont aucun droit d'en disposer; qu'ils n'ont même le droit de présentation qu'à défaut du titulaire; et qu'enfin, s'ils obtiennent du mari, dans la proportion de leurs droits, le paiement d'une somme égale à celle qui lui aurait été payée par le successeur nommé sur sa présentation, ils sont complétement désintéressés. (Arg. Paris, 23 juill. 1840, S.-V. 40. 2. 401.)

46. D'après les principes précédemment posés, la gratification extraordinaire accordée pendant le mariage à l'un des époux pour services rendus à l'État, est un acquêt de communauté; il importe peu que la cause de cette gratification soit antérieure au mariage (Cass., [Rej.], 7 nov. 1827, S.-V. 28. 1. 186;

D. P. 28.1.14.); même doctrine dans un arrêt de la cour de Colmar du 20 décembre 1832 (S.-V. 33. 2.185). Il s'agissait, dans l'espèce de cet arrêt, d'une récompense nationale accordée, en vertu de la loi du 30 août 1830, à un blessé de juillet.

47. Le trésor, trouvé par l'un des époux dans un fonds étranger, appartiendrait encore à la communauté. Si ce trésor avait été trouvé dans le fonds propre à l'un des époux par son conjoint, le profit commun serait réduit à moitié: l'autre moitié attribuée au maître du fonds, jure soli, lui appartiendrait exclusivement (Pothier, nº 98; Lebrun, liv. 1, ch. 5; Demante, Thémis, 8, 181; Duranton, t. 14, nº 33; D. A. 10. 186, nº 30); Toullier prétend au contraire que la totalité du trésor, dans ce cas, appartient à l'époux propriétaire du sol, parce que, dit cet auteur (t. 12, nº 131), l'art. 552 a posé en principe que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous,» et que l'art. 716 n'a fait que consacrer une conséquence de ce principe, lorsqu'il a dit que « la propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds. » Ainsi, dit M. Toullier, c'est la totalité du trésor, qui appartient, jure soli, au propriétaire qui le trouve dans son fonds; on ne peut donc pas dire qu'une partie ne lui en appartienne que par droit d'invention. Ce n'est que par accident que sa propriété se trouve réduite à la moitié quand le trésor est découvert par un tiers, à qui la loi veut qu'il en abandonne l'autre moitié pour récompense de l'invention. (Sic Battur, De la Comm., t. 1, nº 161.) Disons de cette doctrine qu'elle part d'un faux point de vue. Si le principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessous était ici susceptible d'application, il est évident que le législateur eût été le premier à la méconnaître, lorsque, dans l'hypothèse où le trésor est découvert par un tiers, il n'en a attribué que la moitié au propriétaire du fonds. Dans la supposition d'où part M. Toullier, c'est la totalité du trésor qui devrait appartenir, même dans ce cas, au propriétaire du sol: preuve certaine que ce n'est pas, en réalité, à titre de propriétaire du dessous que, dans cette hypothèse, le maître du fonds recoit une portion du trésor découvert par un tiers. Ce trésor, en principe, n'appartient à personne (C. civ., 716); et si une portion en est attribuée au maître du fonds, c'est par une faveur spéciale de la loi, motivée sur le titre

de propriétaire sans doute, mais sans qu'il en résulte en aucune manière que ce trésor fasse plus partie du fonds que n'en feraient partie les bêtes fauves qui pourraient s'y trouver. On ne saurait donc admettre cette prétendue application de l'art. 552 faite par l'art. 716, lorsqu'il attribue la totalité du trésor à celui qui le découvre dans son fonds. En statuant ainsi, la loi n'a fait que disposer par opposition au cas qui suit immédiatement, celui où le propriétaire n'a que la moitié du trésor, parce que ce trésor est découvert sur son fonds par un tiers. L'art. 716 n'a donc nullement pour objet de dire que le maître du fonds qui a trouvé lui-même le trésor l'a en totalité à titre de propriétaire. Au contraire, ainsi que l'enseigne M. Duranton (loc. cit.), « il en a la moitié au même titre que si c'eût été un tiers qui l'eût trouvé, et l'autre moitié à titre de propriétaire; et cela ne pourrait être autrement sans désaccord dans les principes et dans les motifs de la loi : car, en ce qui touche la découverte du trésor, l'invention, et le droit qui en résulte, la qualité de propriétaire du fonds devait être fort indifférente. »

48. Sont encore meubles par la détermination de la loi, les actions dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société (C. civ., 529). —V. Compagnie financière, Société.

49. Aux termes du même art. 529, les actions ou intérêts dans ces compagnies sont meubles, encore que des immeubles dépendants de leur entreprise leur appartiennent.

50. Mais si les immeubles acquis par une compagnie ne dépendaient pas de son entreprise, par exemple, s'ils consistaient en bois, métairies ou maisons exploitées par des locataires, la fiction de la loi ne s'appliquerait plus: son texte et la nature des choses y résistent. On ne peut considérer comme meubles à titre d'accessoires que les immeubles réellement attachés à l'opération, mais non ceux que la compagnie possède à titre tout à fait différent et sans relation aucune avec le but industriel, commercial ou financier, qu'elle s'est proposé. (Toullier, ibid., n° 98.) — V. Biens, n° 97.

51. Mais les actions dans une compagnie formée pour le desséchement des marais sont toujours mobilières. Le délaissement partiel de terrains au profit de la compagnie n'est que in facultate solutionis. (Loi du 16 sept. 1807, art. 21; Toullier, t. 12, nº 100.)

- 52. La loi dit que les actions et intérêts dans les compagnies sont réputés meubles à l'égard des associés seulement, et tant que dure la société. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter: 1° au moment du mariage, la société dure encore, l'intérêt ou l'action dans cette société entre en communauté pour la totalité; 2º à la même époque, la société est dissoute, mais le partage et la liquidation n'ont lieu qu'après le mariage; les règles posées sous les nos 25, 29 et 30, doivent être suivies: les immeubles en nature, soulte ou prix de licitation, garderont nature de biens propres; si l'actif de la société comprend tout à la fois des meubles et des immeubles, le lot mobilier attribué à l'un des conjoints entrera dans l'actif de la communauté, qui n'aura droit à aucune indemnité si ce lot n'est composé que d'immeubles; 3° si l'on suppose que le partage et la liquidation sont antérieurs au mariage, les immeubles en nature attribués à l'un des époux lui resteront propres, mais les soultes, prix de licitation et valeurs mobilières feront partie de son apport en communauté. Toutes ces solutions doivent être admises sans difficulté.
- 53. Mais un dernier cas se présente. La dissolution de la société a lieu pendant le mariage: Toullier enseigne encore que les immeubles cessant alors d'être les accessoires de l'entreprise, reprennent leur qualité naturelle et redeviennent propres au conjoint actionnaire, parce qu'il en avait la propriété avant le mariage (t. 12, n° 97). Zachariæ (t. 1, § 171) embrasse également cette doctrine, qui est combattue par ses annotateurs Aubry et Rau, (note 13 sur le § 171); et en effet, elle paraît contraire aux principes: au moment où la communauté s'est formée, l'intérêt du conjoint dans la société dissoute était mobilier par la détermination de la loi; cet intérêt est tombé dans la communauté, il y a eu droit acquis pour elle; on ne voit pas comment l'événement postérieur d'une dissolution a pu l'en dépouiller. Il n'est pas exact de dire que les immeubles dépendant de l'entreprise appartenaient en propre à l'un des époux avant le mariage. Par la fiction de la loi, fiction dans toute sa puissance au moment du mariage, ces immeubles avaient été mobilisés, en quelque sorte, et par suite la communauté en était devenue propriétaire : c'est avec elle seule que le

partage ultérieur a dû être fait; c'est elle qui doit en recueillir exclusivement les bénéfices, quels qu'ils soient. Il n'y a point d'analogie entre ce cas et celui de la licitation, faite pendant le mariage, d'un immeuble échu antérieurement à l'un des deux époux. Le droit du conjoint héritier sur l'immeuble successif avant le mariage est constant, tandis qu'au contraire il n'en avait aucun sur l'immeuble social, ou au moins celui qu'il avait étant réputé mobilier, par le mariage la dévolution s'en est opérée d'une manière définitive au profit de la communauté.

54. Si, durant le mariage et pendant l'existence de la société, l'époux sociétaire vendait son action, le prix entier entrerait dans la communauté. Ce point reconnu par Toullier est encore un argument contre lui sur la ques-

tion précédente.

- 55. Les actions de la Banque de France peuvent être exclues de la communauté par leur immobilisation antérieure au mariage, en vertu du décret du 16 janvier 1808, ainsi que les actions des canaux, conformément à un autre décret du 16 mars 1810 (art. 13). - V. Biens, nº 99.
- 56. En suivant les dispositions de l'art. 529, on voit encore que les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur des particuliers, sont considérées comme meubles par la détermination de la loi.
- 57. Il faut excepter les rentes sur l'État qui forment un majorat. (Acte du 30 mars 1806, et 14 août suivant; Statuts du 1er mars 1808.) Cette exception a cessé pour l'avenir. Toute institution de majorats est désormais interdite par l'art. 1er de la loi du 12 mai 1835. -V. Biens, nos 101 et 102.
- 58. Le projet de Code civil exceptait encore les rentes perpétuelles constituées comme prix de vente ou cession de droits immobiliers, ou pour aliénation d'un capital mobilier. Cette restriction a disparu de la rédaction définitive, et l'art. 530, en proclamant la faculté du remboursement pour toutes les rentes sans distinction, même pour les rentes foncières, les a toutes placées dans la même catégorie.
- 59. Toullier (t. 12, nº 110) pense que les rentes viagères n'entrent en communauté que pour les arrérages échus pendant sa durée. Il se fonde: 1° sur ce que ces arrérages forment autant de capitaux distincts; que, dès lors, ceux échus après la dissolution de la communauté ne peuvent pas faire partie de son actif; 2° sur

ce que les biens des époux n'entrent point en communauté par la seule force de la loi, mais par une sorte de convention tacite qui ne saurait s'étendre à une prestation viagère essentiellement personnelle à celui qui en est créancier et qui la perçoit, en quelque sorte, à titre d'aliments; 3° enfin sur l'art. 1982 du Code civil, portant que la rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile du rentier. MM. Demante et Duranton combattent cette doctrine; ils opposent le texte précis des art. 1401 et 529 combinés. En admettant même que les arrérages d'une rente viagère constituent autant de capitaux distincts, il en résultera seulement que cette rente sera composée d'un certain nombre de créances subordonnées à la condition de la vie du rentier, mais qui ne doivent pas moins faire partie de la communauté, à quelque époque que la condition se soit accomplie. Il n'est pas exact de dire qu'une rente viagère ait essentiellement le caractère d'une prestation alimentaire; il est moins exact encore de la considérer comme attachée à la personne du rentier. On ne saurait nier au contraire qu'elle ne soit cessible de sa nature, et dès lors rien ne semble s'opposer à ce qu'elle passe dans la communauté à laquelle l'époux, qui ne se la réserve pas, est présumé en faire l'abandon. Enfin l'art. 1982 règle seulement les effets du contrat entre le rentier et le constituant, que la mort naturelle du créancier peut seule dégager de ses obligations. L'opinion de MM. Demante et Duranton doit donc seule être suivie. - V. Rente.

- 60. Ce qui vient d'être dit pour la rente viagère, s'appliquerait aussi à l'usufruit des choses mobilières.
- 61. Si cependant la rente viagère ou l'usufruit mobilier avaient été créés avec la condition qu'ils ne pourraient être cédés, ils seraient exclus de la communauté, car leur apport dans cette communauté constituerait une véritable aliénation.
- 62. Ce principe s'appliquerait: 1° aux provisions alimentaires adjugées par justice; 2° aux sommes et objets déclarés insaisissables par le testateur ou par le donateur; 3° aux sommes et pensions données ou léguées pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclarât pas insaisissables. (C. de proc. civ., 581.) La communauté aurait seulement la jouissance et les arrérages de ces valeurs pendant sa durée. Un arrêt, rendu le 3 février 1830 (S.-V. 30. 1.

136; J. P. 3° édit.; D. P. 30. 1. 106) par la Cour de cassation, a également décidé que la pension de retraite ou de demi-solde accordée par l'état à un militaire, même depuis le mariage, ne tombait pas dans la communauté, quant aux annuités à écheoir après sa dissolution; que cette pension restait le bien personnel de celui qui l'avait obtenue, tellement que sa femme ou ses héritiers n'avaient aucun droit aux arrérages à écheoir après la dissolution de la communauté.

63. Les fruits, revenus, intérêts et arrèrages, de quelque nature qu'ils soient, échus et perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit, appartiennent à la communauté. (Art. 1401, § 2, C. civ.)

64.Ce n'est pas comme meubles, mais comme fruits, que cette portion des biens des époux est attribuée à leur communauté; et le motif de cette attribution est que la communauté devant supporter les charges du mariage, doit avoir la jouissance des biens des conjoints.

Cette distinction, enseignée par tous les auteurs qui ont traité de la matière, n'est pas une vaine subtilité, comme on pourrait le croire au premier abord. Deux conséquences importantes en découlent naturellement:

La première, c'est que la stipulation par laquelle tout ou partie des biens meubles appartenant à l'un des époux lui resteraient propres, n'emporterait pas exclusion des fruits que les biens meubles peuvent produire (Duranton, t. 14, n° 143; Dalloz, 10. 183. n° 24.);

La seconde, que les conjoints, qui peuvent se réserver propres tous leurs meubles, ne pourraient pas étendre cette disposition à tous leurs revenus : cette clause serait contraire à l'essence même de l'association conjugale; il est même douteux qu'elle pût être admise sous les régimes autres que celui de la communauté légale.

Mais l'exclusion pourrait être partielle. Nous avons vu aussi que le donateur et le testateur pourraient en faire une condition de leur libéralité envers la femme. V. n° 22 et suiv.

65. La loi romaine n'accordait au mari la jouissance des biens dotaux qu'à proportion du temps qu'avait duré le mariage. Le droit coutumier n'avait pas adopté ce calcul proportionnel; il imposait à la communauté

toutes les charges du mariage et lui attribuait à forfait tous les fruits échus pendant sa durée. Ainsi, par exemple, si l'on suppose que le mariage n'a duré qu'un mois, et que, dans cet intervalle, des bois taillis de dix ans ont été coupés sur un bien propre à l'un des époux, le bénéfice de cette coupe, suivant le droit coutumier, appartenait tout entier à la communauté, qui, dans le cas contraire où l'exploitation aurait suivi de quelques jours la dissolution du mariage, ne pouvait rien réclamer. C'est le dernier système que le Code civil a adopté.

66. On entend par fruit tout ce qui naît et renaît d'une chose: fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet. Ils se divisent en fruits naturels, industriels et civils. Ces différents fruits sont définis par les art. 582, 583 et 584 du Code civil, qu'il faut combiner avec le § 2 de l'art. 1401. — V. Carrières, n° 10. — V. aussi Fruits.

67. La communauté a droit aux fruits naturels ou industriels pendants par branches ou racines au moment de sa formation, et à tous ceux qui sont perçus pendant son cours. Elle a également droit à ceux qui ont été détachés ou coupés, quoique non enlevés au moment de sa dissolution. (Art. 585, 520, C. civ.)

A l'égard de ceux qui étaient encore pendants lors de la dissolution de la communauté et qui n'ont été perçus que depuis, ils appartiennent en entier au conjoint propriétaire de l'héritage ou à ses héritiers.

68. Mais ceux-ci doivent-ils indemniser la communauté des frais de culture et d'ensemencement? Les coutumes réglaient ce point diversement. La coutume de Paris (art. 231) voulait que la communauté fût indemnisée. Les coutumes de Blois, du Maine, et d'autres encore, prescrivaient le partage de la dernière récolte, même encore pendante au moment de la dissolution de la communauté, entre l'époux survivant et les représentants de l'époux prédécédé. Le Code civil ne s'explique pas en termes exprès. Deux dispositions peuvent être invoquées à l'appui des deux opinions contraires. L'art. 585, au titre de l'usufruit, dit que « les fruits naturels ou industriels pendants par branches ou par racines au moment où finit l'usufruit, appartiennent au propriétaire sans récompense des labours et des semences : » si l'on considère la communauté comme usufruitière, il y a lieu de lui appliquer ce principe. D'un autre côté, l'art. 1437 porte que généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. Le profit est évident ici pour l'époux propriétaire; l'équité, d'accord avec la loi, semble donc lui imposer l'obligation d'une récompense. Enfin, les auteurs se sont divisés sur la question, et la jurisprudence ne l'a point encore résolue.

Il nous paraît que le système de la récompense en faveur de la communauté doit être préféré, et voici nos raisons : 1° Ce système était formellement consacré par les coutumes de Paris et d'Orléans. Pothier et Lebrun affirment qu'elles formaient sur ce point le droit commun de la France. Les coutumes, en apparence contraires, en adoptaient dans la réalité le principe, puisqu'elles admettaient le partage au moyen duquel la communauté qui avait fait les frais de culture et d'ensemencement, recueillait les fruits; il n'y avait pas une seule disposition coutumière qui, laissant ces frais à la charge de la communauté, attribuât tous les fruits au propriétaire de l'héritage; 2º si le Code civil avait voulu changer cette doctrine équitable, les rédacteurs l'auraient dit par une disposition formelle; 3º l'art. 1437, au titre de la communauté. semble la consacrer de nouveau; 4º l'art. 545 se trouve au titre de l'usufruit, et s'il est vrai que, sous certains rapports, la communauté soit usufruitière des propres, cependant, sous beaucoup d'autres, cet usufruit est soumis à des règles particulières, qui rendent les arguments d'analogie d'un titre à l'autre dangereux dans leurs applications; 5º l'art. 545 lui-même en offre un exemple: il admet le nu-propriétaire à reprendre, sans indemnité envers l'usufruitier, les fruits pendants au moment de la cessation de l'usufruit, mais par réciprocité du droit conféré à l'usufruitier de récolter les fruits pendants au moment où commence l'usufruit, sans indemnité envers le nu-propriétaire. Cette réciprocité n'existe pas pour la communauté; les sommes déboursées par l'époux propriétaire, avant le mariage, auraient fait partie de l'actif commun si elles n'en avaient point été distraites pour les frais de culture : c'est donc la communauté qui en a souffert, et le sacrifice qui lui serait encore imposé, à la cessation de ses droits, resterait évidemment sans compensation; la règle de l'art. 1437 doit donc prévaloir. Cettte dernière opinion, combattue par M. Delvincourt, est adoptée par Pothier (*Traité de la communauté*, n° 212), Lebrun (*idem*, n° 97), Battur (n° 194), Duranton (t. 14, n° 152), Toullier (t. 12, n° 125) et Dalloz (A. 10. 186, n° 26).

Les mêmes principes conduisent à reconnaître que l'époux débiteur de la récompense ne pourrait pas s'en décharger en abandonnant la récolte; les risques de cette récolte sont pour lui, propriæ pecuniæ pepercit; la communauté a, vis-à-vis de lui, tous les droits d'un véritable gérant d'affaires. (Pothier, Toullier, loc. cit.)

69. Inutile de faire remarquer que la fraude constatée ne pourrait pas s'emparer des règles que nous venons de poser. Si le mari avait avancé ou retardé la récolte pour se l'approprier au préjudice de la communauté, il devrait être condamné aux dommages-intérêts calculés sur le préjudice résultant pour la communauté ou pour l'autre conjoint de cet acte déloyal (Pothier, De la communauté, n° 210, 211). La coutume d'Orléans semblait prévoir ce cas dans son art. 207 où il est dit : « Fruits... étant en maturité... sont réputés meubles, etc. »

70. Si les fruits perçus pendant la communauté provenaient d'une jouissance usufruitière apportée par l'un des époux, cette jouissance venant à cesser, la communauté ne pourrait rien réclamer du nu-propriétaire pour les frais de culture faits en vue de la dernière récolte. Dans ce cas, l'art. 585 serait seul applicable. M. Tronchet s'en est clairement explique dans la séance du Conseil d'état du 27 vendémiaire an XII. Mais, comme le fait observer avec juste raison M. Toullier, M. Delvincourt s'est trompé lorsqu'il a confondu ce cas avec celui dont il a été question sous les nos 66 et 67; ils diffèrent entièrement: dans l'un, la loi régit les rapports des deux époux entre eux; dans l'autre, les rapports de leur communauté vis-à-vis d'un tiers, dont la position n'a pas pu être modifiée par la mise en communauté de l'usufruit qui grevait son héritage.

71. Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes. Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils. (C. civ., 584).

Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à la communauté à proportion de sa durée, et sans avoir

égard aux époques d'échéance ou d'exigibilité.

Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et autres fruits civils (C. civ., 586.). Ce dernier texte résout une question longtemps controversée dans l'ancien droit.

72. Mais les fruits civils s'acquièrent de die ad diem, et non de momento ad momentum. Ainsi, il faut que le dernier jour soit échu avant la dissolution de la communauté, pour qu'elle puisse en réclamer le bénéfice.

Si l'usufruit d'un immeuble propre à l'un des époux était cédé à un tiers, le prix de cette cession devrait encore être rangé dans la classe des fruits civils.

Ce prix appartiendrait en totalité à la communauté si l'usufruit expirait avant la dissolution. Dans le cas contraire, il lui appartiendrait dans la proportion de sa durée et de celle de la communauté. (Cass. 31 mai 1824, Devillen. et Car. 7. 1. 426; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 191.)

73. Les coupes de bois tombent dans la communauté pour tout ce qui en est considéré comme usufruit (C. civ., 1408.).

Les art. 590, 591, 592, 593 et 594 du Code civil indiquent tout ce qui est considéré par la loi comme usufruit. {(V., au surplus, Usufruit.) L'art. 590 pose une règle à laquelle il est dérogé par l'art. 1403, dont le deuxième alinéa dispose que si les coupes de bois qui, en suivant les règles énoncées au titre de l'usufruit, pouvaient être faites durant la communauté, ne l'ont point été, il en sera dû récompense à l'époux non propriétaire du fonds ou à ses héritiers.

La loi dit qu'il sera dû récompense: ainsi, l'époux non propriétaire ne pourra pas exiger que les bois soient coupés pour les partager; il ne devra pas non plus être contraint à ce partage. (Toullier, t. 12, p. 225, ad not.)

La récompense devra être calculée sur la valeur de la coupe au moment de la dissolution de la communauté, sans avoir égard à l'augmentation ou à la diminution survenues dans le prix des bois depuis cette époque, et encore moins à l'augmentation ou à la diminution qui pourraient être le résultat, soit de l'accroissement naturel des bois, soit des sinistres qui auraient pu les frapper.

74. Les produits des carrières et des mines rigoureusement ne peuvent pas être considérés comme des fruits, soit naturels, soit industriels, puiqu'ils ne se renouvellent pas à me-

sure de leur extraction. (V. Carrière, nºs 10 et suiv.) Cependant la loi veut encore que ceux de ces produits qui sont considérés comme usufruitiers, fassent partie de l'actif de la communauté.

L'art. 598 accorde à l'usufruitier le droit de jouir, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières en exploitation à l'ouverture de l'usufruit; le même droit appartient à la communauté.

Cet article ajoute que l'usufruitier n'a aucun droit aux mines, aux carrières non ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée.

La même restriction est apportée à la jouissance de la communauté par la disposition finale de l'art. 1403, portant que si les carrières et mines ont été ouvertes pendant le mariage, les produits n'en tombent dans la communauté que sauf récompense ou indemnité à celui des époux à qui elle pourra être due.

75. Il faut remarquer dans la rédaction des deux textes une différence qui s'explique facilement. L'usufruitier ordinaire n'a aucun droit sur les mines, carrières ou tourbières dont l'exploitation n'est pas encore commencée à l'ouverture de l'usufruit; ainsi il ne pourrait pas se livrer à des travaux de recherche, de sondage, à des ouvertures de tranchées ou de puits qui auraient pour but de préparer cette exploitation, encore moins d'en extraire les produits, même avec offre de tenir compte de leur valeur au propriétaire. Au contraire, le mari peut ouvrir des mines ou carrières pendant le mariage, les exploiter, en faire tomber, sauf récompense, les produits dans la communauté. Cette latitude devait lui être laissée par la loi, dont la présomption toute morale est qu'il n'en fera usage que dans l'intérêt commun.

76. La récompense due à l'époux propriétaire consiste dans le produit net des mines, carrières ou tourbières, versé dans la communauté, et dont elle ne doit pas profiter. Cette récompense ne pourrait pas être limitée, comme l'enseigne M. Delvincourt, à la différence qui existerait entre la valeur du fonds avant l'exploitation et sa valeur au moment de la dissolution de la communauté, système duquel il résulterait que les produits appartiendraient à la communauté, sauf l'indemnité à l'époux propriétaire pour la détérioration de son fonds. Mais il est évident que cette

doctrine n'est pas admise par l'article 1403 du Code civil. Cet article ne donne en effet de droits à la communauté sur les mines et carrières que suivant les règles tracées au titre de l'usufruit. Or, puisqu'aux termes de l'article 598 l'usufruitier n'a aucun droit aux mines et carrières non ouvertes, la communauté n'y a pas droit davantage; d'où la conséquence que si, malgré cette négation des droits de la communauté, les produits des carrières y sont néanmoins versés, elle en doit récompense. (Toullier, t. 12, n° 128; Bellot, t. 1, n° 146; Battur, n° 200; D. A. 10, 186, n° 29. — Contrà, Delvincourt.)

77. Si le mari avait, en outre, dégradé le fonds où se trouve la mine ou la carrière sans que les dégradations fussent le résultat nécessaire des travaux d'exploitation, et sans qu'elles fussent compensées par le produit des extractions, il semble encore que la femme propriétaire devrait être indemnisée par la communauté.

78. Mais, si des dépenses avaient été faites par le mari pour la mise en valeur des mines. carrières ou tourbières, la femme devraitelle indemniser la communauté de ces dépenses dans la proportion des avantages qui en sont résultés? Si l'exploitation n'était pas encore commencée au moment de la dissolution de la communauté, l'indemnité due par la femme devrait-elle être égale au montant total de la dépense? Nous croyons que la communauté, dans tous ces cas, doit être indemnisée. Ici s'appliquerait la disposition générale de l'art. 1437, et avec d'autant plus de raison que l'art. 1403 ne défend pas au mari d'exploiter, sauf récompense au profit de l'époux propriétaire du fonds : celui-ci ne peut recueillir les bénéfices que deductis impensis. M. Toullier adopte cette opinion (t. 12, nº 128); seulement il se fonde plus particulièrement sur le texte de l'art. 1403, qui ne paraît pas s'en expliquer.

79. Il est clair que si la femme propriétaire du fonds accepte la communauté, elle supporte pour moitié la charge des récompenses dues par suite de l'ouverture des mines ou carrières pendant le mariage; qu'elle se soustrait à cette obligation si elle renonce à la communauté; mais que, dans ce dernier cas, le mari profite seul des indemnités pour travaux utilement faits dans l'héritage propre à la femme.

80. Tous les immeubles acquis pendant le

mariage font partie de l'actif de la communauté. (C. civ., 1401, 3°.) L'article 1404 confirme cette règle en excluant les immeubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage. Néanmoins le dernier alinéa de cet article contient une exception à l'égard de l'immeuble acquis depuis le contrat de mariage, et avant la célébration. Cet immeuble entre dans la communauté, à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du contrat, auquel cas elle serait réglée suivant la convention.

Le but de cette disposition est de déjouer les manœuvres frauduleuses à l'aide desquelles la bonne foi des conjoints pourrait être surprise. Déjà les auteurs qui ont écrit avant le Code avaient signalé la possibilité d'une telle fraude, et y avaient cherché un remède dans l'application des principes du droit commun. Le texte précis de l'art. 1404 fait cesser la controverse qui existait avant son introduction dans notre droit.

Cette disposition nouvelle consacre une exception qui n'est susceptible d'aucune extension, et qui doit être renfermée dans le seul cas où il existe un contrat de mariage contenant stipulation de communauté; elle ne s'appliquerait plus à l'acquisition faite même la veille du mariage par l'un des époux, si ce mariage n'avait pas été précédé d'un contrat qui en réglât les conditions civiles. (Duranton, t. 14, n° 183; Toullier, t. 12, n° 171; Dall. 10. 187. 37.)

81. Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire si l'un des époux vendait ses immeubles dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, le prix entrerait-il en communauté? On peut le croire, puisque le prix est une valeur essentiellement mobilière, et que l'article 1404 ne prévoit pas ce cas. C'est aussi l'opinion de Toullier (loc. cit.). Il s'appuie sur Pothier ( Traité de la comm., nº 77). C'est une erreur: Pothier dit, il est vrai (nº 77), en combattant Lebrun, que le prix des immeubles vendus avant le mariage entre dans la communauté; mais il ne parle en aucune manière de ceux qui ont été vendus depuis le contrat de mariage. C'est à un autre passage de son Traité, au nº 603, qu'il s'occupe des biens vendus depuis le contrat de mariage; et là, Pothier se prononce formellement pour l'opinion contraire à celle de Toullier. Il en donne deux raisons : la première, qu'il n'est pas permis aux époux de s'avantager, par voie indirecte, après le contrat de mariage, peut aujourd'hui avoir un peu perdu de sa force; la seconde, qu'ils ne peuvent pas, entre le contrat et la célébration, changer les conditions de leur mariage, est encore décisive. Duranton (t. 14, n° 184) adopte cette doctrine, qui nous paraît conforme aux principes.

82. Tout immeuble est réputé acquêt, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage. (C. civ., 1402.).

S'il y a quelque doute sur la qualité de propre ou de conquêt d'un immeuble dont les époux sont en possession lors de la dissolution du mariage, la présomption est en faveur de la communauté. (Loysel, liv. 2, tit. 1, règ. 14; Tiraqueau, De retractat. § 22, glos. 91, 92; Renusson, Des propres, sect. 4 et 13; Lebrun, Successions, liv. 2, chap. 1er, sect. 1re, n° 2; Pocquet de Livonnière, liv. 2, tit. 6, règ. 5; Pothier, Communauté, n° 203; Toullier, t. 12, n° 172; Duranton, t. 14, n° 169.)

Mais cette présomption ne doit pas être étendue. Elle s'applique seulement à l'immeuble existant en la possession des époux au moment où leur communauté est dissoute, et nullement à celui qui aurait été acquis par l'époux survivant depuis la dissolution de la communauté. Quelque puissante que soit la présomption établie par l'art. 1402 du Code civil, elle ne peut aller jusqu'à faire entrer dans la communauté tout ce que l'un des époux a pu acquérir lorsqu'elle n'existait plus; et si l'autre époux ou ses héritiers prétendent que l'acquisition remonte plus haut et se place à une époque où la communauté existait encore, ils en devront saire la preuve, par suite de la maxime: actori incumbit onus probandi. L'immeuble ne pourrait être réputé conquêt, en vertu de la présomption de l'art. 1402, qu'après qu'ils auraient fait cette preuve, sans laquelle l'immeuble devrait, au contraire, être réputé propre à l'époux qui l'aurait en sa possession.

83. Pareillement, la présomption de l'article 1402 tombe devant la preuve rapportée par l'un des époux qu'il avait, antérieurement au mariage, la propriété ou la possession légale de l'immeuble en litige.

84. La loi ne demande pas la preuve de la propriété et de la possession, mais de l'une ou de l'autre seulement. Ainsi l'un des époux peut, dans une foule de cas, prouver son droit de propriété, sans qu'il soit nécessaire que ce

droit s'appuie sur la possession antérieure au mariage. On peuten citer de nombreux exemples:

Ainsi, la promesse de vente vaut vente; la réalisation après le mariage d'une promesse antérieure ne constituerait pas un acquêt de communauté, mais un propre; l'accomplissement pendant le mariage d'une condition suspensive apposée à une acquisition immobilière qui l'aurait précédé, aurait le même effet. (Toullier, t. 12, n° 179.)

Il en serait encore de même de l'événement d'une condition résolutoire insérée dans une vente d'immeubles consentie avant le mariage par l'un des époux. L'événement de cette condition ayant pour résultat de faire rentrer l'immeuble en la possession de l'époux vendeur, en vertu d'un titre antérieur au mariage, c'est à cette époque qu'il faudrait reporter sa propriété, et dès lors l'immeuble n'entrerait pas en communauté.

85. Cette règle devrait être appliquée à tous les cas où, par l'effet de la rescision, de la résolution ou même du désistement volontaire d'une aliénation faite par l'un des époux avant le mariage, celui-ci recouvrerait la possession de son immeuble. Il faudrait donc considérer comme propre l'immeuble en possession duquel l'un des époux serait remis par l'exercice d'une action en réméré, d'une action en résolution pour défaut de paiement du prix, de rescision pour défaut de consentement ou incapacité de contracter, de révocation d'une donation pour survenance d'enfants, ingratitude ou inexécution des conditions de la réalisation d'un droit de retour. (Toullier, t. 12, nos 185, 192, 193, 194.)

86. Mais si l'un des époux fait résoudre la vente pour lésion de plus des sept douzièmes, l'immeuble dont l'acquéreur est dépossédé reste-t-il propre à l'époux vendeur, ou appartient-il à la communauté? La solution, on le comprend, est essentiellement liée à la question de savoir quelle est la nature de l'action en rescision. Est-elle mobilière, l'immeuble tombera dans la communauté; est-elle immobilière, au contraire, il demeurera propre à l'époux. Nous exposerons, v° Rescision, quel est l'état de la doctrine et de la jurisprudence sur ce point diversement résolu. Constatons seulement ici que l'opinion la plus générale a suivi, à cet égard, la doctrine de Pothier, qui, rejetant l'opinion de certains auteurs d'après

lesquels la nature mobilière ou immobilière de l'action dépendait de l'option que ferait l'acheteur, dont on considérait l'obligation comme alternative et impliquant la faculté soit de rendre la chose, soit de payer le supplément du juste prix, dit (Traité de la vente. nº 348) : « L'obligation de l'acheteur n'est que d'une seule chose, savoir : de la restitution de l'héritage; il n'est en aucune manière débiteur du supplément du juste prix, ne s'étant jamais obligé qu'au prix porté par son contrat, et à rien de plus. Le choix que la loi lui donne de payer le supplément du juste prix, n'est qu'une faculté qu'elle lui laisse de se rédimer de l'obligation de rendre l'héritage par le paiement de ce supplément. Ce paiement n'est que in facultate solutionis et luitionis, il n'est pas in obligatione. » C'est aussi ce que Dumoulin avait exprimé en ces termes énergiques et brefs : « Sola rescisio et restitutio est in obligatione; suppletio autem prelii in facultate, quæ non est in consideratione. » (Sur Paris, glos. 1re, no 44, § 33.) Le Code civil, il faut le dire, semble bien confirmer ces principes, lorsque, par l'art. 1674, il fait de la rescision, dans le cas de lésion de plus des sept douzièmes, l'objet direct et principal de l'action, le seul même auquel puisse conclure le demandeur en rescision, et lorsque, par l'art. 1681, il permet, mais seulement après que l'action est admise, à l'acquéreur condamné à rendre de payer le supplément du juste prix pour se dispenser de la restitution de l'héritage. Aussi la doctrine de Pothier et de Dumoulin a-t-elle été généralement suivie par les auteurs modernes. (V. Delv. 3, 167; Duranton, t 16, nº 460; Toullier, t. 12, nº 186; Troplong, De la vente, 1. 2, nos 808, 825, 837 et 840; Duvergier, eod., 1. 2, nos 114 et 115.) Cela étant, il faut conclure que l'immeuble dont l'acquéreur est dépossédé par voie d'action en rescision de la part de l'un des époux vendeurs, demeure propre à cet époux et ne tombe pas dans la communauté. Il est bien entendu que la communauté, qui est obligée de rendre le prix payé par l'acquéreur dépossédé, doit être indemnisée.

87. Par cela même, on conçoit que si l'acquéreur profitant, une fois l'action en rescision admise, de la faculté que lui laisse l'article 1681 du Code civil, paie le supplément du juste prix pour éviter de rendre l'héritage, ce supplément devra également rester propre

à l'époux. On peut dire, il est vrai, que cette somme doit être assimilée au prix d'un immeuble vendu par l'un des époux avant le mariage, et qui, d'après les principes précédemment exposés, tombe évidemment dans la communauté. Mais l'objection s'évanouit devant cette idée, que le supplément de prix représente nonl'immeuble, mais l'action en rescision qui, à raison de sa nature immobilière, n'est pas entrée dans la communauté. Cet avis est celui de Pothier (De la communauté, n° 598) et de Toullier (t. 12, n° 187, 188); M. Delvincourt le combat (t. 3, p. 287).

88. Que doit-on décider dans l'espèce inverse? L'un des deux époux, au moment du mariage, est propriétaire apparent d'un immeuble; mais depuis, le contrat est rescindé pour lésion. Deux hypothèses peuvent se présenter: 1º l'époux garde l'immeuble en payant le juste prix: le contrat primitif est validé, l'immeuble garde son caractère de propre, sauf récompense à la communauté, s'il y a lieu (Toullier, t. 12, nº 189; Pothier, Comm., nºs 157, 598); 2º l'époux préfère rendre l'immeuble et reprendre le prix originairement payé par lui; ce prix tombera-t-il dans la communauté? Pothier le pense, par le motif que l'époux dépossédé est censé n'avoir jamais été propriétaire (Pothier, loc. cit.). M. Toullier (ibid.) combat cette opinion. Il fait remarquer, selon nous avec raison, qu'avant le mariage l'époux avait titre et possession; qu'il a été dans la pensée des parties contractantes d'exclure l'immeuble auquel se rattachait ce titre et cette possession; qu'en attribuer le prix à la communauté, ce serait violer l'intention du contrat, et qu'ensin il ne peut pas dépendre de l'un des deux époux d'avantager ou de frustrer la communauté en optant, suivant son caprice, soit pour la restitution du prix, soit pour la conservation de l'immeuble.

89. Dans les différents cas que nous venons d'examiner, il ne peut pas y avoir de difficulté lorsque le contrat primitif a été brisé par une décision de justice; mais en serait-il de même si l'anéantissement de ce contrat résultait d'une transaction ou d'une convention quelconque intervenue entre l'époux vendeur et l'acquéreur; par exemple, s'il y avait eu désistement volontaire de la part du donataire dans l'un des cas de révocation prévus par la loi; de la part de l'acquéreur qui n'aurait pas payé tout son prix, ou qui aurait acheté à vil prix? Ces transactions ou conventions pour-

ront sans doute être critiquées par les parties intéressées; mais, si elles ont eu lieu sans fraude, elles doivent être exécutées et produire autant d'effet que si les tribunaux étaient intervenus pour régler les points en litige, même lorsqu'il y aurait eu quelques sacrifices pécuniaires faits par l'époux vendeur, s'il apparaissait que ces sacrifices ont eu pour but unique d'éviter les embarras et les incertitudes d'un procès, et sans préjudice, bien entendu, de la récompense à laquelle la communauté pourrait avoir droit. (Toullier, t. 12, nos 195, 196.)

90. Nous venons de voir que l'immeuble dont l'époux reprend possession en vertu d'un droit antérieur au mariage, conserve sa nature de propre; mais il faut que ce droit ait été la cause directe et immédiate de l'acquisition faite pendant la communauté. Ainsi, par exemple. si l'un des époux, dans un contrat de vente antérieur au mariage, s'était réservé la faculté de reprendre l'immeuble, en cas de revente par l'acquéreur, au prix qui en serait offert à celui-ci, l'acquisition faite par cet époux. pendant le mariage, en vertu de cette clause de préférence, ne constituerait pas un propre, mais un conquêt de communauté. En effet. l'époux vendeur s'est complétement dessaisi de sa propriété, il est libre d'user ou de ne pas user du droit que lui laisse le contrat. Le fait qui donne ouverture pour lui à la faculté de racheter son immeuble, ne peut pas être comparé à l'événement d'une condition qui résoudrait la première vente; cet événement n'a d'autre effet que de donner à l'époux vendeur le droit d'acheter de son acquéreur, mais par un contrat nouveau qui prend date du jour où il a été passé. (Pothier, Communauté. nos 125, 126, 167.)

91. Les vices qui se rencontreraient dans les titres de l'un des époux antérieurs au mariage, et en vertu desquels il est entré depuis en possession, ne feraient point obstacle à ses droits de propriété exclusive sur les immeubles qui lui auraient été ainsi transmis, si d'ailleurs ceux qui auraient droit de faire annuler les titres gardent le silence, à plus forte raison s'ils couvrent la nullité par leur ratification. Ainsi, peu importerait que la vente antérieure au mariage eût été consentie par un incapable; si cet incapable ne réclamait pas, ou s'il ratifiait après avoir recouvré sa capacité, l'immeuble acquis resterait propre à l'époux acquéreur. (Pothier, Commu-

nauté, nºº 160, 161; Toullier, t. 12, nºº 181, 182, 183.)

92. Il y aurait même raison de décider à l'égard de la vente consentie par un individu se portant fort pour le propriétaire qui ratifie pendant le mariage. (Pothier, n° 161, ibid.)

93. Mais faudrait-il également considérer comme propre l'immeuble acheté par l'un des époux d'un individu qui n'en était pas propriétaire, qui n'agissait pas au nom du propriétaire, que celui-ci a plus tard désavoué, en consentant toutefois à ce que l'époux acquéreur conservât l'immeuble sous la seule condition de lui en payer le prix? Pothier pense que c'est une nouvelle vente faite pendant la communauté et dont le bénéfice lui appartient. (Pothier, ibid., n° 162.)

Il en serait autrement si le prix ayant été payé par l'époux acquéreur, le véritable propriétaire avait consenti à l'exécution du contrat sous la seule réserve de répéter le prix contre le vendeur: ce consentement équivaut à une ratification. (Pothier, ibid., n° 163; Duranton, t. 14, n° 171.)

94. L'immeuble advenu à l'un des époux par suite d'une transaction, faite sans fraude, sur un titre douteux antérieur au mariage, n'appartient pas à la communauté. (Duranton, t. 14, n° 181; Toullier, t. 12, n° 174; Pothier, n° 164.)

95. La possession légale antérieure au mariage suffit, même sans titre, pour faire exclure l'immeuble de la communauté. Par possession légale, il faut entendre la possession à titre de propriétaire. (Duranton, t.14, n° 169; Delvincourt, t. 3, n° 16; Bellot, n° 135; Toullier, t. 12, n° 173.)

M. Toullier considère cette disposition comme introductive d'un droit nouveau. Selon lui, l'ancienne jurisprudence avait pris pour règle exclusive le droit de propriété (t. 12, nº 173). Nous croyons que c'est une erreur échappée à ce savant jurisconsulte. Le passage suivant de Pothier, dans son Traité de la communauté, nº 157, montre assez que le principe posé par l'art. 1402 a été emprunté à l'ancien droit. « Lorsque, dit Pothier, j'ai commencé, avant mon mariage, de posséder sans titre un héritage, quoique j'en sois devenu propriétaire durant la communauté par l'accomplissement du temps de la possession, qui s'est accompli durant la communauté, l'héritage sera propre de communauté; car ma possession, qui est la cause de l'acquisition

que j'ai faite de l'héritage, ayant commencé avant mon mariage, la cause de l'acquisition a précédé le temps de la communauté, et par conséquent l'héritage est, suivant notre règle, un propre de communauté » Les discours des orateurs du gouvernement et la discussion dans le sein du Conseil d'état prouvent que les rédacteurs du Code civil ont entendu consacrer par l'art. 1402 la règle si nettement posée par Pothier, auquel d'ailleurs notre droit nouveau a fait de si nombreux emprunts. Cette rectification n'a pas seulement un intérêt historique, on le verra tout à l'heure.

96. La possession même sans titre suffit pour constituer un propre, lorsqu'elle a été continuée pendant un temps assez long pour fonder la prescription; à plus forte raison, si cette possession a pour base un titre, quelque irrégulier qu'il puisse être.

Si le titre est contesté, mais qu'il yait transaction, la possession conservera tous ses effets utiles. Dans ce cas, le titre opérerait encore, même isolé de la possession. (V. nº 94.)

On devra encore traiter avec la même faveur la possession qui s'appuie sur un titre non valide, mais confirmé depuis le mariage. A ce cas s'appliquerait encore ce que nous avons dit sous les nos 91, 92 et 93, en faisant toujours remarquer que la possession ne serait pas même nécessaire pour exclure l'immeuble, objet du titre, de la communauté.

Mais si le titre était radicalement nul, si cette nullité n'était point couverte par une ratification soit expresse soit tacite, et si l'immeuble n'était maintenu aux mains de l'époux qui le possédait avant le mariage qu'en vertu d'un acte nouveau passé pendant le mariage, le fait de la possession, isolé du droit de propriété, suffirait-il pour conserver à l'immeuble son caractère de propre? M. Toullier (t. 12. nº 173) le pense; il se fonde sur ce que l'article 1402 du Code civil est introductif d'un droit nouveau, et repousse ainsi l'autorité des anciens auteurs qui enseignent tous une doctrine contraire. M Toullier nous paraît avoir pris un point de départ qui n'est point exact. L'art. 1402 n'a point édicté un nouveau principe; le Code civil n'a fait que rappeler et consacrer en loi la règle posée, avant son apparition, par les jurisconsultes qui l'ont précédé, et notamment par Pothier. Cette règle, selon nous, s'oppose à ce que la solution de M. Toullier soit admise. Sans doute pour que l'un des époux puisse conserver un immeuble

à titre de propre, il suffit qu'il en ait la possession légale antérieurement au mariage. Cette possession, si elle dure assez longtemps pour fonder une prescription, devient un véritable titre de propriété; elle le fait au moins présumer tant qu'elle n'est pas détruite par la consécration d'un droit contraire. Mais si ce droit apparaît, s'il est prouvé, reconnu par l'époux possesseur lui-même, n'est-il pas évident que la présomption tombe devant le fait. que la possession perd tous ses effets utiles, que le caractère de la propriété s'efface avec cette propriété même, et que l'époux qui ne peut pas retenir l'immeuble, ne peut pas demander non plus que cet immeuble lui soit attribué, exclusivement à la communauté? Il n'y a plus là ni propre ni conquêt, il n'y a plus rien qu'un droit ruiné, anéanti. Que si maintenant il plaît à la communauté, par une raison de convenance qui se comprend et s'explique, d'acheter cet immeuble avec ses propres deniers, cette acquisition résulte évidemment d'un contrat nouveau passé pendant la communauté, sans relation aucune avec la possession antérieure au mariage qui n'en tire aucun secours, n'en reçoit aucune modification, et dès lors cette acquisition appartient à la communauté. (Pothier, Communauté, nos 93, 162, 163; d'Argentré, sur l'article 418 de la coutume de Bretagne; Battur, nº 207; Duranton, t. 14, nºs 180, 181; Dalloz, 25. 1. 291, nº 1.)

Cette règle devrait être suivie, non-seulement lorsque l'invalidité du titre sur lequel repose la possession aurait été formellement reconnue, et qu'il y aurait eu un nouveau titre passé entre les parties, mais encore lorsque, sans s'expliquer aussi positivement, les parties auraient donné au nouveau contrat les apparences d'une transaction, et se seraient efforcées de le rattacher fictivement, par ses termes, au contrat sans valeur qui avait précédé le mariage. Il est laissé à la prudence du juge de rechercher les véritables caractères de la convention, et ils doivent s'attacher à ce qui a été réellement fait entre les contractants, plutôt que de s'arrêter aux expressions dont ils se sont servis.

- 97. Le principe que les immeubles acquis pendant le mariage sont partie de l'actif de la communauté regoit plusieurs exceptions.
- 98. La première concerne les immeubles qui échoient aux époux par succession pendant le mariage (C. civ., 1402, 1404.).

Cette première exception ne s'applique pas seulement aux immeubles corporels possédés par le défunt avant sa mort; elle comprend encore le droit, l'action ou le titre en vertu duquel le défunt aurait pu en devenir propriétaire, et en vertu duquel le conjoint héritier l'est ensuite devenu pendant le mariage; et ici reviennent les règles que nous avons posées sous les nos 84 et suivants. (Toulier, t. 12, no 134; Pothier, Communauté, no 107 et suiv.)

99. Elle s'applique encore aux immeubles venus de l'un des conjoints par retrait successoral et qui lui appartiennent jure hereditario (C. civ., 841; Toullier, nº 134 bis).

100. On doit entendre par succession le retour légal accordé aux ascendants par l'article 747 du Code civil; les droits des enfants naturels dans les successions des père et mère qui les ont reconnus, et les droits de ceux-ci dans les biens de leurs enfants naturels prédécédés, constituent également des droits successifs. Le conquêt donné par les deux époux à leur enfant commun, et qui leur reviendrait en vertu de l'art. 747 précité, serait propre pour moitié à chacun des deux époux. (Duranton, t. 14, n° 187; contrà, Delvincourt.) Il en serait autrement si le droit de retour avait été formellement stipulé dans la donation. (Duranton, ibid.)

101. La seconde exception est relative aux biens acquis par donation pendant le mariage. L'art. 1405 porte: « Les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des deux époux, ne tombent point en communauté, et appartiennent au donataire seul, à moins que la donation ne contienne expressément que la chose donnée appartiendra à la communauté.»

Cette disposition est de droit nouveau. L'art. 384 de la coutume de Paris ne l'admettait que pour les donations faites en ligne directe, d'après ce principe que les successions en ligne directe n'entraînent pas mutation de propriété, principe fondé sur l'opportunité qu'il pouvait y avoir à conserver les biens dans les familles. La loi nouvelle est uniquement basée sur cette présomption que le donateur, lorsqu'il dispose en faveur d'un tiers, entend surtout l'avantager personnellement; elle n'a donc plus fait de distinction entre les donations en ligne directe ou collatérale, ou celles même faites par des étrangers : tous les immeubles compris dans la donation sont exclus de la communauté.

Il en serait de même des biens immeubles substitués, dans les cas très-rares où ce mode de disposer est encore admis par nos lois.

La loi ne parle que des donations; mais c'est là une expression générique qui s'applique également aux dispositions entre-vifs et aux dispositions testamentaires.

102. Le donateur peut déclarer expressément que son intention est que les immeubles par lui donnés n'entrent pas en communauté. Cette disposition doit recevoir son exécution, nonobstant la clause du contrat de mariage par laquelle les époux auraient stipulé que tous leurs biens meubles et immeubles, même ceux qui leur adviendraient par succession et donation, entreraient en communauté. Cette clause ne lie pas le donateur, qui peut apposer à sa libéralité telle condition qu'il juge convenable, pourvu qu'elle ne soit contraire ni à la loi ni aux bonnes mœurs. (Battur, t. 1, n° 239.)

103. L'art. 1405 exclut de la communauté les donations d'immeubles faites pendant le mariage à l'un des époux. Toullier (t. 12, nº 135) en conclut que si la donation est faite aux deux époux conjointement, les immeubles qui y sont compris tombent en communauté. Nous ne saurions adopter cette opinion. Les arguments à contrario ont généralement peu de force. Celui tiré du texte de l'art. 1405 doit d'autant moins arrêter l'attention, que ce texte exige du donateur une déclaration expresse d'attribution à la communauté, que l'art. 1405 s'explique sur le cas le plus ordinaire, sans exclure les autres : de eo quod plerumque fit. L'art. 849 qui oblige l'époux successible au rapport de moitié des dons ou legs faits conjointement à lui et à l'autre époux pendant le mariage, sans distinction des cas où la femme renonce à la communauté et des cas où elle l'accepte, nous paraît trancher la question dans un sens contraire. Cette dernière opinion, suivie par M. Delvincourt, par MM. Duranton (t. 14, nº 189), Dalloz (10. 194. 3) et Battur (t. 1, nº 281), a été consacrée par un arrêt de la cour de Toulouse du 23 août 1827 (S.-V. 28. 2. 211; D. P. 28. 2. 172); Zachariæ (t. 3, § 507, nº 26) se range à l'avis de M. Toullier, qui est aussi celui de M. Delaporte (Pand. franc. t. 5, p. 438).

104. Il n'y a plus de difficulté s'il est dit que la donation est faite aux deux époux, chacun pour moitié. Dans ce cas, elle reste, sans nul doute, propre à chacun d'eux. (Toullier, loc. cit.; Pothier, Communauté, n° 173.)

105. L'art. 1406 consacre une troisième exception à la règle que tous les immeubles acquis pendant la communauté tombent dans son actif. Cet article porte: « L'immeuble abandonné ou cédé par père, mère ou autre ascendant, à l'un des deux époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre point en communauté, sauf récompense ou indemnité. »

106. Cette disposition, empruntée de l'ancien droit, a pour but de favoriser, suivant l'expression même de Pothier, les accommodements de famille par suite desquels les héritages passent du père au fils. Elle embrasse deux cas, celui où un immeuble est abandonné à l'un des époux par ses père et mère ou ascendant pour le remplir de ce qu'ils lui doivent, et celui où cet abandon a lieu à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers. Dans le premier cas, il importerait peu que la dette en paiement de laquelle les immeubles auraient été donnés fût purement mobilière, d'une somme d'argent, par exemple, qu'elle résultât même du contrat de mariage et fût dès lors entrée en communauté: la donation n'en aurait pas moins ce double résultat, d'éteindre la dette du donateur et de substituer à cette dette une valeur immobilière exclue par la loi de l'actif de la communauté, sauf récompense envers elle au moment de sa dissolution. (Pothier, Communauté, nº 136; Toullier, t. 12, nº 143.)

107. Quant à l'abandon d'un immeuble à charge de payer la dette du donateur, il produirait les mêmes effets, bien que les dettes fussent inférieures, égales ou supérieures au prix des biens abandonnés: c'est l'origine de l'abandon et non son caractère qu'il faut considérer. (Pothier, n° 139.)

108. Doit-on conclure de la disposition de l'art. 1406 que les donations onéreuses faites par des collatéraux ou des étrangers à l'un des époux, ne peuvent jamais conférer le caractère de propre aux immeubles qui y sont compris? C'est l'avis de Toullier, et, selon lui, cet avis est justifié par le texte de l'art. 1406, qui n'attache un pareil effet qu'aux donations de ce genre faites par les père et mère ou ascendants (t. 12, nos 143, 144, 145). Cette décision nous paraît trop absolue. Nous admettons volontiers avec cet auteur (no 144) que, si un

collatéral ou un étranger, après avoir donné une somme d'argent pour se libérer, abandonnait un immeuble, cet immeuble entrerait dans la communauté. La raison de le décider ainsi est évidente : l'immeuble est ici donné en paiement, et, sauf l'exception précise de l'art. 1406, il ne peut pas être permis au donateur de frustrer la communauté d'une valeur qui lui appartient. Nous pensons encore que si les charges de la donation étaient telles qu'elles égalassent à peu près la valeur des immeubles donnés, elle devrait, dans ce cas, être assimilée à un véritable contrat de vente et en produire tous les effets. Mais si ces charges étaient légères et hors de toute proportion avec l'importance des biens donnés, s'il y avait véritablement libéralité en faveur de l'un des époux, on ne voit pas pour quel motif ce caractère de l'acte disparaîtrait devant les conditions que le donateur a jugé convenable d'y ajouter. Les art. 1402 et 1405 excluent de la communauté, sans exception, tous les immeubles échus aux époux, pendant le mariage, à titre de donation. L'art. 1406 ne s'est point occupé des actes de libéralité proprement dits; il a eu pour unique objet de conférer le titre de propre, non aux immeubles donnés, mais aux immeubles cédés ou abandonnés par les père et mère ou ascendants dans les deux cas qu'il prévoit. Cet article a eu pour but de favoriser les transactions de famille et la conservation des immeubles dans la même ligne; les dispositions qu'il régit ne sont pas, à proprement parler, des dispositions à titre de libéralité, mais des cessions ou abandons à titre onéreux, de véritables ventes. L'argument d'exclusion qu'on voudrait en tirer contre les donations, même avec conditions onéreuses de la part des étrangers et des collatéraux aux époux, manque donc de force. Il appartient aux juges d'examiner s'il n'y a pas, entre les charges de la donation et sa valeur, une disproportion telle que le caractère de la donation a disparu pour faire place à celui de la vente. (Battur, nº 232; Dalloz. t. 10, p. 195, nº 57; Duranton, t. 14, nº 190 et 192.)

109. Les abandons ou cessions d'immeubles faits même par les père et mère ou ascendants, ne confèrent le caractère de propre aux biens qui y sont compris, que lorsqu'ils ont lieu dans l'un des deux cas prévus par l'art. 1406. Dans les autres cas, ils devraient être considérés comme des ventes pures et simples, et tomberaient sous l'application des art. 1401 et 1402,

à moins toutesois que la vente n'ait été saite à rente viagère ou à sonds perdu (C. civ., 918; Toullier, t. 12. n° 146).

110. Que faudrait-il décider si la donation avait été déguisée sous la forme d'un contrat onéreux? Devrait-on la considérer comme faite à la communauté? L'art. 1405 semble dire le contraire en exigeant une déclaration expresse. Mais, d'un autre côté, cette déclaration ne résulte-t-elle pas virtuellement de la forme adoptée par le donateur? En matière de rapport, la jurisprudence a décidé que si les donations déguisées sous forme de contrat onéreux n'étaient pas de plein droit dispensées de rapport, cependant elles pouvaient en être affranchies lorsqu'il paraissait résulter des circonstances de la cause que la simulation n'avait eu lieu que dans ce but (V. un arrêt de rejet du 20 mars 1843, au rapport de M. Troplong (S.-V. 43. 1. 451; J. P. 1843. 2. 197). Il y a là, nous ne le dissimulons pas, une raison d'analogie puissante. Cependant il serait plus sage de s'en tenir au texte de la loi, et de décider qu'à défaut de déclaration expresse. le bénéfice de la donation immobilière reste propre à l'époux donataire, avec d'autant plus de raison que les motifs de la simulation peuvent être personnels à cet époux, et tout à fait étrangers à la pensée d'avantager la communauté: Optima lex quæ minimum judici relinguit, optimus judex qui minimum sibi.

111. L'immeuble acquis, pendant le mariage, à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des époux, n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné, sauf la récompense, s'il y a soulte (C. civ., 1407; Pothier, Communauté, n° 197; Toullier, t. 12, n° 147 et 148).

112. L'immeuble échu en contre-échange et avec soulte deviendra propre pour la totalité; il ne sera pas conquêt au prorata de la somme payée pour la soulte. Toullier (t. 12, nº 149) cite l'opinion conforme de Pothier, d'Argentré, Lebrun et Duplessis.

113. Si cependant la soulte était considérable, égale, par exemple, ou supérieure à la valeur de l'héritage donné en échange, le contrat ne devrait-il pas être considéré comme mixte, et, en conséquence, l'immeuble ne devrait-il pas être réputé conquêt jusqu'à concurrence de la somme déboursée par la communauté? C'est l'avis de Pothier (loc. cit.),

suivi par Bellot des Minières. Delvincourt (t. 3, p. 247, note 3) pense que, dans ce cas, l'immeuble reçu en contre-échange appartient en entier à la communauté. Duranton (t. 14, n° 195) propose d'appliquer à ce cas, par analogie, l'art. 866 du Code civil. Il nous semble que la rédaction très-explieite de l'art. 1407 a eu précisément pour but de trancher toutes ces difficultés, objet de nombreuses controverses avant le Code, et que, quelle que soit l'importance de la soulte, l'immeuble reste propre en totalité, sauf récompense à la communauté. (Toullier, t. 12, n° 149 et 150.)

114. Des meubles ou des sommes d'argent pourraient-ils être subrogés au lieu et place de l'immeuble aliéné? Pothier ne le pensait pas (loc. cit.). Le texte de l'article 1407 s'y oppose. Cependant M. Toullier pense que cette subrogation peut avoir lieu (t. 12, n°s 151, 152). Il cite l'art. 1433, portant que « s'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux, et que le prix en ait été versé dans la communauté, le tout sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté; » et il en tire la conséquence que si le prix est encore dù, il appartient exclusivement au propriétaire de l'immeuble vendu ou à ses héritiers. Deux arrêts de la cour de Nancy, l'un du 20 août 1827 (S.-V. 28. 2. 39; J. P. 3e édit.), l'autre du 7 février 1840 (S.-V. 40. 2. 484; J. P. 1841. 1. 107), l'ont en effet jugé en décidant que, dans ce cas, les créanciers du mari ne peuvent pas saisir le prix représentatif de l'immeuble de la femme. Coulon (Questions de droit t. 1, p. 101), Duranton (t. 14, nº 359), emettent la même doctrine, qui nous paraît conforme à la loi et à la raison. Cependant, sans contester le principe, on peut dire que ce n'est pas là une véritable subrogation.

115. L'immeuble acquis pendant le mariage en remploi du prix des propres aliénés ne tombe pas dans la communauté. Nous reviendrons sur ce point lorsqu'il sera question du remploi ou des récompenses dues à l'un ou à l'autre des époux. (Toullier, t. 12, n° 154.)

116. L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt; sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition (C. civ., 1408).

117. La disposition de cet article est fondée

sur ces deux principes admis par l'ancienne jurisprudence: 1° que les partages sont, non attributifs, mais déclaratifs de propriété C. civ., 883); 2° que les immeubles possédés par l'un des époux avant le mariage lui sont propres. (Pothier, n° 140.) Elle s'applique aux partages et aux licitations. Il suffit pour son exécution du fait de l'indivision, quelle qu'en soit l'origine et sans distinguer, comme le faisait l'ancien droit, les indivisions primitives de celles qui se seraient formées à la suite d'un premier ou de plusieurs partages. (Toullier, t. 12, n° 155 et 156.)

118. L'art. 1408 répute propre l'acquisition faite à titre de licitation ou autrement; ainsi il s'appliquerait à l'acquisition par vente, donation, retrait successif, transaction, etc. Sous l'empire des anciens principes, quelques auteurs s'étaient prononcés en ce sens que l'acquisition à titre de licitation ne faisait pas l'immeuble propre (V. Renusson, Des propres, chap. 1er, sect. 5, et Ferrière, Cout. de Paris, art. 326, glos. 1re, § 3, no 11); et cela avait été consacré notamment par un arrêt du 23 juin 1660. Toutefois le système du Code civil avait été mis en avant, et les auteurs les plus graves l'avaient suivi. C'était l'avis de Lebrun (Des successions, liv. 4, chap. 1er), de Duplessis (eod. liv. 3, chap. dern.), de Lamoignon (Arrêtés, tit. Des propres, art. 3). Dumoulin étendait même la solution au cas où des étrangers avaient été admis à surenchérir: « Nec obstat, disait-il, quod extraneus licitator fuerit admissus, quia victus fuit et repulsus; ex quo res remansit socio, et sic idem est ut si solum inter socios fuisset licitatio. » Des arrêts nombreux consacraient cette solution; ils sont cités par l'annotateur de Renusson, qui, loin d'admettre l'avis de cet auteur, le réfute au contraire et conclut en ces termes : « La licitation ne fait qu'ôter l'indivis entre les co-héritiers, et quand l'héritier a le total de l'héritage par licitation, on présume que, dès le commencement, la totalité lui en appartenait. » C'est le système que le Code civil a consacré par son article 1408, dont la généralité coupe court aux difficultés soulevées sous l'ancienne jurisprudence.

119. Par suite du même principe, il faudrait encore appliquer l'art. 1408 à la licitation faite après saisie conformément à l'article 2205 du Code civil. La présence des créanciers et les poursuites qui ont précédé la licitation, ne peuvent ni en changer la nature ni en modisier les conséquences.

120. Mais l'acquisition faite par l'un des héritiers, par suite d'expropriation, formeraitelle un propre ou un acquêt de sa communauté? La question s'est présentée et a été vivement débattue sous l'ancienne jurisprudence. Des arrêts consacraient en principe que l'adjudication faite à l'héritier par suite d'une vente par décret, avait l'effet de rendre l'immeuble adjugé acquêt de communauté. De ce nombre était l'arrêt de la Meilleraye, du13 juin 1662, et celui du 26 mai 1696 rendu en faveur de la maréchale de Créqui. Cette solution. du reste, si l'on s'en réfère aux discussions qui ont précédé ces arrêts, était basée sur la différence qu'on établissait entre le partage et l'adjudication sur vente par décret. Dans le partage, disait-on, l'héritier agit comme héritier; le bien passe entre ses mains jure familiæ et titulo successionis; dans la vente par décret, au contraire, l'héritier adjudicataire ne dissère en rien des autres enchérisseurs; il est vendeur à la fois et acquéreur, et quand la vente est faite, il ne lui reste rien de son ancien titre d'héritier. Cette doctrine n'avait pas cependant prévalu. Merlin, qui a résumé l'opinion des anciens auteurs, a dit (Quest., vº Propre, \$ 2, n° 5): « Pour qu'il y eût changement de propriété, il faudrait que l'héritier eût cessé d'ètre propriétaire au moins quelques instants, que la propriété eût été en d'autres mains, et qu'il l'eût reprise ensuite à un titre différent. Mais à quel moment assigner cette cessation de propriété? est-ce au moment de l'adjudication? supposera-t-on que la justice a été propriétaire? Ce serait une supposition absurde: la propriété des citoyens ne passe pas dans les mains de la justice. Mais si la propriété de l'héritier bénéficiaire n'a pas cessé un instant, il est donc propriétaire au même titre avant et après l'adjudication; il possède donc toujours les biens comme héritier, et avec la qualité de propres. » Telle était, en effet, la doctrine des auteurs le mieux accrédités, des Henrys, Bretonnier, Guyot, Valin, et la jurisprudence l'avait consacrée. - V. l'arrêt du 2 août 1730 et celui du 26 mars 1782, rapportés avec de nombreuses autorités par Merlin (loc. cit.).

Sous l'empire du Code civil, la question pourrait se présenter également; mais il est bien évident qu'en présence de l'exception posée en des termes si généraux par l'art. 1408, il y aurait une raison de plus de faire prévaloir cette dernière solution. Cet article, en effet, fait cesser, pour le cas de licitation, la difficulté qui s'était d'abord élevée, en déclarant expressément que l'immeuble ainsi acquis sera propre à l'époux. Comment donc ne recevrait-il pas son application au cas où l'immeuble serait acquis à l'époux par voie d'adjudication sur une vente forcée? Ajoutons que cet article est moins fondé sur le droit de famille ou le titre d'héritier, qui avaient tant d'influence sous l'empire de l'ancien droit coutumier, que sur le seul fait d'indivision des immeubles antérieure au mariage. « Le fait de l'indivision, dit Toullier (nº 159), suffit pour faire l'application de l'art. 1408. Il ne recherche ni l'origine, ni la cause de l'indivision, ni la manière dont l'époux est devenu copropriétaire avant le mariage. Il ne considère que le fait de l'indivision. Il paraît que le Code n'a eu d'autre but que celui de la faire cesser absolument et pour toujours; ce qui n'arriverait point si les portions de l'immeuble indivis avant le mariage, acquises depuis, formaient un conquêt et non pas un propre de communauté, puisqu'à sa dissolution elles se trouveraient encore indivises entre le survivant des conjoints et les héritiers du prédécédé. Le Code ne recherche pas davantage comment ces portions de l'immeuble indivis ont été acquises pendant le mariage, soit à titre de licitation ou autrement. Il suftit que l'immeuble fût encore indivis au moment de l'acquisition. Or, il est certain, et il est reconnu, que la saisie immobilière ne dessaisit point celui sur qui elle est faite de la propriété de l'immeuble saisi. L'époux dont l'immeuble indivis a été saisi, en est donc encore copropriétaire au moment où il acquiert, par adjudication, les portions de ses consorts indivises avec la sienne. L'art. 1408 est donc applicable à ce cas, de même qu'à toute autre acquisition d'un immeuble indivis, et les portions ainsi acquises sont propres... » Ces considérations nous semblent décisives. Aussi l'opinion de Toullier a-t-elle été suivie par MM. Duranton (t. 14, nº 200) et Battur (t. 1er, nº 259).

Disons-le cependant, la doctrine contraire a été enseignée par M. Bellot des Minières (Contr. de mar., t. 1er, p. 219), qui cite comme ayant consacré son opinion, un arrêt de la Cour de cassation, du 24 juillet 1816 (S.-V. 16. 1. 397; J. P. 3º édit.; D. A. 6. 323) et un arrêt de la cour de Paris, du 2 juin 1817 (S.-V. 18, 1. 38; J. P. 3º édit.). L'existence

de ces arrêts, quelque préjugé qui en dût résulter contre notre opinion, ne nous la ferait pas abandonner sans doute, persuadés que nous sommes de son exactitude. A plus forte raison devons-nous la maintenir, alors que ces arrèts n'ont évidemment pas la signification que leur donne M. Bellot des Minières. La question qui s'était présentée, dans l'espèce, était bien celle que nous discutons ici, et la cour royale d'Amiens l'avait résolue dans notre sens par arrêt du 3 mars 1815 (S.-V. 16. 1. 397; J. P. 3º édit.). Mais à côté de cette question, il s'en élevait une de compétence, qui était celle de savoir si des actes administratifs intervenus, et en vertu desquels un domaine avait été partagé et vendu comme acquêt de communauté, n'avaient pas fait obstacle, tant qu'ils subsistaient, à ce que les tribunaux disposassent du prix en faveur de la femme ou de ses créanciers. Or, c'est sur cette difficulté seulement que la Cour de cassation s'est prononcée, par som arrêt précité du 24 juill. 1816, en cassant l'arrêt de la cour d'Amiens. L'arrêt ne résout donc pas la question; le texte même s'en explique, et il ne peut pas dès lors être opposé à notre solution. Quant à celui de la cour de Paris du 2 juin 1817, qui a été rendu sur le renvoi prononcé par le président, nous devons dire que s'il la résout, c'est seulement en la mettant en présence des anciens principes par lesquels l'espèce était régie, en sorte qu'il ne peut pas plus que celui de la Cour de cassation faire autorité sous l'empire du Code civil.

121. Le deuxième alinéa de l'art. 1408 contient une disposition qui manquait à l'ancien droit, et qui fait disparaître bien des difficultés. « Dans le cas, porte cet alinéa, où le mari deviendrait seul, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, qui devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition. » On peut faire, sur cette partie de l'art. 1408, plusieurs observations importantes.

122. Il faut, pour que la femme puisse user de la faculté qui lui est donnée par la loi, que le mari n'ait aucun droit dans l'immeuble indivis; si lui-même est copropriétaire, il achète pour son compte personnel, et la totalité de l'immeuble lui reste propre en vertu de la première partie de l'art. 1408. (Duranton, t. 14, n° 202.)

123. Cette solution devrait être admise lors même que le mari serait devenu copropriétaire, à titre gratuit, depuis la formation de l'indivision, par exemple, si l'un des copropriétaires lui avait donné ou légué sa part. On ne peut pas présumer, dans ce cas, qu'il ait acquis pour sa femme, comme au cas de vente volontaire ou d'adjudication. (Duranton, ibid.)

124. Il suffit, pour que la femme puisse user de son droit, qu'il y ait eu vente ou adjudication au mari, en son nom personnel, lors même que celui-ci aurait déclaré acquérir pour sa femme. Il faudrait un mandat exprès ou au moins une ratification de la femme. (Pothier, Communauté, n° 150; Duranton, t. 14, n° 204; Toullier, t. 12, n° 162; Dalloz, 10. 197. 63.)

125. Mais si la femme avait acheté sous l'autorisation de son mari, l'immeuble lui serait propre. (Toullier, t. 12, n° 164; Dalloz, 10. 197. 63.)

126. Si l'acquisition a été faite par le mari et par la femme conjointement, la femme aura-t-elle le droit d'option? Le texte de la loi s'y oppose; il ne s'applique qu'à l'acquisition faite par le mari seul, et en son nom personnel. (Toullier, t. 12, nº 166.) Quel sera donc le sort de cet immeuble? constituera-t-il un propre, ou un conquêt? M. Toullier pense qu'il aura les caractères d'un conquêt, parce qu'il n'y aura pas eu acceptation formelle de la femme, acceptation nécessaire pour former un propre, aux termes de l'art. 1435. Cette doctrine ne paraît pas conforme aux véritables principes. L'art. 1435, relatif aux propres de remploi, est tout à fait étranger à la question, qui reste toute entière sous l'empire du § 1er de l'art. 1408, aux termes duquel l'acquisition faite pendant le mariage de portion d'un immeuble, dont l'un des époux est propriétaire par indivis, reste propre à cet époux. Le mari qui agit avec sa femme dans ce cas, est présumé agir pour elle et dans son intérêt. (Pothier, De la communauté, nº 152; Battur; Dalloz, 10. 197. 63. - Caen, 25 février 1837, S.-V. 38. 2. 154; D. P. 38. 2. 97.) Un arrêt de la cour de Colmar, du 20 janvier 1831(S.-V. 32. 2. 355; J. P. 3e édit.) avait même été jusqu'à accorder à la femme, dans ce cas, le droit d'option. L'arrêt de la cour de Caen nous paraît plus conforme au texte et à l'esprit de la loi.

127. Lorsque le mari a simplement acheté les parts des copropriétaires de sa femme, sans que la portion de celle-ci ait été mise en vente. quel sera son droit à la dissolution de la communauté? Toullier (t. 12, nº 167) pense qu'elle n'aura pas la faculté de garder les portions adjugées au mari en indemnisant la communauté, qu'il y aura indivision entre eux. Le texte de l'art. 1408 repousse cette opinion. Il suffit, pour donner ouverture au droit de la femme, que le mari se soit rendu adjudicataire de portion ou de la totalité de l'immeuble. Ajoutons que la propriété de la femme étant indivise, repose sur toutes les parties de l'immeuble, in toto et in quâlibet parte. On ne comprendrait donc pas comment le mari pourrait acheter séparément la part des héritiers. Il faut dire que dans ce cas la femme pourra retirer les portions acquises par le mari, en remboursant le prix à la communauté; c'est l'avis de M. Duranton (t. 14, nº 207) : mais cet auteur ajoute que la femme pourrait même contraindre la communauté à prendre sa portion, en lui tenant compte du prix dans la proportion de celui payé par le mari. Cette conséquence, tirée d'un principe vrai, nous paraît forcée. Le droit d'option de la femme ne peut s'exercer que dans les limites de l'acquisition faite par le mari.

128. Le droit d'option n'est pas personnel à la femme, il passe à ses héritiers. (Duranton, t. 14, n° 203; Toullier, t. 12, n° 169; Dalloz, 10. 197. 63.)

129. Mais les créanciers pourraient-ils l'exercer en vertu de l'art. 1166 du Code civil? Il a été jugé que ce droit constitue un privilége dont les créanciers ne peuvent pas se prévaloir. Le 14 juillet 1834, la Cour de cassation casse un arrêt contraire de la cour de Limoges (S.-V. 34, 1. 533; J. P. 3° édit.; D. P. 34. 1. 281); le 10 février 1836, arrêt conforme de la cour de Riom, saisie par renvoi (S.-V. 36. 2. 186; J. P. 3º édit.). Le pourvoi contre ce dernier arrêt a été rejeté par la section des requètes, le 8 mars 1837 (S.-V. 37. 1. 331; J. P. 1837. 1. 615). Ces décisions sont en harmonie avec les principes les plus usuels en matière de retrait, et elles doivent être adoptées comme règle.

130. Il est évident que le mari ne peut ni vendre ni hypothéquer l'immeuble par lui acquis au préjudice du droit d'option de la femme. Ces ventes et ces hypothèques disparaîtraient devant le retrait opéré par la femme après la dissolution de la communauté. (Toullier, t. 12, n° 170). Toutefois, jusqu'à ce retrait, la propriété appartient à la communauté, et la vente serait valable si la femme se bornait à réclamer le prix de la portion qui lui appartient (Cass. 31 mars 1835, S.-V. 35. 1. 516; J. P. 3° édit.; D. P. 35. 1. 210).

131. Le Code n'a point fixé le délai dans lequel la veuve doit faire son option. Si elle accepte la communauté, elle doit faire connaître sa volonté avant le partage; dans le cas contraire, son droit dure trente ans. (Toullier, t. 12, n° 168). Peut-être devrait-on reconnaître aux héritiers la faculté de la forcer à s'expliquer, soit par une mise en demeure, soit même par une demande en justice: il importe à l'ordre public que le sort des propriétés ne reste pas si longtemps incertain.

132. Nous avons dit que l'art. 1408 avait créé en faveur de la femme un droit nouveau qu'elle ne tenait pas de nos coutumes. On peut voir cependant que la doctrine des auteurs et l'autorité des arrêts tendaient à le lui accorder (Pothier, De la communauté, nºs 151 et 152). En pays de droit écrit, la jurisprudence fondée sur la loi 78 ff. De jure dotium, dont elle avait accepté le principe en le modifiant, reconnaissait formellement à la femme le droit d'option que lui confère aujourd'hui l'art. 1408 : c'est ce qui résulte encore de l'arrêt du 8 mars 1837 ci-dessus cité (V. nº 129). On peut en conclure que ce droit pourrait, sous le Code, être exercé même par la femme mariée sous le régime dotal : c'est en effet ce qui a été jugé par un arrêt de la cour de Limoges du 12 mars 1828 (S.-V. 29. 2. 77; J. P. 36 édit.; D. P. 29. 2. 127), par un autre arrêt de la cour de Toulouse du 24 janvier 1835 (S.-V. 35. 2. 383; J. P. 3e édit.; D. P. 35. 2. 118), par un arrêt de la cour de Riom du 10 février 1836 (S.-V. 36. 2. 186; J. P. 3e édit.; D. P. 36. 2. 66), par un second arrêt de la même cour du 20 mai 1839 (S.-V. 39 2. 513), et enfin par un dernier arrêt de la cour de Limoges du 23 décembre 1840 (S.-V. 41. 2. 426; D. P. 41. 2. 117). Cette doctrine est également enseignée par Toullier (t. 14, nºs 218 et 219), Duranton (t. 15, nº 263), Tessier ( De la dot, t. 1er, p. 279). Bellot des Minières (Du contrat de mariage, t. 4, p. 143) pense au contraire que, sous le régime dotal, le mari ne pouvant agir que comme mandataire de sa semme, celle-ci est obligée

de garder l'immeuble licité. L'opinion contraire, qui laisse à la femme le droit d'option, nous paraît préférable.

133. Il faut encore considérer comme propre, par exception au principe posé par l'article 1401, 3°, tout ce qui se réunit et s'incorcorpore, par voie d'accession, aux immeubles propres des époux, même pendant le mariage. (Duranton, t. 14, n° 166; art. 552 et suiv. du Code civil; Battur, n° 219, 220.) — V. Accession.

Mais la réunion d'une maison contiguë à celle de l'un des deux époux, l'acquisition d'une pièce de terre enclavée au milieu d'un enclos également propre à l'un d'eux, constitueraient des acquêts de communauté. (Pothier, De la communauté, n° 192.)

- § 2. Du passif de la communauté et des actions qui en résultent contre la communauté.
- 134. On peut poser comme règle générale, que toutes les choses qui entreraient dans l'actif de la communauté, si elles appartenaient à l'un des époux, en forment le passif si elles sont dues par lui: Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda. (L. 10 ff. De reg. jur.; Toullier, t. 12, n° 197.)
- 135. L'art. 1409 porte : « La communauté se compose passivement :
- » 1° De toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de leur mariage, ou dont se trouvent chargées les successions qui leur échoient pendant le mariage, sauf la récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux;
- » 2° Des dettes, tant en capitaux qu'arrérages ou intérèts, contractées par le mari pendant la communauté, ou par la femme du consentement du mari, sauf la récompense dans les cas où elle a lieu;
- » 3° Des arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives qui sont personnelles aux deux époux;
- » 4° Des réparations usufructuaires des immeubles qui n'entrent pas en communauté;
- » 5° Des aliments des époux, de l'éducation et entretien des enfants, et de toute autre charge du mariage. »

On voit par cette énumération que le passif de la communauté se compose principalement des dettes de chacun des conjoints; la

loi en fait trois classes: 1° celles dont les épouxétaient grevés avant le mariage; 2° celles des successions qui leur échoient pendant le mariage; 3° et enfin celles qu'ils ont contractées pendant sa durée.

136. La communauté légale est chargée de toutes les dettes mobilières dont chacun des époux était débiteur au jour de la célébration du mariage. Cela est conforme aux principes de notre ancien droit. Les dettes mobilières étaient une charge de l'universalité des meubles. (Coutume de Paris, art. 221; Pothier, De la communauté, n° 233; Toullier, t. 12, n° 200.)

On doit entendre par dettes mobilières, celles qui ont des meubles pour objet. (Pothier, vbid., n° 234.)

137. L'obligation de faire ou de ne pas faire se résolvant en dommages-intérêts, est mobilière. (Pothier, n° ?35; Toullier, n° 208.)

138. L'accession d'une hypothèque n'ôterait pas à la dette son caractère mobilier. Il en serait autrement si l'un des époux ne devait qu'hypothécairement; par exemple, si, héritier pour portion, il est détenteur d'un immeuble affecté aux dettes de la succession. La communauté ne serait grevée de la dette que jusqu'à concurrence de la part héréditaire du conjoint successible. On peut citer encore le cas où l'un des époux serait obligé, comme tiers détenteur d'un fonds grevé d'hypothèques, vis-à-vis des créanciers d'un ancien vendeur; la communauté ne serait pas tenue de ces dettes: Res debet, non persona. (Pothier, nos 237, 238: Toullier, no 204.)

139. Il faut encore considérer comme étant à la charge de la communauté: 1° la dette contractée par l'un des époux solidairement avec d'autres, sauf recours contre les codébiteurs pour leur part (Pothier, nº 287; Toullier, nº 205); 2º la dette alternative d'un immeuble ou d'un meuble lorsqu'il y a eu option pour le meuble; peu importerait que le choix fût laissé à l'époux débiteur; mais il ne faudrait pas considérer comme alternative la dette d'une seule chose, avec faculté de se libérer en en payant une autre (Pothier, nº 245; Toullier, nos 206, 207; Duranton, t. 14, no 226; Dalloz, 10, 298, nº 2); 3° les dettes contractées avant le mariage, même dans l'intérêt exclusif d'un tiers, par exemple, un cautionnement (Duranton, t. 14, nº 221).

140. L'art. 1409 apporte une exception au principe que toutes les dettes mobilières des

époux antérieures au mariage sont supportées par la communauté, sauf, dit cet article, la récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux. Cette exception résultait de la règle posée par l'article 1437, qui ne permet pas que l'un des époux puisse s'enrichir aux dépens de la communauté.

Ainsi la dette du prix d'un immeuble acquis par l'un des conjoints avant le mariage, les sommes dues pour retour d'un lot en immeubles, ne font point partie du passif de la communauté. Il en serait autrement si les immeubles achetés ou partagés avaient été revendus avant le mariage; dans ce cas, la dette du prix ou de la soulte n'aurait plus le caractère qui la fait exclure du passif de la communauté; mais dans le cas contraire, l'époux débiteur ne pourrait pas se décharger de son obligation sur la communauté, en lui abandonnant l'immeuble à raison duquel cette obligation a été contractée (Pothier, nº 239; Toullier, nos 209, 210). Il ne faudrait pas appliquer ce principe à l'action en répétition par l'acquéreur du prix qu'il aurait indûment payé à raison d'un immeuble que l'époux vendeur n'aurait pas pu lui livrer. Cette action en réparation d'un préjudice souffert serait à la charge de la communauté. (Duranton, t. 14, n° 205.)

Il ne se ferait d'ailleurs pas de compensation entre les dettes relatives aux propres immobiliers et les créances mobilières. Ainsi le prix de l'immeuble vendu par l'un des époux avant le mariage, tombe dans la communauté, qui n'a point à supporter le paiement de l'immeuble acheté par le même époux avant la célébration du mariage. (Duranton, t. 14, n° 215 à 218.)

141. Le principe posé par l'art. 1409 1° recoit encore une exception à l'égard de la dette
d'un corps certain appartenant à celui des conjoints qui seul en est débiteur, et qui dès lors
n'est pas entré dans sa communauté. (Pothier, n° 240; Toullier, n° 211.)

142. Il reste à observer à l'égard des dettes passives mobilières soit du mari, soit de la femme, qu'elles entrent dans la communauté légale, quand même elles excéderaient la valeur de l'actif mobilier et même la valeur de tous les biens du conjoint débiteur. (Pothicr, n° 241; Toullier, n° 200.)

143. Le créancier de la femme en vertu d'un titre authentique, ne peut poursuivre le mari par voie d'exécution que huit jours après la signification de son titre. Sous l'ancienne jurisprudence, on se montrait plus exigeant: « Quoique le mari, dit Pothier (De la communauté, n° 242), devienne débiteur des dettes de la femme qu'il a épousée, les créanciers de la femme, quoiqu'ils eussent un titre exécutoire contre elle, ne peuvent procéder contre le mari, par voie d'exécution, qu'ils n'aient au préalable obtenu sentence contre lui, qui le condamne au paiement, ou, ce qui revient au même, qui déclare exécutoire contre lui les titres que les créanciers ont contre sa femme. » Aujourd'hui, la signification du titre au mari, huit jours avant le commencement des poursuites, semblerait suffisante; et cela, par analogie de ce que prescrit l'article 877 du Code civil aux créanciers du défunt qui veulent se faire payer par son hériritier. Sic Toullier (t. 12, nº 201).

144. La communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées par la femme avant le mariage, qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou avant recu, avant la même époque, une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou plusieurs signataires dudit acte: il faut ajouter avec l'art. 1328, « ou du jour où la substance du titre est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verhaux de scellé ou d'inventaire. » On doit faire remarquer encore que l'art 1328 est limitatif, que les créanciers de la femme avant le mariage ne pourraient faire preuve, hors des cas prévus par sa disposition, de la date d'un acte sous seingprivé dont ils seraient porteurs. Les principes du Code sur ce point sont plus sévères que ceux de l'ancien droit. (V. Pothier, De la communauté, nºs 74, 245, 260 à 627; Duranton, t. 14, nº 230.)

Il suffit que la date certaine soit antérieure au mariage, lors même qu'elle serait postérieure au contrat civil. (Bellot; Duranton, t. 14, n° 219; Dalloz, 10. 199. — Contrà, Battur et Delvincourt.)

Le défaut de date n'invalide pas l'obligation vis-à-vis de la femme, mais les créanciers n'ont d'action que sur la nue propriété de ses biens personnels. Ainsi, ils ne pourraient saisir les sommes que la femme, par une clause de son contrat de mariage, aurait été autorisée à toucher sur ses simples quittances pour ses besoins personnels, cette action devant nécessairement retomber sur les jouissances usufruitières de la communauté. (Cass. 1er février 1819, S.-V. 19. 1. 146; J. P. 3e édit.; D. A. 10. 349; — Rolland de Villargues, Rép. du not., ve Régime dotal, ne 101; Roger, De la saisie-arrêt, ne 192.)

L'obligation de la femme, si elle avait été souscrite, depuis le mariage, sans autorisation soit du mari, soit de la justice, et si on avait dissimulé ce vice à l'aide d'une antidate, serait nulle. Mais à qui incomberait l'obligation de prouver l'antidate? Dans le dernier état de la jurisprudence, les engagements d'un individu frappé d'incapacité ne font pas pleine foi de leur date. C'est à celui qui en est porteur à établir, par tous les moyens possibles, que cette date est véritable. (V. la note de l'arrêt dans l'affaire Devesvres, Cass. 4 fév. 1835, S.-V. 35. 1. 83.; J. P. 3e édit.; D. P. 35. 1. 32.) Ne devrait-on pas, par analogie, appliquer cette jurisprudence à la question actuelle? On peut en douter. Le texte de l'article 1410 est favorable au créancier. La présomption de fraude qui s'élève contre les actes d'un interdit ou d'un prodigue, ne s'élève pas contre ceux de la femme mariée dont l'incapacité n'est d'ailleurs qu'accidentelle, et jusques à un certain point relative. Il faut donc décider que la femme qui excipe d'une antidate pour faire prononcer la nullité de son engagement, doit prouver cette antidate.

Dans tous les cas, le mari qui prétendrait avoir payé pour sa femme une dette de cette nature, n'en peut plus demander la récompense ni à sa femme ni à ses héritiers (C. civ., 1410.). Si le créancier n'avait pas pu se procurer un titre, comme dans les cas prévus par l'art. 1348 du Code civil, il pourrait, en prouvant l'existence de son droit avant le mariage, l'exercer sur les biens de la communauté. (Duranton, t. 14, n° 230.)

145. Les dettes mobilières du mari, quoique résultant de titres sous seings-privés n'ayant pas date certaine avant le mariage, n'en sont pas moins à la charge de la communauté. Il n'y avait aucun motif pour les exclure, puisque le mari peut seul, pendant le mariage, engager la communauté.

146. La communauté n'est pas chargée des dettes immobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage: telles sont les revendications d'un héritage que l'un des époux possédait au jour du mariage; les obligations contractées par

lui, ou qui lui ont été imposées, de donner un immeuble déterminé ou même indéterminé (Pothier, n° 243, 244; Toullier, n° 212); les constitutions de servitude consenties avant le mariage. (Duranton, t. 14, n° 224.)

147. Cependant, même à l'égard des dettes personnelles aux époux, c'est-à-dire des dettes qui ne sont point à la charge de la communauté, et qui, suivant l'expression de Toullier, composent des propres passifs, la communauté est chargée du paiement des arrérages ou intérêts qui peuvent en courir. Ainsi les sommes ou les rentes dues par l'un des époux pour prix d'un immeuble acheté avant le mariage, restent pour le fonds à la charge de l'époux propriétaire; mais la communauté qui touche les fruits doit faire le service des intérêts ou des arrérages. On peut encore citer, comme exemple d'une dette personnelle à l'un des deux époux, la dette purement hypothécaire ( Pothier, De la communauté. nº 247; Cout. d'Orléans, introduction au tit. 10, nº 25; Toullier, t. 12, nºs 213, 214 et 215). Les époux peuvent-ils stipuler que les intérêts et arrérages des dettes personnelles à chacun d'eux ne seront pas à la charge de la communauté? Nous ne le pensons pas. par la raison que les époux ne pourraient pas exclure de l'actif tous les fruits de leurs propres. (Lebrun, liv. 2, chap. 3, sect. 4, nº 10; Delvincourt, t. 3, p. 46, nº 6. — Contrá, Pothier, no 360; Duranton, t. 15, no 99.)

148. L'art. 1409 du Code civil met encore à la charge de la communauté les dettes mobilières dont se trouvent chargées les successions qui échoient aux époux durant le mariage; pour bien comprendre cette disposition, il faut la rapprocher des art. 1411 et suivants, jusques et y compris l'art. 1417. Le Code distingue trois espèces de successions : 1° les successions purement mobilières; 2° les successions purement immobilières; 3° les successions en partie mobilières et en partie immobilières.

149. Les dettes des successions purement mobilières, qui sont échues aux époux pendant le mariage, sont pour le tout à la charge de la communauté. La communauté profitant de tout l'actif de la succession, doit en supporter le passif (C. civ., 1411).

Il y a cependant une différence à établir entre le mari et la femme. L'acceptation de la succession par le mari fait, de plein droit, tomber les dettes à la charge de la communauté, lors même qu'elle n'en recueillerait aucun actif; mais, si la succession est échue à la femme qui, sur le refus de son mari, n'accepte qu'en vertu de l'autorisation de justice, la communauté n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de l'actif constaté par un inventaire régulier: ce bénéfice cesse si le mari a autorisé ou s'il n'a pas fait inventaire. (Arg. des art. 1413, 1416, 1426; Pothier, De la Communauté, n° 261, 262; Duranton, t. 14, n° 232; Toullier, t. 12, n° 278, 279; Dalloz, 10. 203, 27.).

Cette distinction devrait être suivie lors même que la succession mobilière, acceptée par la femme pendant le mariage, se serait ouverte avant sa célébration. L'effet rétroactif de cette acceptation ne pourrait pas aller jusqu'à engager la communauté par un acte de la femme, acte auquel le mari aurait refusé de concourir.

150. Aux termes de l'art. 1412, les dettes d'une succession purement immobilière qui échoit à l'un des époux pendant le mariage, ne sont point à la charge de la communauté, sauf le droit qu'ont les créanciers de poursuivre leur paiement sur les immeubles de ladite succession.

Néanmoins, si la succession est échue au mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur paiement, soit sur tous les biens propres au mari, soit même sur ceux de la communauté; sauf, dans ce second cas, la récompense due à la femme ou à ses héritiers.

Mais cette récompense ne pourrait être demandée que pour le paiement du capital de ces dettes, et non pour les arrérages ou intérêts, qui doivent toujours être supportés par la communauté (C. civ., 1409, 3°; Toullier, t. 12, n° 280; Duranton, t. 14, n° 234; Dalloz, 10. 203. 28).

151. Si la succession purement immobilière est échue à la femme, l'art. 1413 établit une distinction : lorsque la femme accepte comme autorisée en justice, au refus du mari, les créanciers, en cas d'insuffisance des immeubles de la succession, ne peuvent se pourvoir que sur la nue propriété des immeubles personnels de la femme; lors, au contraire, que la femme accepte, du consentement de son mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur paiement sur tous les biens personnels de la femme.

Pourraient-ils, dans cette dernière hypothése, poursuivre leur paiement sur tous les biens de la communauté et même sur ceux du mari? Toullier se prononce pour l'exercice des droits des créanciers tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari; il se fonde: 1° sur l'art. 1419, qui, en principe général, veut que les dettes contractées par la femme, avec le consentement du mari, soient payées sur ses biens; 2° sur l'art. 1426, portant que les actes faits par la femme, sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point la communauté; d'où suivrait, par argument contraire, que s'il y a consentement du mari, la communauté est obligée; 3° enfin, sur l'opinion de d'Argentré et de Bourjon.

Il nous est impossible d'accepter cette doctrine: 1º elle est contraire au texte précis. clair, de l'art. 1413, qui, dans le cas particulier objet de sa disposition, n'attache à l'autorisation du mari d'autre effet que de permettre aux créanciers de la succession immobilière échue à la femme, de poursuivre leur paiement sur tous ses biens personnels. Comment, si les rédacteurs du Code avaient voulu confondre ce cas avec celui prévu par les articles 1419 et 1426, ne se seraient-ils pas expliqués dans les mêmes termes? 2º L'art. 1413 est, au surplus, conforme au principe de droit commun, qui auctor est non se obligat. En autorisant sa femme, le mari ne s'engage pas; 3º si cette autorisation emporte pour les créanciers le droit de saisir seulement les revenus des immeubles échus par succession à la femme, c'est qu'il n'a pas paru juste que la communauté tirât un profit quelconque d'une succession dont elle ne supporte pas les charges, et la limitation de l'action des créanciers à ces revenus, montre assez qu'elle ne peut pas s'étendre aux autres valeurs de la communauté. Ainsi, à ne s'arrêter qu'aux termes de l'art. 1413 et à ne consulter que son esprit, la question semble déjà résolue; 4º il n'est pas exact de dire que les art. 1419 et 1426 viennent compléter les dispositions de l'art. 1413. Ces deux articles réglent les cas non prévus par l'art. 1413, le sort des dettes contractées par la femme autrement que par une adition d'hérédité; ils portent : « que si le contrat a eu lieu avec le consentement du mari, le paiement pourra être poursuivi tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari. » On a voulu empêcher le concert entre le mari et la femme pour mettre sous le nom de celle-ci des dettes contractées dans l'intérêt commun, ou

32

même dans l'intérêt exclusif du mari: ce qui le prouve, c'est que les poursuites des créanciers ne sont pas seulement autorisées sur les biens de la communauté, mais même sur ceux du mari. Ainsi, vis-à-vis des tiers, l'obligation de la femme autorisée par son mari est considérée comme l'obligation du mari lui-même; ce qui fait ressortir la pensée comme le but de cet article, pensée et but tout à fait étrangers à l'espèce prévue et réglée par l'art. 1413. L'art. 1426 est encore moins significatif; il ne fait que rappeler un principe constant et n'autorise nullement l'argument à contrario qu'on veut en tirer. Si quelques coutumes contenaient des dispositions contraires, elles n'ont pas été suivies par le Code civil. Il nous paraît donc, en définitive, que les créanciers d'une succession immobilière acceptée par la femme, avec autorisation de son mari, ne peuvent s'adresser qu'aux biens personnels de la femme. (V. Delvincourt, t. 3, nº 258; Bellot, t. 1, p. 279; Battur, t. 1, nº 332; Dalloz, 10. 203. 24; Demante, Thémis, t. 18, p., 166; Duranton, t. 14, nos 235, 236.)

152. Enfin, « lorsque la succession échue à l'un des époux, dit l'art 1414, est en partie mobilière et en partie immobilière, les dettes dont elle est grevée ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la portion contributoire du mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à celle des immeubles. »

« Cette portion contributoire se règle d'après l'inventaire auquel le mari doit faire procéder, soit de son chef, si la succession le concerne personnellement, soit comme dirigeant et autorisant les actions de sa femme, s'il s'agit d'une succession à elle échue. »

Cette disposition tranche toutes les difficultés qui se présentaient avant le Code civil. (V. Pothier, De la communauté, nº 261.) Elle forme une exception au principe posé par l'art. 1409. Dans le règlement des dettes provenant de la succession mixte échue à l'un des deux époux, il n'y a plus lieu d'en distinguer la nature, soit mobilière, soit immobilière, mais de déterminer, dans la proportion du mobilier aux immeubles, la part contributoire qui doit tomber à la charge de la communauté légale, et celle au paiement de laquelle l'époux successible doit rester obligé. (Toullier, nos 284, 285, 286; Duranton, t. 14, nº 237; Bellot des Minières, t. 1, p. 188; Dalloz, 10. 204. 30.) Il est possible, d'après cette disposition, que la communauté doive plus qu'elle ne reçoit, si le passif de la succession dépasse l'actif. (Toullier, t. 12, n° 292.)

153. L'inventaire imposé au mari par le deuxième alinéa de l'art. 1414, doit s'entendre non-seulement de la description et de la prisée du mobilier, mais encore d'un état estimatif des immeubles. Cependant, quant à cet état estimatif, aucune déchéance ne pourrait être opposée au mari, et la valeur des immeubles pourrait être réglée même après la dissolution de la communauté. (Toullier, t. 12, n° 288, 289.)

154. « A défaut d'inventaire, et dans tous les cas où ce défaut préjudicie à la femme, elle ou ses héritiers peuvent, lors de la dissolution de la communauté, poursuivre les récompenses de droit, et même faire preuve, tant par titres et papiers domestiques que par témoins, et, au besoin, par la commune renommée, de la consistance et valeur du mobilier non inventorié. » (C. civ., 1415.)

La femme ou ses héritiers peuvent avoir intérêt à faire cette preuve, par exemple, si la succession était échue au mari, pour établir qu'il y a eu des dettes payées et que le mobilier, tombé dans la communauté, avait une valeur de beaucoup inférieure aux immeubles restés propres au mari.

Au surplus, ce droit n'appartient qu'à la femme; le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve (C. civ., 1415.). S'il éprouve un préjudice, il doit l'imputer à sa propre négli gence.

La preuve par commune renommée a toujours lieu par voie d'enquête; mais, dans les cas ordinaires, les témoins ne déposent que sur des faits précis, dont ils ont une connaissance personnelle, tandis que, dans le cas d'admission à la preuve par commune renommée, on peut invoquer de simples opinions, des rumeurs plus ou moins fondées et qui ne reposent sur aucun fait déterminé.

155. Au surplus, cette division des dettes entre la communauté et l'époux auquel la succession est échue, est étrangère aux créanciers qui poursuivent leur paiement sur les biens de la communauté, soit que la succession soit échue au mari, soit qu'elle soit échue à la femme, lorsque celle-ci l'a acceptée du consentement de son mari; le tout sauf les récompenses respectives (C. civ., 1416.).

Il faut remarquer que, dans ce cas, si la succession est acceptée par la femme, du consentement du mari, les créanciers ont droit sur les biens de la communauté, à la différence du cas prévu par l'art. 1413, où les créanciers n'ont droit que sur les biens personnels de la femme. La raison de cette différence se trouve non-seulement dans le texte des deux articles, mais encore dans cette considération, qu'une partie de la succession mixte tombe dans l'actif de la communauté, et que les créanciers étrangers à l'inventaire pourraient être · facilement trompés sur l'importance réelle du mobilier, comparée à la valeur des immeubles, si la loi ne leur donnait pas action sur tous les biens de la communauté. C'est un motif de plus pour maintenir nos observations sur l'art. 1413. — V. nº 121.

Les poursuites des créanciers peuvent encore être exercées sur les biens de la communauté, lors même que la succession n'aurait été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, si le mobilier avait été confondu dans la communauté, sans inventaire préalable (C. civ., 1416).

156. L'art. 1417 ajoute: « Si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, au refus du mari, et s'il y a eu inventaire, les créanciers ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers de ladite succession, et, en cas d'insuffisance, sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme. »

La loi dit: en cas d'insuffisance; la femme pourrait donc demander la discussion préalable des biens de la succession. (Toullier, t. 12, n° 291; Dalloz, 10. 204. 302.)

157. Si les droits de la succession à certains immeubles n'étaient pas certains ou même réalisés au moment du règlement des dettes entre les époux, ce règlement ne pourrait avoir lieu qu'à titre provisoire, ou à forfait, si les parties étaient maîtresses de leurs droits (Duranton, t. 14, n° 24).

158. La confusion ne s'opère pas en faveur ou contre l'époux débiteur ou créancier d'une succession tout à la fois mobilière et immobilière, et la dette ou la créance de cet époux doit être portée en ligne de compte pour établir sa situation vis-à-vis de la communauté. (Pothier, De la comm., n° 268, 269; Toullier, t. 12, n° 293; Duranton, t. 14, n° 243; Battur; Dalloz, 10. 204, n° 33.)

159. Les règles établies par les art. 1411 et suivants régissent les dettes dépendantes

d'une donation, comme celles résultant d'une succession (C. civ., 1418).

160. Les dettes contractées par les époux pendant la communauté doivent encore entrer dans la composition du passif. Il faut distinguer les dettes contractées par le mari de celles contractées par la femme.

161. Le mari, pendant le mariage, peut disposer à son gré des biens de la communauté; il a le droit de les vendre, de les aliéner, de les hypothèquer sans le concours de la femme, dans des intérêts communs ou non communs; il peut dissiper, perdre même tout l'actif de la communauté: de là suit que toutes les dettes, tant en capital qu'intérêts et arrérages, contractées par lui pendant la communauté, entrent nécessairement dans son passif.

162. Les amendes encourues par le mari pour crimes n'emportant pas mort civile, peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, sauf la récompense due à la femme. Ainsi, ces amendes ne sont pas, à proprement parler, une dette de communauté, d'après ce principe: Nulla societas criminum inita videtur inter conjuges.

Il n'est pas douteux que le paiement des réparations civiles et des dépens pourrait également être poursuivi sur les biens de la communauté. Mais la femme qui aurait accepté cette communauté devrait-elle être indemnisée? Sous la jurisprudence antérieure au Code, l'indemnité n'était pas même due à raison de l'amende (Pothier, De la comm., nº 248). L'art. 1424 n'a pas, ainsi que nous venons de le dire, suivi cette doctrine. Mais cet article, qui est une innovation législative, ne parle que des amendes; et comme la disposition déroge au principe que le mari peut disposer à son gré des biens communs, il ne semble pas qu'elle doive être étendue au delà de ses termes et appliquée, par conséquent, aux condamnations en dommages-intérêts prononcées contre le mari par suite d'un délit. On peut, d'ailleurs, invoquer à l'appui de cette solution la différence de rédaction qui existe entre les art. 1424 et 1425. Tandis que le premier de ces articles parle seulement des amendes, expression qui a sa signification propre et restreinte, dans le second, au contraire, le législateur emploie le terme de condamnations, qui, par sa généralité, embrasse tant les condamnations civiles que les amendes. Cette différence dans les termes ne révèle-t-elle pas la restriction qui a été dans la pensée du

législateur relativement aux condamnations prononcées à raison d'un délit? Et cette restriction, du reste, se concoit et s'explique trèsbien. En soumettant le mari à une récompense pour les amendes prononcées contre lui, la loi s'est déterminée, sans doute, par cette considération que les amendes, comme toute peine en général, ne doivent atteindre que l'auteur du délit à raison duquel elles ont été encourues. Or, cette considération ne s'applique évidemment pas aux réparations civiles dont un délit peut être la source. Ajoutons enfin que la différence que nous établissons ici entre les amendes et les condamnations prononcées à raison d'un délit n'emportant pas mort civile, a été expressément consacrée par la cour royale de Douai, le 30 janvier 1840 (S.-V. 40. 2. 322; D. P. 40. 2. 698), et qu'elle a été solidement établie par MM. Toullier (t. 12, nº 224), Zachariæ, Aubry et Rau (Cours de droit civil, t. 3, § 509, p. 441). Nous ne devons pas dissimuler toutefois que la question ne soit fortement controversée. - V., en sens contraire de cette solution, MM. Delvincourt (t. 3, p. 33), Vazeille (Du mariage, t. 2, nº 371), Bellot des Minières (Contr. de mariage, t. 2, p. 433 et 437), Battur (ibid., t. 1, nº 316) et Duranton (t. 14, nº 298).

163. Depuis Dumoulin, l'ancienne jurisprudence, conforme aux principes enseignés par ce grand jurisconsulte, avait également admis que si le crime du mari emportait mort civile, les condamnations pécuniaires prononcées contre lui, quelle qu'en fût la nature, ne frappaient que sa part dans la communauté et ses biens personnels (Pothier, nº 249; Pocquet de la Livonière, liv. 4, chap. 1er, nº 24). Le motif était que la mort civile opérait de plein droit la dissolution de la communauté. Ce motif s'appliquait également au cas de condamnation prononcée contre la femme. L'art. 1425 du Code civil a converti cette jurisprudence en loi (Duranton, t. 14, nº 297; Toullier, t. 12, nº 221, 222, 223; Dalloz, 10. 200. 13). Si la condamnation prononcée contre le mari était par contumace, pendant les cinq années qui lui sont laissées pour se représenter, la condamnation pourrait être exécutée sur la communauté, sauf, plus tard, l'indemnité due à la femme, ou même sauf à elle à provoquer sa séparation de biens (Duranton, t. 14, nº 297).

164. Le principe que la communauté est tenue de toutes les dettes contractées par le mari pendant sa durée, reçoit exception à l'égard de celles qui sont contractées exclusivement dans son intérêt, par exemple, pour l'affranchissement d'un droit de servitude grevant son héritage propre. (C. civ., 1422, 1437; Toullier, t. 12, n° 227.)

Ce principe recevrait encore exception dans le cas où les dettes auraient été contractées par le mari dans l'intérêt exclusif de ses père et mère, de ses enfants d'un autre lit. Aux termes de l'art. 911 du Code civil, les personnes étant réputées interposées, il y aurait présomption juris et de jure que le mari aurait contracté ces engagements uniquement dans son intérêt personnel, et la communauté devrait être indemnisée (Pothier, n° 251; Toullier, t. 12, n° 228 et 229).

165. Pothier étend même cette règle aux parents collatéraux, héritiers présomptifs du mari au jour de l'obligation. Cette doctrine est conforme aux principes.de l'ancienne jurisprudence, qui défendait au mari de disposer, à titre gratuit et particulier, des effets de la communauté au profit de ses héritiers présomptifs, même collatéraux. Cette jurisprudence n'a pas été adoptée par le Code civil; au contraire, l'art. 1422 permet au mari de donner le mobilier de la communauté à toutes personnes. L'exception enseignée par Pothier ne devrait donc plus être suivie sous l'empire de la loi nouvelle. (Merlin, Rép., vº Communauté, § 5, nº 5; Toullier, t. 12, nº 227; Dalloz, 10. 200. 188 et suiv.)

166. Si le mari vend un propre de sa femme sans son consentement, l'obligation de garantie résultant de ce contrat sera-t-elle considérée comme une dette de la communauté, en telle sorte que la femme, en acceptant cette communauté, soit tenue à la garantie pour moitié, et, dès lors, déchue dans la même proportion du droit de revendiquer son immeuble propre, par application de la maxime: Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio?

M. Toullier (t. 12, n° 226) pense qu'en effet la femme commune sera non recevable dans son action en revendication, jusqu'à concurrence de moitié, par ce motif que la communauté est obligée au paiement de toutes les dettes du mari, et que l'obligation de garantie fait évidemment partie de ces dettes. Il existe un arrêt en ce sens, rendu par la cour d'Amiens, le 18 juin 1814 (Devil-

len. et Car. 4. 2. 394; J. P. 3º édit.; D. A. 10. 262). Il nous semble que l'opinion contraire est préférable : le mari ne peut pas, sans le concours de sa femme, vendre ses propres et obliger celle-ci à garantir la vente qui lui est étrangère; ce serait permettre de frauder la loi et donner au mari le droit de faire indirectement ce qu'il ne lui est pas permis de faire directement. D'un autre côté, est-il vrai que la garantie soit due? Le mari vend, sans pouvoir, un bien qui ne lui appartient pas: la vente est nulle, aux termes de l'art. 1599; elle ne peut donner lieu à des dommages-intérêts, puisque l'acheteur ne saurait prétexter l'ignorance où il aurait été que la chose fût à autrui : Nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit. C'est cet acheteur qui, à raison de sa mauvaise foi, pourrait être contraint à la restitution des fruits, au moins de ceux échus depuis la dissolution du mariage. La seule restitution à laquelle la femme soit tenue, est celle de la moitié du prix versé dans la communauté, restitution fondée sur cette règle d'équité autant que de droit, nemo alterius detrimento locupletior fieri potest, et tout à fait distincte de l'obligation de garantie. (C. civ., 1629) Nous croyons donc que la femme, dans ce cas, pourrait revendiquer son immeuble et tous les fruits échus depuis la dissolution de la communauté, sous la seule condition de restituer la moitié du prix. Pothier, dans son Traité du contrat de vente (nº 179), n'avait pas adopté cette doctrine; il y est revenu dans son Traité de la communauté (n° 253). Elle est également enseignée par Lebrun (liv. 2, chap. 3, no 38); parmi les auteurs modernes, Merlin et Battur l'ont adoptée, et ensin on peut l'appuyer, par analogie, sur un arrêt de la cour de Paris du 15 février 1839 (S.-V. 40. 2. 212). Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 2 juillet 1840 (S.-V. 40. 1. 887; D.-P. 40. 1. 25).

167. Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté (C. civ., 1426).

Par le mot actes, il faut entendre non-seulement les obligations contractées, mais encore les délits, quasi-délits et quasi-contrats. La communauté n'est jamais engagée, par le fait de la femme, sans l'autorisation du mari; mais la femme peut être obligée, même sans autorisation de justice, par son

délit, son quasi-délit, et même par un quasicontrat.—V. Autorisation de femme mariée. Dans ces divers cas, l'exécution de ses obligations ne peut être poursuivie que sur la nue propriété de ses biens personnels, la jouissance desdits biens appartenant à la communauté. (C. civ., 1424.)

M. Toullier (t. 12, n°'231) excepte avec raison les cas où le mari est responsable des délits de sa femme, tels que les délits ruraux, forestiers ou de pêche, et ceux qu'il pouvait empêcher. Les condamnations s'exécutent alors sur les biens de la communauté et même sur les biens personnels du mari; mais la femme devrait récompense.

168. Nous avons vu que si la femme à contracté avec l'autorisation du mari, le paiement peut être poursuivi tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme, et nous avons donné la raison de cette disposition. Il faut remarquer, au surplus, qu'elle a été édictée surtout et exclusivement dans l'intérêt des tiers; qu'à l'égard des deux époux, l'obligation conserve son véritable caractère et n'est pas toujours considérée comme une charge de la communauté; l'art. 1419 ajoute « sauf la récompense due à la communauté, ou l'indemnité due au mari. »

Ainsi, la dette a-t-elle été contractée par la femme, du consentement du mari, pour les affaires de la communauté, et la femme accepte-t-elle la communauté, le créancier sera payé sur la masse commune, et il n'y aura ni récompense ni indemnité. En cas de renonciation, la femme poursuivie aurait un recours contre les héritiers du mari.

La dette a-t-elle été contractée pour affaires personnelles à la femme, celle-ci, libérée par la communauté ou par le mari, devrait indemniser l'un ou l'autre.

Enfin, la dette a-t-elle été contractée dans l'intérêt exclusif du mari, il serait dû par lui récompense à la communauté de la somme qui y aurait été prise; et si la femme renonçait, il lui serait dû indemnité dans le cas de poursuites exercées sur ses biens.

Toutes ces différentes hypothèses sont clairement expliquées par Toullier (t. 12, n° 233). Ses explications viennent encore confirmer le sens attribué par presque tous les auteurs à l'art. 1413, sens combattu par Toullier (V. n° 121). Il en résulte en effet que les dettes contractées par la femme, même avec l'auto-

risation de son mari, ne sont pas, nécessairement et selon la véritable signification des mots, dettes de communauté. Au contraire, la présomption de la loi les répute dettes personnelles à la femme, puisqu'elle oblige celle-ci à indemniser soit la communauté, soit le mari, selon que les dettes ont été payées des deniers de la communauté ou des deniers du mari; que si la loi accorde au créancier personnel de la femme action sur les biens communs et sur les biens personnels du mari, ce n'est pas parce qu'elle considère ce dernier comme obligé par son autorisation, mais seulement dans l'intérêt des tiers, pour éviter un accord frauduleux entre le mari et la femme, et sans préjudice des récompenses ou indemnités qui pourront être dues par la femme, dont le créancier personnel aurait été payé par la communauté ou par le mari.

La même raison n'existait pas dans le cas de l'art. 1413; il ne pouvait pas y avoir fraude dans l'acceptation d'une succession par la femme, même avec le consentement du mari, et la loi n'a pas dû autoriser les poursuites des créanciers de cette succession sur d'autres biens que ceux appartenant à leur débiteur.

169. Les termes de l'art. 1426 servent à résoudre une question souvent controversée: les frais de l'instance en séparation de corps formée soit par la femme, soit par le mari, sont-ils à la charge de la communauté?

Point de difficulté si la demande est formée par le mari; qu'elle soit accueillie ou repoussée, peu importe. Le paiement des frais pourra être poursuivi sur tous les biens de la communauté, sauf cependant récompense de la part de la femme, si, ayant succombé, elle a été condamnée aux dépens, et jusqu'à concurrence de la portion mise à sa charge par le jugement.

Si la demande formée par la femme a été accueillie par la justice, et si le mari a été condamné aux frais, la communauté doit en, core les supporter; et si la femme, par suite du mandat conféré directement par elle à son avoué, avait été obligée de les payer, elle devrait être indemnisée.

Mais lorsque la femme succombe, les frais de l'instance sont-ils une charge de la communauté? On fait valoir la nécessité de laisser à la femme les moyens de se défendre contre

les excès de son mari. L'art. 1426 s'oppose à ce que cette considération soit admise; les principes généraux n'y sont pas moins contraires. Il est de règle, en effet, que celui qui succombe doit être condamné aux dépens; les juges peuvent seulement les compenser, à raison de la qualité des parties (C. proc., 130 et 131). Or, soit que les juges aient usé de cette faculté, soit qu'ils ne l'aient pas fait, il est évident que, dans l'espèce. on ne peut, en principe, mettre les dépens à la charge de la communauté, c'est-à-dire du mari, puisque, dans le premier cas, le tribunal n'a voulu les lui faire supporter que pour partie, et que, dans le second, il l'en a complétement affranchi. L'avoué n'aura donc d'action, soit dans l'une soit dans l'autre hypothèse, ni contre la communauté, ni contre le mari. C'est aussi l'opinion le plus généralement suivie. (V. Paris, 7 fév. 1806; Devillen. et Car. 2. 2. 112;—Cass. 8 mai 1821, Devillen. et Car. 6. 1. 428;—Paris, 8 nov. 1827. S.-V. 28. 2. 247; D.-P. 28. 2. 179. — Carré, Lois de la proc., nº 548; Chauveau, Comment. du tarif, t. 2 p. 365, nº 23.) Il existe cependant des arrêts en sens contraire. (V. Bruxelles, 5 juill. 1809, Devillen. et Car. 3. 2. 98; D. A. 1. 101; - Paris, 11 mai 1815, Devillen. et Car. 5. 2. 43; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 201.) Un arrêt de la 3e chambre de la Cour royale de Paris, du 14 août 1840 (V. Devillen. et Car. 5. 2. 43, à la note), a jugé que le mari était tenu des frais, sauf recours contre la femme. Cet arrêt ne nous paraît pas conforme aux véritables principes.

On doit faire remarquer, au surplus, que la femme ne se trouve pas, par l'application rigoureuse de l'art. 1426, désarmée vis-à-vis de son mari. Elle peut demander une provision; mais si elle ne forme pas cette demande, ou si la provision a été insuffisante et qu'un supplément n'ait point été accordé, le paiement des frais ne pourra pas être poursuivi sur la communauté. Il en doit être ainsi : en effet, le mari qui, sous forme de provision, aurait avancé les frais à la femme, pourrait, si elle succombait, en poursuivre la répétition; d'où suit évidemment que si cette avance n'a pas eu lieu, le mari ne saurait être atteint par l'action de la femme, ou de l'avoué qui est aux droits de la femme : c'est ce qui a été jugé par un dernier arrêt de Cassation, du 11 juillet 1837 (S.-V. 37. 1. 576). Cet arrêt nous paraît concilier les égards dus à la position

malheureuse de la femme avec les exigences de la loi.

tion au principe que les actes faits par la femme, sans l'autorisation de son mari, n'engagent point les biens de la communauté, si ce n'est, ajoute cet article, « lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce. » L'art. 220 du Code civil contient la même disposition.

La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. Ainsi, il n'est pàs nécessaire que le mari, dans ce cas, concoure à chacun des actes de la femme, mais il faut qu'il ait donné une autorisation de faire le commerce, soit expresse, soit tacite. Dans le silence de la loi, il suffit que le mari ait connaissance du commerce de la femme et ne s'y oppose pas. — V. Commerce (actes de), n° 292.

171. «La femme n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé.» (C. civ., 220; C. de com., art. 5.) Il ne suffirait pas que son commerce remontât à une date antérieure au mariage, ou qu'elle eût pris la qualité de commerçante dans les actes par elle souscrits. — V. Commerce (actes de), n° 246, 292.

172. Elle n'engage la communauté que par les actes faits par elle comme marchande publique et pour le fait de son commerce, et non par ceux qu'elle aurait contractés, pour ses besoins personnels ou les besoins de son mari, en dehors du commerce.

173. Elle n'engage que les biens et non la personne du mari, qui ne serait pas soumis à la contrainte par corps, même pour les actes qui entraîneraient cette voie d'exécution contre sa femme.—V. Commerce (actes de), n° 306.

Mais elle engage tous les biens de la communauté; après sa dissolution, le mari, comme chef, peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre la femme en cas d'acceptation. Malgré sa renonciation, la femme serait obligée sur ses biens personnels vis-à-vis des créanciers, mais il lui serait dû indemnité. (C. civ., 1419; Toullier, n° 260)

174. Il faut qu'il y ait communauté: la femme commerçante n'obligerait pas son mari sous le régime dotal, ou de séparation de biens, ou d'exclusion de communauté.

Il suffit qu'il y ait société d'acquêts, même

avec stipulation que la totalité de l'actif appartiendrait à la femme survivante (Toullier, t. 12, n° 253, 254, 255, 256).

175. Il n'est pas douteux que le mari peut révoquer son consentement. Il faut que cette révocation soit rendue publique; les tiers de bonne foi qui traiteraient avec la femme, auraient action contre la communauté; inutile d'ailleurs de dire que cette révocation n'aurait effet que pour l'avenir. (*Ibid.*, n°s 257, 258.) V. Commerce (actes de), n° 293.

176. Le mari pourrait-il faire cette révocation en cas de séparation de biens, soit contractuelle, soit judiciaire? On peut dire qu'il
est sans intérêt dans ce cas; cependant l'art. 4
du Code de commerce exige son consentement,
quel que soit le régime adopté. Il faut distinguer: si le consentement avait été donné par
le contrat de mariage, il serait irrévocable; en
cas de séparation judiciaire, la femme pourrait signaler à la justice la révocation faite
par son mari, méchamment, dans un esprit
de persécution, et ses plaintes devraient être
accueillies. (Toullier, t.12, n° 259; Dalloz, 10.
203. 25.)

177. Par exception à la règle générale, on doit encore reconnaître que la femme oblige la communauté pour les emplettes de fournitures et de choses nécessaires au ménage, et généralement pour toutes les acquisitions dont la communauté a tiré un profit. La femme, dit Lebrun, est réputée procuratrice du mari. (Lebrun, liv. 2, chap. 3, sect. 2, nº 6; Merlin, Rép. vº Autorisation maritale, sect. 7, nº 7; Toullier, t.12, nos 261 et suiv.; Duranton, t.14, nº 250; Dalloz, 10. 202. 20; Zachariæ, t. 3, § 411, nº 2. - Paris, 1er mai 1823, S.-V. 24. 2. 96; D. A. 10. 138; — Cass. [rej.] 14 février 1826, S.-V. 26. 1. 332; D. P. 26. 1. 125; — 3 fév. 1830, S.-V. 30. 1. 136, J.P. 3º édit.; D. P. 30. 1. 106;—Paris, 21 avril 1830, S.-V. 30.2. 218; J. P. 3e édit.; D. P. 30. 2. 196.)

Cette jurisprudence n'est pas contestable, lorsque les fournitures ont été faites pour la subsistance des époux. Indépendamment de la raison donnée par Lebrun pour les mettre à la charge de la communauté, on peut dire que ces fournitures ont eu pour objet l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi au mari, et dès lors doivent, par leur nature même, rester à la charge de la communauté. Ainsi, non-seulement les acquisitions faites par la femme obligent la communauté, mais elles n'engagent que la communauté, et

la femme n'en est point tenue. (Toull. t. 12, n° 273.) C'est aussi ce que décident deux des arrêts ci-dessus cités.

178. L'absence du mari ne serait qu'un motif de plus pour mettre à sa charge les dépenses faites par sa femme, laissée par lui dans le dénûment, pour subvenir à ses besoins personnels.

179. Il ne suffirait pas au mari, pour se faire décharger, d'alléguer qu'il a toujours donné de l'argent à sa femme; ces arrangements domestiques ne seraient pas opposables aux tiers.

180. Cependant la règle que nous venons de poser recevrait exception dans plusieurs cas:

1º Si les époux, sans qu'un jugement fût intervenu entre eux, avaient cependant des ménages séparés, les marchands n'auraient action contre la communauté que jusqu'à concurrence du bénéfice qu'elle aurait retiré de leurs fournitures;

2° Si le mari a défendu aux marchands de faire des fournitures à sa femme; mais il aurait à prouver cette défense, et il serait douteux que son serment suffit, comme le dit M. Toullier (*ibid.*, n° 269); les circonstances devraient être consultées;

3° En cas d'excès, et, à plus forte raison, s'il y avait fraude ou connivence entre les marchands et la femme, le mari ne serait point tenu;

4° Le mari aurait droit de refuser les fournitures avant la livraison effectuée, et de contraindre les marchands à les reprendre.

Au surplus, il est clair que le juge devrait tenir compte des circonstances de fait au milieu desquelles les fournitures auraient été livrées à la femme.

181. L'art. 1427 du Code civil porte : « La femme ne peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari de prison, ou pour l'établissement de ses enfants, en cas d'absence du mari, qu'après y avoir été autorisée par justice. » L'ancienne jurisprudence était moins sévère. Dans ce cas, au surplus, et quoique la femme n'ait contracté qu'avec l'autorisation de justice, par dérogation au principe posé en l'art. 1426, elle engage la communauté et même le mari personnellement.

Il faut que le mari soit incarcéré; il ne suffirait pas qu'il y eût des poursuites par corps dirigées contre lui. (Valin, art. 23, Coutume de la Rochelle.)

L'autorisation devrait être refusée, si le mari pouvait échapper à la contrainte par corps par une cession de biens (Lebrun; Toullier, t. 12, n° 235).

Il suffirait de l'autorisation de justice même pour la femme mariée mineure; il ne serait pas nécessaire d'y joindre une délibération du conseil de famille.

Enfin l'art. 1427 s'appliquerait également au cas où il s'agirait de tirer le mari de captivité en payant sa rançon.

182. L'obligation contractée par la femme avec autorisation de justice, au refus du mari, pour le tirer de prison, engagerait la communauté. (Battur, n° 299; Toullier, t. 12, n° 237.)

Il n'en serait pas de même de celle contractée pour tirer l'enfant commun de prison; ce serait une atteinte portée aux droits de la puissance paternelle (Merlin, Rép., v° Autorisation maritale, sect. 7, 13; Toullier, loc. cit.; Dalloz, 10. 202. 19.)

183. Il faudrait encore mettre à la charge de la communauté: 1° les billets qui auraient été signés par la femme pour son mari ne sachant pas écrire, et d'après un usage suivi entre eux; 2° les actes que, dans l'usage, le mari aurait habituellement laissé signer à sa femme, par exemple, des quittances données à des fermiers ou à des locataires.

184. Aux termes de l'art. 1420, « toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari, est à la charge de la communauté; et le créancier n'en peut poursuivre le paiement ni contre la femme ni sur ses biens personnels.»

185. Enfin il est un cas où la femme, quoique partie au contrat, n'est cependant, à l'égard de son mari, regardée que comme s'étant obligée à titre de caution, et doit être indemnisée de son obligation: c'est le cas où elle s'est engagée solidairement avec son mari pour les affaires de celui-ci, ou pour celles de la communauté (C. civ., 1431); mais les créanciers pourraient la poursuivre pour la totalité, sans qu'elle pût proposer l'exception de discussion. — V. Cautionnement, n° 81.

Les autres charges de la communauté sont: 1° les réparations usufruitières des immeubles qui n'entrent point dans la communauté (V. Usufruit); 2° les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants, et toute autre charge du mariage (C. civ., 1409).

Il faut étendre ces mots : l'éducation et

l'entrétien des enfants, même aux enfants d'un premier lit, s'ils n'ont pas de revenus personnels; cette dépense constitue une dette de l'un des époux, et, à ce titre, tombe à la charge de la communauté.

186. On doit considérer aussi comme charges de la communauté les frais d'inventaire, de liquidation et de partage après dissolution de la communauté; les frais de dernière maladie, mais non les frais funéraires de l'époux prédécédé. (Pothier, De la communauté, nos 194 et 195.)

Le deuil de la femme est aux frais des héritiers du mari prédécédé; la valeur en est réglée suivant la fortune du mari, et il est dû même à la femme qui renonce à la communaule.

Sect. 2. — De l'administration de la communauté et de l'effet des actes de l'un ou l'aûtre époux relativement à la société conjugale.

187. Cette section comprendra l'explication 1° des droits du mari sur les biens de la communauté, soit comme administrateur, soit comme propriétaire conditionnel de ces biens; pouvant en disposer même à titre gratuit, dans de certaines limites, au profit de toutes personnes; d'une manière absolue, au profit des enfants du mariage, à titre de constitution dotale; les grever par ses engagements, ses fautes, ses délits ou ses crimes; 2° des droits du mari comme administrateur des biens de sa femme; 3° des récompenses dues par la communauté aux époux, ce qui comprend la matière des remplois, et par les époux à la communauté.

## § 1er. — Droits du mari sur les biens de la communauté.

188. Le mari administre seul les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme. (C. civ., 1421.)

L'art. 225 de la coutume de Paris réputait le mari seigneur des biens de la communauté, et lui permettait d'en disposer à son plaisir et volotité. Le Code ne va pas si loin. Cependant il faut reconnatiré qu'il confère au mari un véritable droit de propriété sur les biens communs, sauf certaines limitations apportées dans l'intérêt de la femmé. Cela est si vrai qu'aujourd'hui encore, comme sous l'empire des

coutumes, le mari peut dissiper, perdre les valeurs de la communauté, en négliger le recouvrement, sans être assujetti à aucune responsabilité. La femme n'a que le droit de renoncer à une société onéreuse pour elle, ou de provoquer sa séparation de biens, si sa fortune personnelle est mise en péril. Le mari a donc cette faculté d'user et d'abuser, qui constitue le droit de propriété.

189. Comme l'observe avec raison M. Toullier (t. 12, n° 305), cette définition des droits du mari résout la question, longtemps controversée, de savoir si l'hypothèque légale de la femme s'étend aux conquêts de la communauté. Tous les auteurs sont aujourd'hui d'accord pour reconnaître l'existence de cette hypothèque. (Grenier, t. 1er, n° 248; Battur, t. 2, n° 521; Pannier, Hyp., p. 145; Troplong, t. 2, n° 433 ter; Zachariæ, t. 2, § 264, n° 20.) MM. Persil et Delvincourt enseignent seuls une doctrine contraire; mais elle n'a pas été consacrée par la jurisprudence. (V. notamment Cass. 9 nov. 1819, Devillen. et Car., 6. 1. 128; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 142.)

190. L'administration des biens de la communauté est personnelle au mari; elle lui appartient comme chef de l'association conjugale. Il ne peut être stipulé par le contrat de mariage que la femme administrera les biens de la communauté ou ceux de son mari. Une pareille clause ne pourrait que lui conférer l'administration de sés biens personnels (C. civ., 223, 1388, 1421). Mais la femme pourrait administrer en vertu de la procuration spéciale et révocable de son mari.

191. Le droit sur les biens de la communauté est tellement propre au mari, que l'impuissance où serait celui-ci de l'exercer ne le fait pas même passer à sa femme. En cas d'interdiction du mari, la femme n'est pas tutrice de droit (C. civ., 506). Si le conseil de famille lui confère cette qualité, il doit en même temps nommer un subrogétuteur, prescrire un inventaire, régler la forme et les conditions de l'administration, sauf recours aux tribunaux en cas de dissentiment (C. civ., 507). Pour les actes excédant les bornes d'une simple administration, la femme doit encore s'adresser à la justice (C. civ., 222). La femme, si elle n'est pas nommée tutrice, ne conserve que les droits résultant de la puissance paternelle sur les enfants du mariage.

En cas d'absence du mari, de condamna-

tion par contumace ou contradictoire à une peine afflictive ou infamante, les art. 124, 141, 221, 222 du Code civil, 475 du Code d'instruction criminelle, règlent les droits de la femme qui, dans aucun cas, n'est substituée aux pouvoirs si étendus conférés au mari par la loi sur les biens de la communauté.

192. Le séquestre, autorisé par l'art. 465 du Code d'instruction criminelle, sur les biens de l'accusé contumax, ne peut, au cas où cet accusé est une femme mariée sous le régime de la communauté, être apposé sur les biens propres et les capitaux mobiliers de la femme dont les revenus tombent en communauté. (Angers, 28 mars 1833, S.-V. 33. 2. 258; D. P. 33. 2. 138; — Paris, 15 fév. 1833, S.-V. 33. 2. 258; J. P. 3° édit.)

Dans ce cas, la condamnation par contumace à une peine emportant mort civile, ne ferait pas même cesser, à l'égard du mari, les effets civils du mariage en ce qui touche les biens de la communauté; le mari en conserve l'administration. Quant aux biens propres de la femme, dont les fruits ou revenus tombent dans la communauté, le séquestre apposé par le domaine sur ces biens n'enlève pas au mari le droit d'en percevoir seul les fruits et revenus; mais il n'en conserve pas l'administration. (Mêmes arrêts.)

193. La stipulation que le mari ne pourrait pas vendre les biens de la communauté sans le consentement de sa femme, devrait-elle recevoir son exécution? L'affirmative s'induit forcément de l'art. 1387 du Code civil. Aussi cette doctrine est-elle enseignée par tous les auteurs (Duranton, t. 14, nº 266; Toullier, t. 12, nº 309; Battur, t. 2, nº 547; Zachariæ. t. 3, § 504, note 1 ). Cependant elle est combattue par Bellot des Minières (t. 1er, p. 314), Dalloz (A. 10. 206. nº 14). Il est certain qu'une pareille clause peut offrir quelques inconvénients. Cependant il serait difficile de la faire considérer comme nulle. L'article 1388 invoqué par M. Bellot ne la prohibe pas; les tiers, s'ils traitent avec le mari seul, ont à se reprocher de n'avoir pas consulté le contrat de mariage; et enfin, on ne peut pas dire que les biens communs soient, contre l'intérêt public, frappés d'indisponibilité; seulement ils ne peuvent être aliénés qu'avec le concours des deux époux.

194. Nous avons vu ( n° 23 ) qu'une libéralité pourrait être faite à la femme, sous la condition qu'elle toucherait seule les fruits des biens donnés. C'est là une modification apportée à l'administration du mari.

195. Il faut remarquer que le mari peut engager les biens de la communauté, non-seulement pour les affaires qui la concernent, mais même pour celles qui lui sont personnelles, sauf les indemnités qu'il lui devra plus tard, s'il a ainsi payé ses propres dettes. Mais le droit de la femme se résout toujours en une indemnité. Elle ne peut contester les droits acquis aux créanciers du mari, lors même que leurs titres seraient antérieurs à la célébration du mariage. Si ces créanciers avaient été payés pendant le mariage, la femme n'aurait contre eux aucune action en répétition.

S'ils n'ont pas été payés, et que le mari leur ait accordé une hypothèque sur les biens de la communauté, ou qu'ils l'aient acquise en vertu d'une condamnation obtenue contre lui, ils exerceront cette hypothèque à la date de son inscription, sans que ni la femme ni les créanciers de la communauté puissent prétendre aucun droit de préférence. La raison de décider ainsi est que le mari est maître des biens de la communauté, tant qu'elle subsiste; que l'hypothèque procédant même d'une dette qui lui est personnelle, a régulièrement frappé ces biens; qu'elle a conféré aux créanciers un droit réel dont ils ne peuvent pas plus être dépouillés par la dissolution de la communauté, qu'ils ne pourraient être astreints à rapporter les sommes qui en auraient été tirées pour les payer. Il n'y aurait pas lieu de leur appliquer les principes qui régissent les sociétés ordinaires, en vertu desquels les créanciers personnels de l'un des associés ne peuvent être payés que sur sa part et après le paiement des créanciers de la société. La communauté conjugale est une société d'une nature particulière et qui fait exception à ces règles. Maritus vivit dominus, moritur socius; uxor non est proprie socia, sed speratur fore. La combinaison des art. 1421 et 1510 ne laisse aucun doute sur ce point.

196. Si le mari avait convolé en secondes noces, les héritiers de la première femme pourraient-ils exercer leur hypothèque légale sur les biens de la seconde communauté? Nous n'en doutons pas. Aux termes de l'article 2121 du Code civil, l'hypothèque légale de la femme existe sans inscription sur les biens présents et à venir du mari. Celui-ci avait le droit d'aliéner les biens de sa seconde

communauté: l'hypothèque légale de la première femme les a donc frappés utilement. Il en est résulté pour celle-ci un droit réel, que l'acceptation ultérieure de la communauté par la seconde femme n'a pas pu faire évanouir: autrement, il faudrait dire que le créancier hypothécaire légal serait traité plus défavorablement que les créanciers personnels ordinaires du mari.

Il en serait de même des enfants mineurs du premier lit, créanciers de leur père remarié, agissant en vertu de leur hypothèque légale sur les immeubles de la seconde communauté.

Nous devons dire cependant que cette doctrine paraît avoir été repoussée par un arrêt de la cour royale de Paris, rendu contre nos conclusions, le 17 juin 1844 (J. P. 1844. 2. 76). La cour a pensé que les enfants du premier lit, créanciers hypothécaires de leur père pour raison des reprises de leur mère, ayant, du chef de leur mère et de leur chef, une hypothèque légale, n'avaient cependant pas pu l'exercer sur les immeubles dépendants d'une société d'acquêts, au préjudice des créanciers de cette société. Nous devons croire que, s'il s'était agi d'une seconde communauté, la cour aurait jugé dans un sens différent. Même en présence d'une société d'acquêts, cet arrêt nous paraît contraire aux principes : la société d'acquêts n'est qu'une communauté modifiée, dont le mari est le chef avec tous les droits attachés à cette qualité, tellement que la femme peut y renoncer, arrivant sa dissolution (C. civ., 1581, 1498, 1499). Il y avait donc lieu, selon nous, d'appliquer la doctrine que nous venons de rappeler.

197. Le mari ne peut disposer, à titre gratuit, des immeubles de sa communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs.

Il peut néanmoins disposer des effets mobiliers, à titre gratuit et particulier, au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. (C. civ., 1422)

198. Déjà sous l'empire du droit coutumier, on avait compris que le pouvoir du mari, quelle que fût son étendue, devait cependant être limité dans l'intérêt de la femme, quant à la faculté de faire des actes à titre gratuit. L'art. 225 de la coutume de Paris, qui reconnaissait au mari le droit de donner entre-vifs, à son plaisir et volonté, sans le

consentement de sa femme, ajoutait ces mots: à personne capable et sans fraude. De là plusieurs exceptions consacrées par la doctrine des auteurs et par la jurisprudence. La loi nouvelle, plus précise dans ses termes, laisse moins de place à l'arbitraire des appréciations.

199. La donation excessive était considérée comme frauduleuse. On réputait excessive la donation universelle ou à titre universel. L'art.1422 va plus loin: il interdit au mari le droit de disposer des immeubles de la communauté, et de l'universalité ou même d'une quotité du mobilier. Il peut seulement disposer des effets mobiliers, à titre gratuit et particulier, et au profit de toutes personnes, même héritières présomptives du donateur, ou à la succession desquelles il pourrait avoir des droits. L'intention du législateur a été évidemment de faire disparaître les causes de nullité consacrées par la jurisprudence ancienne. La faculté de disposer, restreinte quant aux biens qui peuvent en être l'objet, a été étendue par la loi nouvelle, quant aux personnes qui peuvent être appelées à en profiter.

200. Il est évident qu'une donation d'immeubles, d'une universalité ou d'une quotité déterminée de mobilier, déguisée sous forme d'un contrat onéreux, pourrait être attaquée par la femme ou ses héritiers.

201. Il semble que la donation, même à titre particulier, pourrait également être critiquée, s'il paraissait qu'elle a été faite dans la pensée d'éluder les dispositions prohibitives de la loi : par exemple, si la totalité ou la presque totalité du mobilier avait été donnée à titre singulier par plusieurs actes de libéralité. Les circonstances devraient être consultées; il faudrait rechercher quelle est l'importance du mobilier commun par rapport aux immeubles; le lien de parenté qui unirait les donataires au donateur, soit qu'il fût leur héritier, ou qu'au contraire ceux-ci pussent prétendre des droits à sa succession; l'époque de la donation, époque plus ou moins rapprochée de l'ouverture probable de la succession soit du donateur soit des donataires : tous ces faits devraient être pris en considération. Il n'a pu être dans la pensée du législateur de permettre au mari de faire indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement, et la fraude, qui fait exception à toutes les règles, doit toujours être réprimée.

202. Malgré la généralité des expressions de l'art. 1422, il est des cas où la libéralité faite par le mari, quoique mobilière et à titre singulier, ne devrait cependant pas être à la charge de la communauté : c'est le cas où cette libéralité serait adressée à l'enfant du premier lit. L'art. 1469 oblige le mari à rapporter à la masse de la communauté la valeur des biens pris par lui pour doter l'enfant d'un précédent mariage. Cet article ne souffre aucune excep-

203. Il faut cependant que cet enfant ait été doté: de simples prestations alimentaires, des sommes dépensées pour son éducation, n'obligeraient le mari à aucun rapport : ces prestations et ces frais constituent une dette mobilière du mari antérieure au mariage, qui tombe à la charge de la nouvelle communauté. (Pothier, Traité de la communauté, n° 489.)

204. L'art. 1422 apporte au droit du mari de disposer à titre gratuit, cette restriction qu'il ne se réservera pas l'usufruit des choses données. Il faut que cette réserve ait eu lieu à son profit exclusif pour annuler la donation. Elle serait valable si l'usufruit avait été réservé tant en faveur du mari qu'en faveur de la femme.

Mais, si le mari avait donné une somme d'argent payable après son décès, la disposition serait nulle. Il est vrai que la communauté profiterait de la chose donnée pendant le mariage; mais le profit pourrait être nul pour la femme renoncante; il cesserait pour elle, dans tous les cas, avec le mariage. (Duranton, t. 14, nº 274.)

205. La vente faite par le mari d'effets mobiliers de la communauté, avec conversion du prix en rente viagère sur sa tête, équivaudrait à une donation sous réserve d'usufruit en sa faveur, et serait nulle. (D. A. t. 10, p. 207, nº 6.)

206. Il est bien entendu que les prohibitions de l'art. 1422 ne s'appliquent qu'au cas où le mari veut disposer des biens communs sans le concours de sa femme; mais, si les deux époux sont d'accord, ces prohibitions, portées dans l'intérêt de la femme, cessent d'avoir effet.

Si cependant les deux époux ou l'un d'eux avaient été engagés dans les liens d'un précédent mariage; si des enfants, soit du premier mariage, soit du second, existaient encore, il faudrait combiner les droits que peuvent avoir les deux époux de disposer des biens communs avec les principes de la réserve des enfants, consacrés par les art. 1094 et 1098 du Code civil, et rechercher s'ils n'auraient pas été violés par les actes de libéralité auxquels les deux époux auraient concouru. Ici reviendraient les sages distinctions de l'ancienne jurisprudence. On devrait considérer comme adressées à l'un des époux les donations faites à ses héritiers présomptifs, à ceux de ses parents dont il est luimême héritier, surtout à une époque voisine de celle où, selon l'ordre de la nature, les chances de succession étaient sur le point de se réaliser. Ces libéralités pourraient évidemment être considérées comme faites en fraude de la réserve, et les ayants droit pourraient en faire prononcer la nullité.

207. Quel serait le sort de la donation d'un immeuble, de l'universalité ou d'une quotité des meubles, faite par le mari au mépris des défenses de la loi? M. Delvincourt (t. 3, p. 261) pense que le mari ne peut pas attaquer la donation; mais que si, après l'acceptation de la communauté par la femme, les biens donnés tombent au lot des héritiers du mari, le donataire n'a pas droit de les reprendre. Cet auteur se fonde sur la loi 8, ff. De condict. ob turpem causam. M. Toullier (t. 12, p. 314 et 315) combat cette opinion, avec raison, selon nous. La nullité n'existe qu'à l'égard de la femme ou de ses héritiers; tout ce que la loi veut, c'est qu'ils n'éprouvent aucun préjudice de la donation faite par le mari. Si la communauté est répudiée, la donation est à l'abri de tout litige, le mari étant réputé avoir toujours été propriétaire des biens donnés; il n'y a pas même contravention à l'art. 1422.

Si la communauté est acceptée, le donataire ne peut qu'exercer les droits du mari, mais il peut les exercer tous. Les biens donnés doivent rentrer dans la masse de la communauté: mais le donataire peut les reprendre, si le partage en nature est possible et s'ils tombent au lot du mari, ou s'en rendre adjudicataire sur licitation. En un mot, les droits de la femme doivent être réglés comme s'il n'y avait pas eu donation, et ceux du donataire s'exercent sur ce qui, dans cette hypothèse, serait revenuau mari. (Duranton, t. 14, nº 275; D. A. 10. 207. 9. 10.)

208. Il faut appliquer les mêmes principés au don fait par le mari avec réserve d'usufruit. Celui-ci ni ses héritiers ne pourraient pas en demander la nullité: la femme seule aurait cette action. (Toullier; t. 12, nº 312.)

209. L'art. 1423 a mis fin aux controverses et, disons le mot, aux subtilités de l'ancien droit sur l'effet des dispositions testamentaires faites par le mari pendant la communauté.

La coutume de Paris autorisait le mari à disposer de la moitié des biens de la communauté par donation ou autre disposition faite entre-vifs; mais, à l'égard des dispositions testamentaires, dont l'exécution se reportait nécessairement à l'époque de la dissolution de la communauté, les droits du mari ne pouvaient pas être les mêmes. D'un autre côté, le legs de la chose d'autrui étant valable et obligatoire pour les héritiers, d'après les principes du droit romain adoptés par la jurisprudence, de nombreuses questions s'étaient élevées sur le point de savoir si les dispositions testamentaires du mari, lorsqu'elles portaient sur des biens de communauté, devaient, par voie d'interprétation, être réduites à la part du testateur dans ces biens, ou si elles devaient être exécutées entièrement et avoir pour effet de grever l'héritier de l'obligation de racheter l'objet légué, contre la présomption de droit généralement suivie : nemo præsumitur hæredem suum redemptione rei alienæ gravare velle. L'art. 1021 en frappant de nullité le legs de la chose d'autrui, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas, appelait d'autres dispositions, et l'art. 1423 n'est que le corollaire du nouveau principe admis dans notre Code, toutefois avec un adoucissement commandé par l'équité.

Aux termes de cet article, « la donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder sa part dans la communauté.

» S'il a donné en cette forme un effet de la communauté, le donataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par l'événement du partage, tombe au lot des héritiers du mari : si l'effet ne tombe point au lot de ces héritiers, le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet donné, sur la part des héritiers du mari dans la communauté et sur les biens personnels de ce dernier. »

Il est bien évident que la difficulté ne naîtrait pas si la femme renonçait à la communauté.

210. S'il résultait des termes du testament que le testateur n'a entendu léguer que sa portion dans l'effet commun, la disposition devraitêtre exécutée en cesens. Pothier (Traité de la communauté, nos 476, 477, 478 et 479) donne plusieurs règles d'interprétation, qui

cependant ne doivent être consultées qu'avec réserve, en raison du changement qui s'est opéré dans les principes sur la valeur des legs de la chose d'autrui.

211. L'art. 1422 n'apporte aucune limite au droit qui appartient au mari de disposer des biens de la communauté, meubles ou immeubles, pour l'établissement des enfants communs. Il faut entendre le mot établissement dans le sens de l'art. 204, par mariage ou autrement. Les art. 1439, 1438 et 1440 complètent cette disposition.

212. L'art. 1439 porte que: « La dot constituée par le mari seul à l'enfant commun, en effets de la communauté, est à la charge de la communauté; dans le cas où la communauté est acceptée par la femme, celle-ci doit supporter la moitié de la dot, à moins que le mari n'ait déclaré expressément qu'il s'en chargeait pour le tout, ou pour une portion plus forte que la moitié. »

Cet article est conforme à la doctrine enseignée par Pothier (Traité de la communauté, n° 487). D'autres auteurs la combattaient et opposaient la maxime: Ne dote qui ne veut. La disposition nouvelle fait cesser toute controverse.

213. Le mari seul peut grever la communauté de la dot par lui constituée au profit des enfants communs. La dot constituée par la femme avec l'autorisation de son mari, même en valeurs communes, serait exclusivement à la charge de la femme. Elle devrait en indemniser la communauté pour la totalité en cas de renonciation, pour moitié en cas d'acceptation, et la totalité des biens donnés serait, dans tous les cas, rapportable à la succession de la femme par l'enfant donataire. (Pothier, Traité de la communauté, n° 659 et 649; Toullier, t. 12, n° 329.)

214. Îl faut en outre que le mari ait doté en effets de la communauté. S'il avait donné des biens personnels, il serait tenu de supporter seul les conséquences de sa libéralité; mais il n'est pas nécessaire que les effets de communauté aient été livrés au donataire, ou s'il s'agit d'une somme d'argent, qu'elle ait été payée avant la dissolution de la communauté. (Pothier, ibid., n° 657.)

215. La dot constituée dans les termes de l'art. 1439, reste à la charge de la communauté; il n'est pas dû d'indemnité à la femme pour la part dont elle est privée; cette part est de moitié; elle est moindre ou plus forte, si les époux, comme ils en ont le droit aux termes de l'art. 1520, ont dérogé par leurs conventions particulières au partage égal de la loi. (Delvincourt, t. 1, p. 655, n° 5.)

216. Le rapport dù par l'enfant ainsi avantagé se fait, en cas de renonciation de la femme, pour la totalité à la succession du mari; en cas d'acceptation, aux deux successions du mari et de la femme, dans la proportion de la part supportée par chacun d'eux. M. Toullier (t. 12, nos 323, 324, 325, 326, 327) adopte la seconde partie de notre proposition, mais il combat la première. Il soutient que la constitution dotale n'étant que l'acquit d'une obligation naturelle des père et mère, le rapport reste dù dans tous les cas aux deux successions. Il nous est impossible d'admettre cette doctrine. La conséquence rigoureuse du principe posé par M. Toullier, serait qu'il n'est dû aucun rapport, car l'enfant ne doit pas rapporter le montant des dettes de son auteur envers lui. Mais le savant auteur a posé ici une règle trop absolue. La dot constituée aux enfants par les père et mère, aux yeux de la loi, est un véritable don, libelitas nullo jure cogente facta. Le rapport doit dès lors en être fait aux successions des père et mère qui ont concouru à ce don, et proportionnellement à la part qu'ils en ont supportée. (D. A. 10, 209. 14; Duranton, t. 14, nº 291; Battur, nº 54.)

217. La communauté n'est affranchie de l'obligation de supporter la dot ainsi constituée, qu'autant que le mari a expressément déclaré qu'il s'en chargeait pour le tout, ou pour une portion plus forte que la moitié. Le Code rejette les conjectures que l'ancienne jurisprudence avait admises; il veut une déclaration expresse. Cependant cette déclaration n'est point soumise à une forme sacramentelle; il suffit que l'intention du mari soit évidente : si, par exemple, il avait doté en effets de la communauté, mais en avancement des droits de l'enfant sur sa succession, il est certain que, dans ce cas, la dot ne serait pas à la charge de la communauté, qui devrait être indemnisée. (Toullier, t. 12, n° 319 et 320.)

218. Nous venons de voir que la nature des biens donnés ne suffit pas toujours pour déterminer le caractère de la donation. L'article 1438 en fournit un nouvel exemple. « Si le père et la mère ont doté conjointement l'enfant commun, sans exprimer la portion pour laquelle ils entendaient y contribuer, ils sont

censés avoir doté chacun pour moitié, soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de la communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des époux.

» Au second cas, l'époux dont l'immeuble ou l'effet personnel a été constitué en dot, a, sur les biens de l'autre époux, une action en indemnité pour la moitié de ladite dot, eu égard à la valeur de l'effet donné, à l'époque de la donation. »

219. Les dots des enfants communs sont, dans notre droit, sous un certain rapport, une dette naturelle des père et mère; mais la loi ne donne pas action pour l'acquittement de cette dette; elle se confie à la tendresse des parents. Les époux ne sont donc pas obligés de constituer une dot à leurs enfants; mais s'ils le font, l'engagement contracté par eux n'est pas à la charge de la communauté, c'est un engagement personnel de chacun des conjoints. (Pothier, De la communauté, n° 644, 645, 646 et 647; Duranton, t. 14, n° 285; Toullier, t. 12, n° 330, 332.)

220. De ce principe découlent plusieurs conséquences :

1° Si les deux époux ont doté conjointement, ils sont tenus tous deux; peu importe que les biens donnés appartiennent exclusivement à l'un ou à l'autre, ou à la communauté, leur obligation est la même;

2º La femme ne pourrait pas se libérer en renonçant à la communauté; elle devrait, dans ce cas, l'indemniser jusqu'à concurrence de moitié des biens donnés, si la dot avait été fournie en biens communs; si elle n'avait point été payée, la femme en serait tenue, même sur ses biens personnels (Toullier, t. 12, n° 333; Duranton, t. 14, n° 285; D. A. t. 10, n° 211);

3° L'art. 1483, portant que la femme n'est tenue des dettes de la communauté, même en cas d'acceptation, que jusqu'à concurrence de son émolument, ne s'appliquerait pas à la constitution de dot par la femme conjointement avec son mari. (Toullier, t. 12, n° 335);

4º Enfin, arrivant la dissolution de la communauté, la dot ne devrait pas être payée au moyen d'un prélévement sur la masse, mais, après partage, sur la part de chacun des époux, sans préjudice de l'action subsidiaire de l'enfant doté sur les biens personnels de ses père et mère. (Paris, 6 juill. 1813, S.-V. 14. 2. 116; J. P. 3º édit.; D. A. 10. 211.)

221. Néanmoins, si par le contrat de dota-

tion la mère avait stipulé qu'elle n'entendait s'engager que sur les biens de la communauté, cette clause serait valable : car, ainsi que le remarque Pothier (*ibid.*, n° 650), la mère ayant pu ne pas doter, elle a pu apposer à son engagement telle condition que bon lui a semblé. (Toullier, t. 12, n° 334.)

222. Le père et la mère peuvent doter inégalement l'enfant commun, mais il faut que cette volonté soit exprimée par eux. La présomption, si le contrat garde le silence, est que la dot a été constituée par moitié. Si la dot constituée inégalement a été fournie en effets de la communauté, celui des deux époux qui a contribué à la dot pour la plus grande portion, et qui par conséquent a tiré une plus grande somme de la communauté, doit à l'autre époux la moitié de cet excédant. La femme renonçante devrait indemniser la communauté pour la totalité. (Pothier, ibid., nº 651.)

223. La constitution par portions inégales n'a pas toujours besoin d'être exprimée; elle peut résulter de la nature même de la disposition. Si, par exemple, chacun des époux a donné des effets déterminés, sans indication de valeur, chacune des parties est censée n'avoir voulu contribuer à la dot que pour les choses par elle données, quoique ces choses soient d'un prix inégal. Il en serait autrement, si la dot avait été d'une somme fixe payée tant en biens de communauté qu'en biens propres à chacun des époux. Dans cette dernière hypothése, chaque partie contribuerait pour moitié, et c'est sur cette base que les indemnités respectives devraient être calculées. (Pothier, ibid., nos 653, 654.)

224. En dotant conjointement l'enfant commun, les père et mère stipulent souvent que la dot sera imputée sur la succession du prédécédé. Tant que dure le mariage, les père et mère sont, nonobstant cette clause, censés avoir doté chacun pour moitié, et obligés, dans les termes du droit commun, soit quant aux actions à fin de paiement, soit quant aux actions en garantie; mais, arrivant le décès de l'un d'eux, la clause de stipulation produit tous ses effets, quand même l'enfant avantagé renoncerait à la succession du prédécèdé. (Toullier, t. 12, n° 336; D. A. 10, 212. 17; Massé, Jurisprud. et style du notaire, t. 5, p. 255.)

225. L'enfant ainsi doté doit rapporter la totalité des biens qu'il a reçus à la succession du prédécédé; mais si sa part dans cette succession n'était pas égale à la dot qui lui a été constituée, le survivant devrait-il parfaire la différence? Il faudrait faire une distinction: si la dot a été constituée conjointement par les père et mère, à titre d'avancement d'hoirie de la succession du donateur prédécédé, le rapport de la totalité est dû aux héritiers du prémourant, sans répétition aucune visà-vis du survivant, qui est censé n'avoir rien donné. (V. Cass. 11 juill. 1814, S.-V. 14. 1. 279; J. P. 3e édit.; D. A. 12. 427; - Toullier, t. 12, nº 340.) Mais il en serait autrement s'il avait été seulement stipulé que la dot serait imputée sur la succession du premier mourant des deux époux. Dans ce cas, il semble que l'imputation ne doit se faire que jusqu'à concurrence de la portion héréditaire de l'enfant, et que la différence doit rester à la charge de l'autre époux. Cette doctrine a été consacrée par un arrêt de la cour royale de Paris, du 11 janvier 1819. (Devillen. et Car. 6. 2. 6; J. P. 3e édit. D. A. 10. 213.) M. Massé la combat (Jurisp. et style du notaire, t. 5, p. 266, nos 481 et 541); mais elle est défendue par Toullier (t. 12, p. 34), et paraît conforme aux véritables principes. Au surplus, pour la solution des questions de ce genre, on comprend que les termes de la constitution dotale doivent surtout être pris en considération.

226. Il n'est plus permis, sous notre Code, de renoncer à une succession non ouverte; on ne pourrait donc plus, comme sous la coutume de Paris, stipuler que l'enfant doté par ses père et mère laisserait jouir le survivant des meubles et conquêts du prédécédé. Cette clause est radicalement nulle (Toullier, t. 12, n° 338; Massé, loc. cit., t. 5, p. 250; Battur, n° 255); mais la condition alternative imposée à l'enfant, ou de laisser jouir le survivant des biens du prédécédé, ou d'imputer, en cas de partage, la totalité de la dot sur sa succession, serait valable. (Paris, 11 janv. 1819, Devillen. et Car. 6. 2. 6; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 213.)

227. Si les époux dotent conjointement, pendant le mariage, l'enfant que l'un d'eux aurait eu d'un premier lit, ils sont censés l'avoir doté chacun pour moitié. Seulement, d'après la disposition de l'art. 1100, cette dot devra être imputée sur la portion de biens dont les époux avaient le droit de s'avantager respectivement dans les limites

fixées par les art. 1094 et 1098. (Duranton, t. 14, n° 289.)

« La garantie de la dot est due par toute personne qui l'a constituée; et ses intérêts courent du jour du mariage, encore qu'il y ait terme pour le paiement, s'il n'y a stipulation contraire. » (C. civ., 1440)

228. Sous la sect. 1<sup>re</sup> du chap. 2, nous avons expliqué les effets des obligations résultant soit des crimes ou délits de chacun des époux, selon que ces crimes ou délits emportent ou non mort civile, soit des actes à titre onéreux passés par le mari et par la femme pendant le cours de la communauté. Nous renvoyons à cette section pour l'interprétation des art. 1424, 1425, 1426 et 1431 du Code civil.

### § 2. — Droits du mari sur les biens de sa femme.

229. Le mari a la jouissance des biens personnels de sa femme. Cette jouissance, dont la durée est limitée à celle de la communauté elle-même, ne peut pas être assimilée à un véritable usufruit. Elle appartient au chef de la communauté, suivant l'expression de Lebrun, jure mariti. Ses créanciers ne pourraient pas la saisir pour en user en son lieu et place; ils ne pourraient que saisir les fruits existants et les revenus échus. Tous les auteurs sont unanimes sur ce point. (D. A. 10, 216, n° 26.)

230. Du droit de jouissance accordé par la loi au mari découle le droit, que lui accorde l'art. 1428, d'administrer tous les biens personnels de sa femme, ce qui comprend tant les immeubles propres exclus de la communauté par les dispositions de la loi, que les immeubles réalisés par l'effet d'une stipulation particulière. (C. civ., 1500 et suiv.; Toullier, t. 12, n° 381.)

231. A la différence de l'art. 1421, l'art. 1428 ne dit pas que le mari a seul l'administration des biens personnels de la femme; et en effet, celle-ci pourrait s'en réserver l'administration et la jouissance, soit totale, soit partielle, par les clauses de son contrat de mariage (Toullier, t. 12, nº 381).

Nous avons même vu plus haut que cette réserve pourrait être le résultat d'une condition apposée à une libéralité faite par un tiers en faveur de la femme.

232. L'administration du mari consiste principalement dans le droit de poursuivre les débiteurs et détenteurs des biens de la femme, de recevoir les fruits et les intérêts, de recevoir le remboursement des capitaux. (Arg. 1549.)

233. Le mari exerce seul les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la

femme (C. civ., 1428).

Si ces actions avaient été intentées par la femme ou contre elle avant le mariage, l'instance devrait être reprise par ou contre le mari. (Pothier, De la comm., n° 473.)

Cette disposition de l'art. 1428 du Code civil, empruntée à l'art. 233 de la coutume de Paris, n'a eu en vue que les actions relatives à des objets non tombés dans la communauté. Autrement, elle ferait double emploi avec l'art. 1421.

234. La femme a le droit d'intervenir dans l'instance possessoire, même malgré la résistance de son mari et en se faisant autoriser par justice, pour veiller à ce qu'il ne soit rien pratiqué au préjudice et en fraude de ses droits. (Dumoulin, Note sur la cout. de Bourg., ch. 4, art. 5; Toullier, t. 12, n° 383; Dyranton, t. 14, n° 317.)

235. En accordant au mari seul l'exercice des actions mobilières et possessoires appartenant à la femme, l'art. 1428 a-t-il entendu lui dénier l'exercice des actions pétitoires sans le concours de sa femme? Cette question divise les auteurs. L'argument tiré contre le mari du silence de la loi et de l'application du brocard des glossateurs, inclusio unius est exclusio alterius, aurait par lui-même peu de force, s'il ne se rattachait à un principe incontestable et qui semble trancher la question. Ce principe est que la femme conserve la propriété de ses immeubles pendant le mariage; que le mari ne peut les vendre ni les alièner sans son consentement; qu'il ne peut dès lors, sans elle, intenter les actions qui concernent la propriété desdits biens, ni y défendre. C'est par ce motif que Pothier se décide contre l'exercice des actions pétitoires appartenant à la femme par le mari seul. (Coutume d'Orléans, introd., nº 154; De la puissance du mari, nº 84.) Cette doctrine est aussi enseignée par Zachariæ (t. 3, § 509, note 19) et Duranton (t. 14, nº 316); mais l'opinion contraire est adoptée par Toullier (t. 12, n° 384 et suiv.), Carré (Compét., t. 2, nº 255), Bellot (t. 1er, nº 284), Battur (t. 2, no 552). Ces derniers auteurs se fondent sur deux raisons : 1º la jouissance qui appartient au mari, et dans l'intérêt de laquelle il peut agir même au pétitoire; 2º la responsabilité, imposée au mari, du dommage causé à la femme par le défaut d'actes conservatoires. Toullier invoque particulièrement l'art. 1549, qui donne au mari le droit de poursuivre les détenteurs des biens dotaux, sans distinction de ceux qui seraient en possession depuis plus d'un an.

Ces raisons ne nous paraissent pas décisives. L'art. 1549 ne s'applique pas à la question. Le droit pour le mari d'attaquer, dans l'intérêt de sa jouissance, les détenteurs des immeubles, même par voie pétitoire, n'implique pas nécessairement le droit de faire juger avec eux les questions de propriété dans un sens préjudiciable à la femme; et ensin il est clair que la responsabilité du mari ne peut être engagée que par l'omission des actes qu'il a le droit et le devoir de faire.

Il nous paraît d'ailleurs que la division entre les auteurs est plutôt apparente que réelle. Tous sont d'accord sur le premier point, que le mari peut agir seul contre les détenteurs des immeubles personnels de la femme pour la conservation des droits de jouissance qui lui appartiennent, et engager, à cette occasion, des questions qui touchent à la propriété de ces immeubles. Mais tous reconnaissent en même temps que le jugement rendu sur l'action du mari seul ne pourrait pas, plus tard, être opposé à la femme, et qu'il n'aurait pas, vis-à-vis d'elle, l'autorité de la chose jugée.

Un second point est encore incontestable: c'est que si des tiers exercent contre le mari seul une action pétitoire relative à l'immeuble propre de la femme, le jugement obtenu par eux est sans force vis-à-vis de celle-ci.

Il en sera de même évidemment du jugement rendu contre le mari sur l'action pétitoire qu'il aurait introduite seul et sans le concours de sa femme.

Mais celle-ci pourrait-elle, dans les deux hypothèses qui viennent d'être énoncées, invoquer les jugements rendus en faveur du mari, sur la demande pétitoire formée contre lui ou par lui? On doit décider qu'elle le pourrait. Les tiers doivent s'imputer de n'avoir pas mis la femme en cause, et ils ne peuvent pas s'armer contre elle d'une exception qu'elle seule peut opposer; à plus forte raison, la femme pourrait, avant le jugement, intervenir dans l'instance pour

le soutien de ses droits. Il faut donc reconnaître, en résumé, que le mari, administrateur des biens personnels de sa femme, responsable du dépérissement qu'ils éprouvent par le défaut d'actes conservatoires. maître des fruits qui en proviennent pendant le mariage, a qualité pour exercer, dans son intérêt et pour la conservation des droits de sa semme, les actions immobilières de celle-ci; mais que s'il les exerce sans son concours, le jugement rendu contre lui n'aura point force de chose jugée contre sa femme, s'il lui est défavorable, et que des lors les tiers ont intérêt à provoquer sa mise en cause. Ainsi jugé par un arrêt de cassation du 14 novembre 1831 (S.-V. 32. 1. 388; D. P. 31. 1. 350) et par un arrêt de rejet du 15 mai 1832 (S.-V. 32. 1. 390; J. P. 3° édit.; D. P. 32. 1. 337). Plusieurs arrêts analogues avaient été rendus antérieurement. (V. Riom, 8 juin 1809, S.-V. 10. 2. 235; J. P. 3° édit.; — Bruxelles, 15 fév. 1812, S.-V. 13. 2. 51; J. P. 3º édit.; - Colmar, 17 avril 1817, S.-V. 18. 2. 277; J. P. 3º édit.; D. A. 10. 214.)

236. Ce qui vient d'être dit devrait recevoir son application même au cas où le mari, soit par l'effet des conventions matrimoniales, soit par l'aliénation qu'il en aurait faite, n'aurait plus la jouissance des biens personnels de sa femme; il ne conserverait pas moins, dans ce cas, le droit de faire des actes conservatoires dans l'intérêt de celle-ci.

237. Le mari ne peut pas aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement.

Peut-il aliéner les meubles stipulés propres à la femme par une clause de réalisation? Si ce sont des choses qui se consomment par l'usage, le mari peut en disposer sans le consentement de sa femme, puisque c'est pour lui la seule manière d'en jouir. (Arg. des articles 587, 1532, 1533, C. civ.)

Il en doit être de même à l'égard des choses qui ne se consomment pas par l'usage, mais qui ont été livrées au mari sur estimation, sans déclaration que cette estimation n'en transportait pas la propriété au mari ou à la communauté. (Cass., [rej.], 2 juillet 1840, S.-V. 40. 1. 890; D. P. 40. 1. 241.)

Pothier (Traité de la puissance maritale, n° 83; De la communauté, n° 525) décide que même les autres meubles réalisés par la femme tombent dans la communauté, qui ne doit que leur valeur à sa dissolution.

Cette opinion est adoptée par presque tous les auteurs ( V. Delvincourt, t. 3, p. 41 et 396, note; Delaporte, Pandectes francaises, art. 1500 et 1503; Battur, nº 153; Bellot des Minières, t. 3, p. 101; Merlin, Rép., vº Réalisation, § 1, nº 4; Rolland de Villargues, Rép., vº Réalisation.); elle a été consacrée par trois arrêts de la cour royale de Paris (3° et 2° chamb.), des 21 janvier, 15 avril et 11 mai 1837 (S.-V. 37. 2. 305; J. P. 3º édit.; D. P. 37. 2. 163). Cependant M. Toullier enseigne une doctrine contraire, et, dans ce cas, ne reconnaît au mari d'autres droits que ceux d'un simple usufruitier, dans les termes de l'art. 1533 du Code civil (t. 12, nos 326, 378, 379); M. Duranton (t. 14, nº 318, et t. 15, nºs 21 et 24) suit cet avis, en le modifiant toutefois par l'application des art. 1551 et 1851 au cas d'estimation. Le 15 février 1839, la cour royale de Paris, revenant sur sa jurisprudence, a décidé qu'un mari n'avait pu aliéner valablement une créance appartenant à sa femme et stipulée propre par le contrat de mariage (S.-V. 40. 2. 212). Le pourvoi a été rejeté le 2 juillet 1840 (S.-V. 40. 1. 887). Au milieu de ce conflit de doctrines et d'arrêts, à quels principes doit-on s'arrêter? Nous croyons que les époux sont libres de stipuler, par leur contrat de mariage, que les meubles appartenant à chacun d'eux leur resteront propres; que cette clause, obligatoire pour le mari, implique prohibition contre lui d'aliéner, sans le concours de la femme, les meubles autres que ceux qui se consomment par l'usage; mais que, vis-à-vis des tiers, elle est sans aucune valeur, et que la règle qui doit prévaloir à leur égard, est qu'en fait de meubles possession vaut titre. Si donc ils ont acheté du mari, la femme n'aura pas d'action en revendication contre eux, et son droit se borne, aux termes de l'art. 1503 du Code civil, à prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier apporté lors du mariage ou échu depuis excédait la mise en communauté. L'arrêt de la cour de Paris du 15 février 1839, ne contrarie pas cette opinion. Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une créance propre à la femme, restée en son nom et dont le mari avait disposé au profit d'un tiers, qui n'avait pas pu en ignorer l'origine. Aussi cet arrêt fait-il toutes réserves pour les cas contraires. Quant à l'arrêt de la Cour de cassation, quelque généraux qu'en soient les termes, il ne statue cependant que

dans l'espèce jugée, et sans préjudice du droit des tiers.

Dans tous les cas, si les meubles stipulés propres aux époux existaient encore au moment de la dissolution de la communauté, ils devraient être repris en nature par chacun d'eux. L'art. 1503 ne s'applique qu'au cas où ils ne se retrouvent plus.

Si même ils avaient disparu par vétusté, il semble que la perte devrait être supportée par l'époux qui s'en était réservé la propriété : c'est une conséquence du principe que nous

venons de poser.

238. Si, malgré la prohibition de l'art.1428, le mari aliénait seul un immeuble propre de sa femme, celle-ci pourrait faire prononcer la nullité de la vente; mais si elle aimait mieux la ratifier, l'acquéreur ne pourrait pas se soustraire à l'exécution de ses obligations en prétendant que la vente de la chose d'autrui est radicalement nulle. L'action en nullité n'appartient qu'à la femme. (V. Colmar, 21 février 1815, Devillen. et Car. 5, 2. 21; J. P. 3° édit; D. A. 10. 215, et les arrêts à la note.)

239. La femme ne pourrait pas attaquer la vente avant la dissolution de la communauté. Elle n'aurait d'ailleurs pas intérêt à former cette action (V. C. civ., 2256; Toullier, t. 12, n° 400, et les auteurs par lui cités).

240. L'acquéreur pourrait-il réclamer des dommages-intérêts? Oui, sans doute, si le mari l'avait trompé, s'il s'était présenté comme propriétaire de l'immeuble vendu. Mais si au contraire il avait fait connaître que cet immeuble appartenait à sa femme, les dommages-intérêts ne seraient point dus.

Dans le premier cas, les dommages-intérêts seraient-ils à la charge de la communauté, et en cas d'acceptation de la femme, serait-elle tenue d'en supporter sa part? Lebrun (liv. 2, ch. 3, nº 38) se décide pour l'affirmative, et M. Toullier se range à cette opinion. Cependant Pothier fait remarquer que, s'il en était ainsi, il faudrait aller jusqu'à dire que la femme, après acceptation de la communauté, ne pourrait plus, jusqu'à concurrence de moitié au moins, revendiquer son immeuble, d'après la maxime : quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio; il en conclut que le mari seul est tenu de la garantie. La doctrine de Lebrun nous paraît plus conforme aux principes. La communauté est engagée par tous les actes du mari, même par ses délits. La seule ressource de la femme est dans sa renonciation. (Amiens, 18 juin 1814, S.-V. 15. 2. 40; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 262.)

241. Si la femme vend un immeuble à elle propre avec l'autorisation du mari, celuici n'est pas garant, qui auctor est non se obligat; mais le mari qui garantit la vente solidairement ou autrement, a recours contre la femme, soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels, s'il est inquiété (art. C. civ., 1432).

242. Le mari, comme administrateur des biens personnels de sa femme, a le droit de les affermer. Mais les baux qu'il fait seul et sans le concours de celle-ci, ne peuvent pas excéder neuf années. Les anciennes coutumes, et notamment l'art. 227 de la coutume de Paris, établissaient entre les maisons situées dans les villes et les héritages des champs une distinction que l'art. 1429 du Code civil n'a pas reproduite.

« Si les baux excèdent neuf années, ils ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier ou locataire n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve » ( C. civ., 1429 ).

243. Le mari a également le droit de renouveler les baux par anticipation. Mais
l'art. 1430 limite cette faculté; il est ainsi
conçu: « Les baux de neuf ans ou au-dessous que le mari seul a passés ou renouvelés des biens de sa femme, plus de trois ans
avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans
avant la même époque s'il s'agit de maisons,
sont sans effet, à moins que leur exécution
n'ait commencé avant la dissolution de la
communauté. »

244. Le bail fait contrairement aux dispositions de cet article n'est nul qu'à l'égard de la femme ou de ses héritiers, mais le preneur ne pourrait pas se refuser à son exécution. (Duranton, t. 14, n° 311.)

245. Pour que la nullité fût couverte, il ne suffirait pas que la dissolution de la communauté eût lieu dans le délai pendant lequel le mari aurait pu renouveler le bail, c'est-à-dire deux ans ou trois ans avant l'expiration du bail précédent; il faut que l'exécution du

nouveau bail ait commencé à l'époque de cette dissolution. (Toullier, t. 12, nº 412.)

246. Le silence de la femme ou de ses héritiers après l'époque à laquelle ils auraient pu exciper de la nullité du bail, équivaudrait à ratification; il n'en résulterait pas une simple tacite reconduction opérant bail verbal : le bail fait par le mari devrait recevoir son entière exécution. (Duranton, t. 14, n° 313.)

247. L'article 1430 établit une présomption de fraude sur la foi de laquelle il prononce la nullité du bail fait par anticipation; mais il n'exclut pas le droit pour la femme de faire prononcer cette nullité dans tous les cas où cette fraude serait prouvée: par exemple, si le bail avait été fait à une époque voisine du décès de la femme; si le mari a stipulé un potde-vin considérable.

Le bail fait à la veille d'une demande soit en séparation de corps, soit en séparation de biens, pourrait encore être annulé s'il paraissait frauduleux, quoiqu'en principe les droits du mari comme administrateur ne soient pas suspendus par l'effet de ces instances.

Si le bail fait avec pot-de-vin avait reçu un commencement d'exécution, la somme reçue à ce titre devrait être reprise par la femme contre la communauté, au prorata du temps qui resterait à courir du bail depuis sa dissolution. (Pothier. De la puissance du mari, n° 94 et 95; Toullier, t. 12, n° 403, 409; Duranton, t. 14, n° 312.)

Quant aux dommages-intérêts qui pourraient être répétés, soit contre le mari, soit contre la femme, V. le nº 240.

248. Le mari est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme causé par défaut d'actes conservatoires. Ainsi, le mari doit entretenir les immeubles en bon état de réparation, empêcher les usurpations, la détérioration des meubles, veiller à la conservation et au recouvrement des créances.

Il est responsable des prescriptions, qu'elles aient ou non commencé avant le mariage. (C. civ., 2254; Toullier, t. 12, n° 414.)

249. Toutefois, il devrait être entendu avec une certaine facilité dans ses excuses: par exemple, s'il ne restait que peu de jours pour l'accomplissement de la prescription; si le titre ne lui avait pas été remis; si les débiteurs étaient insolvables, lors même que cette insolvabilité n'aurait pas été constatée par des poursuites. (Toullier, t. 12, n° 415, 416, 417, 50

418, 419, 420, 421. — Cass. 31 mars 1824, J. P. 3° édit.; D. A. 10. 191.)

Au surplus, il faut remarquer que l'obligation qui paît de la négligence du mari étant une dette de communauté, la femme qui l'accepte confond pour moitié l'action qui en résulte. (Pothier, Introd. à la cout. d'Orléans, n° 157.)

### § 3. — Récompense. — Remploi.

250. Sous l'empire du droit coutumier, il n'était pas permis aux deux époux de s'avantager pendant le mariage. De là suivait que les époux ne pouvaient pas enrichir la communauté aux dépens de leurs biens personnels, et qu'ils ne pouvaient pas non plus grossir leur fortune aux dépens des biens de la communauté. Plus tard, ce principe a été étendu même aux pays régis par des coutumes qui permettaient les donations entre époux. Il a paru qu'il y aurait inconvénient à permettre, dans ces coutumes, des avantages qui ne seraient pas l'effet de la volonté expresse des parties. Le Code civil a consacré cette doctrine, en harmonie d'ailleurs avec l'immutabilité des conventions matrimoniales.

251. L'art. 1433 s'occupe d'abord des bénéfices que la communauté a pu recueillir aux dépens de chacun des époux. « S'il est vendu, porte cet article, un immeuble appartenant à l'un des époux, de même que si l'on s'est redimé en argent de services fonciers dus à des héritages propres à l'un d'eux, et que le prix en ait été versé dans la communauté, le tout sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire soit de l'immeuble vendu, soit des services rachetés. »

252. Il faut entendre par le mot vente tous les actes qui ont eu pour but et pour résultat de dépouiller l'un des époux de sa propriété, et de procurer un avantage quelconque à la communauté: la dation d'un propre en paiement d'une dette de communauté, la donation rémunératoire, la donation onéreuse, l'aliénation moyennant une rente viagère, l'échange avec retour, le bail à rente, s'il avait été payé des deniers d'entrée. (Pothier, De la communauté, n° 593, 594.)

Le supplément payé par l'acquéreur à vil prix, par le copartageant, en cas de lésion de plus du quart, pour éviter l'action en rescision, le prix de la licitation, la soulte, lorsque

la licitation et le partage ont eu lieu pendant le mariage, le prix d'une transaction sur des droits immobiliers, des coupes de bois non régulièrement faites, les sommes restituées par suite de l'exercice d'une action en réméré, sont encore des avantages dont la communauté ne doit pas profiter sans indemniser l'époux qui les a procurés.

Il n'y aurait pas lieu, au contraire, de considérer comme une aliénation emportant indemnité, l'abandon que ferait l'un des conjoints par suite d'une action en rescision pour cause de minorité ou pour lésion. (Pothier, De la

communauté, nº 598.)

253. La loi met le rachat en argent de services fonciers dus à des héritages propres aux époux sur la même ligne que la vente. Il faut ajouter la libération, aux dépens des héritages propres aux époux, de services fonciers dus par des immeubles de la communauté. Il doit, dans ce cas, être fait une estimation de la plus-value qui est résultée pour le conquêt de communauté de son affranchissement. (Pothier, ibid., nos 607 et 608.)

254. Serait-il dû récompense pour l'héritage vendu entre le contrat de mariage et sa célébration? Toullier se prononce pour la négative (t. 12, n° 352); mais l'affirmative, enseignée par Pothier (loc. cit., n° 603), est adoptée par M. Duranton (t. 14, n° 330). Cette opinion paraît préférable; elle s'appuie sur les principes posés par les art. 1394, 1396 et 1397 du Code civil.

255. Le principe de la récompense due par la communauté, c'est le profit fait par elle. Il faut, pour qu'il y ait eu avantage, que le prix ait été versé dans son actif : c'est à l'époux qui allégue le versement à le prouver, s'il est nié; il ne suffirait pas qu'il prouvât que ce prix était devenu exigible. (Cass. 13 août 1832, S.-V. 32. 1. 641; J. P. 3e édit.; D. P. 32. 1. 351.) Cette preuve devrait être surtout exigée du mari. A l'égard de la femme, Zachariæ (t. 3, § 511, note 4) pense qu'elle n'a aucune justification à faire. En effet, si le prix est exigible, le mari a dû en exiger le paiement, et la présomption est qu'il l'a obtenu, s'il ne prouve pas qu'il est encore dû. Dans ce cas même, et si l'acquéreur était devenu insolvable, le mari, et par suite la communauté, seraient responsables aux termes de l'art. 1428.

256. Il résulte de la combinaison des articles 1404 et 1433 que le prix d'un immeuble propre à l'un des conjoints conserve, tant qu'il n'a pas été versé dans la communauté, le caractère de propre; que, dès lors, s'il s'agit du prix d'un propre de la femme, les créanciers du mari ne peuvent saisir ce prix entre les mains de l'acquéreur qui ne s'est point libéré. (Nancy, 20 août 1827, S.-V. 28. 2. 39; J. P. 3º édit.; D. P. 28. 2. 69; — 7 fév. 1840, S.-V. 40. 2. 484; D. P. 40. 2. 99.)

257. La reprise au profit des époux ou de l'un d'eux s'opère, par voie de prélèvement, d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, subsidiairement sur les immeubles de la communauté.

Dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déféré à la femme et à ses héritiers. Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari. (C. civ., 1471)

La femme jouit encore d'un autre avantage; si les biens de la communauté sont insuffisants pour la remplir de ses droits, elle peut exercer son action en récompense même sur les biens personnels de son mari, tandis que le mari ne peut exercer son action que sur les biens de la communauté (C civ., 1436).

258. L'ordre indiqué par l'art. 1471 pour l'exercice des prélèvements ne peut pas être interverti, si ce n'est du consentement des deux époux. L'un des deux époux ne pourrait pas demander la vente soit des meubles, soit des immeubles, pour désintéresser l'autre époux avec l'argent qui en proviendrait : célui-ci a le droit de se payer en nature. (Toullier, t. 12, n° 354.)

259. La récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné (C. civ., 1436, in fine).

Il faut comprendre sous le mot prix tous les accessoires connus sous le nom de pot-devin, épingles; toutes les charges appréciables à prix d'argent et dont la communauté a profité. (Pothier, De la communauté, nos 587, 588 et suiv.)

Il est bien clair que l'art. 1436 ne peut recevoir d'application au cas où l'avantage recueilli par la communauté, au préjudice des biens propres à l'un des époux, ne résulte pas d'un contrat de vente proprement dit; et nous avons vu plus haut que cette hypothèse peut se présenter. Mais il y aurait toujours lieu de décider, d'après le principe posé par la loi, que la récompense ne pourrait être due, dans tous les cas, que sur le pied des bénéfices résul-

tant du contrat passé, et non des estimations arbitraires qui pourraient être faites en dehors des stipulations de ce contrat.

260. S'il est vendu soit un usufruit, soit une rente viagère propre à l'un des époux, quelle sera la récompense? Quelques auteurs distinguaient : si la communauté était dissoute par le décès de l'époux usufruitier ou rentier, ils n'accordaient aucune récompense à ses héritiers. Pothier, au contraire, (loc. cit., nº 592) enseignait qu'il est dû récompense sur le pied du prix de la vente, mais déduction faite de la portion de revenus ou d'arrérages dont la communauté aurait profité si la vente n'avait pas eu lieu. Cette dernière opinion, adoptée par Toullier (nos 347, 348), est implicitement consacrée par les art. 1433 et 1436; secus Proudhon (De l'usufruit, t. 5, nº 2675). Si un immeuble propre à l'un des époux était vendu à charge d'une rente viagère, la communauté devrait récompense de la différence des arrérages aux revenus de l'immeuble pendant tout le temps de leur perception. (Toullier, t. 12, nº 350.)

261. La femme qui réclame une indemnité dans le cas prévu par l'art. 1431, n'est pas tenue de prouver que les deniers provenant des obligations par elle contractées conjointement avec son mari, ont été reçus par celui-ci: il y a présomption de droit même vis-à-vis des tiers créanciers du mari (Metz, 18 juill. 1820, S.-V. 21. 2. 365; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 131.); mais cette présomption tomberait devant la preuve contraire.

262. Le droit à la récompense de la part de l'époux dont le propre a été vendu, cesse s'il y a eu remploi du prix pendant le mariage.

Le remploi est censé fait par le mari toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel, et pour lui tenir lieu de remploi (C. civ., 1434). Quel sera le caractère de l'immeuble ainsi acquis, si le prix excède celui du propre précédemmment vendu? Si la différence est peu importante, cet immeuble restera propre pour la totalité, sauf indemnité en faveur de la communauté; si cette dissérence est considérable, de moitié, par exemple, ou de plus de moitié, l'immeuble ne sera propre que jusqu'à concurrence du prix de la première aliénation, et conquêt pour le surplus. (Pothier, vbid., nº 198; Toullier, t. 12, nº 357.) Si la même différence était plus im-

portante encore, si, par exemple, les deniers provenant du mari étaient dans la proportion du quart aux trois quarts avec les deniers provenant de la communauté, il faudrait considérer la déclaration d'emploi comme frauduleuse, et attribuer la totalité de l'immeuble à la communauté, sauf récompense au mari. (Arg. de l'art. 866.) La déclaration d'emploi doit être faite dans le contrat même, in continenti, et non ex intervallo. (Bourges, 26 avril 1837, S.-V. 37. 2. 359; J. P. 1837. 2. 52; — Toullier, t. 12, nº 358; Duranton, t. 14, nº 392.)

Mais la déclaration d'emploi n'est soumise à aucune formule sacramentelle; il suffit que l'acte d'acquisition exprime clairement la volonté du mari de faire un remploi, et indique l'origine des deniers employés au paiement. (Cass. 23 mai 1838, S.-V. 38. 1. 525; D. P. 38. 1. 255.)

263. « La déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de remploi, ne suffit pas, si ce remploi n'a été formellement accepté par la femme: si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu. » (C. civ., 1435)

264. Il semble résulter des expressions employées par les art. 1434 et 1435 que le remploi doit toujours suivre la vente du bien propre, et qu'il ne pourrait pas être fait par anticipation; que, par exemple, un mari ne pourrait pas déclarer que l'acquisition d'un immeuble est faite par lui en remploi du prix d'un autre immeuble appartenant à sa femme et qu'elle se propose de vendre; que celle-ci ne pourrait pas accepter le remploi ainsi fait par avance. C'est aussi l'opinion de Toullier (t.12, n° 370) et de M. Duranton (t.14, n° 393). Cette doctrine nous paraît trop rigoureuse, et l'argument de texte qui lui sert de base n'est pas sans réplique. La loi a prévu le cas le plus ordinaire; mais ne doit-elle pas également être appliquée aux cas analogues dans lesquels il a été satisfait sinon à ses prescriptions littérales, au moins à son esprit? Un remploi est la substitution au propre aliéné d'un immeuble acheté avec le prix de l'aliénation. Pour que la nouvelle acquisition ait tous les caractères du remploi, deux conditions sont essentielles : 1° qu'elle ait été faite avec les deniers provenant du propre remplacé; 2º que les époux

aient manifesté clairement l'intention de faire un remploi. Ces deux conditions peuvent être accomplies même dans l'hypothèse où la vente du propre remplacé ne précéderait pas l'acquisition de remploi; il suffit que l'origine des deniers qui ont servi à payer cette acquisition soit bien constatée, et que l'intention du propriétaire du propre vendu soit constante. Il faut donc consulter les circonstances de fait particulières à chaque espèce. Tel paraît être l'esprit de la jurisprudence. Un arrêt de la cour royale de Paris, du 27 janvier 1820 (S.-V. 20. 2. 293; J. P. 3º édit.; D. A. 10. 218), déclare nulle une clause de remploi des biens propres de la femme non encore aliénés au moment où cetté clause était stipulée; mais il faut remarquer que les propres ainsi remplacés d'avance n'avaient été vendus qu'après le décès de la femme, et que le bénéfice du remploi non consommé de son vivant était réclamé par ses héritiers. Après la dissolution de la communauté, cette circonstance, visée dans l'arrêt, a paru décisive. Le 20 décembre 1825 (S.-V. 27. 1. 270), la cour de Poitiers a validé une stipulation portant que l'excédant de valeur qu'un immeuble acquis en remploi avait sur l'immeuble remplacé, servirait de remploi à d'autres immeubles que la femme se proposait de vendre. La vente de ces immeubles avait effectivement été opérée ultérieurement avant la dissolution de la communauté, et le prix de cette vente avait recu la destination indiquée dans le contrat de remploi qui l'avait précédée. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 23 novembre 1826, sur le rapport de M. Henrion de Pansev et les conclusions conformes de M. de Vatimesnil (S.-V. 27. 1. 270; J. P. 3e édit.; D. P. 27. 1. 66); même doctrine dans un arrêt de la cour d'Angers, du 5 février 1829 (S.-V. 29. 2. 327; J. P. 3e édit.; D. P. 29. 2. 292); enfin un dernier arrêt de la cour de Bourges, du 1er août 1838 (S.-V. 38. 2. 455; D. P. 38. 2. 335), en apparence contraire, confirme encore implicitement ces principes en annulant le remploi par anticipation, par le seul motif que la vente des propres remplacés n'avait eu lieu qu'après le décès de la femme, et que dès lors le remploi n'avait pas été consommé pendant l'existence de la communauté.

265. Si la femme était mineure lorsqu'elle a consenti à un remploi, elle pourrait se faire restituer contre son consentement. Elle ne peut accepter régulièrement qu'avec l'assistance d'un tuteur ad hoc. (Pothier, De la communauté, n° 199.)

266. La déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenant de l'immeuble de la femme et pour lui tenir lieu de remploi, doit être faite dans le contrat même; autrement, l'immeuble acquis serait un conquêt de communauté, qui ne pourrait plus être cédé à la femme que dans un des cas prévus par l'art. 1595. Mais l'acceptation de la femme pourrait être faite postérieurement, tant que le mari n'aurait pas rétracté sa déclaration; cette faculté durerait pour la femme autant que la communauté: après sa dissolution, le remploi offert par le mari ne pourrait plus être accepté soit par la femme, soit par ses héritiers (Toullier, t. 12, nos 360, 361; Bellot, Traité du contrat de mariage, t. 1er, p. 516). L'acceptation résulterait de la présence de la femme au contrat portant déclaration d'emploi de la part du mari. (Pothier, nº 200.)

267. S'il avait été stipulé par le contrat de mariage que le remploi du prix des propres aliénés aurait lieu, de plein droit, sur le premier acquêt fait depuis l'aliénation, le remploi aurait lieu de plein droit sans déclaration du mari, nonobstant sa déclaration contraire, sans acceptation de la femme, et l'immeuble pourrait être réclamé comme propre soit par elle, soit par ses heritiers, même après la dissolution de la communauté. (Toullier, t. 12, n° 362, 363 et 364.)

268. S'il était prouvé que l'héritage acheté en remploi des deniers de la femme n'a pas été payé de ses deniers, cet héritage ne lui resterait pas moins propre. La femme ne peut pas souffrir de la faute de son mari. (Toullier, t. 12, n° 371.)

Le remploi consommé est irrévocable; la volonté des deux époux ne pourrait pas en détruire l'effet: une pareille convention serait une véritable vente prohibée par l'art. 1595 du Code civil.

269. L'immeuble acquis en remploi d'un propre de la femme, dont elle avait la possession légale au moment du mariage, lui demeurerait toujours propre, quand même, depuis cette acquisition, elle aurait été évincée de l'immeuble remplacé par un jugement rendu entre elle et un tiers: le mari ne peut pas exciper de ce jugement. (Cass. 4 mai 1825, Devillen. et Car. 8. 1. 119; J. P. 3° édit.; D. P. 25. 1. 291; — id., rej., 23 nov. 1826,

S.-V. 27. 1. 270; J. P. 3° édit.; D. P. 27. 1. 66.)

270. Le remploi ne peut se faire qu'en immeubles: l'acquisition faite par le mari d'objets mobiliers, avec déclaration de remploi, même acceptée par la femme, ne rendrait pas ces objets mobiliers propres à la femme. Elle resterait toujours créancière du prix de la vente de son propre, à moins de stipulations contraires dans le contrat de mariage.

271. Nous ne nous sommes occupés jusqu'ici que des récompenses dues par la communauté à l'un des époux. L'art. 1437 prévoit le cas inverse, celui où l'un des époux a tiré un profit quelconque des biens de la communauté, et règle les indemnités qu'elle a droit de répéter. « Toutes les fois, porte cet article, qu'il est pris sur la communauté une somme soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui propre ou le rachat de services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des deux-époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. »

272. La dernière partie de cet article en renferme le principe général. L'un des époux ne peut pas s'enrichir aux dépens de la communauté, et il doit récompense toutes les fois qu'il en a tiré un profit personnel. Les exemples indiqués par le législateur ne le sont qu'énonciativement, et sans préjudice des autres cas auxquels la règle générale doit être appliquée; il suffira de rappeler les principaux.

273. Chaque époux doit récompense des sommes tirées de la communauté pour acquitter ses dettes ou charges personnelles. On a vu précédemment quelles dettes sont considérées comme personnelles aux époux par distinction de celles qui grèvent la communauté. L'article 1437 indique comme dettes personnelles le prix ou partie du prix d'un immeuble propre, de services fonciers, parce qu'en effet, sous le régime de la communauté légale dans toute sa pureté, les dettes mobilières des époux ne restent pas à leur charge; mais il est évident que si une stipulation contraire était intervenue entre eux, elle devrait recevoir son exécution relativement aux récompenses qui seraient dues par suite du remboursement de ces dettes par la communauté.

274. Les récompenses dues à la communauté

ne peuvent jamais excéder le montant des sommes déboursées par elle, lors même qu'un avantage plus grand en serait résulté au profit de l'un des deux époux. Que l'on suppose en effet que, par suite de transaction, celui-ci ait été libéré d'une somme de 20,000 fr. moyennant 10,000 fr. seulement, la récompense ne sera que de 10,000 fr.; c'est ce qui résulte clairement du texte et de l'esprit de la loi. Il faut également tenir pour constant que l'époux ne doit récompense à la communauté que jusqu'à concurrence du profit qu'il en a retiré. Ces deux règles sont fondamentales et enseignées par tous les auteurs qui ont écrit sur la matière.

275. Si la dette remboursée par la communauté était une rente perpétuelle, l'époux débiteur de cette rente pourrait-il, pour échapper à l'action en récompense, offrir d'en continuer le service à l'autre époux ou à ses représentants, dans la proportion de leur part de communauté? Duranton le pense (t. 14, n° 365); Toullier (t. 13, n° 365) distingue : si la rente était due par le mari, il en a opéré l'extinction en la remboursant, et ne peut plus la faire revivre pour se soustraire à l'obligation d'indemniser la communauté; si la rente était due au contraire par la femme, dans cette dernière hypothèse, le même auteur se range à l'avis de M. Duranton. L'art. 245 de la coutume de Paris, rappelé par Pothier, repoussait cette distinction, et, considérant le rachat comme un conquêt, accordait à l'un et à l'autre époux le droit d'en continuer le service. Mais il faut remarquer que les rentes avaient, sous l'ancien droit, un caractère que la loi nouvelle leur a enlevé; que la faculté absolue de remboursement, proclamée par la loi de l'an vii et par le Code civil, n'existait point; que dès lors il n'est plus possible de résoudre aujourd'hui la question à l'aide de règles et de principes qui ont cessé d'être en vigueur. Il semble qu'à l'égard du mari, la solution donnée par Toullier est seule admissible; et la raison apportée par lui à l'appui de cette solution est à nos yeux sans réplique. Mais, à l'égard de la rente due par la femme, il nous paraît que le remboursement fait par le mari n'excédant pas les limites du droit d'administration que la loi lui donne sur les biens personnels de sa femme, opère l'extinction de cette rente, et que dès lors il y a lieu, dans les deux cas, à récompense au profit de la communauté.

276. Que faudrait-il décider si la rente due par l'un des époux et éteinte par le paiement d'un capital tiré du fonds commun, était une rente viagère?

Une première hypothèse se présente, celle où le créancier de cette rente serait décédé avant la dissolution de la communauté; dans cette hypothèse, il est clair que la communauté n'ayant fait qu'eteindre une dette qui aurait pesé sur elle pour la totalité, n'a droit

à aucune récompense.

Mais si le créancier de la rente survit à la communauté, l'extinction profite au conjoint débiteur, affranchi de l'obligation de continuer le service de cette rente. Par les motifs que nous venons de déduire dans le numéro précédent, nous pensons encore que l'époux débiteur, quel qu'il soit, même la femme, ne peut pas demander à continuer la rente, et qu'il doit récompense. Quoique, dans ce cas, la faculté de rembourser n'existe pas et que ce remboursement n'ait pu être effectué que du consentement du crédi-rentier, il n'en faut pas moins voir là un acte d'administration portant sur une valeur mobilière propre à la femme, et obligatoire pour celle-ci; mais l'époux débiteur doit récompense : quelle sera cette récompense? L'art. 1437 répond qu'elle sera du profit obtenu par cet époux, c'est-à-dire d'une partie du prix de rachat, en établissant la proportion du temps écoulé depuis le rachat jusqu'à la dissolution de la communauté, avec le temps incertain qui reste à courir de la vie du rentier. C'est la règle posée par Pothier dans son introduction au titre 10 de la coutume d'Orléans, nº 127. Les tables de probabilités dressées par les compagnies d'assurances, dont les opérations reposent sur les chances de viabilité des hommes, pourraient être d'un grand secours pour les magistrats. Dans son traité de la communautė (nº 626), Pothier, suivi depuis par MM. Toullier, Duranton et Dalloz, propose encore de fixer la récompense du capital employé pour le rachat, sous la déduction de ce dont les arrérages de la rente éteinte ont excédé l'intérêt légal, depuis le rachat jusqu'à la dissolution de la communauté. Ce dernier calcul est plus précis, mais il rentre moins bien dans l'esprit de la loi. Au surplus, quel que soit le mode d'évaluation adopté par la justice, il ne peut y avoir violation de la

277. Pothier applique les mêmes principes au cas de rachat par la communauté de l'usufruit d'un immeuble propre à l'un des deux [ époux (ibid., nº 339; V. encore Duranton, t. 14, nº 371). Mais une question préjudicielle se présente : c'est celle de savoir si une pareille acquisition ne constitue pas un veritable conquêt dont la communauté devient propriétaire à ses risques et périls, sans pouvoir prétendre aucun droit de récompense contre l'époux nu-propriétaire. C'est l'opinion de Proudhon ( De l'usufruit, nº 2681 ), et elle a été consacrée par un arrêt de la cour de Rouen, du 1er juillet 1841 (S.-V. 41. 2. 490; J. P. 1842. 1. 212). Les raisons qui doivent faire prévaloir cette dernière opinion sont tirées tout à la fois du texte et de l'esprit de la loi. L'art. 1401 porte que la communauté se compose activement de tous les immeubles acquis pendant le mariage; donc l'usufruit acquis pendant le mariage étant un immeuble, appartient à la communauté qui l'a acheté. L'art. 1437 n'accorde récompense que pour le rachat de services fonciers, au nombre desquels un droit d'usufruit n'a jamais été rangé. Enfin il faut considérer que ce droit constitue par lui-même une propriété tout à fait distincte de celle qui reste au nu-propriétaire; qu'il n'y a entre celui-ci et l'usufruitier aucune indivision, aucun lien nécessaire; que, dès lors, il est impossible de voir dans un pareil contrat autre chose qu'une véritable acquisition immobilière, dont les charges et les bénéfices doivent rester pour le compte de la communauté.

278. Si la communauté a racheté un droit de servitude grevant le propre de l'un des époux, la récompense sera de la plus-value du fonds par suite de l'extinction de la servitude (Dur. t. 14, n° 372). Cependant, dans la pratique, à moins d'abus évidents, on doit supposer cette plus-value égale à la somme déboursée par la communauté, et les termes de l'art. 1437 semblent se prêter à cette interprétation.

279. La loi accorde récompense à la communauté pour toutes les sommes employées au recouvrement des biens personnels des époux, ce qui comprend les sommes déboursées par suite de retrait successoral, de retrait litigieux, d'action en réméré, de transaction sur une action rescisoire, pour le paiement des soultes de partage ou des prix de licitation, lorsque les partage ou licitation ont eu lieu pendant le cours de la communauté.

280. La récompense est encore due à la communauté en raison des dépenses par elle

faites pour la conservation ou l'amélioration des propres des époux, ce qui comprend les diverses réparations faites à ces propres; mais il faut ici préciser quelques règles. Quoique en général les principes de l'usufruit régissent la jouissance que la communauté a des propres, cette règle générale souffre quelques exceptions: il faut les signaler.

Il n'est point dû récompense pour les réparations d'entretien. Elles sont la conséquence de la jouissance accordée à la communauté, qui trouve une compensation suffisante de cette charge dans la perception des fruits. (Pothier, ibid., n° 271.)

Les grosses réparations sont à la charge de l'époux propriétaire, à moins toutefois qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut d'entretien depuis le mariage (Arg. de l'art. 605). Le mari, en négligeant d'entretenir en bon état les immeubles de la communauté, encourt une responsabilité qui pèse sur la communauté.

Mais si le défaut d'entretien remontait à une époque antérieure au mariage, les réparations faites depuis donneraient-elles lieu à une action en récompense? Si le défaut d'entretien avait amené la nécessité de faire de grosses réparations, par analogie du principe posé par l'art. 605, la récompense serait due; mais si elles étaient restées à l'état de simples réparations d'entretien, il semblerait difficile d'en exonérer la communauté dont elles sont la dette naturelle; cependant M. Proudhon (De l'usufruit, t. 5, nos 2661 et 2663) est d'avis contraire. L'opinion opposée à la sienne, suivie par MM. Toullier (t. 13, nº 160), Battur (nº 734), Dalloz (A. 10. 223, nº 51), nous paraît préférable.

281. Il est encore dù récompense: 1° pour les impenses faites sur l'immeuble propre à l'un des époux, non dans un simple intérêt de jouissance, mais pour le mettre en valeur; par exemple, pour défricher un champ inculte (Pothier; Toullier, t. 13, n° 163); 2° pour les frais de culture et de semences, avancés par la communauté, sur l'immeuble propre à l'un des époux, et dont il recueille seul les fruits. (Proudhon, t. 5, n° 2685 et 2686; Pothier, De la comm., n° 212, 213; Toullier, t. 12, n° 124, 125; Duranton, t. 14, n° 151.)

282. On distingue généralement les réparations en nécessaires, utiles, voluptuaires.

Les réparations nécessaires emportent toujours récompense, lors même qu'elles n'au56

raient été l'occasion d'aucun profit réel pour l'époux propriétaire, il s'est enrichi en ce sens qu'il a évité de perdre : Propriæ pecuniæ pepercit.

Les réparations utiles n'emportent récompense qu'autant qu'elles ont augmenté la valeur de l'immeuble propre, et jusqu'à concurrence de la plus-value, sans que jamais cette récompense puisse excéder la somme débour-

sée par la communauté.

Enfin les dépenses purement voluptuaires ne donnent lieu à aucune récompense. Ces principes empruntés au droit romain, reproduits par tous les auteurs, sont encore suivis par la jurisprudence. Il faut prendre garde, dans leur application, que les distinctions sur lesquelles ils reposent sont parfois assez difficiles à saisir, que la nuance entre les impenses nécessaires et les dépenses utiles est souvent fort délicate, et que les dépenses qui peuvent être considérées comme voluptuaires en ellesmêmes, par la nature des immeubles dans lesquelles elles sont faites, peuvent avoir un caractère d'utilité très-marqué. C'est une question. d'appréciation dont la solution, abandonnée à la conscience du juge, dépend des circonstances particulières à chaque espèce.

283. Il serait dû récompense à la communauté pour les produits qui seraient naturellement tombés dans son actif, et que, dans l'intérêt de l'un des deux époux, elle aurait volontairement omis de percevoir : on peut citer le produit de la pêche en retard dans un étang empoissonné aux frais de la communauté, les coupes de bois qui sont dans le même état, les produits des carrières ou mines ouvertes avant le mariage et non exploitées depuis : la récompense serait de la plus-value qui en serait résultée pour l'époux propriétaire du fonds. C'est encore là une modification des principes applicables à l'usufruit ordinaire par la règle absolue posée dans l'art. 1437. (Legrand, Cout. de Troyes, t. 5, art. 88, gl. 3; Rousseau de Lacombe, vº Dot, part. 3, sect. 3, nº 4, et vº Fruits, sect. 4, nº 2; Proudhon, De l'usufruit, t. 5, nos 2688, 2691; Duranton, nº 374.)

284. Les époux peuvent, soit par leur contrat de mariage, soit depuis, s'affranchir de toutes récompenses et indemnités; si cette convention est faite après le mariage, elle ne peut avoir lieu dans un seul et même acte; elle est soumise aux formes et aux conditions des donations entre époux, et dans tous les cas

d'excès, elle devrait être réduite, comme donation, à la quotité de biens dont îl est permis aux époux de disposer mutuellement l'un envers l'autre. (V. Poitiers, 19 févr. 1829, S.-V. 30. 2. 139; J. P. 3º édit.; D. P. 30. 2. 178.)

Sect. 3. — De la dissolution de la communauté. — De ses causes. — De ses suites.

285. La communauté se dissout, aux termes de l'article 1441 : 1° par la mort naturelle; 2° par la mort civile; 3° par le divorce (1); 4° par la séparation de corps; 5° par la séparation de biens (C. civ., 1441).

On peut encore ajouter à ces causes celle qui résulte de l'absence. Toutefois, dans ce dernier cas, la dissolution de la communauté n'est que provisoire (C. civ., 124). En effet, si l'absent reparaît, la communauté est censée n'avoir jamais été dissoute; elle comprend tous les conquêts faits dans l'intervalle de la dissolution provisoire au retour de l'absent: en un mot, tout est remis dans l'état primitif; seulement les actes faits par l'époux présent avec les tiers sont maintenus. Et, d'un autre côté, si l'époque de la mort de l'absent devient certaine, c'est à cette époque, et non à celle de l'option pour la dissolution provisoire, que remontent les effets de la dissolution: c'est du moins ce qu'il faut induire des dispositions des art. 129 et 130 et du silence de l'art. 1441, qui ne met point l'absence au nombre des causes de dissolution. Il en faut conclure également que la communauté ne continue pas après la mort de l'absent, lorsque, dans l'ignorance de cette mort, l'époux présent a opté pour la continuation de la communauté. C'est toujours à l'époque de la mort que la communauté a été dissoute, et elle ne comprend point les acquisitions postérieures. Nulle part, il est vrai, la loi ne dit expressément que cette continuation de communauté n'est que provisoire, comme elle le dit de la dissolution: mais cette pensée se manifeste sussissamment dans l'article 130, lequel, en déclarant la succession ouverte du jour du décès prouvé, fixe à cette époque et l'attribution de l'hérédité et la quotité des droits des héritiers. -V., au surplus, Absence, nos 80 et suivants. et nº 100.

<sup>(1)</sup> Le divorce ayant été aboli par la loi du 8 mai 1816, cette cause de dissolution de la communauté n'existe plus.

286. Sous l'empire des coutumes, la règle que la communauté se dissout par la mort, recevait une exception: si le survivant des époux avait négligé de faire inventaire, la communauté continuait d'exister entre lui et les enfants mineurs. Selon la coutume de Paris, cette continuation de communauté, toujours facultative pour les enfants, avait lieu à titre de peine contre l'époux survivant qui, dans aucun cas, ne pouvait, non plus que ses héritiers, se prévaloir de sa faute et faire déclarer contre les enfants que la communauté avait continué (Pothier, Traite de la Communauté, part. 6, ch. 1, p. 845). La coutume d'Orléans faisait de la continuation de communauté une société taisible, qui avait lieu quelle que fût la qualité des héritiers de l'époux prédécédé, lesquels ne pouvaient y renoncer à moins qu'ils ne fussent ses enfants mineurs (Pothier, ibid., p. 848); que si le survivant venait à se remarier, il s'établissait une société tripartite. Cette matière épineuse donnait naissance à une foule de difficultés que le Code a fait disparaître, en supprimant la continuation de communauté. Il se borne à donner aux parties intéressées la faculté de prouver la consistance des biens et effets communs, tant par titre que par témoins et même par commune renommée; à priver l'èpoux survivant, lorsqu'il y a des enfants mineurs, de la jouissance de leurs revenus, et à rendre le subrogé tuteur, qui ne l'a point obligé à faire inventaire, solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs.

287. Il semble que la preuve par commune renommée, si légitimement accordée aux enfants communs mineurs, est plus difficile à justifier lorsque les héritiers sont des majeurs, ou même des mineurs étrangers qui n'ont point le survivant pour tuteur; car ils pouvaient, eux ou leur tuteur, faire procéder à l'inventaire. Cependant la généralité des termes de l'article 1442, premier alinéa, qui ne fait aucune distinction, ne permet pas d'en restreindre l'application au cas où il s'agit des enfants mineurs, surtout si l'on considère que, dans le deuxième alinéa, la loi dispose précisément pour ce cas particulier. En vain, dans l'opinion contraire, dirait-on avec Toullier (t. 13, nº 5), que « la disposition du premier alinéa de l'article 1442 n'est faite que pour les cas où le défaut d'inventaire donnait autrefois lieu à la continuation de communauté, c'est-à-dire, pour les cas où il existe, à l'époque de la mort naturelle ou civile de l'un des conjoints, des enfants mineurs. » Si, d'après la coutume de Paris, la continuation de communauté n'avait lieu qu'en faveur des enfants mineurs, suivant la coutume d'Orléans elle existait au profit de tous les héritiers, et le Code a eu en vue l'une et l'autre. Le conjoint survivant, qui reste en possession des biens, peut facilement abuser de cette possession, et il est, par cette raison, plus particulièrement obligé de faire inventaire. Cette considération a déterminé la rigueur dont il est ici l'objet.

288. La preuve par commune renommée n'est pas même nécessaire aux héritiers du prédécédé pour revendiquer la moitié des biens possédés, au moment de leur demande, par l'époux survivant qui n'a pas fait inventaire; il suffit que les forces de la communauté n'aient pas été constatées après sa dissolution, pour que tous les biens qui sont en la possession du survivant soient présumés en faire partie, ou avoir été acquis à ses dépens. C'est à ce dernier, qui est resté en possession de tout, à prouver l'origine des biens qu'il prétend lui être advenus aliundè quam ex re communi, et qu'il veut distraire de la masse partageable.

289. La déchéance prononcée par la seconde disposition de l'article 1442 contre l'époux survivant qui n'a pas fait inventaire, a lieu de plein droit; de sorte qu'il est tenu, sans condamnation préalable, de rendre compte comme tout autre tuteur, non-seulement des revenus, mais encore des intérêts de ces revenus, s'il n'en a pas opéré le placement.

290. Cette privation de jouissance ne s'applique pas seulement aux biens qui reviennent aux mineurs dans la communauté, elle s'étend à tous leurs revenus actuels; l'art. 1442 n'en excepte aucun. Mais s'applique-t-elle aussi aux revenus des biens à venir? Nous le croyons avec Proudhon (*Traité de l'usufruit*, t. 1, p. 221), malgré l'autorité de Toullier (t. 13, nos 8 et 9), qui pense que la déchéance ne frappe point sur les biens à venir, s'il en est fait inventaire. La généralité des termes de la loi repousse cette distinction, et il n'y a pas plus de raison de faire une restriction pour les biens à venir, que pour les biens présents qui ne viennent pas de la communauté.

Mais nous ne sommes plus de l'opinion de Proudhon, lorsqu'il soutient que, si les époux

sont maries sous le régime dotal, le survivant n'est pas privé, à défaut d'inventaire, de l'usufruit des biens de ses enfants mineurs. (V. M. Duranton, t. 14, nº 400; Bellot des Minières, t. 3, p. 84, et un arrêt de la cour royale de Toulouse, du 19 déc. 1839, S.-V. 40. 2. 164; D. P. 40. 2. 90.) Nous pensons, avec Toullier (t. 13, nº 10), qu'en thèse générale, il faut décider le contraire. Nous admettons bien qu'il n'y a pas, dans tous les cas, sous le régime dotal, cette nécessité qui se présente toujours pour le survivant, sous le régime de la communauté, de faire un inventaire : il en est ainsi notamment lorsque la femme prédécède ne laissant d'autres biens que les reprises dotales fixées par son contrat de mariage. Alors, en effet, les droits des enfants sont protégés contre tout abus par le contrat même, et il n'y aurait aucune raison d'obliger le mari survivant à faire un inventaire, ni par conséquent de lui appliquer, faute par lui de l'avoir fait, la sanction de la déchéance que prononce l'art. 1442 du Code civil. Mais il n'en est plus ainsi, si, dans la même hypothèse du prédécès de la femme, celle-ci laisse, outre ses reprises dotales constatées par le contrat de mariage, des biens paraphernaux qu'elle a apportés dans la maison de son mari. Ces biens se confondent avec les meubles de ce dernier, et il est bien évident que si un inventaire n'en vient opérer la séparation, les enfants de la mère qui succèdent à ses biens paraphernaux comme à ses reprises dotales, ne seront aucunement protégés, à cet égard, contre les abus volontaires ou non que le mari pourra faire des biens qu'il a sous la main. D'une autre part, le danger se présente aussi avec la même évidence, si c'est la femme qui survit. Il est clair alors, ainsi que le fait remarquer Toullier, que tous les meubles et effets du mari prédécédé se trouvent sous la main de la femme, dans la maison qu'elle habitait avec son mari, et confondus avec ses biens paraphernaux, si elle en a. Il y a donc, sous quelque régime que le mariage ait été contracté, identité de raisons pour obliger le survivant des époux à faire inventaire sous la sanction établie par la loi; et si l'on peut dire que, dans un cas donné, la nécessité de l'inventaire n'existe réellement pas sous le régime dotal, il en faudra conclure, non pas que l'art. 1442 du Code civil ne doit pas, en principe, être appliqué à ce régime, mais seulement qu'il y est susceptible d'exception.

Il est presque inutile d'ajouter que l'usufruit dont est privé le survivant qui n'a pas fait inventaire, n'est que l'usufruit légal, et non celui qui pourrait lui appartenir à un autre titre.

291. Nous avons vu que le subrogé-tuteur qui n'a point obligé l'époux survivant à faire inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs; mais il a son recours contre le conjoint survivant pour toutes les condamnations principales : car c'est moins, en réalité, une obligation solidaire proprement dite, qu'une responsabilité pour le tout, in solidum. Seulement, comme il est en faute de n'avoir pas contraint le conjoint à faire inventaire, il ne serait pas fondé à réclamer les frais des condamnations prononcées contre lui.

292. Pour conserver au conjoint survivant l'usufruit des biens de ses enfants mineurs, l'inventaire doit être régulièrement fait. Il doit être dressé devant notaire. Ainsi l'ordonnaient, avant le Code, deux règlements: l'un du 6 avril 1633, et l'autre du 12 février 1682. L'art. 1456 le dit expressément pour le cas où c'est la femme qui fait procéder à l'inventaire, et il en doit être nécessairement de même lorsque c'est le mari. Même induction se tire de l'art. 451.

Il résulte, en outre, de cet article et de l'article 420, que l'inventaire doit être fait en présence du subrogé-tuteur ou de son mandaire spécial. Ferrière (sur l'art. 420 de la Cout. de Paris) et Proudhon (Traité de l'usuf., t. 1er, p. 214) pensent que le subrogé tuteur doit y assister en personne et qu'il ne peut se faire représenter. Mais on ne voit pas pourquoi il en serait ainsi: il n'y a rien, dans les fonctions du subrogé-tuteur à l'inventaire, qui soit de nature à ne pouvoir être délégué; le tuteur lui-même peut s'y faire représenter sous sa responsabilité personnelle; le droit de déléguer existe pour tous les cas où la loi ne l'a pas formellement interdit.

Pour conserver à l'époux survivant l'usufruit légal, ce serait peu que l'inventaire fût régulier, s'il s'y trouvait des omissions ou des infidélités, à moins que le survivant ne prouvât qu'elles ont été involontaires.

293. L'inventaire doit être fait dans les délais légaux, c'est-à-dire qu'il doit être commencé dans les dix jours de la nomination du subrogé-tuteur, puisque le conjoint survivant

est le tuteur légal des mineurs (C. civ., 451); il doit être clos dans le délai de trois mois, sauf au conjoint survivant à obtenir en justice, contradictoirement avec le subrogé-tuteur, une prorogation de délai, selon les circonstances. Cette prescription résulte des art. 794 et 795, puisque l'inventaire est exigé aussi bien pour la conservation des droits des enfants mineurs, comme héritiers bénéficiaires (C. civ., 461), que pour la conservation des droits de l'époux survivant.

Si ce dernier a laissé passer ce délai sans accomplir le devoir que la loi lui impose, il est déchu de son droit d'usufruit; mais peutil le recouvrer par un inventaire tardif? Oui, dit Proudhon (t. 1er, p. 226 et suiv.), pourvu qu'au moment de l'inventaire, les biens de la communauté se trouvent dans un état tel qu'il soit possible d'en établir exactement la consistance par les documents ordinaires; et non, dans le cas contraire. Cette distinction ne paraît pas admissible; l'usufruit légal n'appartient à l'époux survivant qu'à la condition de faire un inventaire régulier dans les délais prescrits; s'il a manqué d'accomplir cette condition, son droit est anéanti et ne peut plus revivre : conditio quæ defuit non restauratur. Telle est aussi l'opinion de Toullier (t. 13, nº 17).

294. Nous avons vu que la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, est rangée parmi les causes de dissolution de la communauté. — V. Séparation de corps, Séparation de biens.

Mais le retour à la loi du contrat de mariage est toujours favorablement accueilli; et lorsque la communauté a été dissoute par une séparation judiciaire, les époux peuvent la rétablir; seulement, la loi a dû veiller à ce que ce rétablissement ne pût jamais devenir pour les tiers une cause de préjudice, ni pour les époux un moyen de faire fléchir le principe de l'incommutabilité des conventions matrimoniales.

295. Sous l'ancienne jurisprudence, des controverses s'étaient élevées sur le point de savoir si le rétablissement de la communauté devait être constaté par acte authentique, et l'on faisait à cet égard une distinction entre la séparation de corps et la séparation de biens (V. Pothier, Traité de la Commun., n° 524 et suiv., et les auteurs et les arrèts qu'il cite). Le Code a dissipé toutes ces incertitudes : il prescrit un acte passé devant no-

taire et avec minute, afin qu'il ne dépende pas des époux de se placer, à leur gré, sous le régime de la communauté ou sous le régime de la séparation, en produisant ou en supprimant l'acte; une expédition de cet acte doit être affichée dans la forme prescrite par les art. 1449 du Code civil et 872 du Code de proc. civ.; ces formalités sont exigées indistinctement dans le cas de séparation de corps et dans le cas de séparation de biens (C. civ., 1451).

296. La communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage, et les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation (*Ibid.*). Ainsi, les biens acquis pendant la durée de la séparation entrent en communauté, de même que les dettes contractées par chacun des époux. (Pothier, *loc. cit.*, n° 527; Toullier, t. 13, n° 119.)

297. Toutefois, ce n'est qu'à l'égard des époux entre eux que la dissolution de la communauté est regardée comme non avenue; en ce qui concerne les tiers, elle conserve tous ses effets pour le passé (C. civ., 1451). «Si, par exemple, dit Toullier (nº 120), un tiers, lors du mariage, avait donné en dot, par une clause des conventions matrimoniales, une somme de 10,000 fr., avec stipulation expresse que cette somme lui serait rendue et serait exigible dans le cas d'une séparation judiciaire survenue entre les conjoints, le cas étant arrivé, le rétablissement postérieur de la communauté laisserait subsister son droit de répétition de la dot de 10,000 fr., sans y pouvoir porter atteinte. On cite à cet égard la loi 63 ff., De jure dot., qui dit : Stipulatio de dote reddenda ab extraneo interposita, facto divortio, statim committitur, nec redintegrato matrimonio actio stipulatori quasita intercidit; ce qui est conforme au principe général sur l'accomplissement des conditions : conditio semel impleta non resumitur. » Ainsi encore, toutes les obligations contractées par la femme pendant la séparation, et qui n'excèdent pas les bornes d'une simple administration, pourront être poursuivies tant sur son mobilier que sur ses revenus rentrés dans la communauté; mais, comme au regard des époux la séparation est censée n'avoir pas eu lieu, la femme devra récompense à la communauté. L'art. 1451 ne parle que des actes consentis par la femme, parce que, en général, c'est elle qui a pu faire après la séparation ce qu'elle n'aurait pas eu le droit de faire auparavant. Cependant le mari lui-même peut se trouver aussi dans ce cas: si, par exemple, il avait fait donation d'un immeuble de la communauté tombé dans son lot par le partage qui a suivi la séparation, la donation serait maintenue, mais il devrait récompense à la communauté.

298. Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions autres que celles qui la gouvernaient primitivement, est nulle aux termes de la disposition finale de l'art. 1451. Cela se conçoit : la convention ne serait pas le retour au contrat de mariage; ce serait la violation de l'art. 1395, d'après lequel les stipulations matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage.

299. Mais, dans ce cas, est-ce le rétablissement de la communauté qui est nul, ou seu-lement les nouvelles conventions matrimoniales; en d'autres termes, l'état de séparation continue-t-il à subsister, ou bien la communauté est-elle rétablie purement et simplement sur ses anciennes bases, nonobstant les nouvelles modifications?

M. Delvincourt enseigne la première opinion; M. Duranton (t. 14, nº 431) s'attachant à le réfuter, fait cette distinction : « Si les nouvelles conventions matrimoniales insérées dans l'acte de rétablissement de la communauté, ne sont pas déclarées expressément être la condition de ce rétablissement, elles sont réputées non écrites et l'acte subsiste; au cas contraire, leur nullité entraîne celle de l'acte de rétablissement de la communauté. » Cette distinction nous paraît sans fondement. « Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté..... est nulle, » dit l'article 1451: c'est donc la convention de rétablissement de la communauté qui est nulle; par conséquent, la séparation continue d'exister; c'est le sens littéral de la loi, et il est parfaitement conforme à la raison : les époux ont voulu rétablir leur communauté sous certaines conditions; ces conditions sont prohibées par la loi, la convention est nulle (C. civ., 1172).

300. Aux termes de l'article 1452, la dissolution de la communauté opérée par la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme; mais celle-ci conserve la faculté de les exercer lors de la mort naturelle ou civile de son mari. Quoique la loi ne semble accorder cette faculté qu'à la femme, nous ne croyons pas qu'elle ait voulu créer en sa faveur un privilége que rien ne justifierait, et nous pensons que la même règle s'applique aux droits de survie du mari.

301. On a agité la question de savoir si la femme peut renoncer à ses droits de survie. On ne voit pas pourquoi elle ne le pourrait pas. Sans doute, si, après la séparation, elle se borne à manifester verbalement ou par écrit son intention de renoncer à ses droits, et que cette renonciation ne soit pas acceptée, il n'y aura point de contrat, point de droit acquis au mari, et, par conséquent, la femme pourra toujours revenir sur cette manifestation; mais si cette renonciation se trouve dans un contrat intervenu entre la femme et le mari, nul doute qu'elle ne produise son effet. (Toullier, t. 13, n° 122.)

302. Lorsque la loi du divorce était en vigueur, l'époux contre lequel le divorce avait été admis, perdait tous les avantages stipulés en sa faveur, soit dans le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté, et l'autre époux, au contraire, qui avait obtenu le divorce. conservait tous les siens (C. civ., 299, 300). C'est une question des plus controversées que celle de savoir si ces articles sont applicables à la séparation de corps. Cette question sera examinée au mot Séparation de corps. Disons seulement ici que, contrairement à la jurisprudence assez généralement suivie par les cours royales, la Cour de cassation s'est prononcée pour la négative par une longue suite d'arrêts, dont le dernier porte la date du 21 novembre 1843 (S.-V. 44. 1. 235; J. P. 1844. 1. 403).

Sect. 4. — De l'acceptation de la communauté et de la renonciation qui peut y être faite, avec les conditions qui y sont relatives.

303. Le mari étant le maître de la communauté et pouvant la grever à sa fantaisie, il fallait que la femme fût libre de s'en délier, sous peine de voir sa fortune compromise par des obligations auxquelles elle est restéc étrangère. Aussi a-t-elle, ainsi que ses héritiers et ayants cause, après la dissolution de la communauté, la faculté de l'accepter ou d'y renoncer. Cette disposition est d'ordre public, et toute convention contraire est nulle. (C. civ., 1453)

Mais l'acceptation ou la renonciation une fois faite est irrévocable (arg. des art. 1454, 1455, 1459 et 1466), à moins que les formalités prescrites par l'article 461 du Code civil n'aient pas été remplies, si la partie qui accepte ou renonce est mineure; ou, si elle est majeure, qu'elle n'ait été victime d'une fraude ou d'un dol de la part du mari ou de ses héritiers.

304. On contestait autrefois que la femme séparée de biens pût accepter la communauté, parce qu'il semblait contradictoire qu'elle vint demander à prendre sa part dans une communauté qu'elle avait fait déclarer en mauvais état (Duparc-Poullain, Principes de droit, t. 51, p. 261). Mais Pothier (Traité de la communauté, nº 520), Lebrun et beaucoup d'autres, répondaient qu'il n'y avait nulle contradiction à ce-que la femme séparée de biens pût accepter la communauté, puisqu'elle n'est pas forcée d'attendre, pour en demander la dissolution, que la communauté soit complétement ruinée; qu'il suffit qu'elle soit entamée, que l'état en soit alarmant, cas auquel il peut y avoir encore quelques restes à partager : telle était la jurisprudence du Châtelet, comme en fait foi un acte de notoriété, du 27 juillet 1709, rapporté dans le recueil de Denisart.

Telle est aussi la doctrine du Code civil. La disposition de l'art. 1453 est générale, et la faculté d'accepter ou de renoncer est conférée à toutes les femmes sans exception, partant, aux femmes séparées de biens comme aux autres, et à celles-là d'autant plus évidemment, que c'est précisément d'elles que s'occupent les articles précédents. Si, après l'article 1453, il était resté quelque doute, il aurait été levé par l'art. 174 du Code de procédure civile, qui porte que « la femme séparée de biens, assignée comme commune, aura trois mois pour faire inventaire, et quarante jours pour délibérer. » Cette question semblerait donc ne plus en être une, si le tribun Mouricaut, dans son rapport au corps législatif, ne l'eût résolue dans un sens tout contraire. « Le Code, dit-il, tranche, dans l'art. 874, une question controversée, celle de savoir si la femme qui a fait prononcer la séparation de biens, peut ne renoncer à la communauté que pour l'avenir; si elle peut demander le partage pour le passé. Plusieurs jurisconsultes étaient pour l'assirmative : ils se sondaient sur ce que, pour autoriser la demande

en séparation, il suffisait que la dot de la femme fût en péril. D'autres pensaient, au contraire, que si la communauté présentait du bénéfice, il ne pouvait y avoir lieu de craindre pour la dot et de se séparer; que, d'ailleurs, lorsqu'on enlevait au mari l'usage des biens de sa femme, il n'était pas convenable qu'elle demandât et obtînt au delà. C'est cette dernière opinion, la plus commune et la plus raisonnable, que le Code a adoptée. Il exige donc la renonciation absolue, et il ordonne qu'elle sera faite au greffe du tribunal, afin qu'elle soit jointe à l'instance. »

Cette opinion, suivant nous, roule sur un paralogisme évident. L'article 374 du Code de procédure civile, loin de trancher la question. n'y touche même pas : il porte que « la renonciation de la femme à la communauté sera faite au greffe du tribunal saisi de la demande en séparation, » lorsque la femme voudra renoncer, bien entendu. Cette disposition ne dit qu'une chose, c'est que la renonciation doit être faite au gresse du tribunal saisi; en tirer la conséquence que la femme est obligée de renoncer à la communauté pour faire admettre sa demande en séparation, n'est pas logique: autre chose est d'obliger la femme à renoncer, autre chose de fixer le lieu où sera faite une renonciation facultative; et l'une de ces deux choses n'est certainement pas comprise dans l'autre. Aussi. malgré cette opinion du rapporteur, tient-on généralement, en présence des art. 1453 du Code civil et 174 du Code de procédure civile, que la femme séparée de biens peut, comme toute autre, accepter la communauté. ·

Nous parlerons séparément de l'acceptation et de la renonciation; nous indiquerons ensuite les dispositions communes à l'une et à l'autre.

§ 1er. - De l'acceptation de la communauté, .

305. L'acceptation de la communauté peut être expresse ou tacite.

Elle est expresse, lorsque la femme majeure prend, dans un acte authentique ou privé, la qualité de commune, quand même elle l'aurait prise avant d'avoir fait inventaire, s'il n'y a eu dol de la part des héritiers du mari. (C. civ., 1455) Si la femme était mineure, elle ne serait point liée, à moins qu'elle n'eût été autorisée par le conseil de famille, et encore, dans ce cas, serait-elle

sujette à restitution. Un arrêt de la Cour de cassation, du 21 juin 1831 (S.-V. 31. 1. 268; J. P. 3° édit.; D. P. 31. 1. 245.), a jugé que la femme qui, dans une demande en séparation de corps, a conclu au partage de la communauté, est réputée l'avoir acceptée expressément.

306. L'acceptation est tacite, lorsque la femme fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'elle n'aurait droit de faire qu'en sa qualité de commune. (Arg. de l'art. 778, C.) Ainsi la femme fait acte d'acceptation tacite lorsqu'elle s'immisce dans les biens de la communauté (C. civ., 1454); lorsque, par exemple, elle dispose d'effets appartenant ou même qu'elle croit appartenir à la communauté, sans autre titre, pour en disposer, que la qualité de commune, ou sans observer les formalités prescrites pour la vente des esfets mobiliers; lorsqu'elle acquitte, de ses deniers et en sa qualité de commune, quelque dette de la communauté, comme aussi lorsqu'elle se paie à elle-même ce qui peut lui être dû par la communauté.

Mais si l'acte que fait la femme ne suppose pas nécessairement son intention d'accepter, s'il peut s'interpréter autrement, il n'emporte point acceptation. Tel pourrait être le cas où la femme aurait disposé de quelques effets de la communauté, étant exécutrice testamentaire de son mari, ou tutrice de ses enfants héritiers de ce dernier; tel serait encore le cas où elle acquitterait une dette de la communauté, dont elle serait tenue elle-même, soit en son propre nom, soit comme caution de son mari.

307. Il y a également acte d'acceptation tacite (comme dans la matière des successions, avec laquelle celle-ci a les plus grands rapports), lorsque la femme fait donation, vente ou transport de ses droits dans la communauté, soit à un étranger, soit à tous les héritiers de son mari, soit à quelques-uns d'eux; lorsqu'elle renonce, même gratuitement, au profit d'un ou de plusieurs des héritiers de son mari, et lorsqu'elle renonce au profit d'eux tous, en recevant le prix de sa renonciation (Arg. de l'art. 780, C. civ.)

308. Les actes purement d'administration ou conservatoires n'emportent point immixtion (C. civ., 1454).

Ainsi, la femme peut, sans faire acte d'acceptation, requérir l'apposition des scellés; payer les frais funéraires, même avec les de-

niers de la communauté; acquitter les dettes vulgairement dites criardes : faire des réparations urgentes; interrompre les prescriptions qui vont s'accomplir; prendre des inscriptions sur les biens des débiteurs de la communauté. et renouveler celles qui sont sur le point d'être périmées; acheter des deniers de la communauté les provisions nécessaires pour elle et ses domestiques pendant les délais accordés pour faire inventaire et délibérer; continuer le débit des marchandises pour la conservation du fonds de commerce; donner congé aux locataires qui ne paient pas leurs loyers. et même louer les maisons pour les termes d'usage des baux faits sans écrit (M. Duranton, t. 14, nº 489). Mais elle ne pourrait, sans faire acte d'immixtion, passer des baux écrits, ces sortes de baux n'étant point des actes d'administration provisoire, si ce n'est peutêtre dans quelque cas d'urgence (Battur. nº 677). Que si la femme craint, en faisant quelque acte d'administration ou conservatoire. d'être considérée comme commune, il est prudent qu'elle explique son intention et déclare ne point vouloir faire acte d'acceptation. Cette protestation cependant serait sans effet, s'il était évident que l'acte ne peut être fait que par la femme commune. Au reste, dans le doute, il est plus sûr pour la femme de présenter requête au président du tribunal pour se faire autoriser à procéder à l'acte en qualité d'habile à se porter commune.

309. La femme fait encore acte d'acceptation tacite et est déclarée commune, nonobstant sa renonciation, lorsqu'elle divertit ou recèle quelques effets de la communanté; et il en est de même à l'égard de ses héritiers (C. civ., 1460). Cette disposition ne s'applique qu'au cas où la renonciation est postérieure au détournement; si elle était antérieure, elle ne serait point détruite par un fait postérieur de recelé ou de divertissement: ce fait serait une soustraction pure et simple de la chose d'autrui, puisqu'au moment où il aurait lieu, il n'y aurait plus de communauté. (Toullier, t. 13, n° 217; Duranton, n° 443; Bellot, t. 2, p.283; — contrà, Battur, n° 702.)

310. Est reputée avoir recélé des effets de la communauté, la femme qui omet sciemment et de mauvaise foi de les comprendre dans un inventaire fait à sa requête. (Arg. de l'article 801, C. civ.; — Colmar, 6 avril 1813, S.-V. 15. 2. 66; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 258.)

311. La disposition de l'art. 1460 selon la-

quelle la veuve qui a diverti ou recelé quelques effets de la communauté, est déclarée commune, nonobstant sa renonciation, étant introduite en faveur des créanciers de la communauté et des héritiers du mari, ils peuvent y renoncer et laisser subsister la renonciation en se bornant à exiger la restitution des effets divertis ou recelés. (Toullier, n° 216; Duranton, n° 444; — contrà, Battur, n° 703.)

312. Si la veuve coupable de divertissement ou de recélé était mineure, Bellot (t. 2, p. 284) pense qu'elle ne devrait point être déclarée commune, et que l'art. 1477 lui serait seul applicable. Battur, au contraire, soutient (n° 702), d'après Rousseau de Lacombe, que la veuve, quoique mineure, doit être déchue du droit de renoncer, quia in delictis ætas neminem excusat. (L. 1 et 2, Cod. si adv. delict; — V. Cujas, eod.; Renusson, n° 22 et suiv.)

313. Les créanciers de la femme ne peuvent attaquer l'acceptation qu'elle a faite de la communauté; car ils ne sauraient y avoir aucun intérêt, puisque, aux termes de l'art. 1483, la femme n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. Il faut pourtant excepter le cas où, le contrat de mariage stipulant la reprise de l'apport de la femme renonçante, elle accepterait en fraude de ses créanciers et par collusion avec les héritiers de son mari.

Nous verrons plus loin que les créanciers de la femme peuvent attaquer la renonciation faite par elle ou ses héritiers en fraude de leurs droits. Dans ce cas, ils acceptent la communauté de leur chef (C. civ., 1464), et jusqu'à concurrence du montant de leurs créances.

314. Lorsque la communauté a été dissoute par la mort naturelle ou civile du mari, aucun délai particulier n'est fixé à la femme et à ses héritiers pour accepter; ils ont par conséquent trente ans, à partir du jour de la dissolution. Mais si c'est par la séparation de corps ou de biens que la communauté a été dissoute, la femme n'a que trois mois et quarante jours pour accepter, sinon elle est censée avoir renoncé, à moins qu'elle n'ait obtenu une prorogation de délai. (C. civ., 1463; C. proc. civ., 174.)

315. Les contestations qui peuvent s'élever entre les héritiers du mari et la femme, soit sur le point de savoir si l'administration doit être maintenue ou ôtée à celle-ci, soit sur

l'utilité de tel ou tel acte d'administration, sont portées devant le juge des référés.

#### § 2. — De la renonciation à la communauté.

316. Nous avons vu que, après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers et ayants cause, ont la faculté d'y renoncer.

Comme, malgré son acceptation, la femme qui a fait un bon et fidèle inventaire, n'est tenue des dettes de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers. que jusqu'a concurrence de son émolument. on pourrait se demander quel est son intérêt à renoncer. Mais cet intérêt peut très-bien exister; elle peut avoir le droit, par son contrat de mariage, de reprendre ses apports en cas de renonciation, et cette reprise peut lui être plus avantageuse que le partage de la communauté. Et même, quand elle n'aurait pas ce droit, il serait encore de son intérêt de renoncer, pour se décharger de la liquidation d'une communauté dont tout l'actif serait dévoré par le passif.

Quoique l'art. 1453 semble étendre la faculté de renoncer aux ayants cause en général, cela ne peut s'entendre que des légataires universels ou à titre universel, et non des cessionnaires, puisque la cession ou le transport que la femme consent de son droit à la communauté, emporte acceptation de sa part.

Si, des héritiers de la femme, les uns acceptent la communauté et les autres y renoncent, ceux qui acceptent n'ont droit qu'à leur part et portion virile héréditaire; la part des autres appartient au mari, qui reste chargé envers les renonçants, mais seulement jusqu'à concurrence de leurs parts des actions et reprises que la femme aurait pu exercer en cas de renonciation. (C. civ., 1495; Bellot, t. 2, p. 459; Battur, n° 695.)

317. Quant aux conditions relatives à la renonciation de la femme, elles varient selon les causes qui ont amené la dissolution de la communauté. Parlons d'abord du cas de mort naturelle du mari.

« La femme survivante qui veut conserver la faculté de renoncer à la communauté, doit, dans les trois mois du jour du décès du mari, faire faire un inventaire fidèle et exact de tous les biens de la communauté, contradictoirement avec les héritiers du mari, ou eux dûment appelés. Cet inventaire doit être par elle astirmé sincère et véritable, lors de la clôture, devant l'officier public qui l'a reçu. » (C. civ. 1456.)

Ce n'est donc que pour conserver la faculté de renoncer que la femme est dans l'obligation de faire inventaire; mais elle peut, avant l'expiration des trois mois, renoncer sans inventaire préalable. La renonciation n'est plus, comme sous l'empire de la coutume de Paris, un privilége accordé à condition de faire inventaire. (Toullier, t. 13, nº 130; Bellot, t. 2, p. 322; - Metz, 24 juillet 1824, S.-V. 25. 2. 334; J. P. 3e édit.; D. A. 10. 256; — Besançon, 23 fév. 1828, S.-V. 28. 2. 221; J. P. 3º édit.; D. P. 28. 2. 165: - Cass. 16 fév. 1832, S.-V. 32. 1. 269; J. P. 3º édit.; D. P. 32. 1. 100; - contrà, Paris, 2 avril 1816, S.-V. 17. 2. 367; J. P. 3º édit.; D. A. 10. 256; - Bruxelles, 18 mai 1811, S.-V. 14. 2. 209; J. P. 3e édit.; D. A. 10. 256; — Cass. 22 déc. 1829, S.-V. 30. 1. 54; J. P. 3e édit.; D. P. 30. 1. 31; M. Siméon, qui a dit : « La renonciation exige un inventaire préalable. »)

318. En règle générale, le délai de l'article 1456 est rigoureux, de telle sorte que si la femme le laisse expirer sans dresser inventaire, elle est déchue de la faculté de renoncer. (C. civ., 1459, 1461; — Cass. 22 décembre 1829, arrêt cité, n° 317, et 2 juillet 1838, S.-V. 38. 1. 578; J. P. 1838. 2. 20; D. P. 38. 1. 503; — contrà, Arg. des art. 800, C. civ., et 174, C. pr. civ.)

Néanmoins, il résulte implicitement des termes de l'arrêt précité du 22 déc. 1829, que si, à raison des circonstances, la veuve a été dans l'impossibilité de satisfaire à la prescription de la loi, elle n'est pas déchue du droit de renoncer. C'est ce qu'ont jugé explicitement plusieurs cours royales, notamment celles de Paris, le 10 janvier 1835 (S.-V. 35. 2. 473; D. P. 35. 2. 53) et de Colmar, le 28 février 1838 (J. P. 1838. 2. 605).—contrà, Limoges, 19 juin 1835 (S.-V. 35. 2. 465; D. P. 36. 2. 169).

319. «Dans les trois mois et quarante jours après le décès du mari, la femme doit faire sa renonciation au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel le mari avait son domicile; cet acte doit être inscrit sur le registre établi pour recevoir les renonciations à succession. » (C. civ. 1457.)

Que si l'inventaire est clos avant l'expiration des trois mois, c'est à partir de la clôture que court le délai de quarante jours accordé à la femme pour délibérer.

Du reste, elle peut, comme l'héritier bénéficiaire, obtenir une prorogation de délai pour faire sa renonciation. Le tribunal l'accorde ou la refuse, selon les circonstances et contradictoirement avec les héritiers du mari, (C. civ., 1458.)

L'expiration de ce délai de trois mois et quarante jours n'a pour effet que de permettre de poursuivre, comme commune, la femme qui, jusque-là, pouvait opposer l'exception dilatoire, et de lui faire supporter tous les frais faits contre elle jusqu'à sa renonciation. Mais elle n'est pas pour cela déchue de la faculté de renoncer, si elle a fait inventaire et qu'elle ne se soit point immiscée, ou, pour mieux dire, qu'elle n'ait fait aucun acte d'acceptation (C. civ., 1459). Cette faculté ne se prescrit que par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers. (Arg. de l'art. 789.)

Remarquons en passant que si la femme s'est laissé condamner comme commune, cette qualité ne lui est imprimée qu'à l'égard du créancier qui l'a fait condamner, et seulement pour le montant de la condamnation. (l. 2, Cod. Quib. res judic.; Pothier, n° 557.)

320. « Si la veuve meurt avant l'expiration des trois mois sans avoir fait ou terminé l'inventaire, les héritiers auront, pour faire ou pour terminer l'inventaire, un nouveau délai de trois mois, à compter du décès de la veuve, et de quarante jours pour délibérer, après la clôture de l'inventaire. Si la veuve meurt ayant terminé l'inventaire, ses héritiers auront, pour délibérer, un nouveau délai de quarante jours à compter de son décès. Ils peuvent, au surplus, renoncer à la communauté dans les formes établies ci-dessus; et les art. 1458 et 1459 leur sont applicables.» (C. civ., 1461.)

Il résulte de cet article que les héritiers n'ont qu'un seul et même délai pour prendre parti et sur la succession et sur la communauté. Cela s'explique, puisque l'inventaire de la communauté comprend les biens de la femme. Mais, s'ils n'y sont pas tous compris, si la femme a acquis des biens depuis la mort de son mari, ou même depuis la clôture de l'inventaire, M. Duranton (t. 14, n° 455) accorde aux héritiers le délai ordinaire de l'art. 795. Il nous semble que c'est aller contre le texte de la loi, qui ne fait point de distinc-

tion; ce serait peut-être s'en rapprocher davantage que de dire, comme M. Delvincourt, que ce n'est là qu'un cas de prorogation de délai.

321. Tout ce que nous venons de dire pour le cas de dissolution de la communauté par la mort naturelle du mari, s'applique au cas de dissolution par sa mort civile (C. civ., 1462).

322. Lorsque c'est par la séparation de corps que la communauté est dissoute, la femme a toujours les délais ordinaires pour faire inventaire et délibérer (C. proc. civ., 174); mais, si elle n'accepte pas dans ces délais, elle est présumée renoncante, à moins qu'elle n'ait obtenu une prorogation contradictoirement avec le mari, ou lui dûment appelé (C. civ., 1463). Elle n'a donc pas besoin de renoncer expressément, et la loi ne lui impose point l'obligation de faire inventaire. Nous pensons même qu'après l'expiration des délais, elle est absolument déchue du droit d'accepter. La raison de toutes ces solutions, qui sont écrites dans l'art. 1463, c'est que les biens de la communauté restent en la possession du mari, qui, dans le silence de la femme, continue toujours à les posséder à titre de propriétaire. (Pothier, nº 561.)

323. La loi est muette sur le cas de dissolution de la communauté par la séparation de biens. Cependant il est évident que, dans ce cas, la femme jouit aussi des délais (C. pr. civ., 174); elle n'est pas non plus obligée de faire inventaire (Pothier, n° 561); mais est-elle présumée renonçante? Les termes de l'art. 874 du Code de procédure ont fait naître un doute sur ce point. Nous croyons néanmoins, avec M. Duranton (n° 459), que sa renonciation se présume comme celle de la femme séparée de corps: il y a même raison de le décider.

Enfin, au cas de dissolution de la communauté par la mort naturelle ou civile de la femme, ses héritiers peuvent renoncer dans les délais et dans les formes prescrites à la femme survivante (C. civ., 1466).

324. Une règle commune à tous les cas de renonciation, et qui a sa source dans le principe général de l'art. 1167, c'est que les créanciers de la femme peuvent toujours attaquer la renonciation faite par elle ou par ses héritiers en fraude de leurs droits, et accepter la communauté, de leur chef, mais jusqu'à concurrence seulement de leurs créances, la renonciation subsistant pour le surplus (C. civ., 1464 et 788).

Quoique la loi ne parle pas des créanciers particuliers des héritiers, ils ont évidemment le même droit que ceux de la femme. (Duranton, t. 14, n° 463.)

Quant aux créanciers postérieurs à la renonciation, ils ne pourraient l'attaquer. (Duranton, nº 462.)

Malgré les termes de l'art. 1464, il n'est pas nécessaire, pour que les créanciers puissent attaquer la renonciation, qu'elle ait été faite dans une intention de fraude; il suffit qu'elle leur porte préjudice (arg. des art. 788, 632 et 1053; Battur, n° 670; Duranton, n° 462; Toullier, t. 13, n° 202; Bellot, t. 2, p. 341).

Passons aux effets de la renonciation:

« La femme qui renonce perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef. » (C. civ., 1492) Elle perd de même tous ses droits sur les immeubles qu'elle aurait ameublis dans son contrat de mariage par une clause d'ameublissement déterminé. (Toullier, t. 13, n° 277.) Elle retire seulement les linges et hardes à son usage (C. civ., 1492); ce qui ne comprend ni les bijoux ni les diamants. (Toullier, n° 283; Duranton, n° 510.)

325. Mais la renonciation ne peut faire perdre à la femme ses droits sur les biens qui ne faisaient point partie de la communauté. Elle reprend donc, 1° les immeubles à elle appartenant, lorsqu'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi; 2° le prix de ses immeubles aliénés dont le remploi n'a pas été régulièrement fait et accepté; 3° toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté (C. civ., 1493); 4° les objets mobiliers qu'elle a stipulés propres, ou qui lui ont été donnés avec déclaration qu'ils lui demeureraient propres (arg. de l'art. 1401, n° 1).

Elle exerce toutes les actions et reprises ci-dessus détaillées, tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari (C. civ., 1495), avec les droits attachés à son hypothèque légale.

Ses héritiers ont les mêmes droits, sauf en ce qui concerne le prélèvement des linges et hardes, ainsi que le logement et la nourriture pendant le délai donné pour faire inventaire et délibérer (C. civ., 1495).

326. Un autre effet de la renonciation, c'est de décharger la femme de toute contribution aux dettes de la communauté, tant à l'égard du mari qu'à l'égard des créanciers. Elle reste néanmoins tenue envers ceux-ci lorsqu'elle s'est obligée conjointement avec son mari, ou lorsque la dette, devenue dette de la communauté, provenait originairement de son chef; le tout sauf recours contre le mari ou ses héritiers (C. civ., 1494). Elle serait également tenue, sauf son recours, des dettes qu'elle aurait contractées comme marchande publique.

Mais elle n'aurait aucun recours pour les dettes relatives à ses propres (C. civ., 1409), non plus que pour celles qu'elle aurait contractées personnellement pour l'établissement d'un enfant né d'un précédent mariage (C. civ., 1469), ou d'un enfant commun (C. civ., 1438), ni enfin pour celles qui auraient pour cause un crime qu'elle aurait commis pendant le mariage (C. civ., 1424).

# \$ 3. — Dispositions communes aux cas d'acceptation et de renonciation.

327. « La veuve, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, a droit, pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer, de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes, et, à défaut, par emprunt au compte de la masse commune, à la charge d'en user modérément.

» Elle ne doit aucun loyer à raison de l'habitation qu'elle a pu faire, pendant ces délais, dans une maison dépendante de la communauté, ou appartenant aux héritiers du mari; et si la maison qu'habitaient les époux à l'époque de la dissolution de la communauté était tenue par eux à titre de loyer, la femme ne contribuera point, pendant les mêmes délais, au paiement dudit loyer, lequel sera pris sur la masse. » (C. civ., 1465.)

Ce n'est que pendant le temps nécessaire pour faire inventaire et délibérer, que la femme a droit à la nourriture et à l'habitation, de sorte que, si elle prend qualité avant l'expiration des trois mois et quarante jours qui lui sont accordés, ce droit cesse au même instant. (Duranton, t. 14, n° 466; — contrd, D. A. 10. 259, n° 30.) Si, au contraire, elle obtient une prorogation de délai, cette faveur se prolonge pendant le même temps. (Pothier, n° 570; Duranton, loc. cit.; Battur, n° 686; Roll. 2, 359; — contrd, Malleville, Delvincourt, D. A. loc. cit.)

Quant aux enfants, s'ils sont nés du mariage, il est tout simple que la communauté fasse les frais de leur nourriture et de leur habitation; mais s'ils sont issus d'un premier lit de la femme ou du mari, ces frais sont à la charge personnelle de la mère ou du père. (Duranton, n° 467.)

328. Si le bail de la maison que les époux habitaient a pris fin, et que la veuve ait été obligée d'en louer une autre, le loyer est à la charge de la communauté jusqu'à l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer. Il en serait autrement, si la maison habitée par les époux ou louée depuis par la femme lui appartenait à elle-même: elle ne pourrait réclamer aucune indemnité pour son logement personnel; elle en pourrait seulement exiger une pour le logement des effets de la communauté jusqu'au partage. (Duranton, n° 468.)

329. Sous quelque régime que les époux aient vécu, le deuil de la femme est aux frais des héritiers du mari (C. civ., 1481 et 1570; Toullier, n° 266), soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce. Ce droit n'est pas réciproque, et le mari survivant ne pourrait le réclamer. (Toullier, n° 268.)

La valeur du deuil se règle selon la fortune du mari au temps de la dissolution de la communauté (C. civ., 1481), et aussi selon sa condition (Toullier, n° 271). On y comprend les habits de deuil des domestiques de la femme (Toullier, loc. cit.; Duranton, n° 469); chez les personnes élevées en dignité, la draperie du catafalque (Toullier, ibid.). Le deuilse paie en argent et non en nature. (Denisart, v° Deuil, § 2, n° 10, qui rapporte un arrêt du 9 mai 1777; Toullier, n° 272.)

Les frais de deuil sont-ils privilégiés? On les considérait comme tels anciennement, sauf dans le ressort du parlement de Bordeaux, où l'on tenait que la veuve n'avait point de privilége pour ses habits de deuil, parce qu'ils n'étaient pas mis dans la classe des frais funéraires (V. Salviat, Jurispr. du parl. de Bordeaux, p. 505). Sous l'empire du Code, nous pensons avec Merlin, et par le motif qu'en donne Salviat, que les frais de deuil ne sont pas privilégiés (V. cependant Toullier, t. 13, n° 269). Mais, destinés à honorer la mémoire du mari, ces frais sont insaisissables (Toulouse, 20 juillet 1822, S.-V. 23. 2. 8; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 355).

Sect. 5. — Du partage de la communauté après l'acceptation.

330. Après l'acceptation de la communauté

par la femme ou ses héritiers, l'actif se partage, et le passif est supporté de la manière ci-après déterminée (C. civ., 1467).

La loi ne dit pas que le passif se partage, mais qu'il est supporté. Il n'y a point en effet lieu à partage; la division se fait de plein droit. L'actif incorporel n'a pas besoin non plus d'être partagé; chaque créance appartient, de plein droit, pour moitié à chacun des deux époux. On peut, il est vrai, comprendre, dans le partage, des créances ou des dettes, pour attribuer les unes ou faire supporter les autres à l'un des copartageants; mais cette opération n'a que l'effet, dans le premier cas, d'un transport de créance pour la moitié, et dans le second cas, d'une promesse de paiement pour autrui.

§ 1 er. — Du partage de l'actif. — Opérations préliminaires au partage. — Rapports. — Prélèvements.

331. Le partage de la communauté est soumis aux règles établies au titre des successions pour tout ce qui concerne la capacité des personnes, les formes, la licitation des immeubles, les effets du partage, la garantie, les soultes, la rescision (C civ., 1476).

Ainsi, lorsque les parties sont majeures, le partage peut être fait dans telle forme et par tel acte qu'elles jugent convenables (C. civ., 819). Si l'époux décédé a laissé des héritiers mineurs, ou si le survivant est lui-même mineur ou interdit, le partage doit être fait en justice (C. civ., 838); autrement, il ne serait que provisionnel (C. civ., 840), quelles que puissent être à cet égard les conventions du contrat de mariage.

Parmi les règles du titre des successions qui sont applicables au partage de la communauté, il faut encore ranger celle de l'article 866 du Code civil, qui donne au successible donataire de plus de moitié de la valeur d'un immeuble la faculté d'empêcher le partage de cet immeuble, en payant l'excédant à ses cohéritiers. (Colmar, 4 janv. 1831, S.-V. 31. 2. 253; J. P. 3° éd; D. P. 31. 2. 38.)

La licitation n'a lieu, comme en matière de succession, qu'autant que les biens ne peuvent point être divisés par lots; mais ils sont toujours réputés partageables lorsque, les prélèvements opérés, on peut composer un lot pour l'époux survivant et un autre pour les héritiers du prédécédé, quel que soit leur

nombre. (Rolland de Villargues, v° Partage de communauté, n° 74.)

332. L'époux auquel son conjoint a fait une donation de l'usufruit de tous leurs conquêts peut-il, lorsqu'il n'existe dans la communauté que des immeubles reconnus impartageables, être contraint à la licitation, quoiqu'il ait, comme propriétaire de la moitié de ces immeubles et usufruitier de l'autre moitié, droit à la jouissance de la totalité, et n'avoir à exercer son usufruit que sur le prix qui en provient?

La solution de cette question réside dans l'appréciation des termes du contrat. Dans une espèce où la donation de l'usufruit ne frappait sur aucun immeuble déterminé, la cour royale d'Orléans avait jugé, le 2 décembre 1824 (Devillen. et Car. 7. 2. 452; J. P. 3° édit.), que l'épeux donataire ne pouvait se refuser à la licitation, et la Cour de cassation a, par son arrêt du 1<sup>er</sup> mai 1826 (Devillen. et Car. 8. 1. 339; J. P. 3° édit.), rejeté le pourvoi formé contre cette décision.

Mais cette solution, qui peut être raisonnablement approuvée dans l'espèce posée, irait directement contre les principes de l'usufruit, et notamment contre les art. 599 et 621 du Code civil, si l'intention du donateur avait été que le donataire survivant jouît de l'usufruit sur un immeuble déterminé de la communauté. La licitation, si elle était nécessaire dans ce cas, ne devrait avoir lieu que relativement à la nue-propriété, afin que l'usufruitier ne fût pas privé de son usufruit en nature : cela s'induit des arrêts précités.—V. aussi, comme analogue, un arrêt de Paris, du 7 mars 1843 (S.-V. 43. 2. 131).

333. Les créanciers de l'un des copartageants peuvent s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage hors de leur présence; ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais, mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé. (C. civ., 882)

334. En cette matière, comme dans celle des successions, le partage est déclaratif et non attributif de propriété, c'est-à-dire que chacun des époux est censé propriétaire de tous les biens compris dans son lot, à partir du jour où ils ont été acquis à la communauté. (C, civ., 883.) Il en résulte que les inscriptions hypothécaires prises par les créanciers personnels de l'un des époux sur les immeubles de la communauté, dans l'intervalle de la dissolution au partage, sont sans

effet par rapport à l'autre époux dans le lot duquel sont tombés les immeubles grevés. Il en résulte encore que, lorsqu'un immeuble est licité pendant le cours des opérations d'un partage, l'adjudicataire ne peut se libérer valablement de son prix qu'en le payant à celui des époux qui en est déclaré propriétaire par l'acte de liquidation. (Cass. 18 juin 1834, S.-V. 34. 1. 733; J. P. 3° édit.; D. P. 34. 1. 276.)

335. Pour ce qui concerne la garantie, les règles relatives, soit aux espèces d'évictions qui peuvent y donner lieu, soit au mode d'exercice de l'action et du privilége qui en résulte, sont les mêmes que celles du partage entre cohéritiers. (Delvincourt, t. 3, n° 5, p. 35; Duranton, t. 14, n° 481.)

Quant aux soultes, les époux ont respectivement le privilége de l'art. 2109, n° 3, à la condition de prendre inscription dans le délai fixé par l'art. 2109. (Delv. et Dur., loc. cit.)

336. Enfin le partage est rescindable, soit pour cause de dol ou de violence, soit pour lésion de plus du quart, encore que le partage ait reçu la qualification de transaction. (Pothier, Traité de la comm., n° 725; Delvincourt, t. 3, p. 35, n° 6; Toullier, t. 13, n° 209; Roll. de Vill. v° Lésion, n° 78. — Poitiers, 12 floréal an XII, S.-V. 4. 2. 502; J. P. 3° éd.. — Paris, 21 mai 1813, S.-V. 14. 2. 269; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 518; —Bourges, 29 mai 1830, S.-V. 30. 2. 297; J. P. 3° éd.; D. P. 30. 2. 260; — Cass. 12 août 1829, S.-V. 29. 1. 427; J. P. 3° édit.; D. P. 29. 1. 332. — 16 févr. 1842, S.-V. 42. 1. 337.)

337. L'article 1476 ne renvoie au titre des successions que pour ce qui concerne les formes du partage, la licitation des immeubles, les effets du partage, la garantie et les soultes. Les autres règles du titre des successions, qui sont étrangères à ces cinq objets, ne pourraient s'appliquer au partage de la communauté. Ce serait donner à l'art. 1476 une extension qui n'est ni dans son esprit ni dans son texte.

Ainsi, la disposition de l'art. 878 du Code civil, qui permet aux créanciers de la succession de demander la séparation des patrimoines, est inapplicable en matière de communauté. (Toullier, t. 13, n° 211; Bellot, t. 3, p. 460.)

Ainsi encore, on ne pourrait, par application de l'art. 841 du Code civil, écarter du partage le cessionnaire d'un droit de communauté, en lui remboursant le prix de sa cession. (Toullier, nos 204 et suiv.)

338. Opérations préliminaires au partage. — Pour arriver à la division par moitié des biens qui composent la communauté, il faut d'abord former la masse partageable. en y ajoutant ce qui doit en faire partie et en retranchant ce qui ne doit pas être partagé. Cela comprend le rapport des indemnités dues par les époux à la communauté et le prélèvement de leurs reprises. Le calcul de ces reprises et indemnités est l'objet de la liquidation, opération qui précède le partage proprement dit, mais qui se confond dans l'action en partage. Cette opération est précédée elle-même d'une autre également nécessaire pour parvenir aux prélèvements et à la composition des lots: c'est l'estimation des biens meubles et immeubles qui composent la communauté. - V. les art. 824 et 828, C. civ., auxquels renvoie l'art. 1476.

339. Rapports. — Les époux ou leurs héritiers rapportent, réellement ou fictivement (C. civ., 829, 858), à la masse des biens existants, tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récompense ou d'indemnité, suivant les règles ci-dessus exposées (C. civ., 1468, 1437). — V. n° 271 et suiv.)

Chaque époux ou son héritier rapporte également les sommes qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnellement l'enfant commun (C. civ., 1469, 1438, 1439). — V. nos 202, 203, 213 et suiv.

Ce second cas de rapport rentre évidemment dans le premier; et si la loi en a fait la matière d'un article particulier, ce ne peut être que parce que, dans la section à laquelle renvoie l'art. 1468, le législateur a omis de parler de l'indemnité due à la communauté quand elle a fourni la dot constituée personnellement par l'un des époux.

340. Lorsque la dot fournie par la communauté a été constituée conjointement par les deux époux, chacun d'eux étant censé avoir doté personnellement pour moitié (V. n° 220), doit rapporter à la communauté la moitié de la dot. Ce double rapport pourrait, au premier coup d'œil, paraître sans objet; car l'un et l'autre copartageant devant une égale somme à la masse commune, il semblerait qu'il est plus simple de les dispenser tous deux de la rapporter que de les y obliger, et que cela ne doit pas changer le résultat, puisque le partage par moitié de la masse com-

mune doit avoir pour effet de faire retrouver à chacun d'eux, dans le produit de ce double rapport, la somme exacte qu'il a versée. Cela serait bien, si la communauté n'était jamais épuisée par les prélèvements respectifs; mais il n'en est pas toujours ainsi; et comme les prélèvements de la femme s'exercent les premiers, comme ses reprises se font, en cas d'insuffisance de la communauté, sur les biens personnels du mari, il importe à celui-ci de faire rentrer dans la masse commune tout ce qui lui appartient, afin qu'elle offre plus de surface à l'exercice des reprises de la femme. Un exemple rendra cela sensible: supposons la communauté composée de 60,000 fr.; les reprises de la femme s'élevant à 80,000 fr., et le rapport de chaque conjoint montant à 30,000 fr., pour une dot de 60,000 fr. constituée en commun. Si les conjoints ne font point de rapport, la femme exercera ses reprises de 80,000 fr. sur la communauté d'abord, dont elle absorbera les 60,000 fr., et sur les biens personnels du mari ensuite, sur lesquels elle prendra 20,000 fr. : elle touchera 80,000 fr., et le mari paiera 20,000 fr. Si, au contraire, le double rapport s'effectue, la communauté montera à 120,000 fr., sur lesquels la femme prélèvera 80,000 fr. Il restera 40,000 fr. dont elle aura la moitié, c'est-à-dire 20,000 fr., par l'effet du partage; elle aura donc en tout 100,000 fr. Mais comme elle a rapporté 30,000 fr., il ne lui restera en définitive que 70,000 fr.; tandis que le mari, qui a rapporté 30,000 fr. et qui en reprendra 20,000 par le partage, ne paiera en fin de compte que 10,000 fr.

Du reste, les rapports exigés par les articles 1468 et 1469 du Code civil ne se font pas en nature, comme en matière de dons en avancement d'hoirie; on peut toujours y suppléer, soit par le prélèvement d'une somme égale attribuée à l'autre conjoint, soit par une déduction opérée sur le montant des reprises de l'époux débiteur.

341. Prélèvements. — Sur la masse des biens, chaque époux ou son héritier prélève : 1° ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi; 2° le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et dont il n'a point été fait remploi; 3° les indemnités qui lui sont dues par la communauté. (C. civ., 1470.)

La disposition de cet article manque d'exactitude en ce qu'elle fait entrer dans la masse commune les propres en nature, pour en faire l'objet d'un prélèvement. Ces immeubles n'ont jamais fait partie de la masse; ils ont été seulement confondus dans une même administration. Cette observation a son importance pour l'application des dispositions qui règlent, quant à l'ordre et à l'étendue, l'exercice des prélèvements et des reprises de chaque époux.

Du reste, la généralité de cette disposition et la nature même des choses indiquent assez que les meubles exclus de la communauté par les conventions matrimoniales se prélèvent en nature, comme les immeubles, s'ils sont encore existants, à moins cependant qu'ils n'aient été mis à prix par la clause qui les immobilise, sans déclaration que l'estimation n'en rend pas la communauté propriétaire (C. civ., 1565), ou qu'ils ne consistent en choses fongibles (Toullier, t. 13, n° 177).

342. Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari (C. civ., 1471), ce qui lui donne le double avantage d'avoir le le choix des biens et d'être payée par préférence au mari (C. civ., 1471, 1472). Comme la femme n'est pas tenue des dettes de la communauté au delà de son émolument (C. civ., 1483), et que le mari, au contraire, doit en répondre indéfiniment, non-seulement pour sa moitié, mais pour tout ce qui ne peut tomber à la charge de la femme, il est juste qu'il soit garant envers celle-ci de la portion de ses créances qu'elle ne peut recouvrer sur les biens de la communauté. D'où la conséquence que la femme-doit être payée de préférence, et que si les biens de la communauté ne suffisent pas pour acquitter ses reprises, elle les exerce subsidiairement sur les biens personnels du mari. Cette disposition se lie intimement avec celle de l'art. 1483 du Code civil. La pensée du législateur a été de mettre la femme acceptante, lorsqu'elle justific n'avoir retiré aucun profit de son acceptation, dans la même position que si elle avait renoncé.

343. Les reprises de la femme s'exercent, pour les biens qui n'existent plus en nature, c'est-à-dire pour toutes les indemnités qui peuvent être dues à la femme par la communauté, d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté : dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déféré à

la semme et à ses héritiers (C. civ., 1471). Il suit de là : 1° qu'après l'épuisement de l'argent, c'est sur le mobilier en nature, et subsidiairement sur les immeubles estimés par les experts (Toullier, t. 13, n° 184; Duranton, t. 14, n° 474), que les prélèvements s'opèrent; car la disposition qui confère le choix des immeubles à la semme serait illusoire, s'il ne s'agissait que de les vendre; 2° que l'ordre dans lequel les diverses natures de biens doivent sournir aux prélèvements, ne peut être changé que du consentement des parties.

Les immeubles ne contribuent au paiement des reprises qu'en dernier lieu, parce qu'ils peuvent avoir plus que les meubles une valeur d'affection; suivant Pothier (n° 701), à défaut d'argent, la femme pouvait prendre les meilleurs effets. La disposition du Code est moins favorable à la femme; car lorsque ses prélèvements absorbent le mobilier, ceux du mari, qui viennent ensuite, portent nécessairement sur les immeubles.

344. On a demandé si la femme a, dans l'exercice de ses prélèvements en nature, le choix du mobilier, comme elle a celui des immeubles. La raison de douter se tire des termes de l'art. 1471 du Code civil, qui paraît restreindre aux immeubles le choix conféré à la femme : « Dans ce dernier cas, porte-t-il, le choix des immeubles est conféré à la femme et à ses héritiers. » Mais cet argument à contrario fléchit devant des raisons plus puissantes. Si la femme a le choix des immeubles, à plus forte raison doit-elle avoir celui du mobilier. On peut d'autant moins en douter, qu'on le lui déférait généralement dans l'ancienne jurisprudence. « La femme choisit la première, dit Bourjon (Droit commun de la France, 6º partie; De la communauté et de son partage, nº 5, p. 550, éd. de 1747). C'est une préférence qui lui est due. » Il ajoute (nº 6): « Il y a donc en cela cette différence que, pour sa reprise, la femme et ses héritiers ont d'abord le choix sur tous les effets de la communauté, parce que tout ce qui la concerne est du fait du mari, et qu'elle n'a été que la spectatrice, et spectatrice muette par état, de l'administration totale de son mari. » Nous ne voyons donc aucune raison pour lui refuser ce choix sous l'empire du Code. Si la disposition finale de l'art. 1471 ne s'est expliquée qu'au sujet

des immeubles, c'est qu'il ne pouvait y avoir

de disticulté qu'à leur égard, soit à raison de leur plus grande importance, soit parce que quelques coutames, comme celle de Bretagne (art. 427), en parlant du cas de l'assiette stipulée en immeubles pour les deniers réputés propres à la femme, portaient expressément que le choix des immeubles appartenait au débiteur, le tout du choix du detteur, dit cet article. Il faut donc entendre qu'après l'épuisement de l'argent comptant, la femme a le choix des meubles, comme après l'épuisement du mobilier, elle a le choix des immeubles.

345. Le droit qu'a la femme de faire ses prélèvements en nature sur les immeubles de la communauté, ne s'exerce pourtant que dans le cas où ces immeubles sont partageables. Si le partage en nature était impossible, la femme ne pourrait empêcher la licitation en offrant de garder les immeubles à charge d'une soulte. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, par arrêt du 21 avril 1840 (S.-V. 40. 1. 987; J. P. 1840. 2. 460; D. P. 40. 1. 280).

346. Le mari qui n'a pour débitrice que la communauté, ne peut exercer ses reprises que sur les biens qui la composent (C. civ., 1472). Il jouit du droit, accordé en général à tout copartageant, de prendre des biens en nature. Pothier (n° 701) lui accordait même le choix après la femme, et nous ne voyons aucune bonne raison de le lui refuser aujourd'hui. Cependant, la loi ne l'ayant pas dit, cela pourrait faire difficulté.

347. Lorsque, après l'épuisement des biens de la communauté, la femme exerce ses reprises sur les biens personnels du mari, peutelle prendre ces biens en nature, sans le consentement de ce dernier? Nous ne le pensons pas. On ne prélève, on ne prend en nature que sur la masse partageable; et, nonobstant les termes de l'art. 1470 du Code civil, qui semble présenter les biens personnels comme faisant partie de la masse, nous ne croyons pas qu'ils y soient réellement compris. Nous pensons que la femme n'a que le droit de faire vendre les biens du mari, pour se faire payer sur le prix; car elle n'a sur ces biens qu'un droit de créance, et non un droit de copropriété, comme la Cour de cassation l'a posé en principe dans son arrêt du 18 mai 1824 (S.-V. 24. 1. 287; J. P. 3° édit.; D. P. 24. 1. 210), qui juge expressément que le droit attribué à la femme commune d'exercer ses reprises sur les biens du mari, constitue une charge des biens et non un droit de propriété.

348. Il y a deux manières d'effectuer les prélèvements: 1° On peut prélèver réellement sur la massè les sommes dues à chacun des époux pour ses reprises et indemnités: c'est la délibation de l'ancienne jurisprudence; 2° on peut aussi opérer par compensation, en balançant les reprises respectives. La femme et ses héritiers peuvent toutefois s'opposer à cette compensation, puisqu'ils ont le droit de prendre des meubles ou des immeubles en nature.

349. Les biens à rapporter font légalement partie de la masse partageable, du moment où le rapport en est dû, c'est-à-dire du jour de la dissolution; les biens à prélever, au contraire, cessent d'en faire partie à compter du même instant : il est juste que les fruits augmentent ou diminuent la masse, suivant que les biens qui les produisent y sont ou n'y sont pas compris. C'est pourquoi la loi, eu égard à la nature de l'action en partage et au principe d'égalité qui en est la base, dispose que les remplois et récompenses dus par la communauté aux époux, et les récompenses et indemnités par eux dues à la communauté, emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté. (C. civ., 1473)

350. Mais les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre, ne portent intérêt que du jour de la demande en justice (C. civ., 1479), laquelle ne peut être formée qu'après la dissolution de la communauté; car, dans aucun cas, les époux ne peuvent, pendant la durée de la communauté, poursuivre le remboursement des sommes qu'ils se doivent mutuellement. (Paris, 10 frim. an XIII, S.-V. 5. 2. 576; D. A. 10. 262; — 1° août 1820, S.-V. 21. 2. 15; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 263. — Pothier, Traité de la com., n° 676 et 677.)

351. Après les rapports et prélèvements respectifs, la masse se partage par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent (C. civ., 1474).

352. Il est un cas dans lequel les héritiers de la femme n'ont pas droit à la moitié de la masse, c'est lorsqu'ils n'acceptent pas tous: car, à la différence de ce qui se passe en matière de succession, où les héritiers qui ne peuvent s'accorder sur l'acceptation ou la

répudiation, doivent, à cause de l'indivisibilité du jus hæreditarium, accepter sous bénéfice d'inventaire (C. civ., 782), les hésritiers de la femme peuvent se diviser sur l'acceptation de la communauté, soit parce que, suivant une ancienne maxime de notre droit, on ne peut accepter une communauté sous bénéfice d'inventaire, soit parce qu'il ne s'agit point ici de l'universalité de la succession de la femme, mais seulement d'un droit qui existe dans sa succession, et qui, de sa nature, est divisible entre ses héritiers.

Dans l'ancienne jurisprudence, lorsque les héritiers de la femme se divisaient sur l'acceptation de la communauté, la part des héritiers renonçants revenait, par décit d'accroissement, à ceux qui avaient accepté. De là naissaient, lorsque la femme avait stipulé, en cas de renonciation, la reprise de son apport franc et quitte, des difficultés inextricables. (V. Lebrun, Traité de la com., liv. 3, chap. 2, sect. 2, note 1, nos 6 et 7, p. 453.) De plus, cette disposition choquait les vrais principes; chacun des héritiers de la femme étant saisi pour sa part du droit de demander, à son choix, le partage de la communauté ou l'exercice des reprises, le parti que prend l'un ne doit ni nuire ni profiter à l'autre. Il s'agit d'un droit qui existé dans la succession de la femme, et qui est divisé entre ses héritiers. Or, la renonciation que fait pour sa part l'un des héritiers du créancier à exercer son droit contre le débiteur, ne profite qu'à ce dernier et n'augmente point la part des autres héritiers. C'est par cette raison que le mari doit retenir, jure non decrescendi, la part du renoncant, comme il retiendrait tout, sì tous renoncaient. D'un autre côté, il paie au rénoncant sa portion des reprises, et il les paierait en entier, si tous les héritiers avaient renoncé. (V. ci-dessus, nº 316.) C'est sur ce principe qu'est fondée la disposition de l'art. 1475 du Code civil.

353. Nous avons déjà vu (nº 309) que la veuve qui a diverti ou récélé quelques effets de la communauté est déclarée commune, nonobstant sa renonciation. Cette peine manquerait son effet si la femme pouvait néanmoins jouir du bénéfice de l'art. 1483, et n'être tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument; aussi est-elle, dans ce cas, déchue de ce privi

lège. Cette déchéance existait déjà dans l'ancienne jurisprudence (V. Pothier, nº 690). Elle résultait de l'art. 228 de la coutume de Paris, qui n'accordait ce privilège que « pourvu qu'après le décès d'un des conjoints, il fût fait loyal inventaire, et qu'il n'y eut faute ni fraude de la part de la femme ou de ses héritiers. » L'art. 1483 du Code civil dit plus brièvement : « pourvu qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire, » ce qui exclut tout récèlement et tout divertissement.

354. Cette peine n'est applicable, par sa nature, qu'à la femme ou à ses héritiers; elle ne peut jamais frapper le mari. Il fallait donc en édicter une seconde qui atteignît également les deux époux ou leurs héritiers. Tel est le but de l'art. 1477 du Code civil, qui porte que « celui des deux époux qui aurait diverti ou recélé quelques essets de la communauté, est privé de sa portion dans lesdits effets. »

Si c'est seulement un des héritiers de la femme qui a fait le divertissement ou le recélé, il est seul privé de sa portion dans les objets divertis: car ses cohéritiers ne doivent point souffrir de sa faute; sa portion se partage par moitié entre le mari et les cohéritiers, qui se

divisent ensuite leur moitié.

355. La cour royale de Paris a jugé, le 14 janvier 1831 (S.-V. 31. 2. 210; J. P. 3e édit.; D. P. 31. 2, 221), que lors même que le divertissement ou le recélé a eu lieu avant la dissolution de la communauté, la peine portée par l'art. 1477 du Code civil est encourue, s'il est constant qu'il a été commis en vue du décès et pour spolier la communauté. La Cour de cassation en rejetant, le 5 avril 1832 (S.-V. 32. 1. 526; J. P. 3e édit.; D. P. 32. 1. 160), le pourvoi formé contre cet arrêt, en a adopté la doctrine, qui nous paraît conforme à l'esprit de la loi et aux principes de la morale et de l'équité. Si le divertissement fait en pareille circonstance restait impuni, ne serait-ce pas encourager la fraude et la protéger parce qu'elle aurait été préparée et consommée à l'avance?

356. Les dispositions de la loi relatives au divertissement et au recélé sont empreintes d'un caractère de pénalité; elles sont, par conséquent, régies par les principes admis en matière de délit. Il faut donc, 1° le fait matériel de la soustraction ou de l'omission (Bourges. 13 mars 1838, D. P. 40. 2. 4.); 2° l'intention frauduleuse (C. civ., 792, 801, 1477 comb.; Merlin, Rép., vº Recélé, nº 3; Toullier, t. 13,

nº 222; Bellot, t. 2, p. 285; Battur, nº 702; -Paris, 5 niv. an XIII, S.-V. 7. 2. 836; J. P. 3° édit.; - 28 août 1837, J. P. 1838. 1. 666; D. P. 38. 2. 154.).

357. Bellot et Battur (loc. cit.) enseignent que le conjoint qui, avant toute poursuite, a fait connaître le divertissement ou le recelé dont il s'est rendu coupable, n'encourt pas la peine prononcée par l'art. 1477 du Code civil: et la cour royale de Paris a consacré cette doctrine par son arrêt du 5 août 1839 (S.-V. 39, 2. 431; D. P. 40. 2. 18 ). Nous concevons tout ce qu'il y a d'atténuant dans ce repentir spontané d'une mauvaise action; mais nous avons peine à comprendre comment ce repentir tardif pourrait avoir pour effet d'effacer, de plein droit, un fait accompli en violation de la loi. et d'en faire disparaître virtuellement toutes les conséquences. Telle n'est pas, ce nous semble, l'opinion de la Cour de cassation, qui a jugé, le 10 décembre 1835 (S.-V. 36. 1. 327; J. P. 3º édit.; D. P. 36. 1. 30), que l'époux qui a diverti une créance de la communauté doit être privé de sa part dans cette créance, bien qu'il ait offert, dans le cours de l'instruction, de rapporter cette créance ainsi que les arrérages.

358. Si les objets recélés étaient des titres de créances ou d'acquêts de communauté, l'époux coupable de ce recélé serait privé de sa part dans ces créances et dans ces acquêts. (Toullier, t. 13, n° 214.)

359. Un arrêt du 15 mai 1656, rapporté à sa date dans le Journal des Audiences, a jugé que si le survivant qui a commis le recélement est donataire en usufruit de la part du prédécédé, il doit être privé de cet usufruit dans les choses recélées; et Toullier, qui rapporte cette décision (loc. cit.), pense qu'elle est conforme aux principes, et qu'elle doit encore être suivie sous l'empire du Code. La loi romaine et l'ancienne jurisprudence privaient, en effet, le donataire et le légataire, non-seulement de leurs droits personnels dans les objets divertis ou recélés, mais encore de ceux que la donation ou le testament leur conférait sur ces mêmes objets (L. 48. ff. Ad senat. cons. Trebell.; Brodeau sur Louet, t. 2, lettre R, somm. 48, p. 399; Renusson, Traité de la commun., liv. 2, ch. 2, p. 438; Pothier, Traité de la commun., part. 4, ch. 2, art. 1, nº 690 ). La jurisprudence moderne a la même tendance (Paris, 25 juin 1828, S.-V., 28. 2. 193; J. P. 3º édit.; D. P. 28. 2. 160; — Bordeaux, 18 janv, 1838, J. P. 1840. 2. 553; D. P. 38. 2. 59; — 16 juin 1840, S.-V. 40. 2. 502; J. P. 1841. 1. 170; D. P. 41. 2. 26; — Bourges, 10 février 1840, S.-V. 40. 2. 501; J. P. 1840. 2. 612; D. P. 41. 2. 35; — Cass. 12 août 1828, S.-V. 29. 1. 42; D. P. 28. 1. 378; — 5 avril 1832, S.-V. 32. 1. 526; J. P. 3° édit; — 16 janv. 1834, S.-V. 34. 1. 120; J. P. 3° édit; D. P. 34. 1. 221; — 10 déc. 1835, S.-V. 36. 1. 327; D. P. 36. 1. 30.) — V. cependant contrà: Colmar, 29 mai 1823 (S.-V. 23. 2. 351; J. P. 3° édit.; D. A. 5. 617).

§ 2. — Du passif de la communauté et de la contribution aux deltes.

360. L'actif de la communauté se partageant par moitié, le passif est supporté également par moitié, selon le principe d'équité naturelle, qui veut que chaque associé participe aux profits et aux pertes dans la même proportion. Nous avons vu, nos 134 et suivants, de quoi se compose le passif; il faut y ajouter les frais faits depuis la dissolution pour toutes les opérations qui préparent, accompagnent ou consomment le partage (C. civ., 1482).

Remarquons les expressions de l'art. 1482 : Il porte que les dettes sont pour moitié à la charge de chacun des époux, et non qu'ils en sont tenus, comme l'art. 873 du Code civil le dit des héritiers; c'est-à-dire que les époux doivent contribuer pour moitié. Il y a une grande différence entre l'obligation aux dettes, qui ne se rapporte qu'aux créanciers, et la contribution aux dettes, qui ne regarde que les conjoints ou leurs héritiers : les époux contribuent aux dettes pour moitié, mais ils peuvent être obligés différemment envers les créanciers.

Cependant le principe de division par moitié, posé par l'article 1482 du Code civil, concerne aussi les créanciers, sous un certain rapport : en fixant la contribution des époux entre eux, il détermine, par là même, la part pour laquelle chacun d'eux peut être poursuivi comme commun par les créanciers; non en ce sens que ceux-ci ne puissent jamais demander à chaque conjoint que le montant de cette contribution, puisqu'ils peuvent, suivant les cas, le poursuivre pour une plus forte part et même pour la totalité, mais en ce sens qu'ils peuvent toujours lui demander le montant de sa contribution. Il y a plus; si, par dettes de la communauté, on doit entendre toutes celles que la loi présente comme la composant passivement, soit qu'elles donnent, ou non, lieu à récompense, il faut reconnaître que chaque époux est obligé envers les créanciers à leur payer sa moitié, dans les cas mêmes où il est dispensé de contribuer pour moitié. En effet, lorsque la communauté a été tenue envers les créanciers, sa dissolution ne saurait, en principe, dispenser chacun des conjoints de supporter la moitié des charges qui pesaient sur elle, soit que ces charges consistent dans une simple avance, soit qu'elles résultent d'une obligation principale dont l'acquittement ne peut donner lieu à aucun recours.

361. Toutefois, il ne faut pas conclure de là que toute dette dont le paiement peut être poursuivi sur les biens de la communauté pendant sa durée, tombe, après la dissolution, à la charge de chacun des époux pour moitié. Il s'ensuivrait que les époux seraient respectivement tenus des dettes que chacun d'eux aurait contractées avant son mariage, quoique ces dettes fussent relatives aux propres de l'un d'eux; il s'ensuivrait même que la femme pourrait être tenue, comme commune, de toutes les dettes du mari, car il n'en est pas une seule dont les créanciers ne puissent poursuivre le paiement sur la communauté pendant sa durée. Or, cela n'est pas possible. Pour qu'un créancier puisse, après la dissolution de la communauté, poursuivre comme commun l'époux qui n'a point contracté avec lui, il faut de deux choses l'une: ou que la dette soit tombée à la charge de la communauté, auquel cas chaque époux devantiv contribuer pour sa part, il est tout simple que le créancier puisse lui demander directement le montant de sa contribution; ou que le créancier ait eu juste sujet de compter sur l'engagement de la communauté, auquel cas il est indifférent que la communauté ne soit engagée que comme caution et doive être indemnisée, ou qu'elle soit engagée pour ses propres affaires. Mais, lorsque la dette n'est pas de nature à rester à la charge de la communauté; lorsque la communauté représentée par son chef n'a pas contracté avec les créanciers; lorsque rien n'a pu faire croire à ces derniers qu'il s'agissait des affaires de la communauté; enfin, lorsque les créanciers ne doivent qu'à une circonstance accidentelle le droit de poursuivre la communauté pendant sa durée, l'époux étranger à la dette ne peut être tenu d'y contribuer.

362. Le principe de la division par moitié

reçoit une remarquable exception en faveur de la femme : elle jouit du bénéfice de n'être tenue des dettes de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créauciers, que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire, et en rendant compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage (C. civ., 1483). Ainsi, à l'exception des dettes qui lui sont personnelles ou qui proviennent de son chef, la femme n'est pas tenue personnellement des dettes de la communauté, quelles qu'elles soient; elle n'en est tenue que comme détentrice de la portion des biens de la communauté qu'elle a reçue

en partage. Ce privilège, introduit d'abord par la jurisprudence (V. l'annotateur de Lebrun, Traité de la comm., liv. 2, ch. 7, sect. 1, nº 13), fut ensuite écrit dans l'art. 228 de la Coutume de Paris. Il est fondé sur le même principe que la faculté de renoncer; on n'a pas voulu que le mari qui n'a aucun pouvoir sur les biens de la femme, pût les engager indirectement, en obérant la communauté. Il est vrai que la femme a la faculté de renoncer, et que sa renonciation la décharge de toute contribution aux dettes, tant à l'égard du mari qu'à l'égard des autres créanciers. Mais elle peut avoir été induite en erreur par un inventaire après lequel il s'est découvert de nouvelles dettes; et le seul remède, dans ce cas, est dans ce principe que la femme, même acceptante, n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. Au surplus, ce bénéfice rend moins précieux pour la femme le droit de renoncer à la communauté; car, si elle est dans les conditions exigées pour en jouir, son acceptation ne peut jamais lui préjudicier : ce n'est que lorsqu'elle a stipulé des reprises en cas de renonciation, qu'il lui importe de ne pas accepter témérairement; le bénéfice de l'art. 1483 ne garantit point ces reprises.

Ce bénéfice existe, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers; c'est-à-dire, d'une part, que le mari ne peut rien laisser à la charge de la femme au delà de son émolument, lors même que, par suite de son engagement personnel, elle serait tenue envers les créanciers pour moitié (C. civ., 1486), ou pour le tout (C. civ., 1487); et, d'une autre part, que les créanciers ne peuvent, quand la femme n'est tenue que comme commune, exi-

ger d'elle sa moitié que jusqu'à concurrence de ce qu'elle retire de la communauté, sauf, bien entendu, leur recours contre le mari pour le surplus.

363. Du reste, quand la loi dit que la femme n'est tenue que jusqu'à concurrence de son émolument, elle n'entend nullement par là que la femme ne soit pas tenue sur ses biens personnels jusqu'à cette concurrence. C'est là une différence entre le bénétice de l'art. 1483 et le bénétice d'inventaire, comme Pothier

(nº 737) en fait la remarque.

364. Une autre différence, c'est que l'héritier bénéficiaire ne confond pas les biens de la succession avec les siens propres; il doit compte aux créanciers de son administration, et il ne peut vendre les meubles et les immeubles que dans les formes déterminées par la loi, tandis que la femme a la libre disposition des biens de la communauté qui lui sont échus en partage. Ces biens se confondent avec ses anciens propres; elle peut les administrer, en disposer comme bon lui semble, pourvu qu'elle rende compte tant du contenu de l'inventaire que de ce qui lui est échu par le partage.

Ces dernières expressions ont fait naître une difficulté: on s'est demandé si la femme doit rendre compte des biens en nature ou seulement de leur valeur, suivant la prisée de l'inventaire. Pothier (nº 735) dit que la femme ou ses héritiers peuvent se décharger des dettes de la communauté, en comptant de ce qu'ils en ont amendé, et en abandonnant tout ce qui leur en reste; et plus loin (nº 747), faisant une distinction entre les meubles et les immeubles, il ajoute que si ce sont des meubles, la femme doit s'en charger suivant la prisée qui en a été faite par l'inventaire, et qu'elle ne scrait pas recevable à les abandonner en nature, après les avoir usés; que si ce sont des héritages, elle doit s'en charger suivant l'estimation qui en a été faite par le partage, si mieux elle n'aime les abandonner. Bellot (t. 2) et Battur (nº 803) pensent que la femme a le droit d'abandonner les immeubles, mais non les meubles, parce qu'ils sont susceptibles de se détériorer par l'usage, qu'il est difficile de les reconnaître, et que l'estimation portée dans l'inventaire vaut vente. Toullier (t. 13, nº 247) soutient que la femme ne peut être contrainte d'abandonner ni les meubles ni les immeubles, et que les créanciers ne peuvent non plus être forcés d'en

recevoir l'abandon. Nous nous rapprochons plus volontiers de l'opinion de Pothier; seulement, les termes du Code nous conduisent un peu plus loin. Nous croyons que ces expressions: rendre compte du contenu de l'inventaire, signifient représenter les choses en nature, obligation qui nous paraît d'ailleurs découler logiquement de la position faite à la femme dans le cas dont il' s'agit, puisqu'elle n'est considérée que comme détentrice des biens de la communauté, et que le détenteur est tenu de payer ou de délaisser. Nous pensons donc que la femme est obligée de livrer les biens qui sont encore en sa possession, et qu'elle ne peut les retenir en offrant seulement le montant de leur estimation. Quant à ceux qu'elle peut avoir aliénés à titre onéreux ou gratuit, elle doit en rapporter le prix ou la valeur estimative d'après l'inventaire.

365. Non-seulement la femme doit rendre compte de ce qui lui est échu en partage, mais encore il faut qu'il y ait eu un bon et fidèle inventaire: c'est, en effet, le seul moyen de justifier aux créanciers du montant et de "la valeur de son émolument. Un acte de partage, fût-il authentique, n'y pourrait suppléer. Mais si rien ne peut remplacer l'inventaire à l'égard des créanciers, nous crovons, malgré la généralité des termes de l'art. 1483, qu'il en est autrement à l'égard du mari, et qu'un partage même sous seings privés, fait avec lui, peut lui être opposé pour établir ce que la femme a tiré de la communauté; il ne peut repousser cette preuve, qui résulte d'un acte auquel il a été partie. (Pothier, nº 745.)

366. Dans le compte que la femme doit rendre de son émolument, elle se charge en recette: 1° de tous les effets qu'elle retire de la communauté, tant par le partage qu'à titre de préciput; 2º de la moitié dece qui a été tiré de la communauté pour la dot des enfants communs, consituée conjointement avec le mari; 3º des fruits qu'elle a perçus, après compensation faite, jusqu'à due concurrence, avec les intérêts des sommes qu'elle a payées, tant à des tiers qu'à elle-même, en acquit des dettes de la communauté (Pothier, nº 747; Toullier, t. 13, nos 251, 252 et 253). Le chapitre des dépenses comprend : 1° ce que la femme a payé pour sa part des frais de scellés, inventaire, vente du mobilier, liquidation, licitation et partage; 2º ce qu'elle a payé à d'autres créanciers qui ont été plus vigilants à se faire payer que celui par qui elle est poursuivie, lorsque celui-ci n'est ni hypothécaire ni privilégié; 3° ce qui lui était dû par la communauté; 4° enfin, les frais du compte qu'elle est obligée de rendre aux créanciers qui la poursuivent (Pothier, n° 748; Toullier, n° 254).

367. Les créanciers de la communauté peuvent, comme les créanciers d'une succession bénéficiaire, requérir l'apposition des scellés et s'opposer à ce qu'il soit rien fait au préjudice de leurs droits (C. proc. civ., 909 et 926); dans ce cas, la femme, ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglée par le juge (C. civ., 808 et 1242). Ils peuvent aussi s'opposer à ce qu'il soit procédé à la liquidation et au partage hors de leur présence : ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais: mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice de leur opposition (C. civ., 882), ou qu'il y ait fraude. S'il n'y a pas d'opposition, la femme pare les créanciers à mesure qu'ils se présentent (C. civ., 808; Toullier, t. 13, nos 254 et 255; Duranton, t. 14, nº 490).

368. Il suit de là que si, dans l'opération de la liquidation et du partage, la femme, en l'absence de toute opposition, a exercé ses prélèvements et s'est fait payer toutes ses créances tant par la communauté que par le mari, les créanciers sont non-recevables à attaquer ces paiements (Toullier, t. 13, nº 256); que si, au contraire, l'actif a été partagé sans déduction du passif, de sorte que la femme n'ait pas exercé ses prélèvements, elle fait confusion sur elle-même de la moitié des reprises qui lui étaient dues par la communauté, et elle s'en trouve payée valablement à l'égard des créanciers; mais elle leur doit compte de l'autre moitié, sauf son recours contre le mari (Pothier, nº 748; Toullier, t. 13, nº 257).

369. Nous avons dit que les époux sont, en leur qualité de communs et en vertu du principe même de la contribution entre eux, engagés à l'égard des créanciers, chacun pour moitié des dettes de la communauté, sauf le bénéfice de l'art. 1483 du Code civil en faveur de la femme. Nous devons ajouter que leur obligation aux dettes peut s'étendre plus loin, selon les cas, comme nous allons le voir séparément pour le mari et pour la femme.

370. Le mari est tenu, pour la totalité, des dettes de la communauté par lui contractées.

sauf son recours contre la femme ou ses héritiers pour la moitié desdites dettes (C. civ., 1484). La raison de cette disposition est que le mari est censé avoir contracté tant en son nom personnel que comme chef de la communauté, et que les créanciers, quoiqu'ils n'ignorent point que l'acceptation ultérieure de la femme devra la soumettre aux dettes pour moitié, n'ont cependant traité qu'avec le mari. Or, le Code a pris pour règle des obligations de chaque époux le lien de droit personnel existant entre lui et les créanciers, et c'est par ce principe qu'il faut expliquer cette disposition et celles qui vont suivre.

371. Si la dette avait été contractée par le mari conjointement avec sa femme, et sans solidarité, serait-il tenu également pour la totalité envers le créancier? On le décidait affirmativement sous l'ancienne jurisprudence (Pothier, nº 729), et le Code paraît avoir adopté cette doctrine. L'art. 1484 ne fait pas de distinction: il dit, d'une manière générale, que le mari est tenu pour la totalité des dettes par lui contractées, au nombre desquelles sont certainement celles qu'il a contractées avec sa femme; et l'art. 1487, qui porte que « la femme, même personnellement obligée pour une dette de communauté, ne peut être poursuivie que pour la moitié de cette dette, » semble n'avoir d'autre objet que d'établir, sous ce rapport, une opposition entre la femme et le mari : il ne répugne point à ce que le mari puisse être poursuivi pour la totalité, sauf son recours pour moitié contre la femme, et que celle-ci puisse néanmoins, si le créancier le préfère, être poursuivie pour la moitié. La raison de cette décision est que le créancier qui fait intervenir la femme au contrat, ne le fait pas pour diminuer l'obligation du mari, mais pour ajouter à cette obligation celle de la femme (Pothier, nº 729; Toullier, t. 13, nos 234 et suiv.).

372. Le mari n'est tenu que pour moitié des dettes personnelles à la femme et qui étaient tombées à la charge de la communauté (C. civ., 1485), sauf, bien entendu, la disposition de l'article 1483. Le mari qui supporterait ces dettes en totalité, en cas de renonciation, les supporterait pour une portion plus forte que la moitié, si l'émolument de la femme était épuisé (Pothier, n° 730; Toullier, n° 239 et suiv.).

Il est vrai que le mari, pendant le mariage, était tenu, même sur ses biens personnels, de la totalité des dettes provenant du chef de la femme, et tombées à la charge de la communauté: mais c'est qu'alors il détenait toute la communauté dont il était le chef; tandis qu'après la dissolution, il ne peut plus être tenu que comme commun (Pothier, n° 730).

373. Quant à la femme, elle peut être poursuivie pour la totalité des dettes qui procèdent de son chef et qui étaient entrées dans la communauté, sauf son recours contre le mari ou ses héritiers pour la moitié desdites dettes (C. civ., 1486). Il existe, en effet, entre elle et les créanciers un lien de droit personnel pour la totalité. Les dettes dont il s'agit ici, sont non-seulement les dettes antérieures au mariage et celles qui grevaient les successions à elle échues pendant la communauté. mais encore celles qu'elle a contractées, avec autorisation, pendant le mariage. Les créanciers, en effet, n'ont contracté qu'avec elle; le droit qu'ils acquièrent contre la communauté ne doit pas les empêcher d'invoquer contre leur débitrice le droit commun.

374. L'art. 1487 du Code civil, portant que « la femme, même personnellement obligée pour une dette de communauté, ne peut être poursuivie que pour la moitié de cette dette, à moins que l'obligation ne soit solidaire, » ne fait point obstacle à la décision qui précède. Cet article ne s'entend que des engagements personnels que la femme prend conjointement avec son mari. La preuve qu'il suppose que la femme n'a pas contracté seule, c'est qu'il excepte de sa disposition le cas de solidarité.

Du reste, la femme qui s'est obligée conjointement diffère beaucoup de celle qui n'est obligée que comme commune : elle ne peut se dispenser de payer la moitié, même en renonçant, ni par conséquent invoquer contre les créanciers le bénéfice de l'art. 1483.

375. La femme qui a payé une dette de la communauté au delà de sa moitié, soit qu'elle ne fût tenue que comme commune, soit qu'elle fût personnellement obligée, mais sculement conjointement et non solidairement, paie indûment et peut dès lors avoir droit à répétition; mais il faut, pour cela, que le paiement ait été fait par erreur: indebitum est non tantim quod omnino non debetur, sed... si id quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvit. (l. 65, \$ ult. ff. De cond. indeb.) Or, celui qui a payé la dette d'autrui ne peut être réputé l'avoir fait par erreur qu'autant qu'il

a payé en son propre nom: lors donc que la femme a payé au delà de sa moitié, la répétition doit lui être accordée ou refusée, selon qu'elle a entendu payer en son propre nom, se croyant débitrice, ou qu'elle a voulu payer pour le compte du mari et sauf son recours contre lui. Cette intention de payer pour le mari doit facilement se présumer, et c'est pour cela qu'à moins de déclaration expresse, dans la quittance, qu'elle a payé pour sa part, la femme est réputée avoir voulu payer pour le mari (C. civ., 1488; Pothier, n° 736).

376. Quoique l'art. 1488 ne s'applique, dans ses termes, qu'à la femme qui a payé au delà de sa moitié, il faut en étendre l'application à la femme qui a payé au delà de son émolument; c'est exactement le même principe. C'est même à ce cas particulier que l'application en est faite par Pothier, dont le Code n'a voulu que reproduire ici la doctrine, en l'étendant non-seulement au cas où la femme n'a pas payé au delà de son émolument, mais au cas même où elle a payé au delà de sa moitié (Pothier, loc. cit.).

377. L'art. 1488 ne parle que de la femme. Cependant la même question peut se présenter à l'égard du mari, s'il avait payé en totalité une dette dont il n'était, aux termes de l'art. 1485, tenu que pour moitié. Le silence de la loi peut, sinon se justilier, du moins s'expliquer par cette circonstance que c'est dans Pothier que l'art. 1488 a été pris, et que Pothier ne traitant la question que relativement au bénéfice dont jouit la femme de n'être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument, n'a dû parler et n'a effectivement parlé que de la femme. Quoi qu'il en soit, comme le refus de répétition n'est que l'application des principes du droit commun, il est certain que le mari ne pourrait non plus répéter, s'il était possible de le considérer comme ayant voulu payer pour sa femme; et il n'y a pas de raison pour ne pas supposer aussi facilement au mari l'intention de payer pour sa femme, qu'à la femme l'intention de payer pour son mari.

378. Les règles exposées ci-dessus, relativement à l'action personnelle des créanciers contre l'un ou l'autre époux, ne font point obstacle à l'exercice de l'action hypothécaire, qui se donne pour le tout contre celui à qui l'immeuble hypothéqué est échu en partage, sauf son recours contre l'autre époux (C. civ., 1489).

379. Remarquons, à ce sujet, que les biens de la communauté restent grevés, après le partage, des hypothèques consenties par le mari pendant le mariage, quoique la femme soit réputée, par l'effet de son acceptation, en avoir été copropriétaire dès le principe, et qu'en général un des copropriétaires ne soit point tenu des hypothèques conférées par les autres C. civ., 883). C'est que l'hypothèque consentie par le mari est réputée l'avoir été par les deux conjoints.

Mais s'il s'agissait d'une hypothèque antérieure au mariage pour sûreté d'une dette personnelle au mari, et frappant ses biens présents et à venir, elle ne grèverait point, après l'acceptation de la femme, la portion des immeubles compris dans le lot de celle-ci, quoiqu'elle portât, durant la communauté, sur tous les immeubles qui la composaient (Poth., n° 753; Delv., t. 3, p. 292, édit. de 1819; contrà, Toull., t. 13, n° 263; Dur., t. 14, n° 498).

380. Les dispositions précédentes ne font point obstacle à ce que, par le partage, l'un ou l'autre des copartageants soit chargé de payer une quotité de dettes autre que la moitié, même de les acquitter entièrement (C. civ., 1490). Mais ces arrangements, que les créanciers peuvent toujours invoquer à leur profit (C. civ., 1166), ne peuvent jamais leur être opposés (C. civ., 1165).

381. L'art. 1490 ajoute que toutes les fois que l'un des copartageants a payé des dettes de la communauté au delà de la portion dont il était tenu, il y a lieu au recours de celui qui a trop payé contre l'autre. Cela est évident.

382. Il en est de même de la disposition qui porte que tout ce qui est dit ci-dessus à l'égard du mari ou de la femme a lieu à l'égard des héritiers de l'un ou de l'autre, et que ces héritiers exercent les mêmes droits et sont soumis aux mêmes actions que le conjoint qu'ils représentent (C. civ., 1491).

### Chap. 3. — De la communauté conventionnelle.

383. Les époux peuvent faire leur contrat de mariage comme ils le jugent à propos, pourvu qu'ils n'y mettent rien de contraire aux lois et à l'ordre public. Ils peuvent donc modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux art. 1387, 1388, 1389 et 1390 du Code civil (C. civ., 1497).

La loi a pris soin de régler quelques-unes de ces modifications, les principales et les plus usitées, et, pour plus de clarté, elle les a rangées en huit sections. Ces modifications sont celles qui résultent des stipulations suivantes; savoir:

1º Que la communauté n'embrassera que

les acquets;

2° Que le mobilier présent ou futur n'entrera point en communauté, ou n'y entrera que pour une partie;

3º Qu'on y comprendra tout ou partie des immeubles présents ou futurs, par la voie

de l'ameublissement;

4º Que les époux paieront séparément leurs dettes antérieures au mariage;

5° Qu'en cas de renonciation, la femme pourra reprendre ses apports francs et quittes;

6° Que le survivant aura un préciput;

7º Que les époux auront des parts inégales;

8° Qu'il y aura entre eux communauté à titre universel (C. civ., 1497).

On voit que de ces diverses conventions, les unes concernent la composition active ou passive de la communauté (sect. 1, 2, 3, 4 et 8); les autres sont relatives aux droits de chaque époux après la dissolution (sect. 5, 6 et 7).

Dans une 9° section, le Code traite des conventions exclusives de la communauté.

Les époux peuvent aussi combiner ces diverses clauses entre elles et les modifier, comme ils peuvent en adopter d'autres encore. La loi leur laisse la plus grande latitude à cet égard.

Pour tout ce qui n'est point l'objet de ces modifications, l'association conjugale reste soumise aux règles de la communauté légale.

Sect. 1<sup>re</sup>. — De la communauté réduite aux acquêls.

as4. Lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une communauté d'acquêts, ils sont censés exclure de la communauté et les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier respectif présent et futur. En ce cas, et après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés, le partage se borne aux acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux (C. civ., 1498).

Ainsi, cette clause a absolument le même effet que celle par laquelle les époux excluent de la communauté leur mobilier et leurs dettes. Par l'une, la communauté est expressément réduite aux acquêts, et le mobilier ainsi que les dettes en sont implicitement exclus; par l'autre, le mobilier et les dettes sont explicitement exclus, et la communauté est implicitement réduite aux acquêts.

385. Mais pour réduire la communauté aux acquêts et en exclure par conséquent le mobilier que les époux possèdent au jour du mariage, leur suffit-il de stipuler, d'une manière affirmative, qu'il y aura entre eux une société d'acquêts, ou faut-il, au contraire. qu'employant une formule négative et exclusive, ils stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une société d'acquêts? Cette question fort simple et en apparence très-futile, a donné lieu cependant à une controverse sérieuse, dans laquelle est intervenue même l'autorité de la Cour de cassation. Le doute est né des termes de l'art. 1498 du Code civil. Le législateur, après avoir posé en principe, dans l'art. 1497, que les époux peuvent stipuler que la communauté n'embrassera que les acquêts, ajoute, dans l'art. 1498, que lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une communauté d'acquêts, ils sont censés exclure de la communauté et les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier respectif présent et futur. Ainsi, a-t-on dit, s'il résulte de ces termes de la loi que l'effet de la communauté réduite aux acquêts est d'exclure de la communauté les meubles présents et futurs, il en résulte aussi que, pour que cette exclusion soit prononcée, il ne sussit pas que le contrat de mariage stipule qu'il y aura une communauté ou une société d'acquêts, il faut que la stipulation soit accompagnée de deux particules formellement exclusives de la communauté, et qu'il soit dit qu'il n'y aura qu'une communauté d'acquêts : cela seul peut établir clairement la dérogation au droit commun. La clause qu'il y aura communauté n'est pas sussissamment explicite pour produire cet effet, parce qu'on peut en induire seulement que les époux ont voulu éclaireir le doute qu'ils avaient sur le point de savoir si les acquisitions qui seraient faites par l'un ou par l'autre tomberaient dans la communauté: or, quæ dubitationis tollendæ causá contractibus inscruntur, ju commune non lædunt. (1. 81, ff. Dereg. jur.;

Sic, Merlin, Répert., v° Réalisation, § 1, n° 2; Toullier, t. 13, n° 317.)

Mais ces considérations sont plus subtiles que solides. Il est évident que l'art. 1498 n'a point entendu tracer une formule de clause: qu'il statue dans la supposition que les parties se sont exprimées dans les termes qu'il emploie, on peut l'accorder; mais de là à dire que, prescrivant en quelque sorte une formule sacramentelle, il a entendu restreindre sa décision au seul cas où les parties se sont exprimées dans les mêmes termes, c'est ce qui ne saurait être admis. Comment cet article aurait-il pu vouloir, en effet, que des époux qui auraient expressément déclaré établir une communauté réduite aux acquêts, ou même simplement une communauté d'acquêts, aient eu, au contraire, l'intention de se soumettre au régime pur de la communauté légalè? Cela implique évidemment contradiction, et c'est le cas de dire avec Pothier (nº 317): « Lorsque les parties se sont expliquées sur leur communauté en ces termes : Les futurs conjoints seront communs dans tous les biens qu'ils acquerront, on doit sous-entendre une tacite réalisation de tous les biens mobiliers qu'elles ont; car, dire que leur communauté sera composée des biens qu'elles acquerront, c'est dire que ceux qu'elles ont déjà n'y entreront pas : qui dicit de uno, negat de altero. » Et cette doctrine, que M. Duranton a reproduite (t. 15, nºs 8 et suiv.), a été formellement consacrée par la Cour de cassation, qui, rejetant le pourvoi dont avait été l'objet un arrêt conforme de la cour de Bordeaux, du 8 juillet 1839, s'est exprimée en ces termes : « Attendu que le contrat de mariage des époux Grand porte littéralement que les futurs époux seront associés par moitié en tous les acquêts, meubles et immeubles qu'ils feront durant le mariage, et qu'en tirant de cette clause la conséquence que les parties ont voulu stipuler la seule communauté d'acquêts régie par l'art. 1498 du Code civil, la cour royale a donné à la convention le sens et les effets qu'elle devait recevoir. » (Cass. 16 déc. 1840, S.-V. 41. 1. 11; J. P. 1840. 2. 781.)

386. Il résulte implicitement des termes de l'art. 1498 du Code civil que la communauté d'acquêts ne comprend pas les biens, meubles et immeubles provenant de succession, donation ou legs, les fruits et revenus des propres des époux échus ou perçus ayant

la célébration du mariage, le profit résultant en faveur de l'un d'eux de la prescription d'une dette antérieure au mariage, ou de l'accroissement d'un immeuble par alluvion (Mollev. t. 3, p. 344), l'immeuble donné directement en det à la femme, ou même donné à elle seule en paiement de sa det. (Mollev., loc. cit.; Delvincourt, t. 3, p. 76; Bellot, t. 3, p. 25; Buranton, t. 15, n° 10.)

387. La jurisprudence a donné à ces mots. industrie commune, de l'art. 1498, une interprétation fort extensive. Elle assimile aux fruits et fait entrer dans la communauté d'acquêts les pensions rémunératoires et les gratifications extraordinaires accordées par l'état. (Paris, 24 janv. 1826, V. cet arrêt rapporté sous celui de rejet du 7 nov. 1827: — Cass. 7 nov. 1827, S.-V. 28. 1. 186; J. P. 3º éd.: D. P. 28. 1. 14; — Colmar, 20 déc. 1832. S .- V. 33. 2. 185; J. P. 3º édit.; D. P. 33. 2. 91.) 388. Si le mobilier existant lors du mariage. ou échu depuis, n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquet (C. civ., 1499). nt future, on

Quelques auteurs, Bellot (t. 3, p. 27 et suiv.), Duranton (t. 15, nos 16 et suiv.). Rolland de Villargues (vº Communauté. nº 641), s'emparant de ce qu'il y a d'absolu dans les termes de cet article, soutiennent que l'apport mobilier des époux ne peut être constaté que par un inventaire ou état en bonne forme. Toullier (t. 13, nos 305 et suiv.) et Battur (n° 365) nous paraissent être plus dans le vrai lorsque, s'appuyant de l'autorité de Pothier (nº 298), et se fondant sur les articles 1415 et 1504 du Code civil, ils enseignent que la femme et ses héritiers ont le droit de faire la preuve de la consistance et de la valeur tant du mobilier qu'elle a apporté en mariage que de celui qui lui est échu depuis, par tous les moyens reçus en justice, soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée. La jurisprudence est même allée plus loin : la Cour de cassation a jugé par deux arrêts, l'un du 17 août 1825 ( J. P. 3e ed.; D. P. 25. 1. 412) et l'autre du 3 août 1831 (J. P. 3e édit.; D. P. 31. 1. 288), que l'art. 1499 du Code civil ne doit pas être entendu dans un sens tellement restrictif qu'aucune preuve, autre que celle résultant d'un inventaire ou d'un état en forme, ne puisse être admise pour constater le mobilier apporté par chacun des époux qui ont formé entre eux une société d'acquêts.

389. Mais la disposition de l'art. 1510 du Code civil, qui donne aux créanciers le droit de poursuivre indistinctement leur paiement sur tout le mobilier non inventorié, reçoit son application dans la clause de communauté d'acquêts tout aussi bien que dans celle de séparation des dettes, puisque la seconde est toujours renfermée dans la première.

SECT. 2. — De la clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie.

390. Cette clause est expresse ou tacite: elle est expresse et s'appelle clause de réalisation ou stipulation de propres, lorsque les époux déclarent exclure de la communauté leur mobilier présent et futur, ou leur mobilier présent, ou leur mobilier futur, ou une quote-part de leur mobilier présent et futur, on de leur mobilier présent, ou de leur mobilier futur, ou enfin telle somme ou tel effet; elle est tacite et prend le nom de clause d'apport, lorsque les époux stipulent qu'ils mettront en communauté, de leur mobilier présent et futur, ou de leur mobilier présent, ou de leur mobilier futur, jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée, ou bien telle quotité, ou tel objet déterminé. Ils sont par cela seul censés se réserver le surplus (C. civ., 1500).

Cette clause peut être unilatérale, c'est-àdire stipulée par un seul des époux, ou bilatérale, c'est-à-dire stipulée réciproquement par les deux époux (Toullier, t. 13, n° 315).

391. Comme elle est dérogatoire au droit commun, et par conséquent de droit étroit, elle doit être strictement restreinte aux objets compris dans la stipulation. Si donc les conioints avaient déclaré exclure de la communauté leur mobilier, ou même tout leur molier, cette clause ne comprendrait que le mobilier présent. En sens inverse, s'ils avaient stipulé que leur mobilier futur sera exclu, le mobilier présent entrerait en communauté. Par la même raison, cette clause ne s'étend point d'un cas à l'autre; et celle qui exclut le mobilier qui adviendra par donation, ne comprend pas celui qui arrivera par succession ou autrement (Pothier, nº 319; Toullier, t. 13, nos 319 et suiv.; Duranton, t. 15, nos 28 et suiv.).

392. Cependant on devrait regarder comme compris dans la clause portant exclusion de tout le mobilier présent ce qui serait advenu, pendant le mariage, en vertu d'un titre exis-

tant lors du mariage, mais qui ne s'est ouvert et n'a produit son esset que depuis, telle qu'une créance conditionnelle, par exemple, quoique la condition n'eût été accomplie et la créance payée que pendant le mariage (Pothier, n° 320; Toullier, t. 13, n° 321).

193. L'article 1500 du Code civil porte que les époux peuvent exclure de leur communauté tout leur mobilier présent et futur, et que lorsqu'ils stipulent qu'ils en mettront dans la communauté jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée, ils sont par cela seul censés se réserver le surplus. Mais quel est ce surplus? Est-ce le surplus du mobilier présent seulement, ou du mobilier présent et futur?

Pothier ( n°s 296 et 319) décidait que dans ce cas la réserve ne porte que sur le mobilier présent; et depuis le Code, Delvincourt (t. 3, p. 387), Bellot (t. 3, p. 51 et 59) et Battur (p. 298), ont adopté la même solution. Nous pensons avec Toullier (t. 13, n°s 311 et suiv.), Duranton (t. 15, n°s 35 et suiv.), Rolland de Villargues (v° Communauté, n° 658), que les termes de l'art. 1500 du Code civil étendent expressément cette réserve au mobilier présent et futur.

394. La clause par laquelle l'époux déclare qu'il met en communauté son mobilier jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée, le rend débiteur envers la communauté de la somme qu'il a promis d'y mettre, et l'oblige à justifier de cet apport (C. civ., 1501).

On impute sur cette somme le mobilier existant au moment du mariage, et pour la valeur qu'il avait à cette époque, puisque c'est alors que la communauté en est devenue propriétaire (Pothier, n°s 228 et 229; Toullier, t. 13, n°s 301, 302, 310).

395. L'époux est garant envers la communauté de toute éviction, comme aussi de toutes les dettes ou charges qui pourraient grever son apport, lequel est toujours censé franc et libre. (La Thaumassière, sur la Coutume de Berry; Pothier, n° 532; Toullier, t. 13, n° 324; Duranton, t. 15, n° 43.)

396. L'apport est suffisamment justifié, quant au mari, par la déclaration portée au contrat de mariage que son mobilier est de telle valeur. Il est suffisamment justifié, à l'égard de la femme, par la quittance que le mari lui donne ou à ceux qui l'ont dotée (C. civ., 1502).

Quant au mobilier qui échoit à chacun des époux pendant le mariage, il doit être constaté par un inventaire. A défaut d'inventaire du mobilier échu au mari ou d'un titre propre à justifier de sa consistance et valeur, déduction faite des dettes, le mari ne peut en exercer la reprise. Si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la femme, celleci ou ses héritiers sont admis à faire preuve, soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée, de la valeur de ce mobilier (C. civ., 1504).—V. Commune renommée.

397. Chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait la mise en communauté (C. civ., 1503).

Les termes de cet article qui semble n'autoriser l'époux qu'à prélever la valeur du mobilier excédant sa mise en communauté, ont fait naître la question de savoir s'il ne peut reprendre ce mobilier en nature, ce qui revient à demander si l'époux reste propriétaire du mobilier réalisé, de sorte que la communauté n'en soit qu'usufruitière; ou bien si, au contraire, la communauté en devient propriétaire, de sorte que l'époux n'ait qu'une créance contre elle pour la valeur de ce mobilier. L'intérêt de cette question réside principalement en ce que si ce mobilier est la propriété de la communauté, il peut être aliéné par le mari et devient le gage de ses créanciers personnels et de ceux de la communauté.

Pothier (nº 325) décide que c'est la communauté qui est propriétaire du mobilier réalisé, par la raison que s'il n'en était pas ainsi, elle n'aurait point la jouissance de ce mobilier, puisqu'il se consomme par l'usage. Delvincourt (t. 3, p. 78), Bellot (t. 3, p. 103), Battur (nº 153 et 181), Rolland de Villargues (nº 670), s'appuyant sur cette autorité et sur les termes de l'article 1503, professent la même doctrine.

Mais Toullier (t. 12, nos 377 et suiv.) et Duranton (t. 14, no 318, et t. 15, nos 21 et 49) font remarquer, avec raison, que la doctrine de Pothier et de ceux qui l'ont suivie repose sur une confusion entre les meubles qui se consomment par l'usage, et ceux dont on peut faire usage sans les consommer. Ils font une distinction entre ces deux classes de meubles, et ils professent que la communauté ne devient proprietaire que de ceux qui se consomment par l'usage. Ils appuient cette doctrine sur les articles 1532 et 1533 du Code civil, lesquels, faits pour le cas de réalisation totale du mobilier, s'appliquent à plus forte raison au cas de réalisation partielle. Nous nous rangeons à cette opinion; elle nous paraît de tous points conforme aux principes généraux du droit, principes auxquels le texte de l'article 1503 ne nous semble point faire formellement une dérogation, dont nous ne nous expliquerions pas d'ailleurs l'utilité pour ce cas particulier, plutôt que pour tout autre cas analogue.

398. Pour ce qui concerne les dettes, elles suivent le sort du mobilier, c'est-à-dire que si les époux ont exclu de la communauté tout leur mobilier présent et futur, ou leur mobilier présent, ou leur mobilier futur, ou leur mobilier présent, ou leur mobilier futur, ou une quote-part de leur mobilier, ils restent personnellement chargés de toutes leurs dettes mobilières présentes et futures, ou de leurs dettes présentes, ou de leurs dettes futures, ou d'une quotité de leurs dettes correspondant à la quotité du mobilier exclu (Toullier, t. 13, n° 324 et 325; Dur., t. 15, n° 58). Quant à l'apport d'un corps certain, nous avons vu (n° 141) que cette clause emporte séparation des dettes des époux. — V. aussi n° 410.

### SECT. 3. — De la clause d'ameublissement.

399. De même qu'on peut exclure de la communauté des meubles qui sont ainsi réa-lisés, c'est-à-dire immobilisés, on peut, à l'inverse, y faire entrer des immeubles, qui sont alors ameublis, c'est-à-dire assimilés, sous ce rapport, à des meubles. La clause d'ameublissement est donc la contre-partie de la convention de réalisation : celle-ci restreint la communauté légale par l'exclusion des meubles que le droit commun y fait entrer; celle-là, au contraire, lui donne plus d'étendue en y faisant tomber des immeubles que le droit commun en exclut (C. civ., 1505).

400. L'ameublissement peut être déterminé ou indéterminé: il est déterminé, quand l'époux a déclaré ameublir et mettre en communauté un tel immeuble, en tout ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Il est indéterminé, quand l'époux a simplement déclaré apporter en communauté ses immeubles, jusqu'à concurrence d'une certaine somme (C. civ., 1506).

Ce ne peut être que par erreur que le Code a mis au nombre des ameublissements déterminés l'ameublissement de tel immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme; car il reste une indétermination absolue sur la partie de l'immeuble qui représente cette somme. Aussi, revenant sur cette erreur, ne donne-t.il à l'ameublissement dont il s'agit que les effets de l'ameublissement indéterminé. (V. art. 1507, § 3, et 1508, C. civ.; Pothier, n° 305; Toullier, t. 13, n° 329; Duranton, t. 15, n° 61.)

L'ameublissement d'une partie aliquote et indivise de tel héritage est un ameublissement déterminé; car, dans cette clause, tout est déterminé, l'héritage et la partie qui en est ameublie. Peu importe qu'il y ait lieu à partager; le partage, dans notre droit, est déclaratif et non attributif de propriété. (Toullier, t. 13, n° 330; Duranton, t. 15, n° 62.)

401. La clause par laquelle les époux ou l'un d'eux mettent en communauté tous leurs immeubles, sans ajouter présents et futurs, s'étend-elle aux immeubles à venir? Toullier (t. 13, nº 330) et Battur (nº 395) résolvent cette question par l'affirmative. Ils se fondent sur la généralité des termes de la clause, et sur ce que cette interprétation, qui leur paraît rentrer dans l'esprit même du régime de la communauté, ne porte préjudice à aucun des époux, puisque ainsi ils participent réciproquement aux biens futurs l'un del'autre. Pothier (nº 304), Delvincourt (t. 3, p. 313) et Duranton (t. 15, n° 57), repoussent cette interprétation par la raison que les conventions d'ameublissement étant dérogatoires au droit commun, et par conséquent de droit étroit, elles doivent être plutôt restreintes qu'étendues. Ces auteurs argumentent de l'article 1542, § 2 du Code civil, qui consacre le même principe. Nous hésitons d'autant moins à admettre cette solution, que (nos 391 et suiv.) nous en avons adopté une toute semblable, par l'application du même principe à une clause analogue, celle de l'exclusion de tout le mobilier.

402. Il ne faut pas confondre la clause d'ameublissement des immeubles jusqu'à concurrence de telle somme, avec la clause d'apport de telle somme à prendre sur les immeubles. Pour que cette dernière devint une clause d'ameublissement, il faudrait y ajouter que les immeubles sur lesquels la somme sera prise, sortiront nature d'acquêts, ou seront ameublis (Pothier, n° 305; Toullier, t. 13, n° 334 et suiv.).

403. L'effet de l'ameublissement déterminé est de rendre l'immeuble ou les immeubles qui en sont frappés, biens de la communauté comme les meubles mêmes (1507, C. civ.); de sorte qu'à partir de la célébration du mariage, pour les immeubles présents, et, pour les immeubles futurs, à partir du moment où ils échoient, le mari peut en disposer comme des autres effets de la communauté, aux risques de laquelle ils sont désormais.

404. L'ameublissement indéterminé (et nous avons dit (nº 400) qu'il faut comprendre dans cette classe l'ameublissement de tel immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme) ne rend point la communauté propriétaire des immeubles qui en sont frappés. Son effet se réduit à obliger l'époux qui l'a consenti à comprendre dans la masse, lors de la dissolution de la communauté, quelques-uns de ses immeubles jusqu'à concurrence de la somme par lui promise. Le mari ne peut aliéner en tout ou en partie, sans le consentement de sa femme, les immeubles sur lesquels est établi l'ameublissement indéterminé; mais il peut les hypothéquer jusqu'à concurrence de cet ameublissement. (C. civ., 1507, § 3, et 1508.)

405. Si la communauté est privée de l'effet de l'ameublissement par suite d'éviction pour cause antérieure au mariage, la garantie varie suivant la nature de l'ameublissement.

S'il s'agit d'ameublissement indéterminé, l'époux qui l'a stipulé doit, à la dissolution de la communauté, rapporter d'autres immeubles jusqu'à concurrence de la somme dont il est débiteur; c'est une conséquence nécessaire de la nature de son obligation. (C. civ., 1508; Toullier, t. 13, n° 342.)

A l'égard de l'ameublissement déterminé, il faut faire une distinction: si l'époux a ameubli tous ses immeubles, il ne doit, en cas d'éviction, aucune garantie; car il n'a entendu apporter en communauté que les immeubles qui lui appartenaient, et il a livré ce qu'il avait promis, c'est-à-dire tous ses immeubles (Toullier, t. 13, n° 343.); mais, s'il n'a ameubli que quelques-uns de ses immeubles, il est garant de l'éviction. Cette opinion, généralement reçue aujour-d'hui, a été vivement controversée. Quelques auteurs persistent même encòre à soutenir

que la convention d'ameublissement étant un contrat de bienfaisance, il ne peut être dû aucune garantie. D'autres voyant dans cette convention un contrat commutatif, prétendent que l'époux n'est garant qu'autant que, par l'effet de l'éviction, le montant de son apport se trouve réduit au-dessous de l'apport de l'autre époux. Ces décisions, dont le moindre tort est d'être tout à fait arbitraires, ne sauraient se soutenir devant ce principe incontestable, que le contrat de mariage est une sorte de contrat de société où les apports peuvent être inégaux, mais sont rigoureusement dus et doivent être garantis. (L. 5, § 1, ff. Pro socio; Pothier, nº 311; Toullier, t. 13, nº 344; Duranton, t. 15, nº 70; Battur, nº 401.)

406. Les époux peuvent, d'un commun accord, faire cesser pendant le mariage l'indétermination de l'ameublissement, et désigner les immeubles qui entreront en communauté. Ce n'est point là changer les conventions matrimoniales et contrevenir à l'art. 1395 du Code civil; c'est, au contraire, expliquer ces conventions et les exécuter. (Toullier, t. 13, nº 337; Bellot, t. 3, p. 145; Duranton, t. 15, nº 83.) Mais le mari ne peut, pendant le mariage et avant la dissolution de la communauté, forcer la femme à faire cesser l'indétermination et à désigner les immeubles qui doivent entrer en communauté. La loi ne lui accorde que le droit immeubles ameublis. d'hypothéquer les (Toullier, t. 13, n° 338.)

407. L'époux qui a ameubli un héritage a, lors du partage, la faculté de le retenir en le précomptant sur sa part pour le prix qu'il vaut alors; et ses héritiers ont le même droit (C. civ., 1509). On attache souvent un prix d'affection à un bien de famille; c'est pourquoi la loi permet de retenir l'immeuble ameubli, quoique la communauté en soit devenue propriétaire. Mais comme il a été aux risques de cette dernière, il n'est précompté que pour le prix qu'il vaut au moment de la liquidation. (Duranton, t. 15, nº 75.) Par la même raison, il doit être repris dans l'état où il se trouve avec les servitudes et autres droits réels qui peuvent le grever, et s'il avait été aliéné, la reprise ne pourrait avoir lieu. (Duranton, nº 76.)

408. Toullier (t. 13, n° 345) pense que si la femme ou ses héritiers renonçaient à la communauté, ils n'auraient pas ce droit de retenue ou de reprise, parce qu'ils n'ont point de précompte à faire avec le mari ou ses héritiers. Nous croyons que c'est trop s'attacher à la lettre de la loi. Si elle parle de précompte, c'est parce gu'elle a en vue le cas le plus fréquent. Mais pour que ce droit, établi d'une manière générale et sans distinction en faveur des conjoints, fût refusé à la femme renoncante, il faudrait une disposition formelle, et elle n'existe point. L'esprit de la loi est de conserver les biens dans les familles, et nous n'apercevons pas de raison pour ne pas laisser à la femme qui renonce, comme à celle qui accepte, le droit de reprendre à la communauté son immeuble et de lui en payer le prix. M. Duranton (t. 15, nº 78) nous paraît incliner pour cette opinion.

## SECT. 4. — De la clause de séparation des dettes.

409. Cette clause n'a pour objet que les dettes antérieures au mariage (C. civ., 1497, 4°). Ce n'est pas qu'on ne puisse exclure aussi de la communauté les dettes futures (C.civ., 1498); mais cette exclusion n'est pas l'objet d'une clause speciale; elle est la conséquence de la réalisation du mobilier futur (Arg. des art. 1411, 1412 et 1414, C. civ.), réalisation qui n'a pas lieu dans le cas qui nous occupe. Quant aux dettes contractées pendant le mariage, elles sont régies par les règles de la communauté légale.

Les rédacteurs du Code ont réuni dans cette section deux clauses de nature fort différente, quoiqu'elles aient le même but : la clause de séparation des dettes, qui a lieu entre les futurs pour exclure de la communauté leurs dettes antérieures au mariage; elle est traitée dans les articles 1510, 1511 et 1512 du Code civil; la clause de franc et quitte, qui intervient entre l'un des futurs époux et les parents de l'autre, lesquels le déclarent franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage, et s'engagent à indemniser son conjoint du préjudice que pourraient lui causer les dettes du futur déclaré franc et quitte, s'il s'en découvrait par la suite; elle est réglée par l'art. 1513 du Code civil.

410. La clause de séparation des dettes est expresse ou tacite : elle est expresse, lorsque les parties conviennent de payer séparément leurs dettes antérieures au mariage, ou sim-

plement qu'elles seront séparées quant aux dettes (Pothier, n° 351); elle est tacite, lorsque les époux apportent dans la communauté une somme certaine ou un corps certain. Un tel apport emporte la convention tacite qu'il n'est point grevé de dettes antérieures au mariage; et il doit être fait raison par l'époux débiteur à l'autre, de toutes celles qui diminueraient l'apport promis. (C. civ., 1511). Ainsi se trouve tranchée par la loi la question si controversée, sous l'ancienne jurisprudence, de savoir si la séparation des dettes pouvait résulter de la seule clause d'apport d'une somme ou d'un corps certain. (V. Pothier, n° 352.)

Cette disposition de l'art. 1511 du Code civil se rattache à celle de l'art. 1500, § 2, qu'elle complète et qu'elle explique.

411. Si l'un des époux seulement a fait un apport spécial, l'autre reste sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire que son mobilier tombe dans la communauté, qui demeure chargée de ses dettes.

Il n'est point nécessaire que l'apport soit réciproque pour qu'il entraîne la séparation des dettes. Seulement, lorsqu'il est réciproque, il y a présomption légale que les parties se sont réservé propre ce dont leur mobilier excède leur apport (C. civ., 1500); tandis que, lorsque la clause d'apport est unilatérale, l'intention de former une communauté conventionnelle dans laquelle entrerait l'apport, ainsi que celle de se réserver le surplus, peut apparaître ou n'apparaître pas, suivant la manière dont la clause est rédigée : c'est une appréciation laissée à la sagacité du juge. (Toullier, t. 13, n° 349.)

412. Nous avons dit (nº 409) que la clause qui nous occupe n'a pour objet que les dettes antérieures au mariage. Il faut entendre par là les dettes dont la cause est antérieure au mariage, quelles qu'en soient d'ailleurs les conditions et l'époque d'exigibilité, qu'elles soient contractées envers l'un des conjoints ou envers des tiers. (Pothier, nos 353 et suiv.; Delvincourt, t. 3, p. 86; Toullier, t. 13, nº 351; Bellot, p. 161.) Mais quant aux intérêts et arrérages qui ont couru depuis le mariage, ils sont à la charge de la communauté (C. civ., 1512); ce qui est de toute justice, puisque cette dernière jouit des revenus des époux. Nous ne croyons cependant point, comme Delvincourt et Battur, qui ont suivi en cela l'opinion de Lebrun (Traité de la commun., liv. 2, ch. 3, sect. 4), que la convention qui exclurait de la communauté les intérêts et les arrérages serait illicite; nous ne voyons pas ce qu'une pareille clause aurait de contraire aux bonnes mœurs et aux dispositions des art. 1387 à 1390 du Code civil. (Pothier, n° 360; Duranton, t. 15, n° 99.)

413. L'effet de la clause de séparation des dettes est différent, selon qu'on la considère par rapport aux époux entre eux, ou par rapport aux créanciers.

A l'égard des époux entre eux, elle les oblige à se faire, lors de la dissolution de la communauté, respectivement raison des dettes qui sont justifiées avoir été acquittées par la communauté à la décharge de celui des époux qui en était débiteur, soit qu'il y ait eu inventaire ou non des meubles de chacun des époux, cet inventaire étant inutile par rapport à eux, puisque, sous le régime de la séparation des dettes, tout leur mobilier tombe en communauté (C. civ., 1510).

Mais à l'égard des créanciers, la clause de séparation des dettes ne soustrait point à leur action le mobilier apporté par les époux et tombé en communauté. En effet, indépendamment du droit qu'ont toujours les créanciers du mari de se faire payer sur les biens de la communauté, quelle que soit leur origine, les créanciers de l'un et de l'autre époux conservent le droit de poursuivre leur paiement sur les biens entrés dans la communauté du chef de leur débiteur. Si donc le mobilier apporté en mariage par l'un et l'autre époux, ou qui leur est échu depuis, n'a pas été constate par un inventaire ou état authentique, qui, pour le mobilier existant lors du mariage, doit être antérieur à la célébration, la confusion donne aux créanciers de l'un et de l'autre époux le droit de poursuivre leur paiement sur tous les biens de la communauté (C. civ., 1510, § 2 et 3).

414. S'il existe un inventaire ou état authentique du mobilier apporté par la femme, ou à elle échu pendant le mariage, le mari peut se décharger des dettes de celle-ci antérieures au mariage, en abandonnant aux créanciers le mobilier inventorié, s'il existe encore en nature, ou, dans le cas contraire, en leur en payant l'estimation. Si le contrat de mariage contenait l'état du mobilier de la femme, il pourrait tenir lieu d'inventaire. Il en serait de même d'un compte rendu devant notaire à la femme par celui qui a administré ses biens

jusqu'au jour de son mariage. (Pothier, nº 363 et suiv.; Toullier, t. 13, nº 356.)

415. Quant aux fruits et revenus des biens de la femme, perçus pendant la communauté et jusqu'à la demande des créanciers, le mari n'est point obligé de les rendre à ces derniers : il est censé les avoir consommés de bonne foi, pour soutenir les charges du mariage. (Toullier, n° 356.)

416, La clause de franc et quitte, dont il nous reste à parler, n'obligeait, sous l'ancienne jurisprudence, que les parents de l'époux déclaré par eux franc et quitte, et non celui-ci, qui n'était pas censé partie à la convention. (Pothier, n° 370.)

Cela n'était ni juste, ni moral; car, dans ce cas, l'époux est non-seulement obligé, mais il est coupable de dol. Le Code a donc eu raison de repousser cette doctrine et de faire du conjoint faussement déclaré franc et quitte le débiteur principal de l'indemnité, ses parents n'en étant réellement que les garants.

417. « Lorsque la communauté, porte l'article 1513 du Code civil, est poursuivie pour les dettes de l'un des époux, déclaré, par contrat, franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage, le conjoint a droit à une indemnité qui se prend soit sur la part de communauté revenant à l'époux débiteur, soit sur les biens personnels dudit époux; et, en cas d'insuffisance, cette indemnité peut être poursuivie par voie de garantie contre le père, la mère, l'ascendant ou le tuteur qui l'auraient déclaré franc et quitte.

» Cette garantie peut même être exercée par le mari durant la communanté, si la dette provient du chef de la femme; sauf, en ce cas, le remboursement dû par la femme ou ses héritiers aux garants, après la dissolution de la communauté. »

Mais si c'est la femme à qui cette garantie est due, elle ne peut l'exercer qu'après la dissolution de la communauté, puisqu'elle n'a, jusqu'à ce moment, aucune action contre son mari.

Il est du reste évident que, quoique l'article 1513 du Code civil ne parle que du père, de la mère, de l'ascendant ou du tuteur, la décision serait la même si c'était un frère, un oncle, ou tout autre parent, ou même un étranger qui eût déclaré l'époux franc et quitte.

418. La clause de franc et quitte diffère de la clause de séparation des dettes, en ce

qu'elle n'a d'effet qu'entre les époux et ne peut jamais être opposée aux créanciers, puisqu'elle n'a pour but que de garantir les droits de l'un des conjoints. Elle en diffère encore en ce que son objet étant d'indemniser la communauté de tout le préjudice que peuvent lui causer les dettes de l'époux déclaré franc et quitte, les intérêts ou arrérages de ces dettes, courus pendant le mariage, ne sont point à la charge de la communauté.

419. La clause de franc et quitte diffère encore, soit de celle par laquelle les parents de l'un des époux s'engagent à payer ses dettes antérieures au mariage, soit de celle par laquelle les parents du mari se rendent cautions envers la femme de la restitution de la dot et de ses conventions matrimoniales. En effet, à la différence de ces deux clauses, dont l'une oblige les parents à acquitter les dettes de leur enfant, et l'autre à désintéresser la femme de ce dont elle ne peut être payée sur les biens de son mari, la stipulation de franc et quitte ne les oblige qu'à indemniser l'époux du préjudice qu'il peut éprouver à l'occasion des dettes de son conjoint. (Pothier, nº 372: Toullier, t. 13, nos 367 et 368; Duranton, t. 15, nos 119 et suiv.)

420. Le préjudice que les dettes de l'époux déclaré franc et quitte peuvent causer à l'autre époux est de deux espèces : 1° diminution de sa part de communauté; 2º diminution de ses sûretés pour l'exercice de ses droits matrimoniaux. Il s'était élevé entre les anciens auteurs une controverse sur le point de savoir si les parents du mari déclaré franc et quitte étaient tenus d'indemniser la femme de ces deux espèces de préjudice. Renusson (Traité de la communauté, 1re part. ch. 11, nos 36 et 37) tenait l'affirmative; Lebrun (Traité de la communauté, liv. 2, ch. 3, nos 41 et 42) et Pothier (nos 366 et suivants) soutenaient, au contraire, que la garantie n'était due que pour la dot et les droits matrimoniaux, et non point pour la part dans la communauté. Battur (nº 425) suit cette opinion, par le motif que ce préjudice n'est point une suite immédiate de l'inexécution de la convention. Mais cette doctrine ne peut se soutenir en présence de l'article 1513 du Code civil, qui dit, en termes généraux, sans exception ni distinction, que le conjoint a droit à une indemnité. La preuve que cet article n'entend point parler seulement du préjudice résultant de la diminution des sûretés de la dot, mais aussi de celui qui est relatif aux droits de communauté, c'est qu'il parle du cas où la communauté est poursuivic pour les dettes de l'époux déclaré franc et quitte, et que, plus loin, la seconde disposition de cet article règle expressèment l'exercice de la garantie du mari, laquelle ne peut avoir pour objet que ses droits dans la communauté. (Delvincourt, t. 3, p. 88; Toullier, t. 13, n° 366; Duranton, t. 15, n° 123 et 124; Bellot, t. 3, p. 195, 199 et suiv.)

421. Les dettes de l'époux déclaré franc et quitte, qui n'auraient pas une date certaine antérieure au mariage, ne pourraient être opposées aux parents, parce qu'ils sont des tiers, et qu'il serait trop facile d'aggraver leur garantie par des antidates (Pothier, n° 367); mais le conjoint n'en aurait pas moins le droit de se faire indemniser par l'époux franc et quitte.

Du reste, rien n'empêche que cette clause n'intervienne exclusivement entre les époux; elle les oblige également aux indemnités dont nous avons parlé. (Toullier, t. 13, n° 369.)

422. Enfin, elle peut avoir lieu sous le régime d'exclusion de communauté (Toullier, n° 370; Duranton, t. 15, n° 136) et sous le régime dotal (Duranton, loc. cit.).

Sect. 5. — De la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte.

423. La femme peut stipuler qu'en cas de renonciation à la communauté, elle reprendra tout ou partie de ce qu'elle y aura apporté, soit lors du mariage, soit depuis (C. civ., 1514 § 1<sup>er</sup>).

Cette disposition semble contraire au droit commun en ce qu'elle donne à la femme renonçante la faculté de reprendre ce qu'elle a apporté en communauté, quand l'effet ordinaire de la renonciation est précisément de le lui faire perdre. Mais il faut remarquer qu'au fond cette clause n'est que la stipulation d'une condition résolutoire, qui fait rentrer dans les mains de la femme, en cas de renonciation à la communauté, les biens qu'elle y avait apportés. Il n'y a rien là de contraire au droit commun, qui n'interdit nullement de contracter une société sous condition résolutoire; et dans l'association conjugale, sur laquelle le mari a des pouvoirs si étendus, cette stipulation est bien légitime. Cependant

ration qu'une pareille clause donne à la femme la faculté, qu'ils trouvaient inique, de participer aux gains et de ne pas supporter les pertes, regardaient cette clause comme étant de droit très-étroit et s'épuisaient en subtilités pour la restreindre et en éluder l'application. Pothier en rejetait bien quelques-unes; mais, toujours préoccupé de ce préjugé que cette clause était de droit très-étroit, il en conserva d'autres qui, sous son autorité, ont passé sans examen dans l'art. 1514 du Code civil.

424. « Cette stipulation, porte cet article, ne peut s'étendre au delà des choses formellement exprimées, ni au profit de personnes autres que celles désignées. » Jusqu'ici rien qui ne soit juste; car cette clause est une dérogation au droit commun.

Il est évident dès lors que la femme est obligée de prouver son apport. Mais peut-elle le faire autrement que par un inventaire ou état authentique, c'est-à-dire par la preuve testimoniale et la commune renommée? Nous le croyons; car c'est le mari que la loi charge du soin de faire l'inventaire des apports de la femme; et, en règle générale, le défaut d'inventaire ne peut préjudicier à celle-ci (C. civ., 1415). Nous avons dit (n° 414) que, dans la clause de réalisation, la preuve de l'apport de la femme n'est pas bornée à l'inventaire, et nous ne voyons pas pourquoi il n'en serait pas ainsi dans la clause qui nous occupe. (Toullier, t. 13, n° 376.)

425. Si la stipulation était ainsi conçue: En cas de décès du mari, la femme reprendra, etc., ou bien, la femme survivante reprendra, etc., ces locutions n'empêcheraient point, malgré la rigueur de la loi en cette matière, que la reprise ne fût exercée même dans le cas où la communauté viendrait à se dissoudre par la séparation de corps ou de biens. Ces expressions: En cas de décès du mari, la femme survivante, ne renferment point une condition. Si les parties n'ont parlé que du cas de dissolution par le prédécès du mari, ce n'est point pour restreindre le droit de reprise à ce seul cas, mais parce qu'elles n'ont pu ni dû prévoir la séparation de corps ou de biens. (Arrêt du 31 juillet 1697; Pothier, nº 382; Duranton, t. 15, nº 150; Bellot, t. 3, p. 215.)

toire; et dans l'association conjugale, sur laquelle le mari a des pouvoirs si étendus, cette stipulation est bien légitime. Cependant les anciens auteurs, frappés de cette considécore une conséquence exacte de ce que cette stipulation s'écarte du droit commun.

Les auteurs ont appliqué ce principe à l'interprétation de quelques clauses généralement usitées. Si la stipulation est ainsi conçue: La femme, en renonçant, aura le droit de reprendre ce qui sera entré de son chef dans la communauté, elle comprend le mobilier présent et futur. Il en est de même si la clause porte: La femme reprendra tout ce qu'elle se trouvera avoir apporté dans la communauté, ou simplement, ce qu'elle aura apporté; car ce futur s'étend aussi au mobilier à venir. (Lebrun, p. 457; Pothier, nº 401; Duranton, t. 15, nº 143; Battur, nº 434. -V. cependant contrà, un arrêt du 18 juin 1687; Bellot, t. 3, p. 229; Rolland de Villargues, v° Communauté, n° 740.) A plus forte raison, faut-il décider de même, s'il est dit: La future reprendra les 36,000 fr. par elle apportés en dot, et tout ce qu'elle démontrera avoir apporté de plus. (Pothier, nº 400; Bellot, loc. cit.; Rolland de Villargues, ibid., nº 742.)

La stipulation portant: La femme reprendra le mobilier qui lui écherra pendant le mariage, ou seulement, le mobilier qui lui écherra, ne s'applique pas au mobilier présent; mais elle comprend tout le mobilier qui arrivera par succession, donation ou legs. (Duranton, t. 15, n° 144.)

La stipulation de reprendre le mobilier qui écherra par succession ne s'étend pas au mobilier qui échoit par donation ou legs, à moins cependant que la donation ou le legs n'ait été fait par ascendant, et qu'ainsi la femme n'ait dû recueillir ce mobilier en qualité d'héritière, si elle ne l'eût reçu comme donataire ou légataire; car, dit Pothier (nº 322), le don ou legs fait par ascendant est une espèce de titre de succession. En sens inverse, la faculté de reprendre le mobilier qui écherra par donation ne s'étend pas au mobilier échu par succession; mais elle comprend celui qui advient par legs ou substitution, parce que le terme donation est générique et embrasse, dans son sens le plus large, les donations testamentaires aussi bien que les donations entre-vifs. (Duranton, t. 15, nos 146 et 147.)

427. La faculté accordée à la femme ne s'étend point aux enfants; celle accordée à la femme et aux enfants ne s'étend point aux héritiers ascendants ou collatéraux (C. civ., 1514, § 3.)

C'est une dérogation au grand principe consacré par l'art. 1122 du Code civil, portant qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention; dérogation que rien, dans la nature de la clause qui nous occupe, ne saurait justifier, et qui, née de l'aveugle prévention de l'ancienne jurisprudence contre cette clause, s'est, à la faveur du nom de Pothier, glissée dans le Code.

428. Telle était la rigueur avec laquelle les anciens auteurs appliquaient cette règle, que, s'il était dit, à l'impersonnel, qu'arrivant la dissolution de la communauté, en cas de renonciation, reprise sera faite de tout ce que la femme y aura apporté, les enfants ne pouvaient pas exercer cette reprise. (V. arrêt du 19 fév. 1604, rapporté par La Thaumassière, centur. 72; Pothier, nº 385.) Delvincourt (t. 3, p. 92), Bellot (t. 3, p. 217) et Duranton (t. 15, nº 155), adoptent cette décision. Mais nous ne pensons pas qu'elle doive être suivie aujourd'hui. Que la reprise réservée à la femme personnellement ne soit pas accordée à ses enfants, soit; puisque la loi le veut. Mais lorsque la stipulation ne s'applique pas nommément et spécialement à la femme; lorsqu'elle est conçue en termes généraux qui, dans leur acception ordinaire, comprennent les héritiers et les ayants cause, leur en refuser le bénéfice, c'est ce qui nous paraît aller, dans cette fausse voie, plus loin encore que la loi. (Toullier, t. 13, nº 381; Battur, nº 452; Rolland de Villargues, nº 730.)

429. Si la stipulation est faite au profit de la femme et des siens, elle ne comprend que les descendants, mais elle les comprend tous. (Pothier, n° 387; Delvincourt, t. 3, p. 92; Bellot, t. 3, n° 218; Duranton, t. 15, n° 136.)

Si la clause porte que la reprise aura lieu au profit de la femme et de ses enfants, cela s'entend des petits-enfants et de tous les descendants, même des enfants nés d'un précédent mariage, à moins qu'il n'ait été dit limitativement : la femme et les enfants qui naîtront du mariage reprendront, etc., auquel cas les enfants d'un premier mariage seraient exclus de la convention (Pothier, n° 387; Duranton, t. 15, n° 156, 157). Toute-fois, cette décision est combattue par Toullier (t. 13, n° 384 et 385), qui cite un arrêt du mois d'août 1685, rapporté par Berroyer (t. 1° des arrêts de Burdet, liv. 2, chap. 2).

Il faut également décider, malgré l'opinion contraire des anciens auteurs, notamment de Lebrun, de Lemaître et de Duplessis, mais conformément à la doctrine de Pothier (n° 390) et de Toullier (t. 13, n° 387 et 388), que, dans ces expressions: la femme et ses héritiers collatéraux reprendront, etc., les enfants, et à leur défaut, les ascendants sont compris; c'est comme s'il était dit: la femme et ses héritiers, même collatéraux, reprendront, etc.

Mais dans cette clause ne sont compris ni l'enfant naturel, ni l'état, ni les légataires; pour que la stipulation s'étendît jusqu'à eux, il faudrait qu'elle portât: la femme et ses successeurs reprendront, etc. (Duranton, t. 15, nos 160, 161 et 162.)

Toutefois il a été décidé, par un arrêt de 1685, rapporté par Berroyer (t. 1er des arrêts de Burdet, chap. 2), qu'une clause portant : il sera permis à la future et aux enfants qui naîtront du mariage, même à ses héritiers collatéraux, de reprendre ce qu'elle aura apporté, n'exclut pas les enfants d'un premier lit, lorsque la femme n'en a laissé aucun du second. Puisque la reprise a été stipulée même en faveur des collatéraux, il n'est pas supposable que, par ces termes : aux enfants qui naîtront du mariage, on ait voulu exclure les enfants du mariage précédent. (Pothier, n° 385; Toullier, t. 13, n° 386; Duranton, t. 15, n° 156.)

430. Au reste, si le droit de reprise s'est ouvert en la personne de la femme, par la dissolution de la communauté arrivée par le décès du mari, ou par la séparation de corps ou de biens, tous les successeurs quelconques de la femme, soit ab intestat, soit testamentaires, seront investis de ce droit si elle vient à mourir avant d'avoir accepté ou renoncé: car, à sa mort, ce droit fait partie de ses biens et se trouve dans sa succession. (Arrêt du 29 juillet 1716, Journ. des aud., t. 6; Pothier, n° 380; Toullier, t. 13, n° 383; Duranton, t. 15, n° 251 et 252; Delvincourt, t. 5, p. 91; Bellot, t. 3, p. 213.)

cipe qu'un arrêt du 30 décembre 1718, rendu sur les conclusions de M. Gilbert Desvoisins, et rapporté par l'annotateur de Lebrun (liv. 3, ch. 2, sect. 2), a jugé que, dans le cas de prédécès de la femme qui, après un jugement de séparation, avait exercé la reprise accordée à elle seule par la convention, le mari survivant

n'avait pas la répétition de cette reprise contre les héritiers de la femme, parce que cette dernière leur avait transmis, par voic de succession, un droit qu'elle avait irrévocablement acquis. La doctrine de cet arrêt était suivie dans l'ancienne jurisprudence, malgré deux arrêts contraires des 20 décembre 1712 et 26 février 1718. (Pothier, n° 382; Bellot, t. 3, p. 215; Rolland de Villargues, n° 726.)

432. Un autre arrêt du 13 déc. 1641, rapporté par Brodeau sur Louet (lettre F, ch. 28. nº 3), a jugé que, lorsqu'une stipulation est ainsi conçue: Advenant le prédécès du mari, la femme et ses enfants renonçant à la communauté reprendront, etc., les enfants ont le droit, en cas de prédécès de leur mère, d'exercer la reprise. En vain leur opposerait-on que cette reprise est stipulée pour le cas de prédécès du mari, et que ce cas n'étant pas arrivé, il ne peut y avoir ouverture à la reprise. Ils répondraient que ces mots: advevenant le prédécès du mari, ne peuvent se rapporter qu'à la femme; mais que se trouvant aussi compris dans la convention, la reprise doit leur être accordée au cas de prédécès de leur mère, puisque ce n'est que dans ce cas seulement qu'il peut y avoir pour eux ouverture au droit de reprise. (Pothier, nº 383; Delvincourt, t. 2, p. 92; Toullier, t. 13, nº 382; Bellot, t. 3, p. 216; Duranton, t. 15, nº 154.)

433. Lorsque la communauté est dissoute par le prédécès de la femme, et que celle-ci laisse un héritier naturel compris dans la convention de reprise des apports, et un légataire universel qui n'y est pas compris, Lebrun ( Traité de la comm., liv. 3, chap. 2, sect. 2, d. 5, nº 17) prétend qu'il n'y a ouverture au droit de reprise, ni au profit de l'héritier compris dans la convention, parce que le legs universel fait à un autre l'empêche d'en profiter, ni au profit du légataire universel, parce qu'il n'est pas compris dans la convention. Cette décision est repoussée par les principes. Si l'héritier accepte la succession de la femme, le droit de reprise lui est acquis, et il le transmet avec le reste des biens au légataire universel. Si, au contraire, il répudie la succession, la reprise ne peut être exercée ni par lui, puisqu'il n'est pas héritier, ni par le légataire universel, puisqu'il n'est pas compris dans la stipulation. ( Pothier, nº 317, qui cite un arrêt de 1711; Duranton, t. 15, nº 165.)

434. Pothier dit (nº 407) que la reprise

des apports ne se fait pas en nature; que le mari est seulement débiteur de la somme qu'ils valaient lorsqu'ils sont entrés en communauté. (V. Conf. Bellot, t. 3, p. 335, et Rolland de Villargues, nos 743 et suiv.) Nous ne voyons pas pourquoi la reprise ne pourrait se faire en nature, si la femme le voulait et que cela fût possible. La condition résolutoire sous laquelle la femme avait aliéné ses apports au profit de la communauté s'étant accomplie, ce n'est pas seulement un droit de créance qu'elle reprend sur eux, mais un véritable droit de propriété.

435. Quant aux intérêts de la somme due à la femme pour reprise de ses apports, ils ne courent pas de plein droit du jour de la dissolution de la communauté, mais seulement du jour de la demande en justice (C. civ. 1153 et 1479). Les art. 1473 et 1570 du Code civil, qui statuent, l'un sur le cas d'acception de la femme et pour les sommes dues par la communauté aux époux, l'autre sur le régime dotal, ne sont point applicables ici. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour royale de Nancy, du 29 mai 1828 (S.-V. 29. 2. 231; J. P. 3° édit.; — Duranton, t. 15, n° 173).

436. Dans tous les cas, les apports ne peuvent être repris que déduction faite des dettes personnelles à la femme, et que la communauté aurait acquittées (C. civ., 1514).

Ces dettes sont, sans parler de celles relatives aux immeubles, toutes celles que la communauté a payées comme grevant le mobilier que la femme reprend. Ainsi, lorsque la reprise ne porte que sur le mobilier apporté lors du mariage, ou sur le mobilier échu depuis, la femme ne fait raison, dans le premier cas, que des dettes mobilières qu'elle avait en se mariant; et dans le second cas, que de celles dont était grevé le mobilier échu. Si la reprise s'exerce sur tout le mobilier entré en communauté, soit lors du mariage, soit depuis, les dettes à la charge de la femme sont toutes celles relatives au mobilier qu'elle a apporté en communauté, ou qui y est tombé par la suite. (Pothier, nº 411; Duranton, t. 15, nº 166; Bellot, t. 3, p. 249.)

437. Si la reprise n'était ni de l'universalité ni d'une quote-part du mobilier, mais d'une somme fixe pour tous droits de communauté, ou bien encore de certaines choses, la clause serait un forfait, et la femme ne supporterait aucune portion des dettes. (Pothier, n° 411; Duranton, t. 15, n° 168.) 438. La femme qui, par suite de la reprise de son apport, fait raison à la communauté de tout ou partie des dettes acquittées à sa décharge, ne doit tenir compte que des capitaux de ces dettes et non des intérêts ou arrérages que la communauté a pu payer. Ce sont les charges des fruits et revenus des apports, fruits et revenus que la femme ne reprend point. (Duranton, t. 15, n° 169.)

SECT. 6. - Du préciput conventionnel.

439. Le préciput en général est ce qu'un des copartageants a droit de prélever avant partage. Les coutumes consacraient, en matière de communauté, un préciput légal qui n'existe plus aujourd'hui. Mais rien n'empêche de stipuler, dans le contrat de mariage, un préciput au profit de l'un ou de l'autre des époux; ordinairement c'est au profit du survivant, et ce préciput consiste généralement en argent ou en effets mobiliers. Cependant les dispositions de la loi sur ce point n'ont rien de limitatif, et pour tout ce qui concerne les personnes, les choses et les cas d'ouverture du préciput, toute liberté est laissée aux conventions. Du reste, on conçoit qu'il résulte de la nature même du préciput qu'il ne s'exerce que lorsqu'il y a lieu à partage, et seulement sur la masse partageable, ce qui suppose l'acceptation de la communauté. On peut néanmoins convenir que le préciput sera accordé à la femme, même en cas de renonciation; mais alors ce n'est plus, à proprement parler, un préciput, c'est une créance dont elle peut poursuivre le paiement jusque sur les biens personnels de son mari. (C. civ., 1515.)

Ainsi, lorsque le préciput n'a pas été stipulé, même en cas de renonciation, il ne constitue qu'un droit de prélèvement sur la masse commune, et qui s'évanouit en tout ou en partie quand les biens de la communauté manquent ou sont insuffisants pour qu'il puisse s'exercer. Si, au contraire, la stipulation a été faite. même pour le cas de renonciation, l'effet de cette convention est non-seulement de rendre la femme qui renonce créancière de son préciput contre la succession de son mari, mais encore de lui donner, même lorsqu'elle accepte, le droit de poursuivre contre cette succession le paiement de la partie de son préciput dont il lui reste encore à se remplir, après l'épuisement des biens de la communaute. (Pothier, nº 448; Toullier, t. 13, nº 402, 403.)

440. Le préciput peut être limité ou illimité: limité, lorsqu'il consiste en une somme d'argent, ou en effets mobiliers, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, cas auquel on en détermine l'étendue par voie d'estimation; illimité, lorsqu'il comprend tous les effets mobiliers en général, ou seulement ceux de telle ou telle espèce; dans ce dernier cas, il s'étend à toutes les choses de l'espèce indiquée qui se trouvent dans la communauté au moment de la dissolution, quels qu'en soient le nombre et la valeur (Toullier, t. 13, nº 406). Nous ne pensons pas qu'on puisse, avec les principes de notre droit, suivre, comme l'ont fait quelques auteurs modernes, particulièrement Battur (nº 467), la doctrine de Pothier qui dit (nº 441): que, si la valeur du préciput était excessive, eu égard à l'état et aux facultés des parties, lcs héritiers du prédécédé seraient bien fondés à demander qu'il fût réduit et modéré arbitrio judicis. Notre législation ne permet plus aux juges de modifier, sous aucun prétexte, les conventions des parties. (Arg. des art. 1152, 1229, 2161 du Code civ.; Toullier, t. 13, nº 407.)

441. La clause de préciput étant une dérogation au droit commun, se restreint strictement aux objets qui y sont compris. Ainsi la faculté de prélever les linges et hardes ne s'étend point aux diamants et joyaux, et vice versa; celle de reprendre, par préciput, les linges, hardes et bijoux existant lors du mariage, ne comprend pas les objets de même nature qui ont pu être acquis depuis, si ce n'est pourtant en remplacement des premiers, qui ont été usés ou vendus, et jusqu'à due concurrence seulement. En tous cas, le préciput ne peut s'exercer que sur ceux de ces objets qui existent encore au moment de la dissolution de la communauté; on ne peut, comme pour la reprise d'apports, réclamer la valeur de ceux qui n'existent plus. (Toullier, t. 13, n° 408; Duranton, t. 15, nº 183.)

442. Lorsque le préciput est alternatif, le choix appartient au préciputaire, comme lui étant expressément accordé par la nature même de la convention. Ce n'est pas le cas d'appliquer l'art. 1190 du Code civil. (Duranton, t. 15, n° 184.)

443. Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des dona-

tions, mais comme une convention de mariage (Code civ., 1516): ainsi, il n'est point assujetti aux droits de mutation. (Toullier, t. 13, n° 400.)

D'un autre côté, ni les enfants du mariage. ni les ascendants du mari, ne pourraient faire réduire le préciput à la quotité disponible. soit que la femme accepte ou renonce, parce que, dans l'un et l'autre cas, ce n'est point une libéralité, mais une obligation résultant d'une convention. Cependant, sous d'autres rapports, la loi considère réellement le préciput, sinon comme une donation proprement dite, du moins comme un avantage au fond. C'est ainsi que, dans le cas de l'art. 1098 du Code civil, s'il résultait du préciput, seul ou combine avec les autres conventions matrimoniales, un avantage plus considérable que celui qui est permis par la loi, le préciput devrait être réduit, si la réduction ne pouvait s'opérer sur d'autres avantages. ( Duranton, t. 15, nº 190.)

444. Un autre point de vue sous lequel le préciput est considéré par la loi comme un avantage au fond, c'est que l'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée perd ses droits au préciput, quoiqu'il ne les perde point aux conventions ordinaires du mariage. (Duranton, loc. cit.)

445. La mort naturelle ou civile donne ouverture au préciput (C. civ., 1517). Ainsi se trouve tranchée la question, agitée sous l'ancienne jurisprudence, de savoir si le préciput s'ouvrait par la mort civile. (Pothier, n° 443.)

446. Si les deux époux ont péri dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître lequel a survécu à l'autre, il n'y a pas ouverture au préciput, parce que les héritiers de l'un et de l'autre sont également dans l'impossibilité de prouver la survie de leur auteur (C. civ., 135). Les présomptions des art. 720 et suivants du Code civil, établies pour les successions, ne s'appliquent point à ce cas. (Pothier, n° 444; Duranton, t. 15, n° 192.)

447. Lorsque la dissolution de la communauté s'opère par le divorce ou par la séparation de corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput; mais l'époux qui a obtenu, soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve ses droits au préciput en cas de survie. Si c'est la femme, la somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari, à la charge de donner caution (C. civ., 1518).

Il résulte de cette disposition que l'époux contre lequel la séparation de corps et autrefois le divorce ont été prononcés, perd ses droits au préciput, ce qui fournit un argument contre la jurisprudence ci-dessus indiquée de la Cour de cassation sur la question de savoir si la séparation de corps entraîne, comme le divorce, la révocation des avantages faits à l'époux contre lequel elle est prononcée. (V. suprà, n° 302.)

Il en résulte encore que, dans le cas prévu par cet article, le partage de la communauté se fait sans délivrance du préciput, puisqu'il n'est pas encore ouvert. Seulement, si le préciput est d'une somme d'argent, la succession de l'époux qui prédécèdera devra payer la moitié de cette somme à l'autre époux, qui, par le partage égal de la communauté, en a dėjà reçu la première moitié. Si le préciput est en espèces, on fait l'estimation des choses sujettes au préciput des deux époux, et chacun d'eux prend, en les précomptant sur sa part, les choses comprises dans son préciput, sauf à la succession de celui qui prédécèdera à payer au survivant la moitié de l'estimation de son préciput. (Pothier, nº 445; Merlin, Répert., vo Préciput conventionnel, § 1 ; Toullier, t. 13, nos 394 et 395.)

448. C'est en ce sens, en effet, qu'il faut entendre l'art. 1518 du Code civil. Quant à sa disposition finale portant que, « si c'est la femme ( qui, après la séparation, conserve ses droits au préciput), la somme ou la chose qui constitue le préciput reste provisoirement au mari, à la charge de donner caution, » elle ne peut avoir en vue que le cas où la femme renonce à la communauté. Dans ce cas, en effet, le mari auguel restent tous les biens de la communauté doit garder provisoirement la somme ou la chose sur laquelle la femme n'a qu'un droit éventuel. Mais, dans le cas d'acceptation et lorsque la communauté se partage par moitié, donner au mari le droit de jouir pendant sa vie de la part de la femme dans le préciput, ce serait une injustice que la loi n'a pu vouloir consacrer. (Toullier, t. 13, nº 397; Durant., t. 15, nº 194; Battur, nº 473.)

449. L'article 1518 suppose que, suivant la conventidn, le préciput s'ouvre par la mort naturelle ou civile, ce qui est le cas le plus fréquent; mais s'il devait s'ouvrir par la dissolution de la communauté, le jugement de séparation y donnerait alors ouverture, et il se prélèverait avant le partage. (Toullier,

t. 13, nº 398; Duranton, t. 15, nº 194; — Cass. 6 janv. 1808, Devillen. et Car. 2. 1. 467; J. P. 3º édit.; D. A. 10. 122.)

Cet arrêt a juge, en outre, que la séparation de biens elle-même donne ouverture au préciput stipulé pour le cas de dissolution de la communauté. Mais si la séparation de biens, pas plus que la séparation de corps, ne donne lieu à la délivrance du préciput convenu pour le cas de survie (C. civ., 1452), elle ne fait pas, comme celle-ci, perdre à l'époux contre lequel elle est prononcée ses droits éventuels au préciput (C. civ., 1518.); Toullier, t. 13, n° 396; Duranton, t. 15, n° 195).

450. En cas d'absence déclarée de son conjoint, si l'autre époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il peut exercer son préciput, puisque, suivant l'art. 124 du Code civil, il exerce en ce cas ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution.

451. Nous avons dit que le préciput, hors le cas où il a été stipulé par la femme, même en renonçant, ne s'exerce que sur la masse partageable (C. civ., 1515). Il en résulte qu'il faut auparavant prélever toutes les récompenses, reprises, remplois et indemnités de chaque époux, et distraire toutes les dettes et charges de la communauté envers les étrangers, comme aussi régler les récompenses et indemnités qui lui sont dues. Ce n'est qu'après toutes ces opérations que le préciput est exercé. (Toullier, t. 13, nº 401.)

452. De ce que le préciput est un droit de communauté et ne se prend que sur la masse partageable, il en résulte encore que, jusqu'au prélèvement effectif, les objets qui y sont compris peuvent être vendus sur les poursuites des créanciers de la communauté, sauf le recours du préciputaire, conformément à l'art. 1515 du Code civil, c'est-à-dire, soit sur les biens de la communauté, soit même sur les biens personnels du mari, suivant la distinction établie par cet article (C. civ., 1519).

453. Quant aux intérêts du préciput, ils ne courent que du jour de la demande, puisque aucune disposition spéciale ne les fait courir de plein droit.

Sect. 7. — Des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté.

454. Le droit commun attribue à chaque

époux des parts égales dans la communauté; mais la loi permet de déroger à cette règle, notamment par trois clauses qu'elle indique et qui consistent: 1° à ne donner à l'époux survivant ou à ses héritiers, dans la communauté, qu'une part moindre que la moitié; 2° à ne lui donner qu'une somme fixe pour tout droit de communauté; 3° à stipuler que la communauté entière, en certains cas, appartiendra à l'époux survivant, ou à l'un d'eux seulement (C. civ., 1520).

455. La première de ces clauses ayant pour effet de changer la règle ordinaire du partage de l'actif, il est naturel et juste que le passif soit supporté dans la même proportion. Toute convention qui tendrait à répartir l'actif et le passif dans des proportions différentes serait frappée de nullité (C. civ., 1521).

On a demandé si cette nullité est absolue, de telle sorte qu'elle fasse disparaître complétement la convention pour revenir au partage de la communauté suivant la règle du droit commun, ou si, au contraire, elle ne porte que sur la partie de la convention relative aux dettes, de manière à ce que la clause soit maintenue en ce qui concerne la répartition de l'actif, et régisse en même temps celle du passif. Nous pensons que les deux parties de la convention sont connexes; qu'elles sont la condition l'une de l'autre; qu'à la clause arrêtée entre les parties, on ne peut en substituer une autre, à laquelle elles n'ont pas voulu se soumettre; et qu'en déclarant la convention nulle, d'une manière générale et sans distinction, la loi n'a point entendu en maintenir une partie, mais faire retour au droit commun. C'est ce qui ne nous permet pas d'admettre, comme le fait Duranton (t. 15, nº 206), que l'époux favorisé par la clause puisse empêcher l'effet de la nullité, en consentant à ce que l'époux réduit ne supporte qu'une portion des dettes proportionnelle à la part que la convention lui faisait dans l'actif. La clause convenue est nulle; l'époux qu'elle réduisait a le droit de profiter de cette nullité pour revendiquer le bénéfice du droit commun, et il ne peut être au pouvoir de l'autre partie de l'en priver sous prétexte de

456. La seconde clause dont s'occupe ici la loi, celle par laquelle les époux conviennent que l'un d'eux ou ses héritiers ne pourront prétendre qu'une certaine somme pour tout droit de communauté, est un forfait qui oblige

lui faire une concession.

l'autre époux ou ses héritiers à payer la somme convenue, que la communauté soit bonne ou mauvaise, suffisante ou non pour acquitter la somme (C. civ., 1522).

457. Toutefois, il faut faire une distinction: Si c'est la femme ou ses héritiers qui doivent recevoir une certaine somme pour tout droit de communauté, le mari ne peut se dispenser de la payer, sous prétexte que la stipulation ayant été faite en sa faveur, il a le droit d'y renoncer; car ce n'est point une simple faculté qui lui est laissée, c'est un contrat aléatoire qui le lie, un véritable forfait (Pothier. n° 450; Toullier, t. 13, n° 414). Il ne pourrait se dispenser de payer la somme que si la stipulation du forfait était conditionnelle, ou que ce ne fût pour lui qu'une faculté (Pothier, nos 451 et 452; Toullier, nos 415 et 416). Il est seul tenu des dettes; de sorte que les créanciers de la communauté envers lesquels la femme n'est pas personnellement obligée, n'ont aucune action contre elle ni contre ses héritiers (art. 1524, C. civ.). Il est, du reste, évident que les dettes personnelles de la femme, qui ne sont pas entrées dans la communauté, demeurent à sa charge, et que, en dehors de la somme convenue par le forfait, le mari est tenu de payer à la femme tout ce que la communauté lui doit pour reprises, remplois et récompenses, comme aussi la femme doit faire raison au mari de tout ce dont elle est débitrice envers la communauté.

convention à une certaine somme pour tout droit de communauté, la femme et ses héritiers ont le choix ou de payer cette somme en demeurant obligés à toutes les dettes, ou de renoncer à la communauté, et d'en abandonner les biens et les charges au mari ou à ses héritiers (art. 1524, C. civ.). La raison en est que la femme et ses héritiers ont toujours le droit de renoncer à la communauté, et qu'ils ne peuvent en être dépouillés par aucune convention (C. civ., 1453).

459. Si la clause n'établit le forfait qu'à l'égard des héritiers de l'époux, celui-ci, dans le cas où il survit, a droit au partage légal par moitié (C. civ., 1523). « Cette disposition est très-juste, dit Toullier (t. 13, n° 418), car, en ce cas, les futurs époux n'ont pas entenduse réduire personnellement eux-mêmes, par un forfait, à une certaine somme pour droit de communauté, mais seulement que leurs héritiers y fussent réduits. C'est un avan-

tage qu'ils ont voulu faire au survivant qui, d'ailleurs, à ce moyen, n'a plus rien à démêler

avec les héritiers du prédécédé. »

460. Enfin la troisième clause est réglée par l'art. 1525 du Code civil portant : « Il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté, du chef de leur auteur. Cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés. »

Néanmoins, si l'un des époux avait des enfants d'un premier lit, la convention pourrait, selon les cas, être réduite à la proportion déterminée par l'art. 1098 du Code civil. Toullier (t. 13, n° 442) dit que cette opinion souffre de grandes difficultés. Elle nous paraît commandée par l'art. 1527, § 3, du Code civil (Delvincourt, t. 3, p. 59; Bellot, t. 3, p. 309 et suiv.; Roll. de Vill., n° 778.)

Sect. 8. — De la communauté à titre universel.

461. Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir, ou de tous leurs biens présents seulement, ou de tous leurs biens à venir seulement (C. civ., 1526).

Ainsi, il y a trois sortes de communauté à titre universel. La première est celle qui comprend tous les biens, meubles et immeubles, présents et à venir, des époux : c'est la société omnium bonorum des Romains, adoptée par notre ancienne jurisprudence (Pothier, Du contrat de société, n° 33; Domat, Lois civ., tit. de la société, sect. 3, n° 4), mais proscrite par le Code entre toutes personnes autres que les époux (C. civ., 1837). La seconde est celle dans laquelle on met tous les biens présents seulement. La troisième, celle dans laquelle on fait entrer tous les biens à venir seulement.

462. La communauté à titre universel étant une dérogation au droit commun, il en résulte:

1º Que la clause portant, en termes généraux, que les époux mettent en communauté tous leurs biens, ou même tous leurs biens meubles et immeubles, ne comprend pas les

immeubles à venir, si ce n'est pour la jouissance (arg. de l'art. 1542, § 2, C. civ.);

2° Que celle par laquelle les époux déclarent faire entrer en communauté leurs immeubles à venir, ne comprend pas les immeubles présents;

3° Que si la stipulation ne parle que des immeubles échéant par succession, ceux qui adviennent par donation ou legs n'y sont pas compris, à moins que la libéralité ne soit faite par un ascendant, comme nous l'avons dit n° 391 et suiv.; et en sens inverse, que, s'il n'est parlé que des immeubles advenant par donation (ce qui comprend les legs), cela ne s'entend pas des immeubles qui échoient par succession.

463. Quant aux dettes, il est évident qu'elles suivent le sort des biens dont elles sont les charges, c'est-à-dire que si la communauté comprend tous les biens présents et à venir des époux, elle est chargée de toutes leurs dettes quelles qu'elles soient; si elle ne comprend que leurs biens présents, ou leurs biens futurs, elle n'est chargée que de leurs dettes présentes, ou de leurs dettes futures.

464. Dans le cas de communauté universelle de tous les biens présents et à venir des époux, toute la massse des biens existants se partage par moitié; il n'y a lieu à aucun prélèvement en faveur de l'un ou de l'autre des conjoints; la femme renonçante n'a droit à aucune reprise, elle est seulement déchargée de toute contribution aux dettes.

Sect. 9. — Dispositions communes aux huit sections précédentes.

465. Ce qui est dit aux huit sections ci-dessus ne limite pas à leurs dispositions précises les stipulations dont est susceptible la communauté conventionnelle. Les époux peuvent faire toutes autres conventions, ainsi qu'il est dit à l'art. 1387, C. civ., et sauf les modifications portées par les art. 1388, 1389 et 1390 du Code civil.

466. Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait, dans ses effets, à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'art. 1098, au titre des donations entrevifs et des testaments, sera sans effet pour tout l'excédant de cette portion; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne

sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit (C. civ., 1527).

Peu importerait que l'époux qui a des enfants d'un précédent mariage n'eût pas eu l'intention de faire, à leur préjudice, un avantage à son conjoint; la loi ne s'attache qu'au fait: c'est le tort qu'il cause aux enfants qu'elle a voulu prévenir. Les termes des art. 1496 et 1527 du Code civil ne laissent à cet égard aucun doute (Duranton, t. 15, n° 239).

C'est pourquoi il n'y a aucune distinction à faire entre les biens apportés en mariage et ceux qui sont échus depuis; car ils contribuent également les uns et les autres à produire l'effet prohibé, c'est-à-dire un avantage excessif au nouveau conjoint (Duranton, t. 15, n° 241).

467. Enfin, une dernière observation, c'est que la communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat (C. civ., 1528).

qui, dans le Code, termine le chapitre de la communauté, comme elles sont complétement étrangères à la matière de cet article, puisqu'elles sont des conventions exclusives de la communauté, elles ne peuvent trouver place ici; elles sont traitées sous les mots Régime exclusif de communauté et Séparation de biens.

## CHAP. 4. — Questions transitoires.

469. Depuis la promulgation de la loi du 17 niv. an 11 jusqu'à la publication du Code civil, les personnes régies antérieurement par des coutumes qui n'admettaient pas la communauté entre époux, ont pu, par leur contrat de mariage, adopter ce dernier régime. (Rouen, 10 messidor an XIII, Devillen. et Car. 2. 2. 68; J. P. 3° éd.; D. A. 10, 285; — 16 août 1808, J. P. 3° éd.; D. A. 10, 285; — 2 av.1824, J. P. 3° éd.; D. A. 10. 285; — 13 juin 1822, J. P. 3° éd.; D. A. 10. 285; — 12 déc. 1822, J. P. 3° éd.; D. A. 10. 286; — Cass. 29 fév. 1832, S.-V. 32. 1. 249; J. P. 3° éd.; D. P. 32. 1. 374; — 11 juillet 1838, S.-V. 38. 1. 671; J. P. 1838. 2. 67; D. P. 38. 1. 357.)

470. Avant le Code civil, les contrats de mariage, en Normandie, n'avaient pas besoin d'être passés devant notaires; ils pouvaient être valablement rédigés sous seings-privés, (Rouen, 12 déc. 1822, J. P. 3° éd.; D. A. 10. 286.)

471. La coutume de Normandie est seulement négative et non prohibitive de la communauté. La femme mariée sous la coutume de Normandie avait, après le décès de son mari, et à titre de collaboration commune, une part dans les conquêts faits durant le mariage, laquelle était réglée d'après l'article 329 de la Coutume, suivant le lieu de leur situation en cette province. (Cass. 18 juin (1) 1835, S.-V. 35. 1. 502; J. P. 3° éd.; D. P. 35. 1. 288.)

472. Cette part ne doit donc point être considérée comme un gain de survie ni un avantage indirect, et la femme normande, mariée sous l'empire de la loi du 17 nivôse an II, sans contrat de mariage, peut réclamer cette part sur les meubles et conquêts délaissés par le mari: elle ne fait en cela qu'exercer sur ces biens un droit de propriété non aboli par l'article 61 de la loi précitée. (Cass. 4 août 1806, S.-V. 6. 1. 392; J. P. 3e cd.; D. P. 6. 1. 534; - 16 janv. 1810, S.-V, 10. 1. 162; J. P. 30 éd.; D. A. 10. 287; - 25 mars 1819, S.-V. 19. 1. 409; J. P. 3e éd.; D. A. 10 288; - 30 mars 1825, S.-V. 26. 1. 182; J. P. 3º éd.; D. P. 25. 1. 248; — 29 avril 1834, S.-V. 34. 1. 351; J. P. 3e éd.)

473. Les droits de succession que la coutume de Normandie accordait à la veuve sur les biens mobiliers de son mari, doivent être considérés comme des avantages matrimoniaux, que la loi du 17 nivôse an 11, sur les successions, n'a point abolis. (Mêmes arrêts.)

474. Il faut, pour interpréter une clause, se reporter a la loi sous laquelle elle a été stipulée. Ainsi l'épouse normande qui, par suite d'un don mutuel fait pour le cas de survie entre elle et son mari depuis la loi du 17 nivose an II, mais avant le Codecivil, est devenue donataire de tout le mobilier qui appartiendrait à son époux au moment de son décès, ne peut réclamer, comme faisant partie de ce mobilier, les rentes acquises depuis le Code civil. (Caen, 22 février 1823, J. P. 3° éd.; D. A. 10. 288.)

Par la même raison, les époux qui se sont mariés avant le Code civil, sous l'empire de statuts qui les faisaient succéder l'un à l'autre pour tout ou partie de leurs biens, n'ont

<sup>(1)</sup> Quelques recueils donnent, à tort, à cet arrêt la date du 15 juin.

p1s été dépouillés de ce droit ou de cette expectative par l'article 1390 du Code civil. (Bruxelles, 23 déc. 1806, S.-V. 7. 2. 42; J. P. 3° éd.; — Trèves, 5 janv 1807, S.-V. 7. 2. 202; J. P. 3° éd.; D. A. 10. 167;—Bruxelles, 30 mars et 13 mai 1820, Devillen. et Car. 6. 2. 241; J. P. 3° éd.)

475. La femme mariée sous un statut qui lui interdisait l'aliénation de ses propres, n'a pas acquis le droit de les aliéner par la publication du Code civil. (Rouen, 21 avril 1809, S.-V. 9. 2. 327; J. P. 3° éd.; D. A. 10. 166; — Cass. 19 déc. 1810, S.-V. 11. 1. 39; J. P. 3° éd.)

476. La femme normande donataire, avant le Code civil, de tout le mobilier de son mari, est passible de toutes les dettes mobilières de celui-ci. Elle ne peut prétendre n'en être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument, comparé avec la valeur des immeubles. (Caen, 22 février 1823, J. P. 3° éd.; D. A. 10. 288.)

477. La légitime ou mariage avenant des filles normandes ne constituait point un droit de copropriété sur les biens héréditaires, mais seulement une créance sur ces mêmes biens, laquelle, depuis la loi du 11 brumaire an VII, n'a pu être conservée vis-à-vis des tiers qu'au moyen d'une inscription hypothécaire. (Cass. 19 nov. 1822, S.-V. 23. 1. 194; J. P. 3° éd.; D. A. 10. 290.)

478. La femme mariée sous l'empire d'un statut qui lui donnait un droit d'insistance ou de rétention sur les biens de son mari pour le paiement de sa dot, n'a pas perdu ce droit par les lois postérieures. (Cass. 19 prairial an vii, S.-V. 1. 1. 221; J. P. 3° éd.; D. A. 10. 293; — Toulouse, 27 mai 1816, Devillen. et Car. 5. 2. 147; J. P. 3° éd.; — Bordeaux, 19 avril 1817; V. cet arrêt rapporté sous celui de rejet du 23 mars 1819, S.-V. 19. 1. 354; J. P. 3° éd.; D. A. 10. 239; — Bordeaux, 2 juill. 1828, J. P. 3° édit.; — 17 nov. 1829, J. P. 3° édit.; — 22 mars 1834, J. P. 3° édit.)

479. Sous l'ancienne jurisprudence, l'abandon de la femme par son mari dissolvait la communauté existant entre eux sans contrat de mariage et en vertu d'un statut local; par suite, et encore bien que la femme soit décédée sous le Code civil, le mari a pu être déclaré mal fondé à exercer, à titre de communauté, des droits dans la succession de sa femme. (Cass. 4 août 1829, J. P, 3e éd.; D. P. 29. 1. 338.)

COMMUNAUTÉ D'HABITANTS. — C'est le nom que l'on donnait, dans l'ancien droit, à la généralité des habitants d'une ville, d'un bourg, d'un village, considérés collectivement sous le rapport de leurs intérêts communs. La loi du 14 décembre 1789 et celle du 4 mars 1790 rappellent encore cette dénomination. « Il y aura, porte la dernière de ces deux lois, une municipalité, en chaque ville, bourg, paroisse ou communauté de campagne. » — V. Commune, n° 9.

COMMUNAUTÉ RELIGIEUSE.— V. Congrégation religieuse.

COMMUNAUX. — On désigne ainsi les biens fonds appartenant aux communes et dont les habitants jouissent en commun.

- § 1er. Origine des communaux. Ce qu'ils comprennent.
- § 2. Bases de répartition. Droits des habitants.
- § 3. Règlements. Pouvoir des conseils municipaux.
- § 4. Réclamations. Actions.
- § 5. Compétence.

# § 1er. — Origine des communaux. — Ce qu'ils comprennent.

1. L'usage de conserver certaines parties du territoire en commun, surtout pour le pâturage, remonte à une origine fort ancienne et se rattache à la constitution même des communes. — « Ces établissements, dit Henrion de Pansey (Des biens communaux), se sont formés de diverses manières. Les habitants les ont acquis, ou ils ont pris sur leurs propriétés privées pour se procurer une propriété commune, ou ceux qui ont présidé au partage des terres ont jugé à propos d'en laisser une partie dans l'indivis : Plerumque à divisoribus agrorum ager compascuus relictus est, ad pascendum communiter vicinis. Ailleurs, ce sont les seigneurs qui, pour favoriser l'agriculture et la population, ont donné des portions de leur domaine aux habitants de leurs terres.» — V., au surplus, sur l'origine des biens communaux en général, le mot Commune, chap. 5.

2. Le caractère tout particulier de propriété commune, qui a été conservé à ces biens, les distingue éminemment des autres biens com-

munaux qui ne s'exploitent qu'au profit de la caisse municipale; sous le rapport des droits particuliers des habitants, il les assimile, jusqu'à un certain point, à la propriété privée.

- 3. Aussi la conservation des communaux a-t-elle été de tous temps l'objet d'une sollicitude particulière; et lorsqu'à une époque de détresse, le gouvernement impérial crut pouvoir s'emparer de tout l'actif des communes, il en excepta expressément « les bois, pâtis, pâturages, tourbières, et autres dont les habitants jouissent en commun. » (Loi du 20 mars 1813, art. 2.)
- 4. Les communaux comprennent généralement tous les biens dont les fruits se perçoivent en nature, soit qu'on les livre au pâturage des bestiaux, soit qu'on procède à une répartition de leurs produits. Plus spécialement, toutefois, et dans la pratique, on en restreint la dénomination aux pâtis, pâturages, marais et tourbières, ou terres susceptibles de cultures annuelles. Les bois communaux qui, dans le sens de notre définition, sont bien également des communaux, sont sonmis à des règles spéciales qui les ont fait classer dans une catégorie particulière (1). V. Affouage, Forêts. — Les landes, bruyères et autres terrains incultes dont la propriété a été attribuée aux communes par les lois des 28 août 1792 et 10 juin 1793, ont d'ailleurs donné lieu à de nombreuses difficultés dont on s'occupera au mot Terres vaines et vaques - V. aussi Commune, ch. 5, sect. 2, § 2.
- 5. Sous cette même dénomination de communaux, on a souvent compris les droits d'usage, d'affouage ou de parcours que les habitants peuvent avoir sur les biens appartenant à d'autres communes ou à des particuliers. — Usages communs, telle est la dénomination fréquemment employée dans l'ancien droit pour désigner indistinctement les biens comme les droits possédés en commun par les habi-

tants d'une même localité. En certains endroits, on les nommait uselles; en d'autres, usines: et toujours, comme on le voit, par dérivation du mot usus, usage, comme si les habitants n'ayant en définitive que la jouissance des uns et des autres, on ne devait dans tous les cas les considérer que comme de simples usagers. Le Code civil lui-même semble maintenir cette confusion, en définissant (art. 542) les biens communaux, « ceux à la propriété ou au prodnit desquels les habitants d'une ou de plusieurs communes ont un droit acquis. » — Entre la jouissance des communaux proprement dits, et l'exercice des usages communaux, il y a néanmoins toute la différence qui sépare le droit de propriété du droit d'usage. Dans le premier cas, l'habitant exerce son droit sur son propre fonds, puisqu'il est. réellement copropriétaire des communaux; et ce droit est, par suite, susceptible de toute l'étendue et des mêmes modifications que tout droit de jouissance qui s'exerce à titre de propriétaire. Dans le second, au contraire, il n'a sur le fonds d'autrui gu'un droit essentiellement limité et invariable, car ce droit suppose toujours un titre, une convention dont les règles fixes et précises, résultat du concours de deux volontés, ne pourraient être modifiées que de leur commun accord (1).

## § 2. — Bases de répartition. — Droits des habitants.

6. Avant 1789, la jouissance des communaux était très-diversement réglée. Chaque province, pour ainsi dire, avait ses usages que de nombreux édits du conseil du roi avaient

<sup>(1)</sup> Nous ferons seulement remarquer ici qu'un communal en nature de pâturage, par exemple, ne peut être converti en bois et amenagé par l'administration forestière, sans que le conseil municipal ait été appelé à délibérer. En cas de contestation, il est statué par le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'état. (Code forestier, art. 90.) — L'intérêt de la commune est surtout ce que le Conseil d'état prend en considération. (V. ord. du 23 avril 1832 [Commune d'Artiguelouve].)

<sup>(1)</sup> Par suite de la confusion qui a régné longtemps dans la désignation de ces droits différents, a été agitée la question de savoir si, lorsque les droits d'une commune sont énoncés dans un ancien titre, sous la dénomination d'usages, usages communs, usages des habitants, etc., sans autres expressions, cela doit s'entendre des droits de propriété. Legrand (Comment. sur la coutume de Troyes, glose 3, nº 1); Mornac (sur la loi 3, ff. De serv. rust.), enseignaient l'affirmative. Mais l'opinion contraire est plus généralement suivie. (V. Bouhier, sur l'article 62 de la cout. de Bourgogne, nº 31; Henrion de Pansey, Dissert. féodales, v° Communaux, § 2; Merlin, Repert., vo Usage, sect. 2, § 1, no 4; Proudhon, t. 8, nº 793; Curasson sur Proudhon, t. 8, nº 814.)

presque partout sixés. Sur quelques points du royaume, dans l'Artois, par exemple, les communaux, concentrés dans un nombre limité de familles, passaient par héritage à leurs descendants, moyennant certaines conditions d'âge, de primogéniture, ou de résidence, et ne faisaient retour à la commune qu'au cas où ces conditions n'étant plus remplies par la famille titulaire, il y avait lieu d'investir d'autres habitants des mêmes droits. Quels que sussent, au surplus, les usages consacrés, presque généralement la répartition des communaux était, avant tout, basée sur l'étendue des propriétés de chaque ayant droit.

7. La loi du 10 juin 1793 vint faire table rase, et en provoquant le partage, entre les habitants, des biens de toute nature que possédaient les communes, disposa que les partages se feraient « par tête d'habitant domicilié, de tout âge et de tout sexe, absent ou présent. » La même règle était-elle applicable aux simples partages de jouissance des communaux? Fallait-il y voir d'ailleurs l'abolition de tous les anciens usages et règlements? D'après l'ensemble de la loi, on est autorisé à le penser (1). Néanmoins, dans un grand nombre de communes, les anciens règlements continuèrent d'être observés; dans d'autres, où ils avaient été momentanément abandonnés, ils furent repris. Le gouvernement crut devoir intervenir, et s'il ne put dissiper tous les doutes, du moins il trancha la disficulté en posant des règles uniformes et précises, qui sont encore aujourd'hui les bases de la matière.

8. Un système mixte, sorte de transaction entre les anciennes habitudes et le droit nouveau, érigea en principes ces deux points, savoir: 1' observation des anciens usages et règlements partout où ils avaient été conservés sans interruption malgré la loi du 10 juin 1793, mais avec faculté pour les conseils municipaux d'adopter un nouveau mode de jouissance (V. infrà, nos 12, 13); 2° répartition par feux entre tous les habitants, chefs de ménage, indistinctement. Telles sont du moins les règles générales qui ressortent d'un décret réglémentaire du 9 brumaire an XIII, ainsi que de divers autres décrets et avis du

(1) En ce qui concerne l'abolition des anciens règlements, ce point a été regardé comme constant. (V. ord. du 25 juill. 1827 [ville de Colmar.])

Conseil d'état, qui, insérés au bulletin officiel, ont acquis force de loi (Décr. des 20 juin 1806; 6 janvier 1807; 6 juin 1811; Avis du Cons. d'état des 20 juill. 1807 et 26 avril 1808). Le mode de jouissance par feux a été adopté comme le plus équitable, « en ce qu'il proportionne, porte l'avis du Conseil d'état du 26 avril 1808, les distributions aux vrais besoins des familles, sans favoriser exclusivement, ou les plus gros propriétaires, ou les prolétaires. »

9. Ces décrets et avis n'ont pas précisément défini ce qu'il faut entendre par feux. Suivant le Code forestier (art. 105), cette expression comprend tous les « chefs de famille ou de maison, ayant domicile réel et fixe dans la commune. »—V. Affouage, n°s 11, 12 et 13.

L'énumération distincte des chefs de comille ou de maison, indique évidemment que le droit de jouissance appartient à l'habitant célibataire comme à l'habitant marié, du moment qu'il a ménage et feu particulier dans la commune. Ce droit s'étend aussi aux veufs, aux curés et desservants, à la femme séparée de corps, aux mineurs et interdits, aux ménages d'ouvriers attachés aux forges et aux usines, lorsqu'ils se trouvent dans les conditions que nous avons établies au mot Affouage, art. 3, § 1 er. — V. ce mot.

10. C'est la résidence surtout qui donne droit à la jouissance des communaux; il ne suffirait pas du domicile légal tel que l'établissent les art. 102 et suiv. du Code civil. Celui qui cesse, par exemple, de résider dans une commune et qui ne supporte plus aucune des charges communales attachées à la qualité d'habitant, perd tous droits à la jouissance des communaux, encore bien que conservant un établissement dans la commune et y revenant par intervalles, il puisse, sous d'autres rapports, être considéré comme y ayant encore son domicile civil (Ord. du 16 mars 1836 [Etienne]); il n'est plus habitant dans l'acception rigoureuse du mot; il ne doit plus jouir des mêmes avantages.

Le droit de l'habitant à la jouisssance des communaux est établi dès le moment de la fixation de domicile. — V. Affouage, n° 14.

11. C'est du reste un point constant et également consacré par la jurisprudence que le droit aux communaux est inhérent au fait de l'habitation, et que si la jouissance n'en peut, par aucun motif, être refusée à celui qui est réellement habitant, elle ne peut, en aucun cas, être accordée à celui qui ne possède pas cette qualité. Ainsi, l'étranger admis à établir son domicile en France, a droit aux communaux (Cass. 26 fév. 1838, S.-V. 38. 1. 280; J. P. 1838. 1. 360; D. P. 38. 1. 432). C'est là une compensation des contributions et autres charges communales auxquelles il est soumis comme tout autre habitant.

De même, le fermier ou locataire d'un domaine, habitant la commune, doit être admis à l'exclusion du propriétaire forain; et il en est ainsi alors même que, par les clauses du bail, le propriétaire se serait réservé la jouissance personnelle des communaux; une telle clause est considérée comme illicite et nulle. (Cass. 1er août 1842, S.-V. 42. 1. 758; J. P. 1842, 2. 193.) (1).

# Se. — Réglements. — Pouvoir des conseils municipaux.

12. Le décret du 9 brumaire an XIII (V. suprà, n° 8) disposait que les anciens usages et règlements antéricurs à 1793, et qui avaient été conservés depuis, ne pourraient être changés qu'en vertu d'un décret rendu en Conseil d'état. Quant aux règlements postérieurs, il accordait bien aux conseils municipaux le droit de les changer, mais il donnait en même temps au préfet le pouvoir « d'approuver, de rejeter ou de modifier » les délibérations prises à ce sujet. C'était, dans tous les cas, ne laisser guère aux conseils municipaux que le droit d'initiative. Ces dispositions sont abrogées aujourd'hui par la loi du 18 juillet 1837,

qui, sans aucune distinction entre les anciens règlements et les nouveaux, a dessaisi, en cette matière, l'administration supérieure du pouvoir qu'elle avait gardé jusqu'alors (Circulaire du ministre de l'intérieur du 28 septembre 1837). « Les conseils municipaux, porte l'art. 17 de cette loi, règlent par leurs délibérations... 3º le mode de jouissance et la répartition des pâturages et fruits communaux autres que les bois, ainsi que les conditions à imposer aux parties prenantes. » L'art. 18 donne bien encore, il est vrai, à l'administration supérieure le pouvoir d'annuler, en certains cas, les règlements arrêtés par les conseils municipaux; mais pour qu'une délibération du conseil municipal soit ainsi annulée, il faut que cette délibération viole, soit une disposition de loi, soit un règlement d'administration publique, ou qu'elle porte atteinte à des droits acquis (V. nº 25). En aucun cas l'administration ne peut aujourd'hui ni refaire ni modifier un règlement arrêté. pas plus qu'elle ne pourrait y procéder de plano.

13. Il est du reste assez essentiel de remarquer que, par l'effet implicite des mêmes dispositions, les anciens usages, que l'art. 105 du Code forestier a formellement consacrés à l'égard des bois, et qui, d'après le décret du 9 brumaire an XIII, ne pouvaient, à l'égard des autres communaux, être abandonnés qu'en vertu d'un acte du gouvernement, cessent complétement d'avoir, en cette matière, l'autorité souveraine qui leur appartient ordinairement, en ce sens du moins que s'ils font loi pour les individus tant qu'ils sont conservés, rien n'empêche désormais les conseils municipaux de les remplacer par des règlements nouveaux. Cela résulte évidemment du sens général de la disposition ci-dessus reproduite, et même par argument à contrario, de l'exception qu'elle établit; car cette exception ne laisse pas douter que le silence du législateur n'ait été volontaire (art. 17 3°).

14. Du pouvoir illimité donné aux conseils municipaux découle, en première ligne, le droit de décider si les communaux seront laissés à la jouissance commune des habitants et sans aucune condition, ou si, en raison des besoins de la caisse municipale, il y a lieu, soit de les affermer, soit d'établir une cotisation sur les ayants droit.

15. Le droit de mettre les communaux en ferme nous paraît jusqu'à un certain point

<sup>(1)</sup> C'est là une différence remarquable avec le droit de vaine pâture, que la loi des 28 septembre-6 octobre 1791 réserve au contraire expressément au propriétaire. Mais la raison de cette différence est facile à saisir : si la jouissance des communaux est attribuée exclusivement aux habitants, c'est, comme on l'a vu, que cette jouissance est pour eux une juste compensation des charges communales qui pésent exclusivement sur eux. Or, le propriétaire forain qui ne supporte pas ces charges, est évidemment sans droit pour réclamer les avantages dus aux habitants. Mais à l'égard de la vaine pâture, qui s'exerce, comme on le sait, sur toutes les terres ouvertes de la commune, sa position n'est plus la même; qu'il réside ou non dans la commune, il ne cesse de contribuer, par son contingent, à l'avantage dont profite la communauté : il est donc de toute équité que dans tous les cas son droit lui soit conservé.

exorbitant : ce n'est plus, à bien dire, en ré - | gler l'usage, c'est les soustraire à leur destination primitive, c'est leur ôter le caractère de communaux, pour les faire rentrer dans la classe des biens ordinaires de la commune. Le pouvoir des conseils municipaux à cet égard est néanmoins incontestable; non-seulement il résulte de la disposition ci-dessus reproduite et des autres dispositions du même article 17, mais, dès avant la loi de 1837, il était formellement consacré par une ordonnance royale du 7 oct. 1818, restée en vigueur, et qui présente même ceci de remarquable qu'elle dérogeait à cet égard aux dispositions restrictives du décret du 9 brumaire an XIII, quant à la nécessité de l'autorisation du gouvernement. « Les biens des communautés d'habitants restés en jouissance commune depuis la loi du 10 juin 1793, porte l'art. 1er de cette ordonnance, et que les conseils municipaux ne jugeront pas nécessaires à la dépaissance des troupeaux, pourront être affermés sans qu'il soit besoin de recourir à notre autorisation. lorsque la durée des baux n'excédera pas neuf années; à l'effet de quoi, il est spécialement dérogé aux dispositions du décret du 9 brumaire an XIII. »

16. Quant au droit d'établir une cotisation, il résulte non moins formellement du même art. 17, ainsi que de l'art. 31 de la mème loi, qui compte les produits de cette nature au nombre des revenus ordinaires de la commune. Bien que rien ne limite l'étendue de ce droit, nous pensons qu'il est d'une bonne administration que les cotisations soient peu élevées. En principe même, il nous paraîtrait qu'elles devraient être établies proportionnellement au montant des contributions (1) et

(1) Il est essentiel, néanmoins, de ne pas confondre les contributions assises sur les communaux, avec les cotisations qui peuvent être imposées en outre aux ayants droit. Ce qui concerne les contributions proprement dites a été réglé par une loi du 26 germinal an x1, de laquelle il résulte : 1° que si tous les habitants ont un droit égal à la jouissance, la contribution se répartit (en cas d'insufisance des revenus communaux) en centimes additionnels sur les contributions foncière, mobilière et somptuaire de tous les habitants; 2º que lorsque les habitants n'ont pas un droit égal à la jouissance des communaux, la répartition doit être faite par le maire, au prorata de la part qui appartient à chacun; 3º enfin que lorsqu'une partie sculement des habitants a droit

aux frais d'administration, s'il y en a. Toute cotisation qui va au delà constitue, en réalité, une contribution extraordinaire contraire au principe de l'égale répartition de l'impôt. D'ailleurs, les communaux sont surtout la ressource du pauvre : il ne faut pas que son droit de jouissance puisse en aucun cas lui devenir onéreux. (V., au surplus, Commune, n° 320.)

- 17. Nous avons établi suprà, nos 8 et suiv., que de la législation en vigueur ressortaient deux principes fondamentaux, savoir : 1° la répartition par feux; 2° l'attribution individuelle essentiellement attachée à la qualité d'habitant. Les règlements arrêtés par les conseils municipaux doivent donc être toujours en harmonie avec ces deux principes; autrement, ils seraient susceptibles d'être annulés, et leur force obligatoire pourrait être contestée.
- 18. Ainsi, en ce qui concerne la base de la répartition, un conseil municipal ne pourrait pas adopter un mode de partage réglé sur l'étendue des propriétés, encore que ce fût pour revenir à d'anciens usages, si ces usages avaient été abandonnés (V. décr. et ord. du 20 juin 1806 [comm. d'Ecrameville], J. P. Jurisp. admin; 6 juin 1811 [hab. de Coulombières], J. P. Jurisp. admin.; 24 janv. 1827 [comm. d'Octeville], J. P. Jurisp. admin.; 14 mai 1828 [Gacon], Jurisp. admin.), ni répartir la jouissance par tête comme le vou-lait la loi de 1793.
- 19. De même, en ce qui concerne l'admission des individus, un conseil municipal ne pourrait ni accorder la jouissance à des forains, même moyennant redevance, ni, par contre, la refuser à des habitants chefs de ménage, ou leur imposer telles conditions contraires au principe de leurs droits.
- 20. A cet égard, s'est présentée la question de savoir si les conseils municipaux pouvaient légalement remettre en vigueur d'anciens usages d'après lesquels toute personne née hors de la commune où elle venait s'établir, devait verser dans la caisse municipale une somme d'argent pour être admise à la jouissance des communaux : ces taxes étaient autrefois désignées, suivant les localités, sous les noms de droits d'entrée en jouissance, droits d'in-

à la jouissance, la répartition n'a lieu qu'entre eux, et toujours proportionnellement à leur jouissance respective.

colat, droits de bourgeoisie, etc. Le comité de l'intérieur du Conseil d'état, consulté sur ce point et se fondant sur les dispositions de de l'article 542 du Code civil, a émis l'avis « que, même en restreignant la qualité d'habitants à ceux qui sont domiciliés dans la commune, on ne pourrait, sans violer soit cet article, soit les articles 102 et suivants du même Code relatifs au domicile, établir, quant à la jouissance des biens communaux, entre les anciens et les nouveaux domiciliés, une distinction qui tendrait à exclure ces derniers de tout ou partie des droits acquis aux habitants en général; que par conséquent, dans le cas où des conseils municipaux auraient exclu, par leurs délibérations, les nouveaux domiciliés de la jouissance des droits acquis aux autres habitants, ou les auraient assujettis, à raison de cette circonstance, à des conditions plus onéreuses, il y aurait lieu, par les préfets, à prononcer l'annulation de ces délibérations pour violation d'une loi, en vertu de l'article 18 de la loi du 18 juillet 1837. » (1)

21. Dans les limites qui viennent d'être indiquées, les conseils municipaux peuvent déterminer tout à fait arbitrairement en quelle nature et de quelle manière les communaux seront livrés à la jouissance des habitants : si, par exemple, ils seront conservés en nature de pâturage, ou labourés et ensemencés, et vice versa. De même, ils peuvent régler les époques du pâturage, déterminer les portions de communaux qui y seront affectés suivant les saisons, fixer le nombre des bestiaux que chaque ayant droit pourra y envoyer, établir des déchéances contre ceux qui ne se conformeraient pas aux prescriptions arrêtées, etc., prendre enfin, en cette matière, toutes les mesures dérivant du pouvoir d'administration et de tutelle qui leur a été attribué.

22. On a beaucoup agité la question de savoir si les conseils municipaux pourraient encore aujourd'hui, soit en vertu de la loi du 10 juin 1793, soit en vertu de celle du 18 juillet 1837, partager les communaux entre les habitants. Généralement on tend à leur re-

fuser ce droit, et l'on se fonde principalement sur ce que les communes ne possèdant qu'à la charge de transmettre leurs biens aux générations à venir, et n'étant en réalité qu'usufruitières des biens dont elles jouissent, le partage entre les habitants actuels est une véritable spoliation, une usurpation destructive du pacte communal lui-même. On fait d'ailleurs valoir l'intérêt de l'agriculture et la nécessité de conserver des pâturages afin de favoriser l'éducation des bestiaux. Par son avis du 21 février 1838, le Conseil d'état, considérant les lois de 1793 comme implicitement abrogées par la législation ultérieure. s'est pleinement prononcé dans ce sens. Il résulte même de cet avis, que l'on doit considérer comme prohibés, non-sculement les partages de la pleine propriété des communaux, mais même les partages qui ne s'appliquant qu'à la jouissance usufruitière, auraient pour effet de concéder cette jouissance aux habitants d'une époque, leur vie durant.

23. Nous adoptons complétement cette opinion, en tant qu'il s'agirait de partages à titre gratuit. Dans cette hypothèse, en effet, le partage des fonds communaux est véritablement la spoliation des générations futures. Quant au simple partage usufruitier, s'il n'a pas aussi complétement les mêmes caractères, il n'en est pas moins contraire aux principes, puisqu'il a pour effet de concentrer dans le nombre déterminé des chefs de famille d'une certaine époque, sans aucune compensation pour ceux qui viendront successivement accroître la commune, des jouissances qui sont le patrimoine de tous.

24. Mais nous ne saurions de même adopter l'opinion de quelques auteurs (Foucart, Droit adm., t. 2, p. 455; Lerat de Magnitot et Delamarre, Diction. de droit adm., vº Communes), qui vont jusqu'à penser que le partage des communaux est prohibé d'une manière tellement absolue, qu'il ne pourrait avoir lieu, même à titre onéreux, soit au moyen du paiement d'une somme déterminée par les prenant-part, soit au moyen d'une redevance établie au prosit de la caisse municipale. Dans cette hypothèse, en effet, le partage des communaux, soit usufruitier, soit même foncier, nous paraît perdre complétement tous les caractères d'illégalité et de spoliation que l'on signale justement dans le cas d'un partage à titre gratuit. Ce n'est plus en réalité, s'il s'agit d'un partage foncier, qu'une

<sup>(1)</sup> Avis du 12 janvier 1838; circulaire du ministre de l'intérieur du 28 mars suivant. On peut voir aussi, dans le même sens, un arrêt de la cour de Colmar, du 26 novembre 1836 (S.-V. 37. 2. 230; J. P. 3e édit.; D. P. 38. 2. 88), maintenu sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 9 avril 1838 (S.-V. 38. 1. 302; D. P. 38. 1. 349).

aliénation dont le prix représentera, dans la caisse municipale, la valeur du fonds aliéné; s'il s'agit d'un partage usufruitier, ce n'est plus qu'un bail à long terme dont le prix annuel diminuera les charges de la commune, et tournera au profit des habitants à qui la jouissance en nature viendrait à échapper. Restent donc seulement les considérations que l'on fait valoir sous le rapport de l'intérêt général ou de l'intérêt bien entendu des communes; mais ces considérations, sans influence sur le fond du droit, doivent par cela même être écartées; comme toutes questions d'économie politique, elles sont d'ailleurs plus ou moins contestables.

### § 4. — Réclamations. — Actions.

25. Trois voies de recours sont ouvertes contre les délibérations des conseils municipaux aux habitants intéressés à la jouissance des communaux : 1º la réclamation auprès du conseil municipal lui-même, qui, ayant droit absolu de règlement, peut toujours réformer sa décision; 2º la réclamation auprès du préfet, en vertu de l'art. 18 de la loi du 18 juillet 1837, qui donne à ce fonctionnaire le droit d'annuler les délibérations des conseils municipaux, soit d'office pour violation d'une loi ou d'un règlement d'administration publique, soit sur la réclamation de toute partie intéressée; 3º enfin l'action juridique devant les conseils de préfecture ou devant les tribunaux.

26. La réclamation auprès du conseil municipal ne peut donner lieu à aucune difficulté; ce n'est, en quelque sorte, que la demande d'un plus ample informé, une supplique à l'égard de laquelle le conseil municipal peut indifféremment revenir sur sa délibération, ou passer outre. Cette sorte de réclamation n'est soumise à aucune règle; elle est, en conséquence, toujours recevable.

27. Mais il n'en est pas de même des deux autres modes de recours. Du pouvoir absolu attribué aux conseils municipaux, il résulte nécessairement que le recours par la voie administrative, tel qu'on l'entend ordinairement, c'est-à-dire le recours gracieux, n'est pas admissible en cette matière: autrement, la liberté que l'on a voulu accorder aux communes deviendrait complétement illusoire, et serait subordonnée au fait d'une seule réclamation. Devant le préfet, comme devant le conseil de préfecture ou devant les tribu-

naux, l'habitant qui réclame exerce une véritable action : il faut qu'il ait droit et qualité pour l'intenter, c'est-à-dire qu'il puisse invoquer la violation de ses droits privés: et c'est là évidemment ce qu'on doit entendre par l'expression partie intéressée employée dans l'art. 18 de la loi de 1837. C'est d'ailleurs. on le sait, un principe constant que les habitants, considérés ut universitas, sont réputés représentés par le conseil municipal, et qu'ils sont, dès lors, sans qualité pour attaquer ses délibérations. Quelques exemples feront saisir facilement ces principes.

28. Ainsi, en ce qui concerne les règlements généraux, tout habitant a incontestablement le droit de réclamer contre la résolution du conseil municipal qui établirait une répartition basée autrement que sur le nombre de feux ou sur la qualité d'habitant; mais il serait sans droit comme sans qualité pour réclamer contre la délibération qui aurait décidé ou d'affermer les communaux, ou d'en mettre une partie en réserve, ou d'établir une cotisation sur les ayants droit, etc. Ce sont là des mesures administratives et réglémentaires qui ne peuvent être l'objet d'aucun recours. si ce n'est auprès du pouvoir même de qui elles émanent, c'est-à-dire auprès du conseil municipal.

29. En ce qui concerne les délibérations portant sur des points particuliers, tels que l'admission individuelle des copartageants, la répartition ou l'attribution des lots, etc., tout habitant aura également le droit de réclamer contre la délibération qui refuserait de l'admettre à la jouissance des communaux, ou qui limiterait sa jouissance à une portion plus faible que celle à laquelle il serait en droit de prétendre d'après les règlements ou les usages en vigueur, ou qui attribuerait à à un autre habitant le lot qui devrait lui revenir. Dans ces divers cas où ses droits privés se trouvent affectés, l'habitant se présente non plus au nom de la communauté dont il fait partie, mais en vertu du droit qui appartient à tous les habitants de se prévaloir, ut singuli, même contre la communauté entière représentée par le conseil municipal, des avantages qui leur appartiennent ut universitas; il a nécessairement action pour réclamer sa part dans ces avantages. Mais il ne pourrait réclamer, non plus que prétendre à aucune action contre la délibération qui, en dehors de ce qui le touche privativement, adcommunaux (ordonn. du 18 avril 1821 [Ar-met], J. P. Jurisp. adm.), ou attribuerait à un autre habitant la jouissance d'un lot devenu vacant, même contrairement aux principes de reversibilité fixés, si d'ailleurs il ne réclamait pas la jouissance de ce lot pour luimême (ord. du 21 juin 1839 [Derache], J. P. Jurisp. adm.); ou, enfin, qui, dans la répartition annuelle, accorderait à un copartageant une part plus forte que celle à laquelle il a droit, etc. Dans ces dernières hypothèses, en effet, les partageants ne pourraient se plaindre qu'en leur qualité de communistes.

#### § 5. — Compétence.

30. La question de savoir quelle est l'autorité compétente pour statuer sur les difficultés qui peuvent s'élever relativement à la iouissance des communaux est une question des plus controversées, et a fait naître les opinions les plus divergentes. Les uns, considérant la répartition des communaux comme une opération administrative, en ont naturellement conclu que les tribunaux administratifs, c'est-à-dire les conseils de préfecture, étaient seuls compétents pour connaître des contestations auxquelles cette répartition peut donner lieu; et ce n'est que par exception qu'ils admettent, en certains cas, la compétence des tribunaux (V. notamment Serrigny, Compét. et proc. adm., t. 2, nos 797 et suiv.). D'autres, partant d'un point de vue tout opposé. admettent bien la compétence administrative, mais comme n'étant que le résultat d'une attribution tout à fait exceptionnelle qu'il faut étroitement renfermer dans ses limites. Dans ce système, les conseils de préfecture, compétents, en vertu de la loi du 10 juin 1793, pour statuer sur toutes les difficultés qui ont trait aux règles du partage et à la manière de les expliquer, seraient sur tout autre point complétement incompétents (Dufour, Droit adm. t. 1er, p. 598). Enfin se présente un troisième système dont les partisans, considérant le droit de chaque habitant à la jouissance des communaux comme inhérent au droit de propriété, se prononcent de la manière la plus absolue pour la compétence exclusive de l'autorité judiciaire. (Chauveau (Adolphe), Compétence et juridict. adm., t. 2, p. 377 nº 590,

31. Entre ces diverses opinions, nous n'hé-

sitons pas à adopter celle que nous avons analysée en première ligne, et à admettre la compétence exclusive de l'administration, sauf à laisser, mais par exception seulement, aux tribunaux la solution de toutes les questions qui ne peuvent être décidées que par les règles du droit commun, suivant le principe général admis en matière de compétence administrative. Sans doute, si l'on remonte à l'origine des communaux, il faut les considérer comme étant la propriété indivise de chaque habitant; et à s'en tenir à ce principe, il faudrait effectivement admettre que les tribunaux sont seuls compétents. Mais ce serait perdre de vue que les communautés d'habitants ne sont pas restées à cet état primitif dans lequel elles n'étaient guère que des associations privées. Ce serait oublier qu'aujourd'hui, en dehors de ce qui touche directement au droit même de propriété resté sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire, les communes, plus ou moins libres dans leur action, n'en sont pas moins placées sous la tutelle exclusive de l'administration, pour tout ce qui touche à leur constitution et à leur régime intérieur. De cet état de choses, il faut, à notre sens, conclure que l'autorité administrative seule a le droit de décider toutes les questions qui touchent à la répartition des avantages communaux, de même qu'il lui appartient exclusivement de décider toutes les questions qui touchent à la répartition des charges communales.

32. La législation nous paraît au surplus formelle. « Le directoire du département, porte la loi du 10 juin 1793 (sect. 5, art. 2), prononcera... sur toutes les réclamations qui pourront s'élever à raison du mode de partage des biens communaux. » « La délibération du conseil, dit le décret du 9 brumaire an XIII (art. 5.), relativement aux nouveaux règlements délibérés par les conseils municipaux, sera, avec l'avis du sous-préfet, transmise au préfet qui l'approuvera, rejettera ou modifiera en conseil de préfecture, sauf, de la part du conseil municipal et même d'un ou de plusieurs habitants ou ayants droit à la jouissance, le recours au Conseil d'état (1). » La loi du 18

<sup>(1)</sup> Les décrets ci-dessus indiqués des 20 juin 1806, 6 janvier 1807 et 6 juin 1811, qui ont consacré la règle du mode de jouissance par feux (V. n° 8), confirment pleinement cette interprétation. En déclarant que ce mode était le seul

juillet 1837 ne s'explique pas sur ces divers points; après avoir attribué aux conseils municipaux le pouvoir absolu de règlement, elle se borne à disposer que les délibérations de l'espèce pourront être annulées par le préfet (V. n° 25). Mais, par cette dernière disposition, comme par son silence sur les règles positives de compétence, il est évident qu'elle se réfère à la législation antérieure, et qu'elle n'a entendu innover qu'en ce qui touche le mode d'approbation du règlement (V. lett. minist. du 4 avril 1839, Journal des Conseillers municipaux, t. 8, p. 208).

33. Ceux qui contestent la compétence de l'administration soutiennent, il est vrai, que la disposition précitée de la loi de 1793 est seulement applicable aux partages fonciers, ct que, comme sur ce dernier point l'attribution de compétence n'a été qu'un déclassement, on ne saurait par analogie l'étendre aux simples partages de jouissance. Mais l'ensemble et l'esprit de la loi se refusent également à une telle interprétation; ce qu'on voulait alors évidemment, c'est que ces partages ne se fissent pas contrairement aux idées révolutionnaires; c'est que, pour arriver à ce résultat, l'administration fût à même d'exercer une surveillance et une action incessantes. Or, les mêmes considérations s'appliquent certainement aux partages des jouissances comme au partage des fonds, et peut-être avec plus de force: car les partages de jouissance, par leur caractère de permanence, étaient, plus encore que les partages fonciers, susceptibles de perpétuer l'ancien état des choses, et de maintenir dans le pays les principes que l'on proscrivait (1).

34. Objectera-t-on, relativement au décret du 9 brumaire an XIII et à la loi de 1837, que leurs dispositions n'ont trait qu'à l'établissement des règlements généraux, et qu'on

ne doit pas les étendre à l'exécution contentieuse des mêmes actes, considérés sous les rapports purement individuels? Mais il y a au contraire entre ces deux points une liaison tellement intime qu'on ne saurait les séparer. Il est imposible d'admettre à la fois que la juridiction administrative sera seule compétente pour statuer sur l'établissement et la légalité d'un règlement nouveau, et qu'elle ne le sera pas lorsqu'il s'agira d'interpréter le même acte et d'en faire l'application.

35. Nous n'excepterons même pas, dans

35. Nous n'excepterons même pas, dans l'état actuel de la législation et en ce qui concerne tous les communaux autres que les bois, les contestations qui tiennent à la reconnaissance, à la légalité et à l'inteprétation des anciens usages dans les localités où ils ont été conservés. Sans adopter ni rejeter ici, en ce qui concerne les bois, l'opinion contraire qui tend à prévaloir, nous ferons remarquer qu'à l'égard de cette espèce de communaux, il y a une raison de décider toute différente. En matière de bois, le maintien des anciens usages est pour les habitants un droit acquis et consacré (Code forest., art. 105; loi du 18 juillet 1837, art. 17; V. au surplus suprà, nº 13), auguel ni le conseil municipal ni l'administration supérieure ne peuvent toucher. On comprend très-bien, dans ce cas, la compétence des tribunaux; mais, à l'égard des autres communaux qui ne sont pas soumis aux mêmes règles, quelle serait la valeur morale de l'intervention de l'autorité judiciaire? Si, dans sa lutte avec les habitants qui soutiennent qu'il existe un ancien usage, ou que cet usage doit être interprété différemment, le conseil municipal succombe, il délibérera un nouveau mode de jouissance; et, sauf l'effet isolé, peut-être même contestable, du jugement rendu, la difficulté se trouvera tranchée dans un sens diamétralement opposé. Comment d'aitleurs concilier l'intervention des tribunaux avec le pouvoir donné au préfet d'annuler d'office la délibération du conseil municipal, pour violation de la loi, et de statuer sur les réclamations des parties intéressées? Ou ce pouvoir deviendra tout à fait insignifiant, ou ce sera une cause de conflit sans cesse renaissante entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. Concluons donc qu'en cette matière, les usages existants, de même que les règlements écrits, sont des points d'administration qui échappent à l'action des tribunaux. ( V., comme consacrant

légal, en se prononçant contre d'anciens usages et règlements que les tribunaux persistaient à considérer comme étant encore en vigueur (V. notamment le décret du 6 juin 1811, rendu sur conflit.), ces décrets ont, il nous semble, proclamé de la manière la plus formelle la compétence de l'administration.

<sup>(1)</sup> V. une ordonnance du 5 décembre 1837 (Commune de Ronceux), de laquelle il résulte bien évidemment que la loi du 10 juin 1793 a bien le sens que nous lui attribuons ici, et qui, sur ce point, est restée en vigueur.

implicitement cette opinion, les ordonnances des 25 juillet 1827 [ville de Colmar] et

26 décemb. 1837 [Pauline].

36. Ces principes posés, il est facile de déterminer les limites qui devront séparer la compétence administrative de la compétence judiciaire. On retombe sous l'empire des principes généraux d'après lesquels l'administration, compétente pour statuer sur tout ce qui touche à ses attributions et à l'interprétation de ses actes, cesse de l'être toutes les fois qu'il ne s'agit plus que de prononcer sur des droits acquis, des titres privés, ou sur des questions dont la solution doit être fixée d'après les règles du droit commun.

37. Mais en ce qui touche la compétence administrative, il importe, avant tout, de déterminer comment elle se partagera entre le préfet et le conseil de préfecture, qui sont tous deux appelés à connaître des recours formés en cette matière : le premier, en vertu de l'article 18 précité de la loi de 1837; le second, en vertu de l'attribution générale qu'il tient de la loi du 28 pluviôse an vIII. La loi de 1837 semble ne limiter en rien le pouvoir qu'elle donne au préset, et tout ce qu'on peut en induire, c'est que, comme ce fonctionnaire ne peut annuler la délibération du conseil municipal que pour violation de la loi ou pour atteinte portée à des droits acquis, sa décision doit être considérée comme rendue en matière contentieuse; et dès lors elle est susceptible de recours devant le ministre de l'intérieur, et, par suite, devant le Conseil d'état. Mais la nature différente du pouvoir dévolu à chacune de ces deux autorités indique suffisamment d'après quelle distinction la compétence doit se diviser entre elles. De même que le conseil de préfecture, qui ne peut prononcer qu'au cas de litige existant, et sur le seul objet du litige, ne pourra annuler par voie de disposition générale les délibérations règlémentaires, de même le préfet devra s'abstenir de statuer sur les réclamations qui, n'ayant trait qu'à des intérêts purement individuels, auraient un caractère juridique qui les fait tomber naturellement dans le domaine du conseil de préfecture.

38. Ainsi, le préfet connaîtra des réclamations dirigées contre le principe même des règlements; de celles formées contre les délibérations par lesquelles le conseil municipal aurait adopté une base de répartition contraire à la loi, ou arrêté une répartition

annuelle autrement que d'après les règlements en vigueur, ou réglé les cotisations d'une manière inégale; enfin, le préfet connaîtra de toutes les difficultés touchant l'exécution des mesures générales.

39. Les conseils de préfecture connaîtront de toutes les autres difficultés qui pourraient s'élever sur la répartition du produit des communaux, au point de vue de l'attribution individuelle faite à chacun des ayants droit (décret du 22 juin 1811 [héritiers Lacenaise]); de la constestation élevée sur l'attribution d'un lot qui, d'après d'anciens règlements restés en vigueur, doit faire retour à tel ou tel habitant (ord. du 26 déc. 1837 [Pauline]); de la question de savoir si un prétendant droit réunit, indépendamment de la condition de domicile légal, les conditions de résidence et d'habitation voulues pour participer aux communaux (ord. du 16 mars 1836 [Étienne]).

40. Aux tribunaux, enfin, appartiendra exclusivement de connaître : de la question de savoir si les prétendants droit possèdent domicile légal dans la commune (décret du 20 sept. 1809 [Chollez]; ord. des 21 déc. 1825 [commune de Bavent]; 27 août 1833 [Tournois]; 31 janv. 1834 [Bregand]); de toutes les difficultés fondées sur des titres anciens et des conventions privées (ordonn. des 9 avril 1817 [Riom], 8 févr. 1831 [Renard et autres], 8 juin 1832 [commune de Simaine], 4 fev. 1836 [commune de Coligny]); des questions d'hérédité (ord. du 25 oct. 1826 [Pitrequin]); et généralement de toutes les constestations en dehors de l'interprétation des règlements et de leur application. Néanmoins, en ce qui touche la compétence en matière d'affouage. - V. ce mot, art. 5.

COMMUNE (1). Ce mot s'applique indistinctement aujourd'hui, dans le langage administratif, à toute agrégation d'habitants, ville, bourg, ou simple village, qui a reçu de la loi l'institution municipale.

Historique.

Chap. 1er. — Des réunions, divisions et formations des communes.

§ 1er. — Aperçu général.

§ 2. — Formes à suivre.

<sup>(1)</sup> Article de M. Davenne, chef de division au ministère de l'intérieur.

- § 3. Effets de la réunion ou de la distraction.
- CHAP. 2. De l'organisation municipale. Sect. 1re. — De la composition du corps municipal.

Sect. 2. — Du maire et des adjoints.

- § 1er. Des nominations et remplace-
- § 2. Des incompatibilités.
- Sect. 3. Des conseils municipaux.
  - § 1er. De la composition des conseils municipaux.
- § 2. De l'élection des conseils municipaux.
- § 3. Du renouvellement triennal des conseils municipaux. — Des vacances et des remplacements.
- § 4. Des assemblées des conseils municipaux.
  - § 5. De la dissolution des conseils municipaux.
- CHAP. 3. Des fonctions et de la compétence du maire.
- CHAP. 4. Des attributions des conseils municipaux.
- CHAP. 5. Des biens des communes sous le rapport de la propriété.
- Sect. 1re. De la propriété communale sous le droit ancien.
- § 1 er. Origine de la propriété communale.
  - § 2. Sort de la propriété communale jusqu'en 1789.
  - Sect. 2. Lois révolutionnaires relatives aux biens communaux.
    - § 1er. Réintégration des communes dans les biens usurpés sur elles par abus de la puissance féodale.
    - § 2. Attribution aux communes des terres vaines et vagues, landes, elc.
    - § 3. De la faculté de rachat consacrée en faveur des communes par la loi du 10 juin 1793.
  - SECT. 3. Atteintes portées à la propriété communale depuis 1789 jusqu'à nos jours.
    - § 1er. Aperçu général.
- § 2. Main-mise par l'état sur les biens communaux en 1793. - Detles anciennes des communes. — Compé-
  - § 3. Partage des biens communaux en vertu de la loi du 10 juin 1793.
  - § 4. Usurpation des biens communaux.

- § 5. Vente des biens des communes en vertu de la loi du 20 mars 1813.
- CHAP. 6. De l'administration des biens des communes.
  - § 1er. Dispositions générales. Pouvoirs des conseils municipaux.
  - § 2. Acquisitions. § 3. Alienations.

  - § 4. Échanges. § 5. Baux à ferme.
  - § 6. Baux des propriétés bâties.
- CHAP. 7. Dépenses et recettes des communes.
  - Sect. 1re. Dépenses obligatoires.
    - § 1er. Entretien de l'hôtel de ville.
    - § 2. Frais de bureau et d'impression.
    - § 3. Abonnement au Bulletin des lois.
    - § 4. Frais de recensement de la popu-
    - § 5. Frais des registres de l'état civil et des tables décennales.
    - § 6. Traitement du receveur municipal, du préposé en chef de l'octroi, et frais de perception.
    - § 7. Traitement des gardes des bois communaux et des gardes champêtres.
    - § 8. Traitement et frais de bureau des commissaires de police.
    - § 9. Pensions des employés municipaux et des commissaires de potice.
    - § 10. Frais de loyers et de réparations du local de la justice de paix. - Achat et entretien du mobilier.
    - § 11. Dépenses de la garde nationale.
    - § 12. Dépenses relatives à l'instruction publique.
    - § 13. Indemnités de logement aux curés, desservants et autres ministres du culte. — Secours aux fabriques des églises.
    - § 14. Contingent de la commune dans la dépense des enfants trouvés et abandonnés.
    - § 15. Cloture des cimetières, etc.
    - § 16. Frais des plans d'alignement.
    - § 17. Frais et dépenses des conseils de prud'hommes. - Menus frais des chambres consultatives des arts et manufactures.
    - § 18. Contributions et prélèvements.
    - § 19. Dettes exigibles.

8 20. - Dépenses mises à la charge des communes par une disposition de loi.

§ 21. — Chemins vicinaux.

§ 22. — Frais de logement des présidents des assises.

\$ 23. - Frais de voyage des indigents envoyés aux eaux.

§ 24. — Établissement des entrepôts de douanes.

§ 25. — Entretien des aliénés indigents.

§ 26. — Frais de casernement.

Sect. 2. — Dépenses facultatives. — Enumération de ces dépenses.

SECT. 3. — Recettes ordinaires.

§ 1er. - Produit en argent des biens communaux.

§ 2. — Cotisations imposées pour la jouissance des fruits qui se perçoivent en nature.

§ 3. — Centimes ordinaires affectés aux dépenses des communes.

§ 4. — Attributions sur les patentes.

§ 5. — Produit des octrois.

§ 6. — Droits des places dans les halles, foires, marchés et abattoirs.

§ 7. — Droits de stationnement.

§ 8. — Locations sur la voie publique.

§ 9. — Locations sur les ports.

\$ 10. — Locations sur les rivières.
\$ 11. — Péages communaux.

§ 12. — Droits de pesage, mesurage et jaugeage.

\$ 13. — Droits de voirie.
\$ 14. — Concessions dans les cimetières.

§ 15. — Concession d'eau.

§ 16. — Enlèvement des boues et immondices de la voie publique.

§ 17. — Produit des expéditions des actes administratifs.

§ 18. — Produit des expéditions des actes de l'état civil.

§ 19. — Produit des amendes.

\$ 20. — Transport des corps et convois funèbres.

§ 21. — Droits de magasinage dans les entrepôts de douane.

§ 22. — Taxes de pavage.

§ 23. — Taxes pour travaux de salubrité et autres.

\$ 24. - Eaux minerales.

\$ 25. — Droits de marque sur les étoffes et autres produits de fabrique.

\$ 26. — Droits irrégulièrement établis. — Langueyage des porcs. — Colliers et marques pour les chiens. - Livrets d'ouvriers. - Dépôt de matériaux sur la voie publique.

Sect. 4. - Recettes extraordinaires.

§ 1er. — Contributions extraordinaires.

§ 2. - Prix des biens alienes.

§ 3. — Remboursement des capitaux exigibles et des rentes rachetées.

§ 4. - Produit des coupes extraordinaires de bois.

§ 5. — Dons et legs.

§ 6. — Emprunts.

§ 7. — Recettes extraordinaires acciden-

CHAP. 8. — Responsabilité des communes.

§ 1er. — Principe de la responsabilité des communes. - Loi du 10 vendémiaire an IV.

§ 2. — Cas dans lesquels la loi du 10 vendémiaire an IV est ou n'est pas applicable.

§ 3. - A qui appartient l'action autorisée par la loi du 10 vendémiaire an IV. — Constatation des dégâts.— Procedure.

§ 4. — De la réparation civile des dommages-intérêts et de l'amende que les communes peuvent encourir.

§ 5. - Répartition et paiement des sommes mises à la charge des communes par suite de leur responsabilité.

CHAP. 9. — Des actions des communes.

Sect. 1<sup>re</sup>. — A qui appartient l'exercice des actions communales.

SECT. 2. - Autorisation nécessaire aux communes pour ester en justice.

§ 1 er. — Nécessité de l'autorisation.

§ 2. — Comment et dans quel cas l'autorisation doit être accordée.

§ 3. — Recours contre les arrêtés rendus par les conseils de préfecture en matière d'autorisation.

§ 4. — Effet obligatoire de l'autorisation pour les tribunaux.

§ 5. — Nullité résultant du défaut d'autorisation.

SECT. 3. — Actions actives et passives des sections de commune.

SECT. 4. - Actions intentées contre les communes.

SECT. 5. — Transactions.

#### want endn parrendes à dépainites in Historique.

avail do me-

1. Dans notre droit public actuel, la grande unité administrative du royaume comprend quatre subdivisions principales, à savoir : le département, l'arrondissement, le canton et la commune. - V. Territoire (division du).

Les trois premières, il faut le remarquer, sont de création moderne, et ne constituent guère qu'une agrégation plus ou moins considérable de territoires dont l'étendue et les limites furent arbitrairement fixées par le législateur, selon des intérêts et des besoins dont il se faisait le juge. La commune seule subsistait, en droit comme en fait, depuis des siècles, et la législation nouvelle n'a fait qu'en reconnaître et en consacrer l'existence. Cet élément primordial de toute organisation politique naît, en quelque sorte, de lui-même dans tout état social qui s'assoit et tend à se fixer. Après la famille vient la commune, dans l'ordre des intérêts sociaux. « La commune, dit un de nos plus savants légistes, est un élément nécessaire de toute société civile; elle a une individualité qui a sa source dans la nature elle-même. » (M. Macarel, Dr. adm., t. 1, p. 187.)

2. Hâtons-nous toutefois d'ajouter que ce qui donne à la commune son caractère propre, en même temps que son importance réelle dans l'état, ce n'est pas tant l'agglomération d'habitants dont elle se compose, que l'institution qu'elle recoit, comme corps moral, des lois générales du pays. De là vient que, dans les premiers siècles de la féodalité, l'individualité communale avait été, pour aiusi dire, complétement anéantie en France, bien qu'on y comptât un grand nombre de villes plus ou moins importantes, qui, soit comme anciennes colonies, soit comme villes alliées, vectigales ou municipes, avaient joui, sous la domination romaine et même sous les premiers rois francs, des droits, privilèges et franchises attachés à l'état de cité, et que le régime féodal avait eu pour effet d'abolir.

Tout ce qui n'était pas réputé noble était devenu serf dans ces temps de confusion et de désordre où la force tenait lieu de droit. Tel était le résultat de la conquête, tel était surtout l'effet absorbant de l'établissement féodal que toute liberté avait disparu du sol, la liberté d'association, comme toutes les au-

tres; partant, point de corporations, point de communautés. La bourgeoisie ou classe moyenne n'était pas née encore, ou pour mieux dire, il n'existait réellement alors en France que deux classes: celle des vainqueurs et celle des opprimés.

- 3. Toutefois, asservie ou indépendante, la commune prise à son origine, c'est-à-dire considérée comme simple agrégation d'individus, et suivie à travers tous nos bouleversements politiques, ne s'en montre pas moins de tout temps comme une des bases les plus solides de l'édifice social, et le germe peut-être le plus fécond de civilisation et de liberté. Isolée des pouvoirs politiques et souvent en lutte avec eux, cette commune primitive a fondé, pour ainsi dire, au milieu des troubles qui bouleversaient le pays autour d'elle, le droit de propriété, la puissance de l'association, l'élection des magistrats locaux, l'imposition libre des taxes, c'est-à-dire les grands principes dont l'application générale devait être le fruit tardif d'un gouvernement régulier.
- 4. On sait que ce ne fut que vers le douzième siècle, sous le règne de Louis le Gros, que commenca l'affranchissement des villes ou corps d'habitants. Ce prince, ou plutôt Suger, son ministre, voulant opposer une digue aux envahissements de la tyrannie féodale et s'assurer un point d'appui pour mieux la combattre, accorda à quelques villes des chartes d'émancipation, c'est-à-dire leur restitua leurs anciennes immunités, et particulièrement le droit de s'administrer ellesmêmes.

De leur côté, les villes, fatiguées du joug d'une si longue oppression, s'empressèrent de s'associer aux vues du souverain en se rachetant, moyennant rançon au profit des seigneurs, de l'état de servitude dans lequel elles gémissaient. Ce fut alors, sous une forme en quelque sorte synallagmatique, que l'affranchissement se propagea. Un pacte était conclu entre les nobles et les habitants ou manants, sous la garantie du clergé, et soumis à la sanction royale, en vertu de cet axiome du vieux droit français, qu'au royaume de France, nul ne peut faire ville de commune, sinon le roi ou avec le consentement du roi. (Beaumanoir, Cout. de Beauvoisis, chap. 50.)

5. Dans ces sortes de pactes comme dans les chartes qui en prononçaient l'approbation, la ville affranchie était en effet qualifiée communio ou communia: telle fut l'origine du mot commune.

- 6. De ce rapide aperçu ressortent, comme on voit, deux faits principaux; à savoir: 1° que les chartes d'émancipation accordées par nos rois ne furent que la restitution de libertés et priviléges anciennement possédés par les communes; 2° qu'en se réservant l'octroi de ces chartes, l'autorité royale exerçait dès lors, à leur égard, un droit de tutelle, qui était dans la nature des choses et dont elle ne s'est jamais dessaisie. « Les communes sont toujours mineures; le roi en est le tuteur légal.» (Henrion de Pansey, Du pouvoir municipal, p. 330, édit. de 1822.)
- 7. Le même acte qui instituait la commune réglait aussi, outre l'action du pouvoir municipal et sa juridiction, les coutumes ou lois civiles et pénales, les franchises et priviléges de la cité, parmi lesquels figurait le droit de se défendre et de se garder ellemême; l'obligation du service militaire envers le seigneur ou le suzerain, ainsi que les autres charges communales; enfin, les redevances qui étaient le prix de l'affranchissement (1).
- 8. Mais la situation que les pactes et les chartes d'émancipation avaient faite aux communes, quant à leur administration et à leur régime, ne tarda pas à subir d'assez graves altérations. La création de juridictions spéciales pour le jugement des affaires civiles, criminelles et de police, et, plus tard, l'institution des parlements, furent pour le nouveau pouvoir municipal une cause notable d'affaiblissement, qu'une politique prévoyante avait habilement calculée.

« Ces municipalités, dit Henrion de Pan-

sey, étant enfin parvenues à dépouiller la puissance féodale de ce qu'elle avait de menaçant pour l'ordre public et de plus oppressif pour les citoyens, l'autorité royale, qui, pendant toute la durée de cette lutte, les avait puissamment secondées, leur retira son appui et fit rentrer le pouvoir municipal dans ses limites naturelles.

- » Dès le commencement du quatorzième siècle, il perdit le droit de paix et de guerre par l'abolition des guerres privées. En 1563, il fut dépouillé de la connaissance des affaires commerciales par l'établissement des tribunaux consulaires. En 1579, l'ordonnance de Blois lui enleva la juridiction criminelle; et depuis, toutes les branches de la juridiction civile dont il était inveşti, ont été successivement replacées dans la compétence des tribunaux ordinaires.» (Du pouvoir municipal, p. 12.)
- 9. Toutefois, bien que restreints dans un cercle plus étroit, les droits essentiels dont les communes avaient reconquis la jouissance se maintinrent jusqu'à la fin du siècle dernier. Elles conservèrent notamment, ce qui est digne de remarque, le droit de choisir leurs magistrats, qui étaient nommés par voie d'élection.

D'un autre côté, le droit de former, comme communauté d'habitants, une corporation s'administrant elle-même, droit qui, dans l'origine, semblait appartenir aux seules villes qui avaient recu des chartes, fut, à la longue, étendu indistinctement à tous les corps d'habitants réunis en population agglomérée. Longtemps avant 1789, bien qu'il ne fût pas permis d'établir dans le royaume aucune communauté sans lettres patentes, il était reconnu que les habitants de chaque ville, bourg ou paroisse, formaient entre eux une communauté ayant une existence légale, quand même ils n'auraient pas de charte de commune. Toutes les communautés d'habitants jouissaient donc, à l'époque de la révolution, du droit de s'assembler pour délibérer de leurs affaires communes, et par suite, de celui de nommer des maires, échevins, consuls et syndics, ou autres officiers, suivant l'usage du lieu, pour administrer leurs biens; des assesseurs et collecteurs dans les lieux taillables pour l'assiette et le recouvrement de la taille; des messiers et autres préposés pour la garde des moissons, des vignes et autres fruits, etc.

<sup>(1)</sup> Il paraît constant que les premières villes qui furent affranchies, sont celles de Noyon et de Laon; puis successivement Beauvais, Saint-Quentin, Soissons, Ardres, Montpellier, Nismes, Aigues-Mortes et autres. L'affranchissement profitant à la fois, d'une part, aux seigneurs et au souverain par les redevances qu'il leur procurait, de l'autre, aux habitants jaloux de reconquérir leurs droits, fit bientôt de rapides progrès. Les grands feudataires de la couronne suivirent l'exemple des rois leurs suzerains, et, vers le milieu du quinzième siècle, la plupart des communes de France furent affranchies. (V. Bréquigny, Recueil des ord. du Louvre, c. 11; Fabvier, Recherches sur les municipalités; Leber, Hist. crit. du pouvoir municipal.)

Mais, du reste, à part ce droit d'élection, qui est le principe dominant de toute institution communale, il n'y avait aucune règle uniforme dans l'organisation et dans le mode d'administration des communes. La différence des coutumes et des priviléges accordés à des époques et sous des conditions également diverses, explique suffisamment ce défaut d'uniformité.

10. Il serait supersiu de retracer ici les règles si variables de l'ancienne législation communale. Il nous suffira de rappeler succinctement les modifications que la nouvelle organisation des communes a subies jusqu'à la loi du 21 mars 1831, qui leur a rendu, par le principe de l'élection appliqué à la nomination de leurs fonctionnaires, la plus précieuse de leurs libertés, ou plutôt la condition essentielle de leur existence (1).

11. D'abord, l'assemblée constituante, en supprimant les anciens corps municipaux, avait décidé que « toutes les municipalités du royaume, soit de ville, soit de campagne, étant de même nature et sur la même ligne dans l'ordre de la constitution, porteraient le titre commun de municipalités. (Decret du 14-18 décembre 1789 : instruction annexée à cette loi. ) C'était reconnaître et consacrer en droit l'individualité communale, telle qu'elle existait au moment de la réorganisation générale des pouvoirs publics; mais cette disposition ne fut que transitoire, et, dans la constitution dont la convention eut bientôt à s'occuper, malgré un respect affecté pour le principe (2), on en modifia l'application de

telle sorte que c'était, en réalité, l'anéantir. D'une part, on voulait éviter les abus du régime antérieur à 1789, et surtout, une diversité de conditions qui choquait les idées d'égalité absolue poussées alors jusqu'aux plus extrêmes conséquences; de l'autre, on considéra que, parmi les quarante mille communes que l'assemblée constituante avait reconnues. un grand nombre ne renfermaient pas en elles-mêmes les éléments d'une administration particulière. On chercha un remède à ces inconvénients, et l'on crut l'avoir trouvé dans une combinaison qui consistait à dépouiller du pouvoir municipal toutes les communes dont la population était inférieure à cinq mille habitants, pour les réunir dans une administration collective concentrée au chef-lieu du canton.

12. Mais si l'organisation cantonale favorisait des intérêts locaux auxquels les communes isolément ne pouvaient pas toujours satisfaire, l'expérience ne tarda pas à prouver qu'on avait dépassé le but qu'il s'agissait d'atteindre, et qu'au fond, cette combinaison n'avait amené d'autre résultat que d'asservir les communes ainsi forcément réunics à la commune chef-lieu, et de détruire l'unité communale au profit de celle du canton (1).

Or ce déplacement d'autorité, cette confusion d'intérêts aussi essentiellement distincts, froissaient inévitablement, non-seulement des amours-propres de localité et de longues habitudes, mais des sentiments naturels et des droits légitimes.

Aussi la loi du 28 pluviôse an viii, qui rétablit les municipalités telles qu'elles avaient

titude envers la révolution, un crime contre la liberté, etc. »

<sup>(1) «</sup> Si le pouvoir municipal est de l'essence de toutes les corporations d'habitants, dit encore le savant auteur que nous venons de citer (Henrion de Pansey, p. 22), les lois ne pouvant rien contre la nature des choses, il faut dire qu'elles ne peuvent ni supprimer les corps municipaux, ni priver les communes du droit de les élire.

<sup>»</sup> Cependant toutes les fois qu'un gouvernement inquiet et jaloux évoque à lui le pouvoir municipal, et l'exerce en administrant les communes par des fonctionnaires de son choix et qu'il révoque à sa volonté, quelque dénomination qu'il donne à ces commissaires, il n'y a plus d'officiers municipaux.»

Il ne faut pas oublier que celui qui tenait un tel langage était le premier magistrat d'une cour souveraine, et que c'est en 1822 qu'il parlait ainsi.

<sup>(2) «</sup> Pouvons-nous, disait Hérault de Séchelles, rédacteur de la constitution de l'an 111, ne pas conserver les municipalités? Ce serait une ingra-

<sup>(1)</sup> C'est ce que la chambre des députés a reconnu elle-même lors de la discussion de la loi sur l'administration municipale, du 18 juillet 1837, en repoussant la proposition de la commission tendant à créer des assemblées cantonnales annuelles pour délibérer sur les intérêts collectifs des communes du canton (séances des 11 et 13 février 1837; V. Moniteur des 12 et 14 du même mois '. La question, au surplus, ne laisse pas d'être des plus graves, et les meilleurs esprits s'accordent à reconnaître qu'entre l'arrondissement et la commune, un lien administratif, quel qu'il soit, est peut-être nécessaire. — V. Département.

été constituées en 1789, bien qu'elle supprimât l'élection des officiers municipaux et abolit ainsi la plus vitale des libertés communales, fut-elle accúeillie généralement avec faveur.

13. Sous le régime du consulat et de l'empire, les fonctionnaires municipaux des villes de cinq mille habitants et au-dessus étaient nommés par le chef de l'état, sur la présentation du préfet. C'était le préfet qui nommait ceux des autres communes.

Le gouvernement de la restauration trouva cet état de choses établi, et se borna à le confirmer (ordonn. du 30 déc. 1814) (1). Il s'est maintenu ainsi jusqu'à la loi du 20 mars 1831, qui a créé un droit nouveau, ou pour parler plus exactement, qui a rétabli l'ancien droit public en cette matière.

14. Nous prendrons cette dernière loi pour point de départ dans l'exposé des règles de l'organisation des communes, de même que la loi de 1837 sur l'organisation municipale, servira de base à la partie de notre travail qui traitera des attributions.

CHAP. 1er. — Des réunions, divisions et formations de communes.

§ 1er. — Aperçu général.

actuelle, la commune, ainsi qu'on a pu s'en faire une idée par l'exposé qui précède, se présente avec un double caractère, savoir : 1° comme expression de l'association d'intérêts et de droits qui se forme naturellement entre tous les individus réunis sur le même territoire; 2° comme constituant un corps politique qui, dans l'état dont il forme une fraction, a son individualité distincte et séparée, et une part d'autorité, qui lui est propre, sur les personnes et sur les choses comprises dans sa circonscription; c'est ce que l'on désigne

plus particulièrement sous le nom de municipalité. (V. Cormenin, Exposé des principes de législation qui président à l'administration des communes.)

vue, les communes ont des droits qui leur sont exclusivement propres et qui, complétement indépendants de leur circonscription municipale, ne sauraient appartenir qu'à ceux qui occupent leur territoire : tels sont, par exemple, les droits que les habitants de cê territoire possèdent sur l'ensemble des biens dont se compose la fortune communale. En effet, soit que ces droits proviennent de l'association primitive des familles dont la commune s'est formée, soit que les habitants les aient depuis acquis en commun, ils dérivent incontestablement du droit de propriété, et sont, à ce titre, à l'abri de toute atteinte (1).

Dans cet ordre d'idées, la formation des communes est un fait social dont aucun pouvoir ne saurait modifier les effets légaux (2).

(1) C'est ce qu'avait parfaitement expliqué la loi du 10 juin 1793, relative au partage des biens communaux:

« Une commune, dit cette loi (sect. 1<sup>re</sup>, art. 2), est une société de citoyens unis par des relations locales, soit qu'elle forme une municipalité particuliere, soit qu'elle fasse partie d'une autre municipalité, de manière que si une municipalité est composée de plusieurs sections différentes, et que chacune d'elles ait des biens communaux séparés, les habitants de la section qui jouissait du bien communal, auront seuls droit au partage.»

Déjà la constitution de 1791 avait dit auparavant (tit. 2, art. 8): « Les citoyens français considérés sous le rapport des relations locales qui naissent de leur réunion dans les villes et dans de certains arrondissements du territoire des campagnes, forment les communes. »

(2. On peut voir, dans ce sens et comme confirmant implicitement le principe, un arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> juillet 1839 (Devillen. et Car. 39. 1. 649), qui a décidé qu'une communauté ou agrégation d'habitants, bien qu'elle ne formât pas une commune, a pu, si elle avait des intérêts collectifs et communs, acquérir par la possession immémoriale un droit de servitude de nature à appartenir ensuite à la commune, qui a été composée de cette agrégation d'habitants.

Un autre arrêt du 30 mai 1837 (S.-V. 37.1. 1003; D. P. 37. 1. 358; J. P. 1837. 1. 567.) a encore jugé que, bien qu'une concession ait été primitivement faite à plusieurs individus ut singuli, néanmoins, lorsque les successeurs de ces individus

<sup>(1)</sup> Rappelons toutefois que plus tard, sous la restauration, on sentit le besoin de satisfaire, sur ce point, aux légitimes exigences de l'intérêt local. La présentation, en 1828, d'une loi d'organisation départementale fondée sur le principe de l'élection, en est la preuve.

C'était aussi dans la même pensée que, pendant les cent jours, un décret impérial, du 30 av. 1815, avait rétabli le système électif pour la nomination des maires et adjoints, et faisait revivre, à cet égard, les dispositions du décret de l'assemblée constituante, du 14 décembre 1789, ainsi que celles de l'instruction législative qui y fait suite.

Le gouvernement n'a plus en conséquence à intervenir, en tout ce qui touche à l'exercice des droits de propriété appartenant aux communes, que dans les limites de son pouvoir de tuteur et de surveillant de leurs intérêts.

17. Mais, au point de vue municipal, il en est tout autrement. Comme corps politique, la commune, nous l'avons déjà dit, ne peut tirer son existence que de la constitution politique du pays; comme fraction de l'état, son étendue et sa circonscription se rattachent à une division territoriale préexistante et à une organisation administrative supérieure; enfin, comme dépositaire d'une part d'autorité sur les personnes et sur les choses, son pouvoir est subordonné à la division générale des pouvoirs publics.

18. Sous tous ces différents points de vue, la formation et la circonscription des communes sont donc des mesures administratives ou gouvernementales, qu'on ne saurait abandonner au hasard des circonstances, ni remettre au libre arbitre des communes elles-mêmes, sans exposer le pays à tomber dans l'anarchie, et qui néanmoins sont susceptibles d'être incessamment modifiées, suivant les nécessités qu'amène le temps ou que révèle l'expérience.

19. Dans l'intérêt de l'état comme dans celui des communes, des règles fixes et précises étaient nécessaires; aussi le premier objet dont se soit occupée la loi du 18 juillet 1837, sur l'administration municipale, a été de régler les mesures relatives aux réunions, divisions et formations des communes. Bien qu'il ne s'agisse point ici d'actes d'administration proprement dits, néanmoins la corrélation qui existe entre ces deux ordres de faits et de principes, ne permettait pas de les séparer dans une loi d'attributions. L'acte qui supprime une commune, comme l'a fait remarquer le savant rapporteur de la loi à la chambre des députés (M. Vivien), équivaut à une sentence de mort civile; l'érection d'une commune nouvelle est la création d'un être public appelé à faire tous les actes de la vie administrative. Avant de s'occuper de l'administra-

viennent à former une communauté d'habitants, par exemple une section de commune, ils peuvent alors agir ut universi, pour la défense de la concession faite à leurs auteurs, et sont, dans ce cas, valablement représentés par le maire de la commune de laquelle ils dépendent.

tion de la commune, le législateur devait donc logiquement tracer les règles à suivre dans des opérations qui intéressent aussi essentiellement son existence.

#### § 2. — Formes à suivre.

20. C'est d'abord par la voie d'une enquête dans les communes intéressées que le préfet doit s'éclairer sur la convenance et l'opportu nité soit de la réunion, soit de la division. Cette enquête doit porter tant sur le projet en luimême que sur ses conditions (L. 1837, art. 2).

21. Les conseils municipaux sont naturellement appelés à donner leur avis sur des projets qui touchent aussi directement à l'existence de l'agrégation communale et à son individualité. Mais le législateur a pensé qu'il était utile, en outre, que les plus imposés y fussent adjoints. Le conseil municipal peut être entraîné par des considérations personnelles: l'adjonction des plus imposés est ordonnée pour que les intérêts de la propriété soient défendus (Rapport de M. Vivien, présenté à la chambre des députés au nom de la commission, p. 34). C'est un principe nouveau introduit en cette matière par la loi du' 18 juillet 1837. Jusqu'alors, les plus imposés n'avaient été appelés à se réunir aux conseils municipaux que dans les cas d'impositions extraordinaires en vertu de la loi de finances du 15 mai 1818 (art. 40). Nous indiquerons ailleurs les formes dans lesquelles il doit être procédé à cet appel.

L'avis préalable du conseil d'arrondissement et celui du conseil général sont également exigés (art. 2 de la loi du 18 juill. 1837).

22. La création d'une commission syndicale (art. 3), pour le cas où le projet intéresse une section de commune, c'est-à-dire une fraction de territoire habitée, est encore une innovation de la loi de 1837.

L'ancienne législation n'admettait les syndicats de section qu'en cas de procès ou de contestation entre diverses parties d'une même commune, dont les intérêts pouvaient se trouver opposés.

Suivant un arrêté du gouvernement, du 24 germinal au x1, ces commissions devaient toujours être composées de cinq membres. D'après la loi nouvelle, le nombre des membres est déterminé par un arrêté du préfet.

Ils sont élus par les électeurs municipaux domiciliés dans la section, et si le nombre des électeurs n'est pas double de celui des conseillers à élire, la commission est composée des plus imposés de la section. Elle nomme son président et donne son avis sur le projet (art. 3).

23. L'instruction législative des 12-24 août 1790 exigeait, § 3, pour toute translation de territoire tendant à modifier la circonscription des départements, des arrondissements ou des cantons, l'intervention d'une loi. Du reste, elle se bornait aux prescriptions suivantes:

« Il peut être à la convenance de plusieurs communes de se réunir en une scule municipalité. Il est dans l'esprit de l'assemblée nationale de favoriser ces réunions, et les corps administratifs doivent tendre à les provoquer et à les multiplier par tous les moyens qui sont en leur pouvoir. »

Depuis la constitution de l'an VIII, les réunions, séparations ou changements de limites de communes, qui n'intéressent point la circonscription du département, de l'arrondissement ou du canton, ont toujours été prononcés par le gouvernement, bien qu'aucune loi ne lui en ait formellement attribué le pouvoir.

La loi de 1837 consacre à cet égard le droit ou plutôt la jurisprudence établie, sauf néanmoins quelques réserves en cas de résistance de la part des conseils municipaux : ainsi, les réunions et distractions de communes qui modifient la composition territoriale d'un département, d'un arrondissement ou d'un canton, ne peuvent être prononcées que par une loi (art. 4).

Pour les autres réunions et distractions, il est statué par une ordonnance du roi, s'il y a consentement des conseils municipaux assistés des plus imposés, et, à défaut de ce consentement, pour les communes qui n'ont pas trois cents habitants, sur l'avis affirmatif du conseil général ( id. ).

Dans tous les autres cas, il ne peut être statué que par une loi (id.).

24. Il ne faut pas confondre la réunion, division ou formation des communes avec leurs délimitations: ce sont là de simples rectifications de territoire, qui se font à la suite des opérations du cadastre. Ces opérations sont purement administratives; elles ne blessent en rien l'individualité communale (1).

- § 3. Essets de la réunion ou de la distraction.
- 25. Nous avons établi, suprà, nº 16, qu'au point de vue de la propriété et des droits ac-

mesures indiquées par le titre 1er de la loi du 18 juillet 1837 :

- « Monsieur le préfet, plusieurs questions m'ont été soumises à l'esset de savoir de quelle manière il doit être procédé aux diverses rectifications de limites entreprises par suite des opérations du cadastre, depuis la promulgation de la loi du 18 juillet 1837 sur l'administration municipale. Afin de prévenir les doutes auxquels pourrait donner lieu l'application des formalités prescrites par le titre 1er de cette loi, je crois devoir, monsieur le préfet, vous tracer d'une manière spéciale les règles à suivre pour instruire toutes les affaires de circonscription territoriale, conformément à l'esprit comme à la lettre de la loi. Je dois d'abord vous faire connaître que, d'après un avis du Conseil d'état, en date du 28 février dernier, bien que la loi du 18 juillet ait statué en termes généraux pour tous les cas de fractionnement de communes, elle n'a pas eu pour but de modifier les formes précédemment suivies pour la suppression des enclaves et terrains prolongés, ou pour les simples rectifications de limites qui ont lieu chaque jour, par suite des opérations cadastrales. Il vous suffira donc, monsieur le préset, pour les projets de cette nature, de suivre les formes qui vous étaient indiquées par la circulaire ministérielle du 7 avril 1828. Vous aurez, en conséquence, à produire :
- » 1° Les délibérations des conseils municipaux; 2° l'avis du géomètre en chef du cadastre; 3° celui du directeur des contributions directes; 4° deux expéditions du plan des lieux; 5° un tableau indiquant l'étendue, la population, les revenus et les dépenses ordinaires des communes, ainsi que l'étendue des terrains à distraire ou à échanger, le nombre des habitants qu'ils renferment, et le revenu communal qu'ils produisent en centimes additionnels; 6° les renseignements relatifs aux biens et aux droits communaux; 7° enfin votre avis motivé en forme d'arrêté.
- » Mais lorsqu'il s'agira d'une section de commune ou bien d'une portion de territoire qui, sans porter ce nom, serait cependant assez considérable et assez peuplée pour que la distraction n'en puisse être opérée sans altérer sensiblement l'existence et la constitution de la commune, vous aurez soin, alors même que cette portion serait enclavée, de n'omettre aucune des formalités exigées par le titre 1er de la loi du 18 juillet. Vous devrez en conséquence:
  - » 1º Faire procéder à une enquête, au sein des

<sup>(1)</sup> Nous croyons devoir donner in extenso une circulaire du ministre de l'intérieur, du 30 avril 1838, portant instruction sur l'application des

quis, les communes ont des droits propres, complétement indépendants de leur circonscription municipale, et qui ne peuvent appartenir qu'aux habitants établis sur leur territoire. De là, une conséquence : c'est que les mesures qui changent la circonscription d'une commune, soit en lui donnant une délimitation différente de celle qu'elle aurait eue jusqu'alors, soit en la réunissant à une autre, soit en distrayant une partie de son territoire pour en former une commune nouvelle, ne doivent porter aucune atteinte aux droits réels acquis à ses habitants, au moment du changement. Ce principe, que nous avons vu

communes intéressées, en choisissant, autant que possible, le juge de paix du canton pour présider à cette enquête; 2° former une commission syndicale dans cette section ou portion de territoire; 3° appeler les conseils municipaux à délibérer, avec adjonction des plus imposés; 4° et soumettre l'affaire à l'examen du conseil d'arrendissement et du conseil général.

» A toutes les pièces qui résulteront de l'accomplissement de ces formalités, vous aurez à joindre celles indiquées ci-dessus dans la première catégorie, sous les nos 2, 3, 4, 5, 6 et 7, en ayant soin de ne pas oublier, dans les renseignements relatifs aux biens communaux, la désignàtion des édifices servant à usage public, qui pourront se trouver sur les portions de territoire à échanger ou à distraire.

» Lorsque les propositions que vous aurez à me soumettre auront pour effet de modifier la circonscription d'un département, d'un arrondissement ou d'un canton, elles exigeront le concours du pouvoir législatif. Toutefois, vous pourrez, selon que l'opération sera minime ou importante, suivre l'une ou l'autre des deux manières de procéder que je viens de vous indiquer; mais vous devrez, dans tous les cas, soumettre l'affaire au conseil d'arrondissement et au conseil général.

» Enfin, dans ces circonstances, comme dans toutes celles où, par suite des dispositions du second paragraphe de l'article 4 de la loi, il deviendra nécessaire de porter l'affaire devant les chambres, vous aurez soin de produire, en double expédition, toutes les pièces dont se composeront les dossiers; le plan des lieux devra alors être fourni en triple expédition. Une quatrième copie de ce plan sera même indispensable, s'il s'agit d'opérer entre deux départements.»

(Une autre circulaire du même ministre, en date du 1<sup>er</sup> octobre 1839, renferme, sur la rédaction des plans à produire à l'appui des propositions, des instructions de détail que nous nous dispensons de rapporter ici.)

rappelé dans la loi du 10 juin 1793, a été consacré depuis par de nombreux arrêts. (V. notamment Cass. 28 fév. et 13 mai 1828, S.-V. 28. 1. 375; J. P. 3° édit.; D. P. 28. 1. 245; — décr. du 17 janv. 1813 [hameau des Soupois]; ord. des 27 mai 1816 [commune de Trevesay], 17 mars 1835 [Carpentier], 18 nov. 1838 [commune de Ploumilliau], 4 sept. 1840 [commune de Fons].)

26. Mais, lorsque les conditions d'existence d'une commune sont ainsi changées, deux choses sont à considérer : 1° que parmi les biens qui peuvent lui appartenir, il en est qu'elle possède seulement ut universitas, et qui, destinés par leur nature à un usage public, ne peuvent, au cas de distraction, continuer d'être possédés par indivis entre les habitants des localités précédemment réunies et désormais séparées, ni, au cas de réunion à une autre commune, rester la propriété exclusive d'une fraction seulement de la nouvelle municipalité. Tels sont généralement les biens qui composent ce qu'on appelle le domaine public municipal : les églises, les cimetières, les établissements publics, les rues, places, chemins, etc.; 2º que si, à l'égard des biens que la commune possède à titre privatif, un partage, au cas de distraction, est toujours possible entre les deux localités disjointes, quelques-uns seulement peuvent, au cas de réunion, rester affectés à la jouissance exclusive des habitants d'une des fractions de la nouvelle commune: ce sont ceux dont ils jouissent en nature. (V. Communaux et infrà, nº 27.) A l'égard de tous autres biens et droits, les nécessités de l'administration entraînent, on le comprend facilement, une confusion inévitable; car, autrement, il faudrait à la nouvelle commune deux administrations distinctes, deux budgets séparés, et la réunion ne serait, en quelque sorte, que nominale. ( V. Leber et de Puibusque, Code munic. ann.. p. 344.)

Le droit, sous ces deux rapports, doit donc, sinon céder, du moins se plier au fait. C'est une transaction qui s'opère, une nouvelle société qu'il s'agit de former. Les principes une fois posés, leur application se modifie nécessairement suivant les circonstances.

27. Voici, sur ces divers points, le système établi par la loi du 18 juillet 1837.

Elle décide d'abord (art. 5), que les habitants de la commune réunie à une autre commune, conservent la jouissance exclusive des

biens dont les fruits se perçoivent en nature. C'est surtout aux pâturages et aux bois soumis à l'affouage que s'applique cette disposition. Ainsi les habitants de la section continuent à jouir ut singuli, comme par le passé, des droits de dépaissance, d'affouage ou autres de même nature qui leur appartenaient avant la réunion; rien n'est changé sous ce rapport à l'état de possession. Mais ceci ne s'applique qu'aux biens en jouissance commune; quant aux autres propriétés productives, c'est-àdire à celles qui procurent un revenu en argent, il y a confusion nécessaire et d'ailleurs réciproque, du moins quant au produit, entre les biens de la section réunie et ceux de la commune à laquelle est faite la réunion. En effet, la commune ou section réunie n'a ni ne peut avoir d'administration particulière, de comptabilité spéciale; ses revenus ne peuvent donc qu'être versés dans la caisse municipale, et, dès lors, confondus avec les fonds affectés aux dépenses générales de la communauté. En un mot, si le droit de propriété demeure à la commune ou section réunie, le droit d'usufruit appartient désormais à la commune entière : l'unité communale le veut ainsi.

Que si la section propriétaire, pour satisfaire à ses besoins particuliers, a vendu tout ou partie de ses biens, et qu'une fraction du prix reste sans emploi, la commune a le droit d'en disposer pour l'usage général. Cette faculté dérive non-seulement du principe de l'unité communale, mais de la règle administrative qui veut que lorsqu'un besoin se révèle, si la commune a des fonds libres en caisse, quelle qu'en soit l'origine, elle en fasse emploi, plutôt que de recourir à des ressources extraordinaires, à des moyens extrêmes. tels que l'établissement d'un impôt additionnel, l'élévation des taxes locales, etc. (Décisions du ministre de l'intérieur du 1er fév. 1837 [Jura] et du 16 juillet 1842 [Creuse].)

Il y a plus, c'est que si l'intérêt bien entendu de la commune l'exigeait, la vente d'un bien appartenant privativement à une section pourrait être autorisée au profit de la commune entière, soit pour acquitter une dette exigible, soit, en cas de dépense urgente à faire, pour éviter le recours à une perception de centimes additionnels, qui surchargerait trop fortement les contribuables.

Toutefois, si la section avait des besoins particuliers, le produit de cette vente devrait, autant qu'il se pourrait, y être appliqué de préference : tel serait le cas où il s'agirait de dépense concernant l'érection d'une chapelle, la construction d'une fontaine, d'un lavoir, etc. (Décisions du ministre de l'intérieur, 1er février 1837 [Jura]; 28 juin 1844 [Calvados], et autres espèces.)

Quant à l'abus que pourraient faire de leur mandat des conseils municipaux, dont les membres seraient intéressés à grever une section pour décharger d'autant celles auxquelles ils appartiennent, c'est au préfet à surveiller ces sortes d'injustices et à y mettre ordre en refusant de donner suite aux délibérations qui en seraient entachées (id.).

De semblables contestations ne peuvent jamais, dans tous les cas, ressortir à l'autorité judiciaire, puisqu'elles portent uniquement sur la répartition des charges communales, qui est de la compétence exclusive de l'administration (id.).

• 28. Quant aux édifices et autres immeubles servant à usage public, ils deviennent la propriété de la commune à laquelle est faite la réunion (art. 5 de la loi du 18 juill. 1837).

29. C'est en conformité des mêmes principes que la loi décide (art. 6), que la section de commune érigée en commune séparée ou réunie à une autre commune, emporte la propriété des biens qui lui appartiennent exclusivement; que les immeubles servant à usage public, et situés sur son territoire, deviennent la propriété de la nouvelle commune ou de la commune à laquelle est faite la réunion.

30. La question s'est élevée de savoir si, lorsque la séparation a eu lieu antérieurement à la loi du 18 juillet 1837, la commune de formation nouvelle a droit à une indemnité pour les immeubles servant à usage public qu'elle délaisse sur le territoire de l'autre commune, et quelle est, dans le cas de l'affirmative, l'autorité qui doit être appelée à régler l'indemnité.

Le ministre de l'intérieur a pensé que le principe général de la non rétroactivité des lois s'opposait, dans ce cas, à l'application des dispositions de celle du 18 juillet 1837.

Antérieurement à cette loi, il n'existait pas de règle précise touchant le partage des biens indivis entre des communes qui viendraient à se séparer, et le droit commun était donc applicable; en sorte que s'il survenait une contestation à ce sujet, le débat était porté, soit devant les tribunaux civils, s'il s'agissait

de la propriété même ou de l'étendue des droits respectifs de propriété, soit devant le conseil de préfecture, s'il était seulement question du mode de partage : d'où cette conséquence qu'au fond et pour les séparations antérieures à la loi municipale de 1837, les communes nouvellement érigées peuvent prétendre à une indemnité pour l'abandon des édifices publics qu'elles délaissent.

31. Quant à la compétence, s'il s'élève aujourd'hui des contestations entre les parties, soit sur le principe de l'indemnité, soit sur sa quotité, l'attribution du droit de propriété n'étant plus en question, c'est, conformément à la règle posée par la loi nouvelle, à l'autorité administrative proprement dite qu'il appartient de prononcer, et non aux conseils de préfecture, ni au Conseil d'état par la voie contentieuse. (Ord. du 25 août 1841 [communes de Saint-Aybert et de Crespin, Nord].)

La loi du 18 juillet 1837 veut, en effet (art. 7), que les conditions de la réunion ou de la distraction soient fixées par l'acte qui la prononce, c'est-à-dire par une ordonnance du roi rendue en la forme administrative, le comité de l'intérieur entendu, sur le rapport du ministre de ce département; et qu'alors même que la réunion ou la distraction ne pourrait être opérée que par la puissance de la loi, une ordonnance du roi intervienne ultérieurement pour régler au besoin ces conditions; sauf réserve, dans tous les cas, des questions de propriété.

Les conséquences de la mesure devaient être, autant que possible, déterminées par la loi elle-même, afin que les communes fussent averties à l'avance des résultats qu'elle devait entraîner. Mais il était impossible de prévoir tous les cas et de les soumettre à une règle invariable; aussi une très-grande latitude estelle laissée à l'administration sous ce rapport.

Parmi les conditions que le législateur a permis au pouvoir administratif de régler, en raison des intérêts particuliers et des circonstances locales dont lui seul peut être juge, il faut ranger spécialement le droit de partage sur les biens communaux, celui des dettes, aussi bien que des fonds en caisse, c'est-à-dire de l'actif et du passif. L'ordonnance royale qui intervient doit donc statuer sur les prétentions réciproques des parties à cet égard.

32. Dans tous les cas de réunion ou de fractionnement de communes, les conseils munide la loi du 25 ventôse an xI.

cipaux sont dissous, et il est procédé immédiatement à des élections nouvelles (art. 8 de la loi). Ceci est une conséquence forcée de la mesure et n'a pas besoin de commentaire.

CHAP. 2. — De l'organisation municipale.

Sect. 1re. — De la composition du corps municipal.

33. Le corps municipal de chaque commune se compose du maire, de ses adjoints et des conseillers municipaux. Les fonctions des maires, des adjoints et des conseillers municipaux sont essentiellement gratuites, et ne peuvent donner lieu à aucune indemnité ni frais de représentation (L. du 21 mars 1831, art. 1er).

Sect. 2. — Du maire et des adjoints.

§ 1er. — Des nominations et remplacements.

34. Les maires et les adjoints doivent être âgés de vingt-cinq ans accomplis; ils sont choisis parmi les membres du conseil municipal ayant leur domicile réel (1) dans la commune. Le roi nomme ceux des communes qui comptent trois mille habitants, et ceux de tous les chefs-lieux d'arrondissement, quelle qu'en soit la population. Ils peuvent être suspendus par un arrêté du préfet, mais ils ne peuvent être révoqués que par une ordonnance du roi (art. 3 et 4 de la loi du 21 mars 1831).

35. Il y a un seul adjoint dans les communes de deux mille cinq cents habitants et au-dessous, deux dans celles de deux mille cinq cents à dix mille, et dans les communes d'une population supérieure, un adjoint de plus par chaque excédant de vingt mille habitants (art. 12 de la loi du 28 pluv. an VIII; art. 2 de la loi du 21 mars 1831).

Lorsque la mer ou quelque autre obstacle rend difficiles, dangereuses ou momentanément impossibles, les communications entre

<sup>(1)</sup> Il est arrivé que des notaires ont été appelés aux fonctions de maire ou d'adjoint dans une commune où ils avaient un logement, mais qui n'était pas celle de leur résidence. Le garde des sceaux s'est opposé à ces nominations, attendu que tout notaire doit résider dans le lieu fixé par le gouvernement, sous peine d'être considéré comme démissionnaire, aux termes de l'art. 4 de la loi du 25 ventôse an x1.

le chef-lieu et une portion de la commune, un adjoint spécial, pris parmi les habitants de cette fraction, est nommé en sus du nombre ordinaire, et remplit les fonctions d'officier de l'état civil dans cette partie détachée de la commune (l. du 21 mars 1831, art. 2).

36. En cas d'absence ou d'empêchement, le maire est remplacé par l'adjoint disponible, le premier dans l'ordre des nominations

(ibid., art. 5).

Cet ordre est celui de l'ancienneté: ainsi l'adjoint le plus anciennement nommé est toujours le premier adjoint, et si deux ou plusieurs adjoints sont nommés par un même acte, l'ordre dans lequel sont placés leurs noms détermine leurs rangs respectifs (circulaire du min. de l'int. du 22 mars 1832).

En cas d'absence ou d'empêchement du maire et des adjoints, le maire est remplacé par le conseiller municipal le premier dans l'ordre du tableau, lequel est dressé suivant le nombre de suffrages obtenus (art. 5 de la loi du 21 mars 1831).

Dans tous les cas, les conseillers municipaux prennent rang entre eux selon le nombre réel des suffrages qu'ils ont obtenus à l'élection en vertu de laquelle ils siègent dans le conseil, et non selon l'ancienneté (quand il y a eu élections partielles ou renouvellement par moitié). Ainsi chaque fois qu'il y a une élection nouvelle, le tableau des conseillers municipaux doit être dressé de nouveau, de manière que chacun des membres y prenne rang d'après le nombre réel des suffrages qui l'y ont appelé. (Avis du comité de l'intérieur du 22 février 1832; circulaire du 22 mars de la même année.)

37. Dans le cas où le maire et les adjoints cesseraient leurs fonctions par une cause quelconque avant la réélection du corps municipal, le roi, ou le préfet en son nom, peut désigner, sur la liste des électeurs de la commune. les citoyens qui exerceront provisoirement les fonctions de maire et d'adjoints (art. 27 de la loi du 21 mars 1831).

38. Bien que l'art. 5 ne mentionne point d'exception pour les conseillers revêtus de fonctions incompatibles avec celles de maire, il serait cependant contraire aux principes établis par la loi de les appeler, même temporairement, à l'exercice des places de mairé et d'adjoint : ils doivent donc, à cet égard, être considérés comme en dehors du tableau (circ. du 22 mars 1832).

39. En cas de refus de la part des conseillers appelés, à défaut de maire et d'adjoint. à prendre l'administration de la commune. l'autorité supérieure peut admettre des motifs légitimes d'excuse; mais elle doit insister quand elle juge ces excuses inadmissibles; et même on pourrait induire des dispositions de la loi (art. 26), qu'il y a lieu de déclarer démissionnaire le conseiller municipal qui refuse d'accomplir une obligation attachée aux fonctions qu'il remplit, sauf, dans ce cas. à le mettre en demeure de se désister de son refus.

Que si tous les membres d'un conseil municipal se refusaient à l'accomplissement de ce devoir, il y aurait lieu à prononcer la dissolution de ce conseil, et le préfet devrait la proposer (circ. du 22 mars 1832).

40. Pour les places de maire et d'adjoint à la nomination du roi, le préfet adresse au ministre de l'intérieur une liste de trois candidats pris, comme il a été dit (nº 34), parmi les membres du conseil municipal ayant leur domicile réel dans la commune. Il attribue à chaque commune le nombre d'adjoints qu'elle doit avoir d'après l'art. 2 de la loi du 21 mars 1831.

41. Si, à l'époque de l'installation de la portion renouvelée du conseil municipal, les nouveaux maire et adjoints ont été nommés, il est procédé à leur installation après celle des conseillers. Dans le cas contraire, l'administration municipale reste entre les mains de celui ou de ceux des anciens maire et adjoints qui ont été réélus membres du conseil, sauf à les compléter parmi les conseillers municipaux dans l'ordre du tableau, commeil a été dit nº 36.

L'installation des nouveaux maire et adjoints et leur prestation de serment ont lieu dans une séance du conseil municipal, et le procès-verbal en est transmis au préfet (circ. du 18 sept. 1831 et du 10 juin 1840).

42. Il est du reste entendu que, dans le cas de révocation des maires et des adjoints, qui sont toujours pris, comme nous l'avons dit tout à l'heure (nº 34), dans le conseil municipal, c'est la scule qualité de maire ou d'adjoint que leur enlève l'ordonnance royale de révocation, et qu'ils redeviennent ce qu'ils étaient auparavant, c'est-à-dire conseillers municipaux, caractère qu'ils tiennent de l'élection et qu'ils ne pourraient perdre par un acte émané d'un autre pouvoir.

#### § 2. — Des incompatibilités.

43. Il y a incompatibilité entre les fonctions de maire ou d'adjoint et celles :

1º Des membres des cours et tribunaux de première instance et des justices de paix (les juges suppléants de première instance et les suppléants de juges de paix sont exceptés) (1);

2º Des ministres des cultes (2);

3° Des militaires et employés des armées de terre et de mer en activité de service ou en disponibilité (3);

4º Des ingénieurs des ponts et chaussées et

des mines en activité de service;

5° Des agents et employés des administrations financières et des forêts (4);

6° Des fonctionnaires et employés des colléges communaux et des institutions primaires:

7º Des commissaires et agents de police.

Les fonctions de maire et d'adjoint sont également incompatibles avec le service de la garde nationale.

Ensin les agents salariés du maire ne peuvent être ses adjoints (art. 6, 7 et 8, de la loi

du 21 mars 1831).

44. Outre ces dispositions expresses de la loi, il est des considérations qui, sans former des empêchements absolus, peuvent écarter en général des fonctions de maire et d'adjoint des citoyens que n'atteignent pas des exclusions formelles. Ainsi, par exemple, un degré de parenté trop rapproché avec le percepteur

(1) Les greffiers sont compris parmi les membres des cours et tribunaux de première instance et des justices de paix (circ. du 18 sept. 1831).

(2) L'art. 6 de la loi a eu en vue les personnes qui sont revêtues d'un caractère sacerdotal, soit qu'elles exercent ou non leur ministère dans la commune (circul. du 18 sept. 1831).

(3) On doit regarder comme étant encore en disponibilité les militaires et employés portés sur un cadre de remplacement, comme celui de l'intendance militaire créé par l'ordonnance du 11 décembre 1830. L'incompatibilité s'étend aux agens commissionnés des vivres, des hôpitaux, des transports, aux commis de la marine, etc. (circul. du 18 sept. 1831).

(4) Le principal objet de la loi paraît avoir été de comprendre, dans cette exclusion, les gardes forestiers des communes et des établissements publics qui ont besoin, pour plusieurs actes relatifs à la poursuite des délits et contraventions, de recourir à l'assistance du maire ou de l'adjoint

(circul. du 18 sept. 1831).

de la commune ou avec le garde champêtre, la nature de certaines professions qui placent ceux qui les exercent dans une dépendance habituelle du public, qui appellent dans leur domicile la surveillance de l'autorité municipale ou qui les obligent à voyager fréquemment (circul. des 18 sept. 1831 et 10 juin 1840).

De même, bien que la loi ait permis, afin de ne pas trop restreindre les éléments du choix, surtout dans les petites communes, de confier les fonctions de maire et d'adjoint aux juges suppléants et aux suppléants de juge de paix, il y a des inconvénients à ce que ces derniers magistrats soient chargés de l'administration municipale, en ce qu'ils peuvent se trouver juges de délits qu'ils auraient constatés ou dénoncés en qualité de maire ou d'adjoint.

C'est une considération à laquelle il faut avoir égard, mais qui doit céder cependant à l'avantage évident du choix, et quelquefois à l'impossibilité d'en faire un autre (circul. des 18 sept. 1831 et 10 juin 1840).

Sect. 3. — Des conseils municipaux.

§ 1er. — De la composition des conseils municipaux.

45. Le conseil municipal se compose, y compris les maire et adjoints qui continuent d'en faire partie, savoir: De dix membres, dans les communes de cinq cents habitants et au-dessous; de douze, dans celles de cinq cents à quinze cents; de seize, dans celles de quinze cents à deux mille cinq cents; de vingt-et-un, dans celles de deux mille cinq cents à trois mille cinq cents; de vingt-trois, dans celles de trois mille cinq cents à dix mille; de vingt-sept, dans celles de dix mille à trente mille; et de trente-six, dans celles d'une population de trente mille âmes et au-dessus.

46. C'est au préfet qu'il appartient de déterminer, d'après le recensement officiel, le nombre de membres dont un conseil municipal doit être composé (ordonn. des 24 oct. 1832, 19 juin 1835, 5 déc. 1837, 11 janv., 28 mai et 4 juillet 1838).

47. Dans les communes où il y a plus de trois adjoints, le conseil municipal est augmenté d'un nombre de membres égal à celui des adjoints au-dessus de trois.

Dans celles où il a été nommé un ou plusieurs adjoints spéciaux ou supplémentaires en vertu de l'art. 2 de la loi du 21 mars 1831, le conseil municipal est également augmenté d'un nombre égal à celui de ces adjoints (L. du 21 mars 1831, art. 9).

48. Les membres du conseil municipal sont tous choisis sur la liste des électeurs communaux, et les trois quarts au moins parmi les électeurs domiciliés dans la commune.

Les deux tiers sont nécessairement choisis parmi les électeurs censitaires, l'autre tiers parmi les électeurs adjoints (L. du 21 mars 1831, art. 15 et 16).

49. Les conseillers municipaux doivent être ågés de vingt-cinq ans accomplis. Ils sont élus pour six ans et toujours rééligibles (*ibid.*, art.

17).

50. Les préfets, sous-préfets, secrétaires généraux et conseillers de préfecture, les ministres des divers cultes en exercice dans la commune, les comptables des revenus communaux et tout agent salarié par la commune, ne peuvent faire partie du conseil municipal.

Nul ne peut être membre de deux conseils

municipaux (ibid., art. 17 et 18).

51. Dans les communes de cinq cents âmes et au-dessus, les parents au degré de père, de fils, de frère, et les alliés au même degré, ne peuvent être en même temps membres du même conseil municipal.

Telles sont aujourd'hui les seules incompatibilités que la loi admette dans la composition des conseils municipaux, toutes dispositions antérieures à cet égard étant abrogées

(ibid., art. 20 et 21).

52. La qualité de conseiller municipal se perd par la privation des droits civiques, par l'absence à trois convocations consécutives, sans motifs légitimes d'excuses (L. 21 mars 1831, art. 26) (1), par les empêchements et incompatibilités que la loi a prévus; enfin par le refus de serment (2). Le préfet doit prendre

des arrètés à l'effet d'exclure les membres qui se trouvent dans ces différentes positions (circul. des 30 nov. 1831, 10 septembre 1834, 21 avril 1840; ordonn. du 30 avril 1832).

53. Mais la perte, par un conseiller municipal, du titre en vertu duquel il était électeur à l'époque où il a été appelé au conseil, ne l'empêche pas de continuer d'y siéger jusqu'à l'expiration du terme légal de ses fonctions. — V. infrà, n° 59.

§ 2. — De l'élection des conseillers municipaux.

V. Élections municipales.

- § 3. Du renouvellement triennal des conseils municipaux. — Des vacances et des remplacements.
- 54. Les conseils municipaux sont renouvelés par moitié tous les trois ans (art. 17 de la loi du 21 mars 1831), et par la voie du sort. Quand le nombre des conseillers est impair, la moitié sortant doit être la fraction la plus forte (art. 53).

Dans les communes qui comptent deux mille cinq cents habitants et au-dessus, ces renouvellements s'opèrent par section, afin d'assurer à chacune des sections, tous les trois ans, le droit de concourir à la formation du conseil municipal.

Quand le nombre des conseillers n'est pas exactement divisible par celui des sections, chaque section conserve pendant trois ans le nombre de conseillers qui lui a été attribué à la dernière élection triennale (circul. du 22 juill. 1834; ord. du 9 sept. suivant).

55. L'accroissement ou la diminution de population résultant d'un nouveau recensement ne donne pas lieu immédiatement à l'accroissement ou à la diminution du nombre des conseillers municipaux, fixé par l'art. 9 de la loi du 21 mars. En cas de diminution, il faut laisser au temps à réduire le conseil dans ses nouvelles limites. En cas d'augmentation (ce qui arrive plus fréquemment), il n'y a lieu à augmenter le nombre des conseillers que quand il est réduit aux trois

<sup>(1)</sup> Il a été reconnu que par convocations consécutives, on ne doit pas entendre les séances consécutives d'une même session, mais trois sessions consécutives, soit ordinaires, soit extraordinaires (circul. du 21 août 1840).

<sup>(2)</sup> Sont considérés comme démissionnaires, ceux qui, dans les quinze jours après l'installation, ou dans la quinzaine après une mise en demeure, négligeraient de prêter le serment de fidélité au roi des Français, et d'obéissance à la charte constitutionnelle et aux lois du royaume. Remarquons toutefois que la loi du 21 mars 1831 n'exige le serment que des électeurs (art. 47);

mais il est prescrit à tous les fonctionnaires publics par l'art. 1er de la loi du 31 août 1830, et cette obligation est toujours subsistante, puisque cette loi ne stipulait pas pour les seuls fonctionnaires alors en exercice. Le ministre de l'intérieur était donc fondé à en faire l'application aux conseillers municipaux.

quarts (circul. des 30 déc. 1831 et 10 sept. 1834).

56. S'il existe des places vacantes dans le conseil municipal au moment de la réélection, ces vacances comptent en déduction du contingent qui doit sortir, soit du conseil entier, soit de chaque section, selon le mode d'après lequel on procède. Si ces vacances excèdent le contingent qui doit sortir, l'excèdant donne lieu à un remplacement qui s'opère conformément à l'art. 22 de la loi, et les conseillers ainsi élus appartiennent à l'ancienne moitié qui doit cesser ses fonctions.

Quand une section a perdu par décès ou par démission plus de la moitié de son contingent, elle doit être complétée par deux élections successives: une pour la moitié à nommer actuellement, et l'autre pour la moitié sortant (1).

57. Les opérations du tirage au sort se font dans une réunion publique des membres du conseil municipal, soit pendant une session ordinaire, soit dans une réunion spéciale que le préfet autorise à cet effet (circul. du 22 juillet 1834).

Cette opération doit avoir lieu huit jours au moins avant les élections, ou avant la réunion de la première section, si la commune en compte plusieurs (circul. du 10 sept. 1834) (2).

- 58. Une ordonnance du roi fixe l'époque du renouvellement triennal des conseils municipaux, qui s'opère simultanément dans toutes les communes, sauf : 1° celles où il y a été procédé dans l'intervalle (comme il est dit au n° 56 ci-dessus); 2° celles de formation nouvelle, et celles où la circonscription ayant été modifiée, il est nécessaire de dresser de nouvelles listes avant de procéder aux réélections.
- 59. Le conseiller municipal qui a perdu le titre en vertu duquel il était électeur à l'époque où il a été appelé au conseil, et qui par conséquent ne figure plus sur les listes, n'est pas pour cela compris de droit dans la moitié sortant; il doit accomplir, jusqu'à l'expiration du terme légal, le mandat dont il a été investi, et subir la chance du sort comme les autres conseillers, s'il n'y a pas à son égard d'autres causes d'exclusion.
- 60. L'installation des nouveaux membres a lieu dans une séance tenue, de plein droit, par le conseil municipal. Cette séance est présidée par le maire ou par un adjoint en fonctions lors du renouvellement, ou, à leur défaut, par le premier des auciens conseillers municipaux, selon l'ordre du tableau. Ce fonctionnaire reçoit le serment des nouveaux conseillers (circul. du 10 sept. 1834).
- 61. Les vacances qui ont d'autres causes qu'une élection annulée par arrêté du conseil de préfecture (comme nous le dirons plus loin), ne donnent pas lieu à un remplacement immédiat, lorsque seules ou avec les vacances pour élections annulées, elles laissent au conseil les trois quarts de ses membres. Ainsi le décès ou la démission d'un conseiller élu survenant à la suite de l'élection et avant l'installation du conseil, rentre dans la classe des vacances qui ont lieu dans l'intervalle des élections triennales, et recoivent l'application de l'art. 22 de la loi. Mais si les vacances, soit par décès, démission, soit par toute autre cause, excèdent le quart du nombre total des conseillers municipaux, alors il y a lieu de compléter le conseil et de pour-

par le préfet, sauf réformation par le ministre de l'intérieur; le conseil de préfecture n'a point à en connaître. Ce n'est qu'après décision du ministre que les réclamants peuvent se pourvoir en Conseil d'état. Ainsi jugé par ordonnance du roi des 12 juin 1835 (Luines, Ardennes) et 10 septembre de la même année (Rouchin, Nord.)

<sup>(1)</sup> C'est dans cet esprit et suivant ces principes, qu'ont statué les ordonnances royales des 25 mars et 10 septembre 1834, 12 février 1837, 18 janvier et 20 avril 1840, relatives aux réélections de l'année.

Enfin, l'ordonnance du 21 janvier 1843 dispose que les conseils municipaux qui seraient élus intégralement après le 1<sup>er</sup> février, soit pour insuffisance du nombre, soit par suite de dissolution, soit pour cause de changement de circonscription territoriale, ne seront point renouvelés par moitié avant 1846, et que, si le nombre des places vacantes exige le complétement d'un conseil avant l'époque fixée pour le renouvellement triennal de 1843, suivant ce que prescrit l'art. 22 de la loi du 21 mars 1831, il sera procédé sur-le-champ au renouvellement de la moitié sortant, puis à la nomination aux places vacantes dans l'autre moitié.

<sup>(2)</sup> Le tirage au sort est une opération purement administrative qui doit s'effectuer selon les instructions du préfet. Les difficultés auxquelles elle peut donner lieu sont de nature à être jugées

voir à toutes les places vacantes (circul. du 30 nov. 1831).

- 62. Lorsqu'en exécution du même art. 22, il y a lieu à remplacer des conseillers municipaux dans les communes dont le corps électoral se divise en sections, ces remplacements sont faits par les sections qui avaient élu ces conseillers (loi 21 mars 1831, art. 46).
- 63. Si, dans l'intervalle compris entre les élections triennales, une ordonnance du roi a autorisé la création d'un adjoint en sus du nombre légal, il y a lieu à nommer immédiatement un nouveau conseiller municipal. En effet, le droit de nommer ce conseiller supplémentaire n'a pas encore été exercé, et la vacance de la place qu'il doit occuper n'est pas du nombre de celles que régit l'art. 22 de la loi (1).

En cas de difficulté sur l'exécution de cette disposition, comme en général sur le classement des conseillers surnuméraires, lorsque l'assemblée est divisée en plusieurs sections par exemple, chaque conseil municipal règle, sauf l'approbation de l'autorité supérieure, le mode de classement (circul. du 30 nov. 1831).

64. Lorsque l'élection d'un conseiller municipal a été annulée, les électeurs de la commune ou de la section doivent être convoqués dans la quinzaine pour procéder à son remplacement (art. 52 de la loi).

Cette disposition n'est point en contradiction avec celle de l'art. 22, qui prescrit de ne convoquer les électeurs que lorsque le conseil municipal est réduit aux trois quarts de ses membres. Il a été reconnu que ce dernier article ne s'oppose pas, d'une manière absolue, à ce que l'on complète un conseil qui conserve encore plus des trois quarts de ses membres (circul. du 25 avril 1840).

65. Des explications qui précèdent, en les appliquant à la circonstance d'une élection générale ou triennale, on peut déduire les règles suivantes, quant au remplacement des vacances:

1° Si des places deviennent vacantes par annulation d'élection, il y a nécessité de convoquer les électeurs dans la quinzaine, en vertu de l'art. 52;

2° S'il y a des places vacantes par annulation et d'autres par décès ou démissions, il faut pourvoir en même temps aux unes et aux autres par une convocation faite conformément au même article;

3º Si avant l'installation du conseil renouvelé, il y vaque des places par décès ou démissions, et si ces vacances n'atteignent pas le quart de la totalité des conseillers, le conseil peut être complété; mais ce complétement n'est pas obligatoire;

4° Enfin, si les vacances atteignent ou dépassent la limite du quart, le conseil doit être nécessairement complété.

## § 4. — Des assemblées des conseils municipaux.

- 66. Les conseils municipaux se réunissent en session ordinaire quatre fois l'année, au commencement des mois de février, mai, août et novembre. Chaque session peut durer dix jours (L. 21 mars 1831, art. 23).
- 67. Le préfet ou sous-préfet prescrit la convocation extraordinaire du conseil municipal, ou l'autorise sur la demande du maire, toutes les fois que les intérêts de la commune l'exigent.

Dans les sessions ordinaires, le conseil municipal peut s'occuper de toutes les matières qui rentrent dans ses attributions.

En cas de réunion extraordinaire, il ne peut s'occuper que des objets pour lesquels il a été spécialement convoqué.

La convocation peut également être autorisée pour un objet spécial et déterminé, sur la demande du tiers des membres du conseil municipal adressée directementau préfet, qui ne peut la refuser que par un arrêté motivé que l'on notifie aux réclamants, et dont ils peuvent appeler au roi.

Le maire préside le conseil municipal; les

<sup>(1)</sup> Relativement aux conseillers ainsi nommés, on a élevé la question de sayoir s'ils doivent entrer constamment dans le contingent des sections pour le territoire desquelles ont été établis ces adjoints. Il faut distinguer: pour les communes ayant moins de deux mille cinq cents habitants, on doit laisser subsister le partage égal des conseillers entre les sections, de manière que celle au territoire de laquelle est attaché un adjoint spécial, ait autant de conscillers que les autres, ou n'en ait qu'un de plus quand l'ordre des numéros lui donne ce droit (art. 44 de la loi). Quant aux autres communes, comme les sections y ont chacune un contingent fixe, la difficulté ne peut s'y présenter, et les conseillers en sus du nombre ordinaire doivent être attribués respectivement aux sections ayant des adjoints spéciaux (circul. du 10 sept. 1834).

fonctions de secrétaire sont remplies par un de ses membres nommé au scrutin et à la majorité, à l'ouverture de chaque session (ibid., art. 24).

- 68. Les dix jours que doit durer chaque session trimestrielle se comptent à partir de celui de l'ouverture, et la session est terminée à l'expiration de ce délai, qu'il y ait eu ou non dix séances. S'il restait des affaires en souffrance, ou si, par une cause quelconque, la session avait été sans résultat, une session extraordinaire pourrait être autorisée (circul. du 17 juillet 1838).
- 69. Les convocations extraordinaires demandées par le maire peuvent être autorisées immédiatement par le sous-préfet de l'arrondissement, sans qu'il soit nécessaire qu'il en réfère au préfet; il en est de même de celles qu'il y a lieu de prescrire d'office. Toute convocation de session extraordinaire doit en limiter la durée à un nombre de jours fixes; autrement, un conseil municipal extraordinairement convoqué pourrait, en s'ajournant à volonté, se mettre en permanence; ce qui serait contraire au texte comme à l'esprit de la loi (circul du 17 juillet 1838).
- 70. Un secrétaire doit être nommé à chaque session. Le secrétaire élu dans la session trimestrielle ne saurait valablement continuer ses fonctions pendant la durée du trimestre; mais il peut être réélu (circul. du 17 juillet 1838).
- 71. Il est interdit aux conseils municipaux de nommer des commissions permanentes, telles qu'une commission de comptabilité, une commission de travaux publics, etc. De semblables dispositions sont contraires à l'esprit de la loi; elles tendent à placer l'administration entre les mains du conseil municipal, tandis que, selon le principe posé par la loi du 28 pluviôse an VIII et constamment en vigueur depuis cette époque, l'administration appartient exclusivement au maire, qui peut en déléguer certaines parties à ses adjoints. Les délibérations qui auraient institué des commissions permanentes devraient donc être annulées par le préfet.

Les commissions formées dans le sein des conseils municipaux ne peuvent avoir d'autre mission que de préparer un travail sur un objet déterminé, et leur existence est limitée à la décision du conseil municipal sur cet objet (circul. du 17 juillet 1838).

72. Le maire étant chargé de la direction

de toutes les affaires de la commune, et ses connaissances sur les détails de l'administration pouvant être utiles à tous les travaux préparés par le conseil, il est convenable qu'il assiste aux séances des diverses commissions, et prenne part à leurs discussions; il n'y a que les commissions chargées d'examiner ses comptes, dans lesquelles il ne peut être admis qu'à donner des renseignements (circul. du 17 juill. 1838).

73. Le conseil municipal ne peut délibérer que lorsque la majorité des membres en exercice assiste au conseil.

Il ne peut être refusé à aucun des citoyens contribuables de la commune communication, sans déplacement, des délibérations des conseils municipaux (L. 21 mars 1831, art. 25).

74. Quelques personnes ont pensé que les séances des conseils municipaux devaient être publiques. Cette opinion est tout à fait contraire à la législation. Celle de 1789 n'avait point établi la publicité des séances des corps administratifs et municipaux. Ce ne fut qu'en 1792 que deux lois, celles des 1er juillet et 2 septembre, la prescrivirent spécialement et en réglèrent les conditions. La constitution de l'an III et la loi organique du 21 fructidor de la même année, gardèrent à cet égard le même silence que les lois des 22 décembre 1789, janvier 1790 et 27 mars 1791. Mais l'art. 201 de la constitution de l'an III, en déclarant que les actes des corps administratifs « seraient rendus publics par le dépôt d'un registre qui serait clos tous les six mois, » annonçait assez que l'intention du législateur était qu'il n'y cût pas d'autre publicité. Aussi, quand la convention nationale termina sa session, et lorsque le régime établi par la constitution de l'an III fut mis en vigueur, les administrations municipales et départementales cessèrent de tenir des séances publiques, et la question ayant été soulevée de nouveau, un arrêté du directoire exécutif du 25 germinal an IV (14 avril 1796) prononça l'ordre du jour, motivé sur ce que la constitution n'ordonnait pas cette publicité.

Non-seulement la loi du 21 mars 1831, en reproduisant avec quelque restriction l'art. 201 de la constitution de l'an 111, est contraire au système de la publicité des séances, mais, lors de la discussion de la loi, la chambre des députés s'est expressément prononcée contre cette publicité. Un de ses membres ayant proposé un article additionnel ainsi

conçu: « Les séances des conseils municipaux seront publiques, à moins que trois membres ne s'y opposent, » la chambre, après avoir entendu plusieurs orateurs, a rejeté l'amendement (séance du 15 fév. 1831, Moniteur du 17, p. 324).

75. Toute délibération d'un conseil municipal portant sur des objets étrangers à ses attributions est nulle de plein droit. Le préfet, en conseil de préfecture, en déclare la nullité, sauf l'appel au roi de la part du conseil.

Sont pareillement nulles, de plein droit, toutes délibérations d'un conseil municipal prises hors de sa réunion légale. Le préfet, en conseil de prefecture, déclare l'illégalité de l'assemblée et la nullité de ses actes.

Si, par suite, la dissolution du conseil était prononcée, et si, dans le nombre de ses actes, il s'en trouvait qui fussent punissables d'après les lois pénales en vigueur, ceux des membres du conseil qui y auraient participé sciemment pourraient être poursuivis (L. 21 mars 1831, art. 28 et 29).

76. Enfin, si un conseil municipal se mettait en correspondance avec un ou plusieurs autres conseils, ou publiait des proclamations ou adresses aux citoyens, il serait suspendu par le préfet, en attendant qu'il eût été statué par le roi.

Comme dans le cas précédent, si la dissolution était prononcée, ceux qui auraient participé à ces actes pourraient être poursuivis conformément aux lois pénales en vigueur (art. 30 de la loi du 21 mars 1831).

- § 5. De la dissolution des conseils municipaux.
- 77. La dissolution des conseils municipaux peut être prononcée par le roi. L'ordonnance fixe l'époque de la réélection. Il ne peut y avoir un délai de plus de trois mois entre la dissolution et la réélection (L. 21 mars 1831, art. 27).
- 78. Lorsqu'en vertu de la dissolution prononcée par le roi, un conseil a été renouvelé en entier, le sort désigne, à la sin de la troisième année, les membres qui sont à remplacer (*ibid*., art. 31).
- Chap. 3. Des fonctions et de la compétence du maire (1).
- 79. Les fonctions du maire sont de deux

natures essentiellement distinctes: il est à la fois le délégué du pouvoir central dans la localité, et le magistrat chargé de l'administration de la commune et de la police municipale. Comme délégué du gouvernement, il est chargé de pourvoir à l'exécution des lois et règlements, et, en outre, investi de certaines fonctions déterminées par des lois spéciales.

Dans cette partie de ses attributions, le maire est placé sous l'autorité du gouvernement, c'est-à-dire sous la direction et les ordres des dépositaires immédiats de son pouvoir.

80. Comme magistrat municipal, ses attributions ont également un double caractère. Lorsqu'il agit en qualité d'administrateur de la commune, son action est plus spécialement subordonnée aux délibérations du conseil municipal: en pareil cas, le conseil municipal usant de son droit d'initiative, ordonne et dispose selon ce que lui paraissent commander les intérêts et les besoins dont la loi l'a fait juge, et le maire n'est ici que l'agent d'exécution de ses volontés. Mais il procède en vertu du pouvoir qui lui est propre et sous sa responsabilité légale, dans toutes les matières du ressort de la police municipale, comme préposé au maintien du bon ordre dans la commune, et chargé de veiller à tout ce qui intéresse la sûreté, la salubrité publique et le bien-être des citoyens (L. des 16-24 août 1790, art. 3, tit. 11 et 19-22 juill. 1791), et les arrêtés qu'il publie en cette qualité ont force exécutoire, s'ils ne sont pas réformés par l'autorité supérieure (L. 18 juillet 1837, art. 11).

81. La loi du 18 juillet 1837 n'a modifié en rien les règles de la législation antérieure sous ces divers rapports; elle se borne à rappeler les principes généraux que nous venons d'exposer. L'article 9 porte : Le maire est chargé, sous l'autorité de l'administration supérieure, 1° de la publication et de l'exécu-

échevins, mayeurs, consuls, jurats, viguiers, capitouls, syndics et autres fonctionnaires qui, sous divers titres, étaient autrefois à la tête de l'administration des communes en France.

« Il y avait, dit M. Macarel (Cours de droit administ., t. 1er, p. 214), dans ce genre de pouvoir, une variété infinie suivant les localités; il n'était pas le même dans les villes et dans les paroisses de campagne; il différait dans les villes elles-mêmes, suivant les chartes qu'elles avaient reçues, les priviléges et prérogatives dont elles jouissaient, et selon les usages établis.»

<sup>(1)</sup> Les maires actuels ont succédé aux anciens

tion des lois et règlements; 2° des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois; 3° de l'exécution des mesures de sûreté générale.

82. Nous n'entrerons pas ici dans l'énumération des cas nombreux et divers où l'intervention du maire est prévue par les lois générales, comme délégué du gouvernement. Les lois qui régissent l'état civil, les contributions directes et indirectes, la garde nationale, la Légion d'honneur, le recensement de la population, les travaux publics, les subsistances ainsi qu'une foule d'autres services généraux, exigent son concours et déterminent sa part d'action, souvent très-large et toujours importante. Nous renvoyons à ces différents mots, les détails de cette partie des attributions dévolues au maire.

Observons seulement ici que, par une anomalie qu'on ne saurait s'expliquer, le premier des devoirs qui sont imposés à ces fonctionnaires, celui de publier les lois, de les porter à la connaissance de leurs concitoyens au moment de leur promulgation, est précisément le plus négligé. On peut affirmer en effet que, dans la pratique, presque nulle part, sans excepter les villes les plus populeuses, le maire ne s'occupe de ce soin qui, à son défaut, n'est rempli ni par le préfet, ni par aucune autre autorité (1).

83. Les mesures dans lesquelles le maire agit en vertu du pouvoir qui lui est propre, sont celles qu'avait originairement spécifiées le décret du 14 décembre 1789, art. 50, et qu'énumère l'art. 10 de la loi du 18 juillet 1837, concu en ces termes :

« Le maire est chargé, sous la surveillance de l'administration supérieure, 1° De la police municipale, de la police rurale et de la voirie municipale, et de pourvoir à l'exécution des actes de l'autorité supérieure qui y sont relatifs;

» 2° De la conservation et de l'administration des propriétés de la commune, et de faire, en conséquence, tous actes conservatoires de ses droits;

» 3° De la gestion des revenus, de la surveillance des établissements communaux et de la comptabilité communale;

» 4º De la proposition du budget et de l'ordonnancement des dépenses; » 5° De la direction des travaux communaux;

» 6° De souscrire les marchés, de passer les baux des biens et les adjudications des travaux communaux dans les formes établies par les lois et règlements;

» 7° De souscrire, dans les mêmes formes, les actes de vente, échange, partage, acceptation de dons ou legs, acquisition, transaction, lorsque ces actes ont été autorisés conformément à la présente loi;

» 8° De représenter la commune en justice, soit en demandant, soit en défendant. »

Nous reviendrons, plus tard, sur les principes et les règles applicables à ces différents actes de l'administration du maire, dont quelques-uns se rattachent au vote préalable du conseil municipal et en sont la conséquence. Les questions qui touchent à la compétence et à l'étendue du pouvoir propre du maire sont les seules que nous ayons à traiter en ce moment.

84. Les décisions du maire, dans les matières qu'embrasse sa juridiction, sont rendues sous la forme et l'intitulé d'arrêté.

85. Il prend des arrêtés à l'effet 1° d'ordonner les mesures locales sur les objets confiés par les lois à sa vigilance et à son autorité; 2° de publier de nouveau les lois et règlements de police, et de rappeler les citoyens à leur observation (L. 18 juill. 1837, art. 11).

86. La loi distingue deux sortes de décisions: celles qui statuent d'une manière spéciale et individuelle, comme serait, par exemple, l'autorisation accordée à un propriétaire de bâtir ou de réparer un édifice situé sur la voie publique; et celles qui portent règlement permanent, telles que les arrêtés sur la tenue des foires et marchés, sur les heures de fermeture des cafés et cabarets, et sur l'exercice de certaines industries soumises à la surveillance municipale.

Dans l'un comme dans l'autre cas, les arrêtés pris par le maire doivent être adressés au sous-préfet et par celui-ci au préfet, qui peut les annuler ou en suspendre l'exécution. Les premiers sont exécutoires de plein droit; les seconds ne sont exécutoires qu'un mois après la remise de l'ampliation constatée par le récépissé qu'en délivre le sous-préfet (id.).

87. Il suit de ces dispositions sainement interprétées, que les arrêtés des maires ont force et autorité par eux-mêmes, et qu'ils n'ont pas besoin, pour être obéis, de l'approbation des

<sup>(1)</sup> La même remarque a été faite par M. Macarel (Cours de droit administ., t. 1er, p. 269).

préfets, auxquels la loi de 1837, comme la législation précédente, n'attribue sur les actes du pouvoir municipal qu'un droit de contrôle et de réformation. « L'approbation du préfet n'ajoute rien à l'autorité de l'acte municipal. Toutes les fois que les officiers municipaux disposent dans la sphère de leurs attributions, ils agissent en vertu du droit qui leur est conféré par la loi. Or il est de l'essence de tout pouvoir légalement institué d'avoir en luimême le degré d'énergie nécessaire pour commander l'obéissance : autrement ce pouvoir n'en serait pas un; il y aurait contradiction dans les mots comme dans les choses. » (M. Dupin, Introduction aux lois des communes, p. 49.)

88. Ainsi, en règle générale, les préfets n'ont pas à revêtir les arrètés municipaux d'un visa approbatif que la loi n'exige pas, et qui même, à certains égards, pourrait gêner plus tard l'exercice de leur droit d'annulation. Toutefois, le ministre de l'intérieur a pensé qu'il est des circonstances où l'approbation manifestée par le préfet peut donner plus de force morale aux arrêtés du maire, en témoignant de l'adhésion et du concours de l'autorité supérieure; et comme aucune disposition de loi ne s'oppose absolument à ce que les préfets donnent cette approbation, ils peuvent la prononcer selon les cas où l'intérêt public leur paraît l'exiger. (Circul. du min. de l'int. du 1er juillet 1840, Bulletin officiel, 3e année, p. 191.)

89. On a élevé la question de savoir si, pour les arrêtés d'intérêt individuel, il y a un délai de prescription quant au droit de réformation qui appartient au préfet.

La loi n'ayant point fixé de délai pour la mise à exécution de ces arrêtés, il s'ensuit qu'ils sont exécutoires de plein droit dès que le récépissé en a été délivré par le sous-préfet; mais, à quelque époque que ce soit, le préfet peut les suspendre et les annuler; car cette attribution lui est conférée d'une manière absolue et sans restriction de temps. Il est entendu toutefois que les faits accomplis pendant que ces arrêtés étaient exécutoires, le sont légalement, et que l'annulation de l'arrêté n'entraîne pas la nullité de ce qui a été précédemment fait en vertu de cet acte. (Même circul.)

Cette solution a une très-grande portée dans les contestations qui naissent si fréquemment de l'exécution de certains règlements mu-

nicipaux, notamment en matière de Voirie.

— V. ce mot.

90. Quant aux arrêtés portant règlement permanent, on a demandé si les préfets ont perdu le droit de les annuler ou d'en suspendre l'exécution, lorsqu'ils ont laissé un mois s'écouler sans user de ce droit.

Une lecture attentive de la loi suffit pour dissiper tous les doutes à cet égard. En effet. le & 3 de l'art. 11 est ainsi conçu : « Les arrêtés pris par le maire sont immédiatement adressés au sous-préfet. Le préfet peut les annuler ou en suspendre l'exécution. » On voit donc que la loi ne distingue pas entre les arrêtés portant règlement permanent, et ceux que nous appelons individuels, et qu'elle s'applique dans sa généralité aux uns comme aux autres. Si donc le délai d'un mois ne sussit pas au préfet pour apprécier la convenance. l'utilité ou l'opportunité de l'acte soumis à son contrôle, la loi n'ayant posé aucune limite de temps à l'exercice de son droit de réformation, alors même que le délai fixé pour la mise à exécution de l'arrêté municipal serait expiré, il n'en conserverait pas moins ce droit, avec d'autant plus de raison que c'est au moment où l'arrêté s'exécute que les réclamations se produisent, et qu'il ne peut appartenir qu'au préfet de les juger, encore bien qu'il eût donné prématurément son approbation à l'arrêté.

91. Le préfet peut donc, à quelque époque que ce soit, annuler les actes du maire ou en suspendre l'exécution, soit sur le recours des tiers, soit d'office, et sur la connaissance qu'il acquerrait des inconvénients auxquels ils seraient sujets. (Circul. du 1er juill. 1840.)

92. Autre question : le droit d'annuler les arrêtés des maires donne-t-il au préfet celui de les modifier, c'est-à-dire d'en annuler une partie en laissant subsister l'autre?

C'est encore ici le texte même de la loi qu'il faut consulter; or, l'art. 11 donne au préfet le droit d'annuler ou de suspendre, et non le droit de modifier. Le législateur a sans doute pensé que le droit d'annulation suffisait à l'intérêt public. En effet, pendant le délai d'examen, le préfet peut signaler au maire les dispositions de son arrêté qui lui semblent irrégulières, et lui indiquer les suppressions ou changements qu'il y aurait lieu d'y opérer. Ces avertissements auront presque toujours pour résultat d'amener le maire à modifier sa première proposition. S'il en était

autrement, le droit d'annulation, qui reste entier, devrait être exercé. (Circ. du 1er juillet 1840.)

93. Enfin le délai d'un mois donné au préfet pour l'examen des arrêtés du maire portant règlement permanent est-il obligatoire, de telle sorte qu'il ne puisse être mis à exécution avant l'expiration de ce délai, si le préfet déclare d'avance qu'il renonce à son droit de l'annuler ou de le suspendre?

Le ministre de l'intérieur a pensé que ce délai n'a été fixé qu'afin de laisser à l'autorité supérieure la possibilité d'un mûr examen, et de lui permettre de statuer en pleine connaissance de cause; que cette disposition de la loi n'a pas eu en vue l'intérêt des tiers, mais l'intérêt public; que, par conséquent, l'autorité supérieure, dans ce même intérêt public, peut renoncer à s'en prévaloir. Si cette faculté n'existait pas, si, dans certaines circonstances graves et urgentes, il fallait nécessairement attendre un mois pour mettre un arrêté à exécution, il pourrait y avoir dommage public : telle n'a pu être la pensée du législateur (même circul.). Au surplus, sur l'étendue du pouvoir du maire et du préfet en matière de règlement municipal ou de police, V. Règlement de police et municipal.

94. La loi du 18 juillet 1837 ne s'est pas bornée à spécifier les cas où le maire peut et doit agir en vertu des pouvoirs qu'elle lui attribue; elle a aussi prévu celui où il refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont ordonnés. C'est à quoi le législateur a pourvu par l'article 15, qui décide : « Dans le cas où le maire refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, le préfet, après l'en avoir requis, pourra y procéder d'office par lui-même ou par un délégué spécial. »

Cette disposition, il faut le dire, déroge au principe et rompt l'économie de la loi; c'est une véritable atteinte portée au droit attribué par la législation ancienne au pouvoir municipal. Cependant il n'était pas possible d'admettre que l'exécution des lois pût être suspendue par la résistance ou l'inertie d'un maire. Il ne s'agit pas seulement ici de l'intérêt de la commune, mais des intérêts des tiers qui peuvent aussi se trouver compromis. L'introduction de cette disposition dans la loi nouvelle a donc été dictée par une sage prévoyance.

95. Quoi qu'il en soit, si les préfets ont le

pouvoir de faire directement des règlements sur les objets de police municipale lorsqu'il s'agit de mesures générales d'un égal intérêt pour toutes les communes de leur département, ce n'est, en vertu de l'art. 15 de la loi du 18 juillet 1837, que dans le cas de refus ou de négligence de la part du maire, qu'ils peuvent disposer à l'égard d'une commune spécialement. L'arrêté préfectoral pris dans ces limites est obligatoire pour les citoyens, comme l'aurait été l'arrêté municipal qu'il supplée.

96. Au nombre des attributions du maire, la loi range aussi le droit de nommer à tous les emplois communaux pour lesquels elle ne prescrit pas un mode spécial de nomination, et celui de suspendre et de révoquer les titulaires de ces emplois.

Il y a en effet des emplois communaux de diverses natures, dont la nomination est réglée par des dispositions spéciales. Les commissaires de police, les receveurs municipaux, les préposés aux octrois, par exemple, sont en dehors de la catégorie des agents du service municipal que le maire a le pouvoir de nommer et de révoquer. — V. ces mots.

97. Les employés et le secrétaire de la mairie (1), le bibliothécaire, le conservateur du musée étautres emplois analogues, les agents de police, les appariteurs et gens à gage, sont ceux auxquels se rapporte particulièrement l'article 12 de la loi municipale.

98. L'art. 13 de la même loi donne au maire le pouvoir de nommer les gardes champêtres, mais sauf l'approbation du conseil municipal. De plus, ces fonctionnaires doivent être agréés et commissionnés par le sous-préfet. Ils peuvent bien d'ailleurs être suspendus par le

<sup>(1)</sup> Les secrétaires de mairie ont été institués par l'art. 32 de la loi du 14 décembre 1789, sous le titre de secrétaires-greffiers.

Ils n'ont plus aujourd'hui aucun caractère public; ils ne peuvent rendre authentiques aucun acte, aucune expédition, ni aucun extrait des actes des autorités; notamment les extraits des actes de l'état civil ne peuvent être délivrés que par le fonctionnaire public dépositaire de ces registres; en général, et pour prévenir toute équivoque à l'avenir, le ministre doit rappeler aux maires que, dans les actes où l'administrateur est le seul responsable, sa signature seule est nécessaire, et qu'il ne doit point y en être apposé d'autres (Avis du Conseil d'état du 2 juill. 1807; circul. 30 juill. 1807; Rec., t. 2, p. 47.)

maire, mais le préset peut seul les révoquer.

V., au surplus, Garde champêtre.

99. Le même art..13 investit également le maire du pouvoir de nommer le pâtre commun, c'est-à-dire l'homme qui est chargé de conduire au pâturage les bestiaux des propriétaires de la commune réunis en un seul troupeau (Code rural du 6 octobre 1791); mais il exige l'approbation du conseil municipal; seulement, il réserve au maire le droit de prononcer la révocation de cet agent.

100. Aux termes de l'art. 14 de la loi de 1837, le maire est chargé seul de l'administration, mais il peut déléguer une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints, et en l'absence des adjoints, à ceux des conseillers municipaux qui sont appelés à en faire les fonctions.

Le principe consacré par cet article n'est autre que celui qu'avait établi la loi du 28 pluviôse an viii et qu'a développé l'arrêté consulaire du 2 pluviôse an ix, qui disposait (art. 7):

« Le maire sera chargé seul de l'administration. Il aura seulement la faculté d'assembler ses adjoints, de les consulter lorsqu'il le jugera à propos, et de leur déléguer une partie de ses fonctions. »

Ainsi l'administration de la commune appartient exclusivement au maire comme pouvoir exécutif. Nous avons dit (n° 80) que toutéfois ses actes, sous ce rapport, demeuraient subordonnés aux délibérations et aux votes du conseil municipal, lorsque les mesures auxquelles il est appelé à pourvoir engagent les intérêts financiers de la commune.

101. Est-ce à dire néanmoins que le conseil municipal pourrait, en réduisant ou refusant les allocations nécessaires au service de la mairie, entraver ou paralyser l'action du maire?

La loi du 18 juillet 1837, comme on le verra plus tard, a prévu ce cas et a investi (art. 39) l'autorité supérieure qui règle le budget de la commune, du droit d'y inscrire d'office celles des dépenses qualifiées obligatoires que le conseil municipal refuserait d'allouer.

Au nombre de ces dépenses figurent notamment les frais d'administration et les traitements des employés de la mairie, dont nous avons vu que la nomination appartient au maire; en sorte que, dans tous les cas, la liberté d'action de ce fonctionnaire est garantie contre tout mauvais vouloir du conseil muni-

cipal. Une fois l'allocation du crédit assurée, le maire a le droit de le répartir et d'en faire emploi, sous sa responsabilité, selon les exigences et les intérêts du service.

102. Mais le conseil municipal a aussi ses droits que le maire ne doit pas méconnaître. La question s'est élevée de savoir si, lorsque celui-ci a proposé une dépense et que le conseil municipal a jugé nécessaire d'allouer une somme plus forte, pour donner plus d'extension aux mesures ou aux travaux projetés, l'allocation telle qu'elle a été votée doit être employée en entier, ou si le maire n'est pas libre de restreindre l'emploi du crédit à ce que lui paraissent exiger les besoins de l'opération.

Cette question se résout par la simple application du principe que nous avons déjà posé, à savoir que dans toutes les mesures qui exigent un vote spécial et préalable de crédit de la part du conseil municipal, le maire n'est que l'exécuteur de ses ordres. Si le conseil municipal a erré, ou s'il a prodigué inutilement les fonds de la commune, c'est encore à l'autorité qui règle le budget que le législateur a remis le soin de rectifier ses propositions, en réduisant d'office les crédits qui lui paraîtraient dépasser la juste mesure des besoins (ibid., art. 36); mais une fois le crédit régulièrement approuvé et la délibération rendue exécutoire par la décision de l'autorité compétente (ibid., art. 20), le maire n'a plus le droit de s'en écarter, alors même qu'il croirait les intérêts de la commune compromis : car, encore une fois, ce n'est pas lui que la loi a constitué juge d'une semblable question, et tout ce qu'il peut faire, c'est d'avertir l'autorité supérieure en l'éclairant sur les inconvénients du vote qui lui est soumis par son intermédiaire.

de la loi, peut déléguer une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints; ce qui suppose un choix libre et volontaire. En effet, il dépend du maire de confier à tel de ses adjoints l'état civil, par exemple, à tel autre la police municipale, etc. Il n'en est pas de même du remplacement du maire en cas d'absence ou d'empêchement, suivant l'article 5 de la loi d'organisation municipale du 21 mars 1831.

Ici ce n'est pas le choix du maire qui détermine la délégation, c'est la loi elle-même; distinction qu'il ne faut pas perdre de vue.

104. Lorsque l'adjoint remplace le maire en

vertu du droit réglé par la loi de 1831, il en remplit les fonctions dans toute leur étendue et avec toutes les prérogatives qui y sont attachées; il peut conséquemment, à son tour, en déléguer une partie aux autres adjoints; il est en un mot et dans le sens le plus absolu, maire temporaire de la commune pendant toute la durée de son intérim. Dans le cas de la délégation prévue par l'art. 14 de la loi de 1837, son mandat est restreint à l'objet spécial auquel il s'applique, et ne peut se transmettre; car l'adjoint délégué n'agit plus en vertu d'un pouvoir qui lui soit propre, mais comme simple auxiliaire du maire qui l'a choisi. On voit par là combien il est-essentiel de ne pas confondre deux situations qui résultent de l'application de lois et de principes également distincts.

105. Le maire est en outre investi, dans certains cas, des fonctions de juge de police aux termes des art. 137 et suivants du Code d'instruction criminelle. — V. Autorité administrative, n° 17.

### Chap. 4. — Des attributions du conseil municipal.

maire a, comme celui-ci, des fonctions qui lui sont propres : c'est principalement, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, en ce qui concerne les droits, les intérêts et les besoins de la commune au point de vue purement financier que l'action du maire demeure subordonnée à ses décisions. Ainsi, pour tout ce qui intéresse la conservation et la jouissance des propriétés et des revenus, la création des ressources et l'emploi des deniers de la commune, le conseil municipal ordonne et le maire exécute.

107. Les décisions du conseil municipal, dans les matières où la loi lui donne pouvoir de statuer, sont prises sous la forme et l'intitule de délibération.

108. Observons toutefois que si le maire a, dans beaucoup de cas, une action libre et indépendante, il n'en est pas de même du conseil municipal, qui n'agit point, à proprement parler, et dont les déterminations ont besoin, pour être exécutées, du concours du maire.

109. Le législateur a voulu que ces deux pouvoirs marchassent d'accord vers le bien commun, sans rivalités comme sans incertitude sur l'étendue de leurs droits et de leurs devoirs respectifs; et dans cette pensée, après

avoir attentivement réglé les attributions du maire, il a mis le même soin à énumérer et à préciser celles du conseil municipal, qu'il a divisées en trois classes.

110. La première comprend les règlements qu'il lui appartient de faire sur ce mode d'administration et de jouissance des biens communaux, les baux de ces biens dans une certaine limite de durée, la répartition des pâturages et fruits communs, enfin les affouages (L. 18 juill. 1837, art. 17). — V. Affouage, Communaux.

Comme il ne s'agit ici que d'actes qui intéressent le temps présent et ne sauraient ni engager un long avenir ni compromettre le fonds de la propriété communale, le pouvoir remis par la loi au conseil municipal est absolu, et ses délibérations sur ces divers points sont exécutoires sans l'approbation de l'autorité supérieure, à l'expiration du délai fixé. Ce délai est d'un mois à dater de la remise du récépissé qu'en délivre le sous-préfet au maire. Toutefois le préfet peut suspendre l'exécution de la délibération pendant un autre délai de trente jours (ibid., art. 18).

111. Viennent ensuite les délibérations qui sont, de leur nature, susceptibles d'engager l'avenir ou d'altérer la fortune communale, et qui, sous ce rapport, ont besoin de la sanction du pouvoir supérieur : c'est en général tout ce qui concerne les recettes et les dépenses, les acquisitions, ventes et échanges d'immeubles, la délimitation ou le partage de biens indivis entre communes ou sections de communes, les baux à long terme, les travaux, la voirie, les dons et legs, le parcours et la vaine pâture, les actions judiciaires et transactions (ibid., art. 19).

Ici la loi exige (art. 20) l'approbation du préfet, du ministre ou du roi, suivant les cas. Mais, en maintenant à cet égard les règles de la législation antérieure, elle a décentralisé l'action administrative sur plusieurs points importants, de manière à donner une impulsion plus rapide à l'expédition des affaires. C'est ainsi qu'à l'égard des travaux communaux, la compétence des préfets, quant à l'approbation des devis et projets, limitée par l'ordonnance du 8 août 1821 (7º série, bulletin 471) au chiffre de 20,000 francs, a été étendue à 30,000 francs par la loi nouvelle (art. 45). C'est encore dans le même esprit que pour les acquisitions, ventes et échanges d'immeubles, elle accorde aux préfets le pouvoir de statuer directement et souverainement en conseil de préfecture, quand le prix n'excède pas 3,000 francs, dans les communes qui ont moins de 100,000 francs de revenus, et 20,000 francs. dans celles dont les budgets sont réglés par le roi, c'est-à-dire qui ont 100,000 francs et plus, de revenu constaté par les comptes des trois dernières années (*ibid.*, art. 46).

dépenses obligatoires qui, dans le régime ancien, étaient, sans exception, comme pour les dépenses facultatives, du domaine de l'ordonnance royale, sont également classées par la loi de 1837 (art. 40) parmi les actes de la compétence du préfet, quand il s'agit de communes dont les revenus n'atteignent pas 100,000 francs.

Tels sont les points les plus essentiels, en ce qui touche l'approbation des délibérations municipales, sur lesquels la loi du 18 juillet 1837 ait modifié les règles de la compétence.

V. Préfet.

113. Enfin il est un troisième ordre de faits dont il appartient au conseil municipal de connaître, mais dans lequel il est simplement consulté et n'a à délibérer que pour émettre un avis. Cette dernière catégorie embrasse certains objets qui n'intéressent qu'indirectement la commune, et à l'égard desquels l'initiative aussi bien que la décision est confiée à d'autres pouvoirs.

Ce sont nommément les circonscriptions relatives au culte et celles qui concernent la distribution des secours publics; les projets d'alignement de grande voirie dans l'intérieur des villes, bourgs et villages; l'acceptation des dons et legs faits aux établissements charitables; les actes de toute nature, tels qu'emprunts, acquisitions, aliénations, échanges, transactions, qui intéressent ces établissements, ainsi que les fabriques des églises, consistoires, etc., les budgets et comptes des mêmes établissements, etc. (ibid., art. 21.)

114. Outre les attributions que nous venons de définir, le conseil municipal a mission (article 22) de réclamer, s'il y a lieu, contre le contingent assigné à la commune dans l'établissement des impôts de répartition.

On sait que l'impôt de répartition, à la différence de l'impôt de quotité, consiste dans la fixation d'une somme que le conseil d'arrondissement détermine pour chaque commune, et qui se répartit ensuite entre tous les contribuables, sauf recours des communes

au conseil général qui prononce définitivement sur leurs demandes en réduction de contingent (L. 10 mai 1838, art. 1 et 2).— V. Contributions directes.

115. Le conseil municipal délibère aussi (L. 18 juill, 1837, art. 23) sur les comptes présentés annuellement par le maire. Il entend, débat et arrête les comptes de deniers des receveurs, sauf règlement définitif de ces comptes, soit par le conseil de présecture. soit par la cour des comptes, selon que le revenu de la commune est inférieur à 30,000 fr. ou qu'il atteint cette somme (art. 66). Dans les séances consacrées à l'examen des comptes du maire, la loi n'a pas dû lui laisser la présidence. C'est alors le conseil municipal qui désigne, au scrutin secret, celui de ses membres qu'il charge de le présider. Le maire peut toutefois assister à la séance, sauf à se retirer au moment du vote. Le président adresse ensuite directement la délibération au souspréfet (ibid., art. 25). - V. Comptabilité communale.

116. En présence de l'art. 28 de la loi d'organisation municipale, qui dispose que toute délibération d'un conseil municipal portant sur des objets étrangers à ses attributions est nulle de plein droit, il était nécessaire d'ajouter à la nomenclature des objets soumis aux délibérations des conseils municipaux une compétence générale qui s'étendit à tous ce qui intéresse la commune, afin que toutes les délibérations qui seraient étrangères aux attributions ainsi réglées et qui néanmoins exprimeraient des vœux sur des mesures d'intérêt local, ne fussent pas frappées de nullité. C'est à quoi il a été pourvu par l'art. 24 de la loi du 18 juillet 1837, dont le § 1er est ainsi conçu: « Le conseil municipal peut exprimer son vœu sur tous les objets d'intérêt local; » ce qui signifie qu'il peut, soit dans ses sessions ordinaires, soit lorsqu'il a été régulièrement et spécialement convoqué, voter sur la direction d'un chemin vicinal de grande communication, sur le passage d'une route, l'érection d'un pont ou tout autre objet d'utilité générale intéressant particulièrement la commune. Mais ces sortes de délibérations ne valent que comme renseignements et comme éléments d'appréciation auprès de l'autorité supérieure.

rondissement détermine pour chaque commune, et qui se répartit ensuite entre tous les contribuables, sauf recours des communes | Le même article ajoute : « Il ne peut faire ni publier aucune protestation ou adresse. » Cette dernière disposition est plutôt destinée à compléter la loi d'organisation sur le point dont il est question, qu'à régler une mesure d'administration proprement dite.

117. Il en est de même d'une partie des articles suivants du même titre. Ainsi l'article 27, portant que les délibérations des conseils municipaux se prennent à la majorité des voix, et qu'en cas de partage, la voix du président est prépondérante; l'art. 28, qui décide que les délibérations seront inscrites par ordre de date sur un registre coté et paraphé par le sous-préfet, qu'elles seront signées par tous les membres présents à la séance, ou que mention sera faite de la cause qui les aura empêchés de signer; ensin l'art. 29, qui interdit la publicité des séances et ne permet de publier officiellement les débats qu'avec l'approbation de l'autorité supérieure : toutes ces dispositions, disons-nous, qui ne font que prescrire des mesures d'ordre intérieur, eussent pu prendre place dans la loi d'organisation dont la loi d'attributions n'a fait ici que réparer une omission et combler une lacune.

L'article 26 n'est pas de ce nombre; il touche de très-près à l'exercice du pouvoir consié aux conseils municipaux, et l'on peut, à quelques égards, le considérer comme le corrélatif de l'art. 15. Il est conçu en ces termes : « Lorsque, après deux convocations successives saites par le maire, à huit jours d'intervalle et dûment constatées, les membres du conseil municipal ne se sont pas réunis en nombre suffisant, sa délibération prise après la troisième convocation est valable, quel que soit le nombre des membres présents. »

Il est évident que par cette disposition le législateur a voulu, comme il l'a fait à l'égard des maires par l'art. 15, armer le pouvoir contre la résistance, l'incrtie ou le mauvais vouloir des conseils municipaux. C'est ainsi, au surplus, que l'autorité centrale l'a comprise et qu'elle l'applique journellement. Après la troisième convocation, si non-seulement les conseillers municipaux ne se sont pas réunis en nombre même insuffisant, mais s'il y a absence complète, le maire, qui fait partie du conseil, le représente légalement, et sa proposition, jointe au proces-verbal qu'il dresse pour constater le résultat de la convocation, tient lieu de la délibération qui n'a pu être prise.

Il faut donc qu'il y ait refus expressément formulé par le conseil municipal réuni en nombre suffisant, c'est-à-dire comprenant la

moitié plus un des membres en exercice, pour que la proposition soit considérée comme légalement repoussée.

CHAP. 5. — Des biens des communes sous le rapport de la propriété.

Sect. 1<sup>re</sup>. — De la propriété communale sous le droit ancien.

§ 1 er. — Origine de la propriété communale.

118. L'origine de la propriété communale remonte à l'origine des communes elles-mêmes. En se partageant le sol sur lequel ils venaient s'établir, et en fondant ainsi la propriété privée, les premiers habitants ont dû réserver dans l'indivision les biens dont il leur était plus avantageux de jouir en commun, tels que les pâturages et les forêts. Ils ont dû aussi négliger de partager les terres stériles et non susceptibles de culture. Ce premier patrimoine, grossi de tous les établissements formés par les habitants en vue de l'utilité commune, a, selon toute apparence, fondé dès le principe la fortune communale.

119. Telles sont, en effet, les bases sur lesquelles nous la trouvons constituée dans les monuments législatifs les plus anciens. Dans l'empire romain, et particulièrement dans les Gaules, les cités, villes, bourgs, villages ou autres corporations d'habitants, possédaient, à titre de propriété commune, certains biens destinés exclusivement à la jouissance indivise des habitants : c'étaient, dans les villes. les théâtres, les stades et les autres édifices (1); dans les campagnes, les forêts et les pâturages nécessaires à l'exploitation des fonds ruraux. Siculus Flaccus, dans son traité De conditionibus agrorum, nous apprend « qu'il y a des forèts quasi publiques, ou plutôt appartenant à tels ou tels villages; qu'aux seuls habitants de ces villages est réservé le droit d'y couper du bois et d'y faire paître des bestiaux, et que pour arriver à ces forêts, on crée souvent, au profit du public, la servitude de passage sur les fonds limitrophes (2). » Ailleurs, Frontin,

<sup>(1)</sup> Universitatis sunt, non singulorum, qua in civitatibus sunt theatra, stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum. (Instit. De rerum divisione, lib. 2, tit. 1, § 6.)

<sup>(2)</sup> Quorumdam etiam vicanorum aliquas sylvas

De controversiis agrorum, fait remarquer « qu'il v a aussi des champs en pâture, dont la propriété appartient, mais en commun, aux fonds qui les avoisinent (1); » enfin, outre ces biens productifs, les communes comptaient encore au nombre de leurs fonds, les terres hermes et stériles qui se trouvaient renfermées dans leur enceinte; car ces terres entraient dans le calcul du contingent d'impôt assigné à la commune, qui pouvait seulement demander un dégrèvement par compensation avec les fonds utiles (2). Ces biens, indistinctement nommés, en raison de leur destination, vicanalia (3), communes ou proindivis (4), ou compascua (5), avaient été attribués formellement à tel ou tel pays pour l'utilité commune des habitants, lors des partages exécutés par les répartiteurs des terres (6), ou ils avaient été achetés en commun par les habitants des villes qui voulaient fonder des exploitations agricoles (7). Du reste, ils n'appartenaient pas aux colons, mais à la colonie considérée comme personne publique (8) et comme un être im-

quasi publicas, imò proprias esse comperimus, nec cuiquam in eis cædendi pascendique jus esse, nisi vicanis quorum sunt: ad quas itinera sæpe, ut suprà diximus, per alienos agros dantur (Siculus Flaccus, De conditionibus agrorum, p. 17).

(1) Videndum quoque quoniam est et pascuorum proprietas pertinens ad fundos, sed in commune (Frontinus, De controversiis agrorum).

(2) Omne territorium censeatur quoties defectorum levamen exposcitur, ut sterilia atque erema his, quæ culta vel opima sunt, compensentur (1.4, cod. De censibus, lib. 2, tit. 57.)

- (3) Vicanalia, ex eo quod ad pagum aliquem, seu vicum, et illius habitatores in universum pertinerent. Vicani enim sunt rustici in eodem pago et universitate agrorum ei respondentium commorantes (Alciatus, in lege pratum, 31, ff. lib. 50, tit. 16, De verb. signific.).
- (4) Frontinus, ubi supra; Aggenus Urbicus, in Frontinum.
- (5) Compascuus ager relictus ad pascendum communiter vicanis (Festus, in voce compascuus).
- (6) Ager compascuus dictus, qui a divisoribus agrorum relictus est ad pascendum communiter vicanis (Isidori *Originum*, lib. 15, cap. 2).
- (7) Plures ex municipibus qui diversa prædia possidebant, saltum communem, ut jus compascendi haberent, mercati sunt (l. 20, § 1, ff. Si servitus vindicetur).
- (8) Quædam loca feruntur ad personas publicas attinere, nam personæ publicæ etiam coloniæ adpellantur (Aggenus Urbicus, in Frontinum).

périssable avec lequel ils devaient se perpétuer(1); ils étaient, pour cette raison, réputés inaliénables et imprescriptibles (2). La propriété communale était donc régulièrement constituée dans les Gaules, sous l'empire de la loi romaine.

120. Mais plus tard, lorsque la féodalité s'éleva sur les débris de l'empire gallo-romain. quel fut, au milieu de ces nouvelles transformations sociales, le sort des communes? Continuèrent-elles d'exister, et, par suite, conservèrent-elles les biens d'antique origine qu'elles avaient possédés jusqu'alors, ou bien, au contraire, les Francs, les Visigoths et les Ostrogoths, en se partageant la Gaule, firent-ils disparaître jusqu'aux derniers vestiges de cet admirable système de colonisation sur lequel les Romains avaient fondé leur puissance, de telle sorte qu'il faille considérer toutes les communes actuelles comme étant de création moderne, et, dès lors, chercher dans les principes d'un droit nouveau l'origine et les bases de la propriété communale? C'est là une grave question, qui divise encore aujourd'hui les jurisconsultes.

121. Les anciens feudistes n'avaient pas hésité à supposer que, lors de l'invasion des barbares, les habitants des Gaules avaient été réduits en esclavage; que les vainqueurs avaient envahi et s'étaient partagé toutes les terres dont ils avaient formé des fiefs, et que, par suite, les seigneurs, dans la vue de peupler leurs immenses domaines et'd'y attirer des colons, en avaient détaché quelques parties pour les abandonner à la jouissance commune de ceux qui viendraient y habiter ; d'où les auteurs avaient conclu: 1° que les communes devaient toutes être considérées comme étant de création nouvelle; 2° que les biens en possession desquels elles étaient, provenaient de la libéralité des seigneurs; 3° qu'aux seigneurs seuls appartenaient tous les biens vacants et sans maître, et les terres incultes situées sur l'étendue de leur territoire, en vertu

<sup>(1)</sup> Ab initio hæc fuit dicta lex agro compascuo, ut communiter pasceretur, et sub ejusdem universitatis dominio (ib.).

<sup>(2)</sup> Æquè territorio si quid erit adsignatum, id ad ipsam urbem pertinebit, nec venire, aut abalienari à publico licebit: id datum in tutelam territorio adscribimus, sicut sylvas et pascua publica (Hygeni, De limitibus constituendis, lib. unic.).

de la maxime : nulle terre sans seigneur.

122. Les suppositions sur les quelles se fondait ce système sont loin d'être justifiées. Les barbares ne réduisirent point en esclavage les habitants des Gaules; ils respectèrent au contraire l'état des personnes : toutes les lois qu'ils établirent furent personnelles, c'est à-dire que le Romain resta soumis à la loi romaine, le Franc, à la loi franque, et le Bourguignon, à la loi bourguignonne (1). Ils ne s'emparèrent point non plus de toutes les terres, car nous voyons par leurs lois que les nouveaux venus se bornèrent à partager les terres, non entre eux seulement, mais avec les anciens possesseurs, dans des proportions déterminées (2); et spécialement en ce qui concerne les communes, qu'ils laissèrent en communauté les forêts, les coteaux et les plaines propres au pâturage des bestiaux (3). Quant à l'établissement des fiefs, l'opinion généralement admise aujourd'hui est qu'ils ne furent composés que des biens sur lesquels la main du vainqueur s'était étendue. Ceux qui restèrent aux mains des anciens possesseurs et de leurs descendants, recurent la dénomination de franc alleu; et tel était assurément le caractère des biens communaux (4), surtout dans les provinces où la maxime, nulle terre sans seigneur, n'avait jamais été admise, telles que le duché de Bourgogne, la Franche-Comté, le Languedoc, la Champagne, etc.

123. Cependant une école moderne s'est formée, qui, sans adopter toutes les suppositions des feudistes, prétend établir historiquement l'anéantissement complet des communes dans la Gaule, à l'époque de l'invasion des barbares, et tire hardiment de ce point de fait la preuve du droit préexistant des seigneurs et de la création postérieure de la propriété communale. Un des partisans les plus éminents de cette doctrine, M. Troplong, dans une dissertation remarquable (5) où il s'attache à réfuter le système contraire ensei-

gné par M. Proudhon (1), soutient cette thèse historique et en tire la conclusion que « les communes sont nées sous la main de la féodalité. »

124. Les contradictions des auteurs et l'obscurité de nos annales, à l'époque de transition qui a suivi la domination romaine. laissent, il faut en convenir, un vaste champ aux théories historiques. Cependant, nous avons vu plus haut que ni l'invasion des barbares. ni l'établissement des fiefs n'ont porté atteinte à la propriété communale constituée par les lois romaines. Ce point solidement établi sur des monuments législatifs, ruine par sa base la doctrine que l'école dont nous parlons a renouvelée des anciens feudistes. Et quand même ce point historique paraîtrait encore enveloppé de quelques nuages, les doutes ne devraient-ils pas se résoudre en faveur de l'antériorité du droit des communes? Lorsqu'il s'agit de remonter, par la voie des inductions et des présomptions, à l'origine d'un droit de propriété, n'est-ce donc rien que les monuments anciens qui ont fondé ce droit? N'est-il pas censé avoir traversé sans naufrage les âges intermédiaires, quand aucun fait, aucun document, ne prouve qu'il ait dû nécessairement périr? Il y a plus, c'est qu'en supposant même qu'il y ait eu dans l'existence des communes quelque solution de continuité, et qu'à une époque de confusion et de violence leur droit de propriété ait été momentanément méconnu, la fin de ces temps malheureux l'a vu reparaître, et il n'a pu alors que se rasseoir sur ses anciennes bases; la chaîne interrompue a dû se renouer. C'est ce qui est arrivé pour certains droits temporairement méconnus de la puissance souveraine et de la propriété privée; pourquoi ceux des communes seuls n'auraient-ils pu se rattacher à leurs racines? Nous pensons donc. avec M. Proudhon, que la propriété communale remonte à l'origine même des sociétés, à ce droit primitif de propriété que la généralité des habitants d'une commune est naturellement présumée avoir sur les biens qui sont compris dans les limités de son territoire. et qui, par leur nature, sont à l'usage de tous. Si quelques communes sont redevables aux seigneurs de quelques-uns de leurs droits, ce sont là des actes particuliers de libéralité

<sup>(1)</sup> Montesquieu, Esprit des lois, liv. 28, ch. 2; Mably, Hist. de France.

<sup>(2)</sup> L. des Bourguignons, tit. 54, § 1; L. des Visigoths, liv. 10, tit. 9, édit. de Lindenbrog.

<sup>(3)</sup> Sylvarum, montium et pascuorum unicuique pro ratà suppetit esse communionem (L. des Bourguignons, add. 1re, tit. 1er, § 6).

<sup>(4)</sup> Voir Legrand, Cout. de Troyes, art. 158,

<sup>(5)</sup> Revus de législation et de jurisprudence, 1. 1er.

<sup>(1)</sup> Traité de l'usage et de l'usutruit, t. 8.

qu'on ne peut logiquement étendre par voie d'induction et ériger en présomption générale. Tels sont, au suplus, les principes proclamés par les lois de 1792 et 1793, lois que peut-être on perd trop souvent de vue, et que nous aurons bientôt à examiner.

Nous devons auparavant signaler les usurpations auxquelles ont conduit les principes contraires posés par les seigneurs, et exposer les vicissitudes que la fortune communale a subies jusqu'en 1789.

§ 2. — Sort de la propriété communale jusqu'en 1789.

125. L'état de dépendance et d'oppression dans lequel restèrent longtemps les communes et que nous avons déjà signalé dans l'historique placé en tête de cet article, devait nécessairement influer sur leur fortune. Nous venons de voir tout à l'heure (n° 121) que les seigneurs avaient fait admettre en principe que tous les biens communaux provenaient de leur libéralité. Or, comme ils avaient en même temps proclamé l'imprescriptibilité de leurs droits, il en résultait que les communes ne pouvaient prétendre à la propriété des biens dont elles jouissaient, même depuis un temps immémorial, qu'autant qu'elles étaient en mesure de produire un acte régulier de concession. Et lors même que cet acte avait réellement existé, la condition des communes n'en était pas moins précaire, car les seigneurs avaient la garde des archives dans leurs domaines; ils pouvaient facilement soustraire les titres qui y étaient déposés, les anéantir, les falsisier, et c'est ce qu'ils sirent souvent, ainsi que l'attestent les auteurs et les lois anciennes (1).

126. Le droit coutumier, né de la jurisprudence des justices seigneuriales, vint encore aggraver cet état de choses. Dans la plupart des provinces, il ne suffisait pas à la commune contre laquelle un seigneur revendiquait un bois ou un pâturage de produire l'acte de concession qui l'avait investie; pour que la libéralité ne fût pas susceptible d'être révoquée, il fallait que l'acte qui la constatait eût une juste cause, c'est-à-dire qu'il contînt l'indication des charges féodales auxquelles, en retour, la communauté avait dû être soumise; en d'autres termes, la concession n'était valable et définitive qu'autant qu'elle avait été faite à titre onéreux, et cette condition même avait-elle été remplie, cela ne suffisait pas toujours pour que la commune sût à l'abri de la spoliation. Il fallait encore que les charges fussent réputées, par la coutume. avoir été consenties pour la concession des fonds, et non pour un simple droit d'usage: autrement, le seigneur pouvait toujours reprendre le bien dont jouissait la commune. C'est ce que l'on décidait notamment, d'après certaines coutumes, à l'égard des concessions faites movennant l'établissement du droit de blairie, qui n'était réputé payé que pour la vaine pâture, quels que fussent les termes de l'acte de concession (1). Dans quelques provinces on allait plus loin encore, et l'on y tenait tout simplement pour maxime, que les seigneurs pouvaient toujours s'approprier les biens publics (2).

127. Ensin, du pouvoir de police et de juridiction que les seigneurs avaient sur les biens
communaux, sortirent les droits de réserve et
de triage, en vertu desquels le seigneur pouvait, soit, lorsque la commune n'était que
simple usagère, restreindre ses droits primitifs à telle portion qu'il jugeait suffisante
à ses besoins, soit, lorsqu'elle était reconnue
propriétaire, réclamer le partage des biens
communaux, et s'en faire attribuer le tiers à
titre de premier habitant (3). — V. Triage,
Usage (droit d').

128. C'est en vain que les communes cru-

<sup>(1)</sup> V. Imbert, Enchiridion juris scripti Galliæ; Lalande, Cout. d'Orléans; Loyseau, Traité des seigneuries; Legrand, Cout. de Troyes; ord. de 1576 et 1579; décl. de 1659; édit de 1667.

<sup>(1)</sup> Si en haute justice d'un seigneur se trouvent aucuns héritages vacants qui ont servi de pacage pour les sujets, le seigneur ne devra être empêché de se les appliquer pour son profit, sous prétexte que les sujets lui payent blairie, car la blairie n'est pas redevance foncière, ni destinée particulièrement pour l'usage d'un héritage ou autre, mais en général pour les vaines pâtures (Guy-Coquille, Sur la coutume du Nivernais, art. 6, du titre des droits de blairie).

<sup>(2)</sup> En France, les seigneurs qui ont le droit de fisc, ont aussi le droit de commander en tout ce qui est du public et y faire règlement et prendre les profits de tout ce qui n'appartient pas particulièrement à chacun (Guy-Coquille, Sur la coutume du Nivernais, art. 4, du titre des droits de blairie).

<sup>(3)</sup> Le seigneur a droit de premier habitant, et de distraire le tiers des communes pour en

rent toucher au terme de cet état d'oppression, lorsque, vers le milieu du seizième siècle, le pouvoir royal, reprenant sur les scigneurs la police générale et la juridiction des eaux et forêts, attribua toutes les contestations relatives aux droits de propriété ou d'usage des communes à des juges royaux qui étaient, en premier ressort, les juges des grandes maîtrises, et en dernier ressort, ceux des tables de marbre. L'insluence des seigneurs paralysa ces institutions, et la jurisprudence des justices seigneuriales, adoptée par les juges royaux, se trouva en quelque sorte solennellement consacrée. L'empire que les seigneurs exercaient sur les communes leur donnait d'ailleurs la facilité de les distraire des juridictions nouvelles, en leur imposant des arbitrages ou des transactions.

129. Les troubles et les guerres civiles, qui, jusqu'au règne de Louis XIV, déchirèrent la France, furent pour les communes une nouvelle cause de ruine.

Elles avaient été frappées d'impôts énormes qu'elles n'avaient pu payer qu'au moyen d'emprunts. Hors d'état de s'acquitter, beaucoup d'entre elles furent réduites à la nécessité de vendre leurs propriétés communales; et nonseulement ces ventes furent généralement faites à vil prix, mais, à la faveur de la détresse publique, on simula des dettes pour arriver à la vente des biens communaux, comme auparavant on avait simulé des procès pour amener des transactions; et, suivant les expressions de l'édit de 1667, l'on abusa, pour cet effet, des formes les plus régulières de la justice.

130. A différentes époques, les rois cherchèrent à tirer les communes de leur état de détresse et à les soustraire à l'avidité des seigneurs. Par un édit d'avril 1567, Henri III, « touché, comme le dit Jean Duret, des cris du pauvre peuple, » défend à toutes personnes, de quelque état et condition qu'elles soient, d'usurper les terres vaines et vagues, pâtis et communaux de leurs sujets. L'ordonnance de Blois, du même prince, publiée en 1579, annula (art. 284) ces transactions et ces sentences arbitrales dont nous venons de parler (1). Par

un édit de 1600, Henri IV autorisa les communes à rentrer dans leurs fonds aliénés, en remboursant, dans l'époque de quatre ans, les sommes qui leur auraient été payées. L'édit de 1629 renouvela les défenses précédemment faites aux seigneurs, «d'usurper les communes des villages et les appliquer à leur profit. » Aux termes d'un autre édit de 1659. spécial aux provinces de Champagne et de Picardie, Louis XIV, par une mesure particulière qu'il devait bientôt généraliser, autorisa les communes de ces deux provinces à se remettre en possession de leurs biens aliénés depuis vingt ans, en remboursant aux acquéreurs, dans l'espace de dix années, et par dixième chaque année, le principal des sommes qui scraient justifiées avoir été réellement payées. Ensin arriva l'édit d'avril 1667, sur lequel nous devons nous arrêter plus particulièrement, parce qu'il a rétabli en quelque sorte les bases du droit communal en France, et ouvert pour les communes l'ère de réparation que la législation de 1789 devait accomplir.

131. « Quoique les usages et communes appartiennent au public, porte le préambule de cet édit, à un titre qui n'est ni moins favorable, ni moins privilégié que celui des autres communautés qui se maintiennent dans leurs biens par l'incapacité de les aliéner, sinon en des cas singuliers et extraordinaires, et toujours à faculté de regrès, néanmoins on a partagé ces communes; chacun s'en est accommodé selon sa bienséance, et, pour en dépouiller les communautés, l'on s'est servi de dettes simulées, et l'on a abusé, pour cet effet, des formes les plus régulières de la justice. Ainsi, ces communes qui avaient été concédées par forme d'usage seulement pour demeurer inséparablement attachées aux habitations des lieux, pour donner aux habitants le moyen de nourrir les bestiaux et de ferti-

jouir séparément (Davot, Traité du droit français, t. 4, traité 6).

thorité ont osté et soubstrait les lettres, tiltres et autres enseignements de leurs subjects, pour s'accomoder des communes dont ils jouissoient auparavant, ou sous prétexte d'accord, les ont forcez de se soubmettre à l'avis de telles personnes que bon leur a semblé, et en faire poursuite diligente, déclarant dès à présent telles soubmissions, compromis, transactions ou sentences arbitrales ainsi faictes de nul effet. » Cette importante disposition pourrait sans nul doute être encore invoquée aujourd'hui.

<sup>(1) «</sup> Pareillement, enioignons à nos dicts procureurs de faire informer diligemment et secrètement contre tous ceux qui de leur propre au-

liser leurs terres par les engrais et plusieurs autres usages, en avant été aliénées; ces habitants, étant privés des moyens de faire subsister leurs familles, ont été forcés d'abandonner leurs maisons, et par cet abandonnement les bestiaux ont péri, les terres sont demeurées incultes, les manufactures et le commerce en ont souffert des préjudices trèsconsidérables.... » - Viennent ensuite différentes dispositions par lesquelles, entre autres, il est décidé : 1º que les habitants des paroisses et communautés, dans toute l'étendue du royaume, rentreront, « sans aucune formalité de justice (1), dans les fonds, prés, pâturages, bois, terres, usages, communes, communaux, droits et autres biens communs, par eux vendus ou baillés à baux, à cens emphytéotique, depuis l'année 1620, pour quelque cause et occasion que ce puisse être, même à titre d'échange, en rendant toutefois, en cas d'échange, les héritages échangés; » 2° qu'à l'égard des biens aliénés avec toutes les formalités requises, en vertu de lettres patentes et pour cause légitime, les communautés d'habitants pourraient également en reprendre la possession, en remboursant par dixième. d'année en année, le prix principal qui serait reconnu avoir profité à la communauté, d'après liquidation faite par des commissaires royaux; 3º que les créanciers des communautés, « même ceux qui se trouveraient créanciers pour raison du remboursement du prix pour lequel les communes auraient été aliénées, ne pourront faire saisir lesdites communes, ni en faire bail judiciaire, ni s'en faire adjuger les fruits ou la jouissance, à quelque titre ou sous quelque prétexte que ce soit, en justice ou pour convention faite par les habitants, à peine de perte de leur droit, et de dix mille livres d'amende; » 4º que les sommes nécessaires pour rembourser ces créanciers seront imposées sur tous les habitants des communautés et paroisses, même sur les exempts et privilégiés; le tout nonobstant « tous contrals, transactions, arrêts, jugements, lettres patentes vérifiées, et autres choses à ce contraires; » 5° ensin, que les habitants ne pourront plus aliéner leurs usages et communs, sous quelque cause et prétexte que ce puisse être, à peine de fortes amendes contre tous ceux qui auraient concouru à la vente, de nullité du contrat et de perte du prix contre les acquéreurs. Telles furent les mesures énergiques par lesquelles Louis XIV arrêta ensin les communes sur le penchant de leur ruine.

132. Depuis 1667 jusqu'à la révolution, il ne reste plus à indiquer qu'une déclaration royale du 6 novembre 1677, qui admit tous les détenteurs de biens communaux à se faire confirmer et maintenir dans leurs possessions, en payant le huitième de leur valeur à dire d'experts; et une autre déclaration du 11 juillet 1707, laquelle admit derechef les détenteurs qui n'avaient pas satisfait à la précédente, à se faire confirmer et maintenir dans leurs possessions, en payant le sixième de leur valeur.

SECT. 2. — Lois révolutionnaires relatives aux biens communaux.

§ 1<sup>er</sup>. — Réintégration des communes dans les biens usurpés sur elles par abus de la puissance féodale.

133. Le célèbre décret du 4 août 1789, portant abolition générale des droits féodaux, sit faire aux communes un pas immense dans la voie de réparation où, depuis l'édit de 1667, elles étaient entrées. La réforme ne s'arrêta point là, et bientôt elles furent rétablies, par la loi du 28 août 1792, dans les biens dont elles avaient été dépouillées par l'abus de la puissance féodale.

« Les communes, porte l'art. 8 de cette loi, qui justifieront avoir anciennement possédé des biens ou des droits d'usage quelconques, dont elles auront été dépouillées en totalité ou en partie par des ci-devant seigneurs, pourront se faire réintégrer dans la propriété et possession desditsbiens ou droits d'usage, nonobstant tous édits, déclarations, arrêts du conseil, lettres patentes, jugements, transactions et possessions contraires, à moins que les ci-devant seigneurs ne représentent un acte authentique qui constate qu'ils ont légitimement acheté lesdits biens. »

134. La jurisprudence qui s'est sormée sur cette disposition exige que, pour exercer le droit de revendication qui leur est accordé, les communes prouvent, 1° qu'elles ont an-

<sup>(1)</sup> Cette clause exorbitante ayant occasionné quelques troubles, fut modifiée depuis par un arrêt du conseil du 14 juillet 1667, aux termes duquel les habitants des communautés furent tenus, avant de se mettre en possession, de présenter requêtes aux commissaires départis dans les provinces.

ciennement possédé les terrains qu'elles réclament; 2° qu'elles en ont été dépossédées par l'effet de la puissance féodale (1).

135. Pour que la possession dont la commune justifie soit efficace, il faut qu'il en résulte au moins une présomption de propriété. (Cass. 15 juillet 1828, Devillen, et Car. 9. 1. 131; J. P. 3e édit.) Ainsi, il faut que la commune ait possédé à titre de propriétaire. (Cass. 28 mai 1816, Devillen. et Car. 5. 1. 198; J. P. 3º édit.) La possession à titre de simple usagère ne lui donne par conséquent aucun droit à la revendication (Cass. 22 brumaire an vII, Devillen. et Car. 1.1. 128; J. P. . 3º édit.; — 14 floréal an x, Devillen. et Car. 1. 1. 636; J. P. 3º édit; — 14 brumaire an XIII, Devillen. et Car. 2. 1. 16; J. P. 3º édit.; - 24 novembre 1818, Devillen. et Car. 5. 1. 551; J. P. 3e édit.); et lors même qu'elle justifie avoir possédé animo domini, elle ne peut demander à être réintégrée, si sa possession n'a pas été accompagnée d'un titre légitime ou n'a duré qu'un temps insuffisant pour prescrire (Cass. 18 brum. an XI, Devillen. et Car. 1. 1. 717; J. P. 3e édit.); jugé aussi que la tradition populaire ou des délibérations des communes elles mêmes ne peuvent être considérées comme des preuves suffisantes de propriété. (Cass. 20 juin 1808, Devillen. et Car. 2. 1. 545; J. P. 3e édit.)

136. La nécessité pour les communes de prouver qu'elles ont été dépossédées par l'abus de la puissance féodale, n'est pas moins rigoureuse (V. Cass. 28 mai 1816, arrêt cité nº 135). Par suite, la présomption d'usurpation qui résulte contre les seigneurs de la loi précitée, ne peut être invoquée que contre ceux-là mêmes qui étaient seigneurs de la commune réclamante (Cass. 3 prair. an x1, Devillen. et Car. 1. 1. 804; - 20 juin 1808, Devillen. et Car. 2. 1. 545.) (2). Peu importe que celui contre lequel la réclamation serait dirigée ait eu des fiefs dans la commune, s'il n'en était pas le seigneur proprement dit. (Cass. 26 oct. 1808, Devillen. et Car. 2. 1. 594; J. P. 3° édit.)

137. Par une consequence nécessaire des mêmes principes, il a été jugé que les lois de

- § 2. Attributions aux communes des terres vaines et vagues, landes, etc.
  - -V. Terres vaines et vagues.
- § 3. De la faculté de rachat consacrée en faveur des communes par la loi du 10 juin 1793.

138. Nous avons vu suprà, nº 131, que l'édit de 1667 avait accordé aux communes la faculté de racheter leurs biens aliénés depuis l'année 1620. Cette faculté a été confirmée en ces termes par la loi du 10 juin 1793 : « Par toutes les dispositions précédentes, porte l'article 14, sect. 4 de cette loi, ni par aucune autre du présente décret sur les communaux, il n'est porté aucun préjudice aux communes pour les droits de rachat à elles accordés par les décrets précédents sur les biens communs et patrimoniaux par elle aliénés forcément en temps de détresse, lesquels seront exécutés dans leurs vues bienfaisantes, selon leur forme et teneur. »

139. Les termes un peu vagues de cette disposition soulèvent de sérieuses disficultés. L'édit de 1667, partant de ce principe que les biens communaux sont, en quelque sorte. considérés comme inaliénables et imprescriptibles, en ce sens, du moins, qu'ils sont réputés ne devoir être jamais vendus qu'à faculté de regrès, contient, nous l'avons vu, trois dispositions principales: par la première, il autorise les communes à se remettre en possession, sans formalité de justice, de tous les biens par elles vendus depuis 1620; par la seconde, il leur donne le droit de se faire réintégrer, par voie de rachat, dans les autres aliénations qu'elles auraient consenties, en remboursant. par dixième, le prix réel qu'elles auraient touché; par la troisième enfin, il renouvelle

<sup>1792</sup> et 1793 ne sont pas applicables aux biens dont les communes avaient pu être autrefois dépouillées par leurs seigneurs, mais que l'état avait possédés, avant 1789, pendant un temps suffisant pour en prescrire la propriété (Cass. 26 nov. 1835, S.-V. 36. 1. 291). De même, et par analogie, une commune en possession d'un terrain dont l'état revendique la propriété en vertu d'anciens titres, ne peut se prévaloir, à l'encontre de l'état, des présomptions établies par la loi du 28 août 1792, pour soutenir que ces titres n'ont été obtenus que par abus de la puissance féodale. (Cass. 12 nov. 1838, S.-V. 38. 1. 983.)

<sup>(1)</sup> V. Merlin, Quest. de dr., v° Communaux, § 2, 3, 4 et 8; Curasson sur Proudhon, t. 8, n° 753.

<sup>(2)</sup> V. aussi Curasson sur Proudhon, tom. 8, nº 753.

aux habitants des communautés la défense de vendre leurs biens, sous peine, entre autres, de la nullité des contrats. La loi du 10 juin 1793, en se référant à ces dispositions, les a-t-elle fait revivre à ce point que les communes puissent aujourd'hui demander indistinctement le rachat de toutes les aliénations anciennement consenties? peuvent-elles exercer cette faculté, quelles que soient l'époque et la cause de la vente, contre tous détenteurs et nonobstant toutes prescriptions? La dissiculté s'accroît, si l'on considère que le principe de l'imprescriptibilité des biens communaux n'a point passé dans notre nouveau droit, et que, d'un autre côté, d'après l'art. 8 de la loi du 28 août 1792, les seigneurs sont à l'abri de toute réclamation, lorsqu'ils peuvent représenter un acte authentique constatant qu'ils ont légitimement acheté les biens anciennement communaux dont ils sont en possession.

140. Cependant, en rapprochant de la jurisprudence les deux lois combinées de 1792 et 1793, nous n'hésitons point à décider que, en règle générale, toutes les difficultés qui peuvent s'élever sur ce point doivent être résolues d'après les principes qui régissent la revendication des biens usurpés par abus de la puissance féodale, c'est-à-dire, 1° que les communes ne peuvent exercer le rachat de leurs biens, qu'autant que la vente est réputée avoir été faite forcément et en temps de détresse (1); 2° que l'action en rachat ne peut être dirigée que contre les anciens seigneurs, ou leurs représentants volontaires.

141. Il suit de là que les seules ventes qui peuvent aujourd'hui donner lieu à la faculté de rachat, sont celles auxquelles l'édit de 1667 avait attaché une présomption de contrainte, c'est-à-dire celles qui ont été passées dans l'intervalle de 1620 à 1667. C'est effectivement ce que la Cour de cassation a plusieurs fois décidé, soit pour les ventes antérieures à 1620 (V. Cass. 5 sept. 1809, S.-V. 10. 1. 5), soit pour les aliénations postérieures à 1667 (V. Cass. 21 juin 1815, S.-V. 15. 1. 304). Hors de cette période, l'acte de vente représenté par l'ancien seigneur doit donc être considéré

comme un titre *légitime* dans le sens de la loi du 28 août 1792, ou, plus exactement, on retombe sous l'empire de l'article 8 de cette loi, et il ne s'agira plus que d'examiner s'il y a eu spoliation de la part du seigneur.

142. Ainsi, malgré la généralité des termes de l'édit de 1667, l'action en rachat, soit à l'égard de toutes ventes autres que celles qui ont été effectuées entre 1620 et 1667, soit à l'égard de tous autres que les anciens seigneurs ou leurs représentants volontaires, doit aujourd'hui être réputée couverte par la prescription de quarante ans. (Cass. 14 janv. 1811, S.-V. 11. 1. 223; 6 avril 1831, S.-V. 31. 1. 278.)

143. Il a, en outre, été jugé que la commune est également déchue de la faculté d'exercer le rachat dans le cas où l'acquéreur a consolidé sa propriété, en payant, suivant l'édit de 1677, le huitième de son prix à la commune (V. Cass. 14 janv. 1811, Devillen. et Car. 3. 1. 279; J. P. 3° édit.)

SECT. 3. — Alleintes portées à la propriélé communale, depuis 1789 jusqu'à nos jours.

#### § 1er. — Aperçu genéral.

144. On sait qu'en vue de rendre à l'agriculture et au commerce les terres vaines et vagues provenant des seigneuries et possédées par les communes, la convention, sans s'arrêter à la difficulté que présentait le point de droit, décréta la loi du 10 juin 1793, qui, en confirmant celle du 28 août de l'année précédente relativement à la désignation des biens communaux en général, autorisa le partage de ces biens entre les habitants usagers, à l'exception des bois, chemins, promenades publiques, etc., et des immeubles affectés à un usage public.

Peu après (24 août 1793), intervint la loi concernant la dette publique, qui déclara les dettes des communes dettes nationales, mais en même temps mit la nation en possession de l'actif des communes, et, en conséquence, ordonna que, dès ce moment, tous leurs biens, meubles et immeubles, seraient régis, administrés et vendus comme les autres biens nationaux, à l'exception toutefois des communaux, dont le partage était décrété, et des objets destinés pour les établissements publics.

Mais il arriva que, pour échapper à la main-mise nationale, dans un grand nombre de localités, les habitants se hâtèrent

<sup>(1)</sup> Ces expressions forcément et en temps de détresse, peuvent néanmoins s'entendre d'une aliénation librement consentie par la commune, si elle a eu pour objet de payer des dettes onéreuses. (V. cass. 3 août 1808, S.-V. 8. 1. 484; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 130.)

de se partager les biens communaux, ou de les vendre, d'une manière en général fort irrégulière; de telle sorte qu'une foulc de débats et de procès s'engagèrent, à la suite de ces transactions précipitées, soit entre les habitants copartageants, soit entre les communes et leurs acquéreurs. De nombreuses usurpations vinrent encore augmenter le désordre.

Cet état de confusion appelait de promptes mesures qui y missent un terme : deux lois furent rendues, l'une (21 prairial an IV), qui suspendit toutes poursuites judiciaires relatives aux partages non consommés des biens communaux, en maintenant toutefois en possession les détenteurs des terrains partagés; l'autre (2 prairial an V), qui prohiba toutes ventes non encore faites en vertu des lois des 10 juin et 24 août 1793.

Enfin celle du 9 ventôse an XII, en confirmant les partages effectués, fit rentrer les biens non partagés entre les mains des communes, et le décret du 9 brumaire an XIII les maintint en possession de ces biens.

145. Les choses étaient en cet état lorsque fut rendue cette autre loi si justement reprochée au régime impérial, et dont les besoins financiers d'une époque désastreuse n'ont pu faire pardonner l'odieux, celle du 20 mars 1813, qui dépouilla les communes en cédant à la caisse d'amortissement leurs biens ruraux, maisons et usines, sans autre dédommagement qu'une rente sur l'état équivalant au produit net.

Le gouvernement de la restauration ne put ou ne crut pas devoir revenir tout d'abord sur cette grave mesure. L'exécution de la loi du 20 mars 1813 fut maintenue provisoirement par une ordonnance royale du 6 juin 1814, qui prescrivit seulement le remboursement, sur les bases que la loi de 1813 avait posées, de la valeur des biens aliénés. La loi de finances du 23 septembre 1814 (art. 25) et une autre ordonnance du 16 juillet 1815 statuèrent dans le même sens.

Ce ne fut que par la loi du 28 avril 1816 que celle du 20 mars 1813 fut déclarée rapportée, et que tous les biens non encore vendus furent remis à la disposition des communes.

146. Plus tard, une ordonnance royale du 23 juin 1819, dans le but de compléter l'œuvre commencée par la loi du 9 ventôse an XII, dont l'exécution n'avait été qu'imparfaite, et par conséquent de saire rentrer les communes dans les biens dont elles avaient été dépossédées par suite de l'exécution de la loi du 10 juin 1793, enjoignit aux administrations municipales de s'occuper sans délai de la reconnaissance de tous les terrains usurpés, et ouvrit à ceux qui les détenaient un moyen de s'en rendre légitimement possesseurs, en payant les quatre cinquièmes de leur valeur, déduction saite des fruits perçus.

147. Tel est l'abrégé des nouvelles vicissitudes que la propriété des biens communaux a subies depuis 1793 jusqu'à nos jours. Nous allons examiner succinctement les difficultés de droit qu'elles ont fait naître.

§ 2. — Main-mise par l'état sur les biens communaux en 1793. — Dettes anciennes des communes. — Compétence.

148. La loi du 24 août 1793, en attribuant à l'état tout l'actif des communes, avait, comme nous l'avons dit, déclaré leurs dettes dettes nationales, et avait enjoint aux créanciers de remettre, dans un certain délai et à peine de déchéance, tous leurs titres au directeur général de la liquidation.

On a demandé si l'effet de ces dispositions avait été général et absolu, de telle sorte que les communes pussentêtre considérées comme s'étant trouvées libérées ipso facto, soit qu'elles aient ou non abandonné leurs biens à l'état, soit que leurs dettes fussent ou non exigibles à l'époque du 24 août 1793. La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative; et il résulte de nombreuses décisions : 1º que les créanciers des communes étant devenus les créanciers directs de l'état, ont perdu tout recours contre les communes; 2º qu'ils sont déchus aujourd'hui du recours qui leur était ouvert contre l'état, à défaut par eux de s'être pourvus en liquidation dans le délai fixé. (Ord. des 10 fév. 1816 [Delacourtie]; 28 juillet 1820 [Lacroix]; 10 janvier, 2 et 22 fév., 28 mars, 20 juin et 15 août 1821 [ Vinot, David, Molinos Crespin et Verdalle]; 16 août 1833 [Millot]; 23 déc. 1835 [Mayet].)

Un avis du comité de l'intérieur du 10 août 1821, a même été plus loin: il a établi formellement qu'une commune ne doit pas être autorisée aujourd'hui à payer une dette antérieure à 1793, lors même que son conseil municipal consentirait à l'acquitter; que si la commune a déjà servi pendant un grand nombre d'années la rente provenant d'une

pareille dette, elle n'en doit pas moins se refuser à en continuer le service; car l'ignorance où elle se trouvait alors de ses droits ne peut lui être opposée et lui enlever le pouvoir de se débarrasser d'une obligation dont l'exécution volontaire de sa part ne saurait élever ni fonder un titre contre elle. Cependant, en pareil cas, les paiements volontaires qu'elle a faits doivent être considérés comme valables, et ne donnent droit à aucune répétition.

149. L'autorité administrative est, du reste, seule compétente pour statuer sur les dissicultés qui peuvent s'élever en cette matière. C'est à elle seule, et non aux tribunaux, qu'il appartient de déclarer, en conséquence, si une dette est restée dette communale ou si elle a été nationalisée, et est ainsi devenue dette de l'état. (Cass. 21 août 1822, Devillen. et Car. 7. 1. 129; J. P. 3° édit.; — ord. du 28 fév. 1828; — Cass. 7 déc. 1839, S.-V. 40. 1. 31; D. P. 40. 1. 47.) (1).

L'autorité administrative dont il est ici question est le préfet, sauf recours au ministre de l'intérieur, et non le conseil de préfecture (décr. des 23 avril 1807; 7 fév. 1809; 4 août 1811; 8 mars 1813; ord. des 16 juin 1824 [Monnet]; 28 fév. 1828 [commune d'Orchies]; 22 oct. 1830 [Valeran]; 17 janv. 1833 [Charoet]; 27 fév. 1836 [Thouvenin]; etc.) (2).

# § 3. — Partage des biens communaux en vertu de la loi du 10 juin 1793.

150. Sous l'ancienne législation, les partages de biens communaux étaient prohibés d'une manière absolue, ou du moins, si, dans quelques provinces, telles, par exemple, que l'Artois et la Flandre, ils pouvaient être tolérés, ce n'était jamais que sous certaines conditions de réversibilité au profit des cohabitants de la même commune, conditions qui n'en faisaient guère qu'un règlement de jouissance. (V. Communaux, § 2.) Les seuls partages fonciers qui puissent être aujourd'hui maintenus, sont donc ceux qui ont eu lieu en vertu de la loi du 10 juin 1793 (ord. du 14 fév. 1839 [Barda et autres]).

151. La loi du 21 prairial an IV ayant aboli la faculté ouverte par la loi de 1793, il faut, par voie de conséquence, considérer également comme nuls les partages effectués postérieurement; c'est ce qui a été jugé dans une espèce où cependant les opérations préliminaires du partage avaient eu lieu antérieurement à la loi précitée (décr. du 24 juin 1808 [Commune de Neuville-les-Soys]).

152. Il faut encore considérer comme nuls, les partages dans lesquels on aurait compris des propriétés réservées expressément par la loi du 10 juin 1793. Ainsi jugé, notamment à l'égard du partage de terrains renfermant des tourbières, mines, carrières et autres productions minérales d'une valeur supérieure à celle du sol (L. du 10 juin 1793, art. 9; circul. du min. de l'int. du 25 germinal an IX; décr. du 22 frim. an XIII).

153. Mais un partage de biens communaux fait conformément à la loi et en temps utile, n'est pas nul par cela seul qu'on y aurait compris des biens appartenant à un particulier (décr. du 26 janv. 1809 [Commune des vignes]); l'action en revendication que peut exercer ce particulier ne saurait en effet porter atteinte à la validité du partage.

154. Quant aux formalités nécessaires pour la régularité des partages, le principe est, à la vérité, qu'ils ne sont valables qu'autant qu'il en a été dressé acte (décr. du 6 septembre 1813 [Massigas]; ord. du 6 novembre 1817 [Varlet]. Mais il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'état, que la bonne foi des copartageants doit, avant tout, être prise en considération, et qu'il y a lieu de maintenir tous les partages réellement effectués, encore que l'acte de partage ne soit pas représenté, ou quelles que soient les irrégularités de cet acte, alors d'ailleurs que le vœu général des habitants est constaté par les délibérations de la commune, et que les copartageants ont toujours joui paisiblement des lots à eux attribués (decr. et ord. des 12 décemb. 1806 [comm. de Melzicourt]; 16 et 24 juin, 11 dec. 1808 [communes de Bignecourt, Moyenvic, Brainville; 13 fev. 1816 [comm. de Vis-en-Artois]; 21 oct. 1818 [Bonnarelsaud]; 23 juin 1819 [comm. de Touffreville]; 13 août 1828 [Granier]; etc.)

Cependant il a été jugé que l'acte de partage n'est pas valablement suppléé par le registre d'une commune contenant seulement

<sup>(1)</sup> On peut voir encore, dans le même sens, Cormenin, Droit adm. (édit. de 1840), append., p. 44; Henrion de Pansey, Des biens communaux, p. 341 et suiv.

<sup>(2)</sup> V. encore Cormenin et Henrion de Pansey, ubi suprà.

le nom des copartageants et les lots qui leur seraient échus, lorsque ce registre ne constate ni vœu des habitants, ni nominations d'experts, ni procès-verbal de tirage des lots au sort, et n'est d'ailleurs revêtu d'aucune signature (décr. du 16 août 1808 [comm. de Daubhuden]); jugé aussi que l'on doit considérer comme nul le partage qui aurait été fait sur la demande d'un seul individu, surtout si, depuis ce prétendu partage, les habitants sont restés dans l'indivision et ont ainsi manifesté l'intention de continuer de jouir en commun (décr. du 3 sept. 1808 [commune de Puxe]).

155. On ne doit pas, du reste, considérer comme partage l'acte par lequel les habitants d'une commune, en divisant entre eux les biens communaux, ont stipulé que les détenteurs ne pourraient ni les vendre ni les engager: ce n'est là qu'un simple règlement de jouissance (décr. du 26 nov. 1808 [commune de Monceau-les-Loups]). — V., au surplus, Communaux, n°s 6 et 24.

156. Relativement aux contestations qui peuvent s'élever à l'occasion des partages, la compétence se divise entre les conseils de préfecture et les tribunaux. Les conseils de préfecture décident toutes les questions qui touchent, soit à la preuve du partage, soit à son exécution (V. notamment ord. des 7 août 1816 [Romary]; 16 juin 1831 [Bourdet et Martin]); toutes les contestations qui, en dehors des actes de partage, ne peuvent être décidées que par l'application des règles du droit commun, appartiennent aux tribunaux (décr. et ord. des 11 janv. 1813 [habit. de Veuilly]; 7 nov. 1814 [Laufroy]; 7 août 1816 [Legeay]; 25 mars et 31 août 1830 [Beau, Lottin et Cadoux]). Ainsi, les tribunaux sont seuls compétents pour statuer sur la demande en revendication de biens compris à tort dans un partage de biens communaux (décr. du 11 janvier 1808 [ Demenardeau]; ord. du 12 nov. 1823 [commune de Hochfrankenheim]), de même que sur les questions de bornage qui peuvent s'élever entre les copartageants et les tiers (ord. des 4 août 1822 [commune de Juvigny]; 9 janv. 1828 [Gontant]).

# § 4. — Usurpation des biens communaux.

157. En thèse générale, les difficultés que peut faire naître l'usurpation des biens communaux doivent, comme celles qui sont relatives à l'usurpation des propriétés privées, être résolues d'après les règles du droit commun. Ce n'est que par exception que la loi du 9 ventôse an XII, qui se rattache aux partages exécutés en vertu de la loi du 10 juin 1793, et l'ordonnance royale du 23 juin 1819, ont établi en cette matière un droit particulier.

158. La seule difficulté que soulève l'ordonnance de 1819 est de savoir quelles sont les conditions nécessaires pour que les usurpateurs aient pu profiter du bénéfice de cette ordonnance, et devenir propriétaires incommutables en payant à la commune les quatre cinquièmes de la valeur des biens usurpés. D'après l'art. 2, ils devaient, à peine de déchéance, déclarer spontanément, dans les trois mois, les biens dont ils étaient détenteurs, et faire leur soumission de s'en rendre acquéreurs aux conditions fixées : d'où il suit qu'une soumission qui n'aurait été faite, par exemple, que postérieurement à un jugement ordonnant le déguerpissement des biens usurpés, n'aurait aucun effet, car on ne pourrait la considérer comme un acte spontané et volontaire (ord. du 13 nov. 1822 [Peyrie]). Au surplus, du moment que la soumission a été acceptée par la commune et homologuée par le conseil de préfecture, on doit considérer le vœu de l'ordonnance comme satisfait; du moins, cela suffit pour conférer légitimement la possession provisoire au détenteur et empêcher la déchéance à son égard, alors même qu'il n'aurait pas acquitté la redevance à laquelle il s'était engagé (ord. du 26 nov. 1828 [Derioux-Larteau]).

159. Quant aux règles de compétence qui découlent tant de la loi du 9 ventôse an xII, que de l'ordonnance du 23 juin 1819, elles sont, à peu de chose près, les mêmes que celles qui s'appliquent aux partages, c'est-à-dire que les conseils de préfecture sont bien compétents pour statuer sur toutes les contestations relatives au fait et à l'étendue de l'usurpation des biens communaux, de même que sur la validité et les effets des actes de soumission, lorsque l'usurpation est avouée ou reconnue; mais lorsqu'elle est niée, et que les détenteurs se prétendent propriétaires à tout autre titre qu'un partage ou une soumission acceptée, en d'autres termes, lorsque la qualité communale des biens en litige est contestée, c'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de prononcer (ord. des 10 fev. 1816 [Guinier]; 21 oct. 1818 [Lançon]; 1<sup>cr</sup> sept. 1819 [Tamisier]; 23 juillet 1823 [Houssais]; 22 décemb. 1824 [Burgnes]; 19 oct. 1825 [Bonnataque]; 27 sept. 1827 [Goujon]; 24 décemb. 1828 [Rativeau]; 12 avril 1829 [commune de Saint-Dizier-les-Domaines]; 9 mars 1832 [Dumas], etc.).

160. Par une circulaire du 7 août 1839, le ministre de l'intérieur avait invité les préfets à lui transmettre, pour être soumis à l'approbation du roi, tous les projets de concession de biens communaux usurpés, quand bien même la valeur des terrains concédés n'excéderait pas 3,000 fr. Les motifs de cette décision étaient que ces sortes de concessions constituaient moins une aliénation proprement dite qu'une transaction dont l'ordonnance royale du 23 juin 1819 avait réglé la forme particulière, et que, dès lors, la sanction royale devenait nécessaire pour les valider.

Mais le comité de l'intérieur du conseil d'État a fait observer, dans un avis du 14 mars 1843, « que l'ordonnance du 23 juin 1819 avait fixé un délai pendant lequel chaque détenteur était tenu de faire la déclaration des biens communaux dont il jouissait sans droit ni autorisation, asin qu'il pût être maintenu en possession définitive des biens par lui déclarés; que ce délai est expiré; que les dispositions des articles 4 et 5 de cette ordonnance. qui autorisaient les maires à consentir l'aliénation des biens usurpés, sous la condition que l'aliénation aurait lieu par ordonnance royale, et à charge par les usurpateurs de payer intégralement la valeur du fonds, ont, depuis la loi du 18 juillet 1837, cessé d'avoir leur effet; que l'article 46 de cette loi a confié aux préfets l'exécution des délibérations des conseils municipaux, quand il s'agit de l'aliénation d'immeubles d'une valeur n'excédant pas 3,000 fr. pour les communes dont le revenu est au-dessous de 100,000 fr.; que cet article n'admet aucune exception; que par conséquent il n'y a pas lieu de soumettre à l'approbation du roi les projets de concesions de biens communaux usurpés, lorsque ces concessions ont le caractère d'une simple aliénation, et que la valeur des immeubles n'excède pas 3,000 fr. »

Cet avis ayant été adopté par le ministre, est intervenue, à la date du 10 juin 1843, une nouvelle instruction portant que dorénavant les préfets n'auront plus à en référer au ministre pour les affaires de cette nature dans les cas déterminés ci-dessus.

La même circulaire appelle l'attention de ces fonctionnaires sur la facilité généralement trop grande avec laquelle les conseils municipaux votent ces sortes de concessions. Souvent. en effet, quoique les détenteurs jouissent des biens depuis longues années, on propose de les leur abandonner sans restitution de fruits et movennant une somme qui n'en représente pas toujours la valeur réelle. Cette facilité peut quelquefois être l'effet de l'incurie; mais il n'est pas rare qu'elle provienne des suggestions de l'intérêt personnel, lorsque les membres du conseil municipal se trouvent au nombre des détenteurs, et alors elle prend un caractère plus grave : d'où résulte la nécessité d'apporter un soin tout spécial dans l'examen des propositions des administrations locales en cette matière.

En thèse générale, ajoute le ministre, les détenteurs doivent rembourser les fruits indûment percus, au moins pendant les cina dernières années, et payer le prix intégral des biens. D'un autre côté, pour éviter toute surprise, il convient que les experts chargés des évaluations soient désignés par le préfet ou par le sous-préset de l'arrondissement. Enfin, relativement au mode de paiement, le préset peut permettre qu'il s'effectue en plusieurs années, pourvu que le délai n'excède pas cinq ou six ans et qu'il soit tenu compte à la commune de l'intérêt légal. Mais, dans aucun cas, la stipulation d'une rente perpétuelle en remplacement du prix principal ne peut être admise, ce mode ayant de graves inconvénients pour les communes.

Sans doute il peut se présenter des cas où les administrations municipales aient des motifs plausibles pour ne pas exercer, dans toute sa rigueur, le droit des communes. Ainsi, par exemple, si le détenteur fait difficulté de se soumettre aux conditions rappelées plus haut, et si, pour vaincre sa résistance, la commune est forcée de recourir aux tribunaux, on concoit qu'il puisse être sage de sfaire quelques sacrifices pour éviter cette extrémité; mais alors le projet de concession échappe à la compétence du préfet. Comme les parties abandonnent réciproquement quelques-unes de leurs prétentions pour arrêter ou pour prévenir un procès, le traité intervenu constitue évidemment un projet de transaction, et il ne peut, aux termes de l'article 59 de la loi du 18 juillet 1837, devenir exécutoire que par l'homologation royale, quelle que soit la valeur de l'objet en litige, puisque cet objet est immobilier.

Dans cette dernière hypothèse, l'instruction des projets doit comprendre principalement: 1° la délibération du conseil municipal; 2° le projet de traité en double expédition; 3° une expertise des biens; 4° une consultation de trois avocats; 5° l'avis du conseil de préfecture; 6° celui du préfet en forme d'arrêté.

# § 5. — Vente des biens communaux en vertu de la loi du 20 mars 1813.

161. Les art. 1 et 2 de la loi du 20 mars 1813 étaient ainsi concus : « Art. 1er. Les biens ruraux, maisons et usines, possédés par les communes, sont cédés à la caisse d'amortissement, qui en percevra les revenus à partir du 1er janvier 1813. - Art. 2. Sont exceptés les bois, les biens communaux proprement dits, tels que pâtis, pâturages, tourbières et autres dont les habitants jouissent en commun, ainsi que les halles, marchés, promenades et emplacements utiles pour la salubrité ou l'agrément. Sont également exceptés les églises, les casernes, les hôtels de ville, les salles de spectacles, et autres édifices que possèdent les communes, et qui sont affectés à un service public. En cas de difficultés entre les municipalités et la régie des domaines, il sera sursis par elle à la prise de possession des articles réclamés, et statué par le préfet, sauf le pourvoi au conseil. » Les articles suivants en déterminant le mode de paiement des communes en inscriptions de rente cinq pour cent, chargeaient la régie de saire procéder, pour le compte de l'état, à la vente des biens que la loi avait pour but de lui attribuer.

162. Des dispositions qui précèdent, il résulte, 1º que les biens communaux enlevés aux communes, ont été définitivement attribués à l'état par la prise de possession de la régie des domaines, opérée contradictoirement avec les communes; 2° que les ventes qui furent la conséquence de cette mesure, eurent lieu pour le compte de l'état et non pour celui des communes; 3º que, par suite, ces ventes se sont trouvées assimilées aux ventes de biens nationaux, et donnent lieu à l'application des mêmes principes. C'est d'après ces règles générales que doivent être tranchées toutes les difficultés qui se rattachent à l'exécution de la loi du 20 mars 1813. Nous allons examiner rapidement celles de ces difficultés que la jurisprudence a résolues.

163. Mais, avant tout, remarquons qu'il n'y eut d'excepté de la main-mise par l'état, que les propriétés qui se trouvaient bien positivement affectées à la jouissance commune des habitants ou à l'utilité publique. C'est un principe qui a été si rigoureusement appliqué qu'on a jugé, 1º que des communaux donnés à bail à des particuliers pour les défricher. movennant une redevance annuelle au profit de la commune et avec réserve du droit d'aliénation, avaient été par cela même retirés de la jouissance commune, et étaient dès lors devenus susceptibles d'être vendus par la caisse d'amortissement (ord. du 26 fév. 1817 [commune de Saure]); 2° qu'une propriété dépendant d'un presbytère (exceptée de la mainmise, en raison de sa destination à un service public) avait également pu être aliénée, si, à l'époque de la loi de 1813, le desservant ne s'en trouvait pas en possession par suite du bail à ferme qu'en avait consenti la commune (ordonn. du 5 sept. 1821 [commune de Saint-Laurent]).

164. De ce double principe que tout a été consommé à l'égard des communes par la prise de possession de la régie, et que les ventes ont eu lieu pour le compte de l'état, il suit : 1° que les communes sont devenues sans qualité pour attaquer les ventes faites par la caisse d'amortissement après l'accomplissement de toutes les formalités prescrites (ord. des 28 déc. 1825 [commune de Marsillargues], 16 mai 1827 [commune de Chalette]); 2º que les communes qui n'ont pas profité de la faculté à elles accordée de réclamer contre la prise de possession de la régie avant que cette prise de possession ne fût consommée, en sont aujourd'hui complétement déchues (ordonn. du 30 sept. 1830 [Thomasse]); ou que, si elles n'ont réclamé qu'une servitude de passage, par exemple, au lieu de réclamer la propriété d'un chemin, leurs droits se sont trouvés définitivement restreints à la servitude demandée (ordonn. du 22 août 1834 [commune de Lançon]); 3° que le rejet, par l'autorité compétente, de l'opposition par elles formée à la vente de ceux de leurs biens qui ont été exceptés par l'art. 2 de la loi, a suffi pour rendre cette vente valable et définitive (ord. du 27 juillet 1825 [Spinga]).

165. Mais, par contre, il a été jugé, toujours d'après les mêmes principes, 1° que la vente d'un bien communal est nulle, lorsqu'elle a eu lieu malgré une décision du préfet déclarant que ce bien était inaliénable par sa nature (ord. du 23 oct. 1816 [commune de Saint-Germain]); 2° que l'acquéreur d'un domaine communal n'est point fondé à réclamer comme faisant partie de son acquisition un terrain en possession duquel il était constant que le domaine n'avait pas été mis (ordonnance du 3 décembre 1823 [commune d'Ébersheim]).

166. Le principe que les ventes de biens communaux faites en vertu de la loi du 20 mars 1813, doivent être assimilées aux ventes de domaines nationaux, a servi de base à une foule de décisions qu'il serait inutile de reproduire ici. Nous en signalerons seulement quelques-unes, qui nous ont paru intéresser plus particulièrement la propriété communale. Ainsi il a été jugé sur le fond, 1º que la vente d'un bien communal faite en corps et d'un seul lot, sans distinction ni réserve, comprend la totalité de ce domaine, sol et superficie, à la seule exception des chemins communaux qui, à l'époque de l'adjudication. étaient à l'usage du public (ord. du 22 juillet 1829 [commune de Saudemont]); 2º que, lorsque la vente d'un pré a également eu lieu sans aucune exception ni réserve, la commune n'est pas fondée à réclamer un droit de parcours ou de secondes herbes (ord. du 24 déc. 1818 [Gautherot]), alors même qu'elle alléguerait que ce droit est consacré par l'usage (ordonn. du 26 juin 1822 [Galiniche]); 3º enfin, que les ventes dont il s'agit ne peuvent donner lieu à résiliation pour cause d'erreur, qu'autant qu'il y aurait eu à la fois erreur sur les confins et sur la contenance (ord. des 22 juillet 1818 [Houry] et 17 nov. 1819 [Torcy]).

167. Pour la compétence, mêmes règles générales encore qu'en matière de domaines nationaux. Ainsi il résulte d'une jurisprudence constante et hors de toute controverse, 1º que les conseils de préfecture, compétents pour statuer sur toutes les difficultés relatives aux actes de vente et aux opérations qui les ont précédés, cessent de l'être toutes les fois que la difficulté à résoudre ne peut être décidée que d'après l'interprétation de titres anciens. ou par l'application des règles du droit commun; 2º que, par suite, et lorsque les actes de vente laissent de l'incertitude soit sur l'étendue de la vente, soit sur les limites des biens vendus, ces conseils doivent se borner à déclarer ce qui a été vendu, et renvoyer, pour le surplus, les parties à se pourvoir devant les tribunaux; 3° ensin, qu'aux tribunaux seuls appartient le droit de prononcer sur toutes les questions de servitudes ou de bornage qui peuvent s'élever à l'occasion des mêmes biens.

168. Une grave différence, toutefois, est à signaler ici: c'est qu'à l'égard des tiers, toutes les difficultés auxquelles peuvent donner lieu les ventes dont il s'agit sont régies par les règles du droit commun, contrairement à ce qui est établi pour les ventes de domaines nationaux proprement dits, lesquelles, comme on sait, sont réputées valables, même lorsqu'elles ont été faites super non domino, et tombent, en tout cas, dans le domaine de la juridiction administrative. Ce principe, posé par un décret du 17 janvier 1814, a été consacré par un grand nombre de décisions du conseil d'état. (V. notamment ord. des 8 mai 1822 [Rohan-Soubise], 19 février 1823 [ Pujo et Navailles], 1er août 1834 [ Mazet et autres] etc. ) Ainsi, nonobstant l'accomplissement de toutes les formalités requises, les tiers sont toujours recevables à revendiquer les biens à eux appartenant, qui auraient été compris à tort dans une vente de biens communaux, et les tribunaux sont seuls compétents pour statuer sur la question de propriété qui peut s'élever entre eux et l'état (ord. des 25 juin et 16 juillet 1817 [Sauret, Sarrapy et Darroze], 30 déc. 1822 [Salze], 19 nov. 1837 [Denizot et Julien] etc.); par suite, le conseil de préfecture, avant de statuer sur la validité et les effets d'une vente de biens transférés à la caisse d'amortissement comme biens communaux, doit renvoyer les parties devant les tribunaux dès qu'il y a contestation sur la propriété (ord. du 1er nov. 1820 [Caverivière]).

CHAP. 6. — De l'administration des biens des communes.

§ 1er. — Dispositions générales. — Pouvoir des conseils municipaux.

169. Les biens communaux sont de trois sortes; à savoir : les biens ruraux, les propriétés bâties, les bois et forêts.

170. Les biens ruraux comprennent ceux, tels que pâturages, bruyères, marais, etc., qui sont laissés en jouissance commune. C'est particulièrement à l'égard de ceux-ci que dispose le § 3 de l'art. 17 de la loi du 18 juill. 1837, portant que le conseil municipal règle « le mode de jouissance et la répartition des

pâturages et fruits communs, autres que les bois, ainsi que les conditions à imposer aux parties prenantes. » — V. Communaux.

Ici le mot régler s'entend du pouvoir de décision que la loi donne aux conseils municipaux, sous la seule réserve de la surveillance de l'administration supérieure, surveillance qui n'a pour but et pour effet que de maintenir l'action de ce pouvoir dans les voies légales. C'est en cela surtout que la législation nouvelle, rentrant dans l'esprit des décrets de l'assemblée constituante, a vraiment émancipé les conseils municipaux, qui n'ont jamais exercé en cette matière un pouvoir plus indépendant que celui qui leur est remis par la loi du 18 juillet 1837.

171. Relativement aux biens ruraux ou autres, dont le revenu en argent est classé comme recette ordinaire au § 1er de l'art. 31 de la loi municipale, et dont le mode d'administration est remis également, en vertu de l'art. 17, à la décision des conseils municipaux, il est procédé, ainsi que nous l'avons dit plus haut, suivant les règles antérieurement établies pour ce qui concerne les acquisitions, aliénations, échanges et mises en ferme de ces biens. — V. Communaux.

## § 2. — Acquisitions.

172. Nous devons commencer par faire remarquer que plusieurs lois rendues à diverses époques, notamment celles du 10 août 1791 (Bull., t. 4, p. 73) et 2 prairial an v (t. 18, bull. 124), ont établi en principe que les communes ne pouvaient acquérir, aliéner, ni emprunter, sans l'autorisation du pouvoir législatif (1). Par une circulaire du 18 juin 1806 (Rec., t. 1er, p. 453), le ministre de l'intérieur annonça qu'à sa demande son collègue de la justice avait fait intimer, aux notaires des divers ressorts, défense expresse de recevoir les actes d'acquisitions d'immeubles faites, au nom des communes, par les , maires, sans une autorisation préalable du gouvernement, et enjoignit aux préfets de lui adresser toutes les demandes de cette nature. Un décret du 5 avril 1811 (4° série, bull. 366) ajouta à ces défenses une sanction pénale. L'art. 2 de ce décret est ainsi conçu: « Îl est défendu audit sieur et à tous autres de faire aucune acquisition pour les départements, arrondissements ou communes, même quand les fonds auraient été alloués par nous aux budgets, à moins d'une autorisation spéciale donnée par nous en notre conseil, à peine de nullité des actes à l'égard des départements, des arrondissements et des communes, et de délaissement des acquisitions au compte des administrateurs. »

Ces défenses absolues ont été modifiées depuis en quelques points, d'abord par la loi du 28 juillet 1824 sur les chemins communaux, dont l'art. 10 décide que les acquisitions, aliénations et échanges ayant ces chemins pour objet seront autorisés par arrêtés des préfets en conseil de préfecture, après délibération des conseils municipaux intéressés, et après enquête de commodo et incommodo, lorsque la valeur des terrains à acquérir, à vendre ou à échanger n'excédera pas trois mille francs.

L'art. 10 de la loi du 21 mai 1836, sur les chemins vicinaux, est conçu dans les mêmes termes. (V. Chemins vicinaux, nº 100 et suiv.)

Pour les acquisitions de terrains par voie d'alignement, conformément à la loi du 16 septembre 1807, V. Alignements, Voirie.

Enfin la loi du 18 juillet 1837, sur l'administration municipale, porte, art. 46: « Les délibérations des conseils municipaux ayant pour objet des acquisitions, des ventes ou échanges d'immeubles, le partage de biens indivis, sont exécutoires sur arrêté du préfet en conseil de préfecture, quand il s'agit d'une valeur n'excédant pas trois mille francs pour les communes dont le revenu est au-dessous de cent mille francs, et vingt mille francs pour les autres communes.»

Tel est l'état actuel de la législation en matière d'acquisitions communales. Quant aux formes à suivre, la jurisprudence n'a pas varié (1).

<sup>(1)</sup> M. de Cormenin cite (t. 2, p. 121) un avis du Conseil d'état du 13 nivôse an XIII, qui confirmait la nécessité d'une loi. « Cependant, ajoutet-il, les idées changèrent; l'autorisation par décret fut substituée à l'autorisation par la loi; les ordonnances ont depuis remplacé les décrets. C'est le mode illégal, mais usité. »

<sup>(1)</sup> L'ordonnance réglémentaire du 8 août 1821 (7e série, bull. 471) a maintenu (art. 2) les règles antérieures concernant les acquisitions, aliénations et échanges au compte des communes, et une instruction du 10 novembre de la même année prescrit aux préfets d'adresser au ministre de l'intérieur, avec les délibérations des conseils

173. L'estimation de l'immeuble ou des immeubles à acquérir, aliéner ou échanger, doit d'abord être faite contradictoirement par deux experts nommés, l'un par le maire, l'autre par le vendeur, acquéreur ou échangiste; un plan figuré des lieux doit être joint à ce procès-verbal, au bas duquel le propriétaire (vendeur ou échangiste) appose son consentement (1). Il est procédé en outre à une information de commodo et incommodo (2), dont le procès-verbal, accompagné du rapport des experts souscrit par le propriétaire intéressé, du plan des lieux et de la délibération municipale, est transmis au ministre de l'intérieur, quand il y a lieu à ordonnance royale, avec l'avis du sous-préfet et celui du préfet en forme d'arrêté.

Il n'est pas inutile de faire observer ici que la délibération d'un conseil municipal ayant pour objet l'acquisition d'un immeuble au compte de la commune serait déclarée nulle, si le propriétaire vendeur y avait pris part comme membre du conseil; sa présence ayant pu nuire à la liberté de la discussion, et son vote ne pouvant être admis dans une question où il y a un intérêt direct et opposé à celui de la commune. (Avis du com. de l'int., [Darnac, Haute-Vienne] 25 fév. 1824.)

174. La commune qui veut acquérir un immeuble doit justifier qu'elle a à sa disposition les ressources nécessaires pour en acquitter le prix. (Avis du com. de l'int., du 19 juillet 1833 [Aude, Carcassonne].) Il faut donc que la délibération municipale contienne, à cet égard, les justifications exigées.

175. Les acquisitions se font à l'amiable ou par voie d'expropriation forcée pour cause d'utilité publique. Une loi spéciale (celle du 3 mars 1841) indique les formes à suivre quand on procède par ce dernier mode.

176. Lorsqu'une commune veut acquérir un bien de mineurs, elle doit remplir les formalités prescrites par les art. 457, 458 et 459 du Code civil, sous peine d'encourir l'action en rescision que pourrait intenter le vendeur à sa majorité. Cependant, si ces formalités ne peuvent être remplies sans préjudice pour la commune, et que, d'un autre côté, l'acquisition soit indispensable et urgente, il y a lieu, pour parvenir à l'acquisition sans recourir aux formalités ordinaires, en garantissant toutefois la commune de tout trouble et éviction, de faire prononcer la déclaration d'utilité publique. (Avis du com. de l'int., du 9 mai 1834 [Pas-de-Calais].)

Dans le cas néanmoins où l'immeuble à acquérir serait d'une faible valeur, et où le tuteur présenterait des garanties suffisantes de solvabilité, ou offrirait hypothèque sur ses biens personnels, l'acquisition pourrait être autorisée à la condition expresse que le tuteur se porte fort pour le mineur, et s'engage à lui faire ratifier la vente à l'époque de sa majorité. (Avis du com. de l'int., 6 mai 1831, 4 janv. 1833; Décis. du min. de l'int. [Creuse] 1839, et autres espèces.) Nous devons ajouter que ces règles ne sauraient s'appliquer à l'égard des acquisitions de biens productifs de revenus, puisque l'utilité publique ne peut être invoquée en pareil cas.

177. Au surplus, la question essentielle est de savoir jusqu'à quel point il convient d'autoriser les communes à acquérir des biens fonciers comme moyen de placement de leurs capitaux. Or, il est à remarquer que presque partout les biens communaux, mal administrés, non-seulement ne rapportent pas tout ce qu'ils devraient produire, mais étant plus exposés aux non-valeurs et aux envahissements que les propriétés particulières, mieux protégées par les sollicitudes de l'intérêt privé, deviennent fréquemment l'occasion de contestations et de procès toujours onéreux pour les communes. Si l'on ajoute à ces chances de dépréciation l'obligation de supporter les frais de contrat, d'enregistrement, de transcription hypothécaire, enfin tous ceux qui tombent à la charge de l'acquéreur, on reconnaîtra qu'un placement de ce genre est loin d'offrir aux communes les mêmes avantages qu'une acquisition de rentes sur l'état.

178. Des raisons d'intérêt général et d'ordre administratif s'accordent en outre pour démontrer l'inconvénient de favoriser l'immo-

municipaux, les pièces nécessaires à l'appui des propositions, pour qu'elles soient soumises à la sanction royale.

<sup>(1)</sup> S'il s'agit d'une acquisition à faire par la commune, le propriétaire souscrit une promesse de vente énonçant les conditions, les termes de paiement, etc., qui doit être jointe aux pièces à produire.

<sup>(2)</sup> L'enquête n'est utile en matière d'acquisitions que lorsqu'il s'agit d'immeubles affectés à un service public.

bilisation, dans les mains des communes, de propriétés foncières autres que celles qui sont affectées à leurs services publies. On ne peut s'empêcher de reconnaître qu'il ne soit utile et de bonne administration de diminuer autant qu'il est possible, et, à plus forte raison, d'éviter d'accroître la masse des biens possédés par les établissements de main-morte. Il est en effet prouvé par l'expérience que les propriétés s'améliorent toujours en changeant de mains. La production générale et le revenu public en recoivent d'utiles accroissements: le commerce, l'industrie agricole y trouvent un élément de prospérité, et le trésor luimême une nouvelle source de revenus : ces résultats sont incontestables. Les principes qui dirigent, à cet égard, l'administration chargée de la tutelle des communes, nous semblent donc conformes aux saines doctrines de l'économie politique autant qu'aux vrais intérêts des communes elles-mêmes.

Nous devons rappeler ici qu'aux termes d'un avis du Conseil d'état, du 21 février 1808 (9e série, Bulletin 46, p. 155), les propriétés domaniales peuvent, comme les propriétés particulières, être aliénées pour utilité publique départementale ou communale, sur le rapport d'experts.

179. Dans le cas où une commune a besoin de faire l'acquisition, pour un service public, d'une propriété domaniale, la demande doit en être adressée par le préfet au ministre des finances, qui provoque l'ordonnance d'autorisation, de concert avec son collègue de l'intérieur.

180. Quant au jugement des contestations qui peuvent s'élever en matière d'acquisitions communales, les ministres sont compétents, sauf recours au Conseil d'état, pour statuer sur l'appréciation des décrets et ordonnances qui ont affecté ou cédé à des communes des terrains et bâtiments de l'État; mais c'estaux tribunaux seuls qu'il appartient de prononcer sur les contestations relatives aux ventes faites par des particuliers à des communes. (Cormenin, Quest. de droit admin., t. 2, p. 116.)

181. La décision ministérielle qui refuse à une commune l'autorisation de faire une acquisition, est un acte d'administration et de tutelle qui ne peut être attaqué par la voie contentieuse. (Ord. du 17 janvier 1838 [commune de Vellerot-lès-Belvoir contre le ministre de l'intérieur].).

sition en suivant les formes légales, et que des habitants ont avancé de leurs deniers le prix de l'immeuble, ceux-ci ne peuvent, pour cela, se prétendre propriétaires; ils n'ont droit qu'au remboursement de leurs avances. (Décret du 22 janvier 1813 [Teissier et consorts].)

### § 3. - Aliénations.

182. On vient de voir que les formes prescrites par les lois et règlements généraux, en matière d'acquisitions communales, s'appliquent également aux aliénations. Délibération du conseil municipal, levé de plans, estimation des immeubles par experts, enquête dans la commune intéressée, telles sont encore ici les mesures préliminaires et les éléments d'instruction exigés. Quant aux fonds provenant de la vente, le montant doit en être porté en recette extraordinaire au budget de la commune, pour être ensuite converti en acquisition de rentes sur l'état, à moins que ces fonds ne soient destinés à satisfaire à quelque besoin du service communal, auquel cas il y a lieu de les verser en compte courant au trésor. en attendant l'emploi qu'ils doivent recevoir.

183. Un avis du Conseil d'état du 22 novembre 1808, approuvé le 21 décembre suivant (4e série, bull. 221), a établi en principe que l'emploi des capitaux des communes, hospices et autres établissements, en rentes sur l'état, n'avait pas besoin d'être autorisé; toutefois, un décret du 16 juillet 1810 (4e série, bull. 202) ayant tracé de nouvelles règles pour le placement du produit des remboursements en rentes sur l'état ou sur particuliers, des instructions postérieures (23 août 1813, 21 juin 1819) ont expliqué comment ces nouvelles dispositions devaient être entendues.

« Il suffit, disent ces instructions, de verser les capitaux dont il s'agit entre les mains du receveur général du département, en ayant soin de faire mention des motifs du versement et de l'emploi qui doit en être fait. Ce mode bien simple offre une garantie qui ne laisse rien à désirer.

» Je dois vous faire observer que, par une fausse interprétation du décret du 16 juillet 1810, les administrations requièrent quelquefois l'autorisation de placeren rentes sur l'état les capitaux dont elles ont reçu le remboursement. Cet emploi n'a pas besoin d'être autorisé; il l'est de droit. Ce principe est consa-Lorsqu'une commune a fait une acqui- cré par l'avis du Conseil d'état du 22 novembre 1808, et le décret du 16 juillet n'a pas eu pour objet d'y déroger... « L'intervention de l'autorité supérieure n'est nécessaire que pour le placement en biens fonds (1) ou sur particuliers.» ( Rec., t. 2, p. 476, et t. 3, p. 463.)

Les mêmes principes ont été confirmés et développés par une instruction ministérielle

plus récente, du 8 juillet 1836.

184. C'est ici le lieu de rappeler le principe posé par l'art. 1596 du Code civil, qui interdit aux administrateurs, sous peine de nullité, la faculté de se rendre, soit par euxmêmes, soit par personnes interposées, adjudicataires des biens des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins.

185. La question s'étant présentée à l'égard des receveurs des communes, le ministre des finances a pensé qu'il n'y aurait aucun inconvénient à ce que ces comptables se rendissent adjudicataires des biens de la commune, mais qu'ils ne pourraient concourir aux adjudications pour ferme ou loyers, attendu les obligations qui leur sont imposées par l'arrêté du 19 vendémiaire an XII.

186. Le comité de l'intérieur a jugé aussi qu'un tuteur qui serait en même temps maire de sa commune, ne pourrait acquérir au nom de celle-ci, dans une adjudication publique, les biens de son pupille. « Car, dit le comité (Avis du 23 janvier 1824 [Coucy-le-Château, Aisne]), en supposant qu'un pareil acte ne puisse donner lieu à une résiliation de la vente, nonobstant l'art. 1596 du Code civil, il est certain que la position d'un maire, dans cette circonstance, serait fausse et inconvenante, puisqu'on pourrait lui supposer un intérêt à ce que le bien dont il a été administrateur soit porté à la plus grande valeur possible, et que cet intérêt serait en opposition directe avec celui de la commune pour le compte de laquelle il agirait. »

187. Quant au mode à suivre dans l'aliéna-

(1) Le décret du 16 juillet 1810 décide (art. 4) que le placement en biens-fonds, quel que soit le montant de la somme, ne peut s'effectuer sans une ordonnance royale rendue en Conseil d'état.

Cette disposition est modifiée aujourd'hui par l'art. 46 de la loi du 18 juillet 1837.

Il est de jurisprudence que les arbres communaux non soumis au régime forestier, sont considérés comme objets mobiliers, et que la vente peut, en vertu du même article, en être autorisée par le préfet. tion des biens communaux, c'est celui des enchères avec publicité et concurrence. On n'autorise de ventes à l'amiable que dans certains cas: 1° celui où l'usurpateur d'un bien communal en fait la déclaration conformément aux dispositions de l'ordonnance réglémentaire du 23 juin 1819; 2° lorsque l'objet est de peu de valeur, ou s'il y a avantage évident pour la commune; 3° lorsque la vente est faite à un établissement public; 4° enfin, pour l'exécution des alignements de voirie urbaine ou vicinale, ainsi qu'il est prescrit par la circulaire déjà citée du 23 janvier 1836.

188. La vente aux enchères doit être précédée de la rédaction d'un cahier de charges indiquant les époques de paiement et toutes les autres conditions imposées à l'acquéreur. Il n'est pas indispensable que la commune ait recours à l'intervention d'un notaire, (Circul, du 19 déc. 1840 (1), )

(1) Des doutes s'étaient élevés sur le point de savoir si, lorsque les communes procèdent à la vente de leurs biens, par voie d'adjudication publique, elles sont tenues d'employer le ministère d'un notaire,

On inférait du décret du 12 août 1807 et de l'ordonnance royale du 7 octobre 1818, qui prescrivent cette formalité à l'égard des baux consentis par les hospices et par les communes, que la même garantie devait être exigée pour les ventes, qui sont des actes plus importants.

Mais, d'un autre côté, on objectait qu'aucune disposition spéciale de loi ou de règlement d'administration publique ne rend nécessaire l'intervention d'un notaire pour la validité des actes de vente des biens communaux; que dès lors il convient, dans un grand nombre de cas, d'éviter aux communes des frais qui, en définitive, retomberaient sur elles; qu'au surplus les adjudications passées dans la forme administrative ont une force d'exécution égale à celle des actes notariés, et qu'ainsi le concours d'un notaire n'ajouterait rien, sous ce point de vue, à la garantie des intérêts communaux.

Il faut reconnaître, en effet, que si l'intervention des notaires est utile, en général, à raison de la connaissance particulière qu'ils ont des règles du droit civil en matière de contrats, aucune disposition de loi ou de règlement ne fait de cette intervention une condition essentielle de la validité des ventes communales. C'est pourquoi, dans la pratique, les corps municipaux sont laissés libres d'appeler un notaire, ou de s'en passer, suivant les circonstances de chaque aliénation, à moins que l'autorité supérieure, en accordant la

189. La prétention qu'élèverait un conseil municipal d'exclure les étrangers au profit

permission de vendre, ne juge nécessaire, soit à cause de l'importance des biens, soit par tout autre motif, d'y attacher la condition de passer l'acte par-devant notaire, afin qu'il protége mieux les intérêts de la commune venderesse.

Toutefois, parmi les raisons de dispenser les communes du ministère des notaires, on ne doit pas admettre comme incontestable la doctrine tendant à attribuer aux simples procès-verbaux d'adjudication dressés par les maires force d'exécution parée. Cette doctrine, qui a pu prévaloir à une époque déjà ancienne, où quelques-unes des dispositions des lois relatives à la vente des biens nationaux étaient réputées applicables à l'aliénation des propriétés communales, ne saurait se soutenir aujourd'hui en présence des lois diverses qui soumettent au droit commun les actes de propriété faits par les corps municipaux, en présence surtout de l'art. 545 du Code de procédure civile, d'après lequel « nul jugement ni acte ne peuvent être mis à exécution, s'ils ne portent le même intitulé que les lois, et ne sont terminés par un mandement aux officiers de justice, ainsi qu'il est dit art. 146. » D'ailleurs, la jurisprudence en vigueur, d'accord sur ce point avec les auteurs les plus recommandables, établit que, lorsque les maires procèdent à une adjudication de biens communaux, ils n'ont point le caractère d'agents de la puissance publique; qu'ils font seulement un acte de gestion communale, et que l'approbation donnée à ces adjudications par l'autorité supérieure n'est elle-même qu'un acte de simple tutelle, qu'on ne saurait assimiler aux jugements ni. aux actes notariés emportant exécution parée.

Ge n'est donc pas dans la nature et la forme des adjudications consenties administrativement au nom des communes, que les corps municipaux peuvent puiser une sorte de privilége pour en obtenir plus promptement l'exécution forcée. Dépourvus du caractère spécial imprimé aux contrats passés devant notaires, les procès-verbaux de ces adjudications ne sont réellement que des contrats ordinaires, équivalant à de simples actes sous seings privés, conséquemment susceptibles de tous les inconvénients attachés aux contrats de cette dernière espèce, en cas de difficultés sur leur exécution.

Cependant une règle nouvelle, introduite par la loi du 18 juillet 1837, peut suppléer, jusqu'à un certain point, au défaut de force exécutoire des actes de ventes consentis par les communes sans le concours d'un notaire. Il s'agit de l'art. 63 de cette loi, ainsi conçu: « Toutes les recettes mu-

des seuls habitants de la commune, ne serait pas admissible.

« L'exclusion des étrangers, dit à ce sujet le comité de l'intérieur, loin d'être un avantage pour la généralité des habitants, serait un privilége en faveur des plus riches au préjudice des plus pauvres qui, dans le cas d'une vente régulière, trouveraient au moins une compensation à la perte de la jouissance des terrains communaux dans l'augmentation des revenus de la commune. » (Avis du 17 juillet 1833 [Côtes-du-Nord, Trolligneart].)

190. Le résultat des adjudications doit être arrêté définitivement par le maire, d'après le contenu des soumissions, et ne saurait dépendre d'une délibération ultérieure du conseil municipal. (Id. 24 déc. 1833 [Charente-Inférieure, La Rochelle].)

191. Si l'enquête de commodo et incommodo, qui doit précéder la vente, soulève des
oppositions fondées sur le droit de propriété
que l'on conteste à la commune, il y a lieu de
surseoir à la vente de la portion contestée jusqu'à décision des tribunaux. (Id. 29 mars
1833 [Marne, Sainte-Menehould].)

192. Les observations des opposants entendus dans l'enquête doivent être examinées par le conseil municipal, et ses réponses doivent être jointes aux pièces à produire pour valoir ce que de droit. En cas de vente à l'amiable, le conseil municipal ne pourrait en rien modifier l'acte souscrit par le soumissionnaire, sans s'assurer de son adhésion à cette modification de ses premiers engagements. ( Id. 9 août 1833 [Loir-et-Cher, Vendôme].)

193. A l'égard des contestations que peu-

nicipales pour lesquelles les lois et règlements n'ont pas prescrit un mode spécial de recouvrement s'effectuent sur des états dressés par le maire. Ces états sont exécutoires après qu'ils ont été visés par le sous-préfet.

» Les oppositions, lorsque la matière est de la compétence des tribunaux ordinaires, y sont jugées comme affaires sommaires, et la commune peut y défendre sans autorisation du conseil de préfecture. »

En vertu de cette disposition, si un adjudicataire refusait ou négligeait de payer, au terme fixé, le prix du bien communal, le maire pourrait obtenir un titre exécutoire sans recourir aux tribunaux, et le recouvrement forcé du prix de vente s'effectuerait de la même manière que si la commune avait un contrat notarié, sauf les oppositions que le débiteur aurait la faculté de former. vent soulever les actes d'aliénation communale, elles sont exclusivement du ressort des tribunaux. Il en est de même des actions en

nullité pour vice de forme.

Du principe, dit M. de Cormenin, que l'ordonnance est un acte de haute tutelle qui confère sculement aux communes la capacité d'aliener, et que les adjudications ne sont qu'une forme de contrat volontaire, lorsqu'il s'agit de ventes ordinaires, et du principe que lorsqu'il s'agit de ventes de biens communaux cédés au domaine et aliénés parcillement aux biens nationaux, la raison fiscale, qui est la seule cause de ces sortes de ventes, ne les enlève pas à la juridiction des tribunaux en ce qui concerne la revendication des tiers, il suit que les tribunaux sont compétents pour statuer sur les questions d'interprétation ou d'exécution des actes d'adjudication, de surenchère et autres semblables. (Quest. de droit administratif, t. 2. p. 121; Déc. du 6 juill. 1810; ord. du 19 août 1835.)

194. Des habitants ne peuvent se pourvoir, par la voie contentieuse, contre une ordonnance.royale qui autorise une aliénation de biens communaux, s'ils ne prétendent aucun droit personnel à la propriété de ces biens.

(Ord. du 20 juill. 1836.)

195. Les ordonnances portant autorisation d'alièner des biens communaux, ne font pas obstacle à ce que les tiers fassent valoir devant les tribunaux les droits de propriété qu'ils prétendraient avoir sur ces biens. (Ord. des 31 août 1822, 5 août 1829, 20 juillet et 14 déc. 1836.)

196. Est nulle une vente de biens commulaux faite par un maire sans autorisation légale. (Ord. du 17 juin 1818.)

## § 4. — Echanges.

197. Les règles générales du contrat d'échange sont tracées par les art. 1702 et suivants du Code civil, et s'appliquent aux communes comme aux particuliers, à charge par elles de se faire autoriser, par ordonnance royale, dans les formes prescrites en matière d'acquisitions et d'aliénations.

198. La première condition exigée pour obtenir l'autorisation d'effectuer un échange de biens immeubles, c'est que la commune justifie que cette transaction lui est d'une utilité incontestable, ou lui procure un avantage évident. L'utilité de l'échange peut être dans la convenance de l'immeuble offert à la com-

mune en remplacement de celui qu'elle concède; convenance résultant soit de la situation de cet immeuble, soit des besoins du service communal auquel il sera affecté. L'avantage serait dans une supériorité notable de valeur qui profiterait à la commune. D'ordinaire, quand la valeur de l'objet offert est inférieure à celle de l'objet demandé, l'échangiste paie une soulte en argent qui représente la différence.

199. Il est d'ailleurs de règle de n'autoriser les échanges entre les communes et les particuliers qu'autant que les terrains qui seraient attribués à la commune auraient une destination déterminée pour un service municipal. (Décis. du min. de l'intér. [Côted'Or], 25 déc. 1826.)

L'essentiel, au surplus, est d'éviter, en croyant servir les intérêts de la communauté, de n'arriver qu'à favoriser des convenances particulières : ce qui doit rendre les administrations locales fort circonspectes dans leurs propositions en pareille matière.

Par cette raison, l'autorité centrale se montre fort difficile sur les échanges, et sa jurisprudence constante est qu'il y a toujours pour les communes, comme pour les hospices et autres établissements publics, plus d'intérêt à vendre et à placer le produit en rentes sur l'état.

De même qu'en matière d'acquisition, il est interdit aux maires de contracter avec leurs communes par voie d'échange. (Avis du com. de l'int. des 13 juin 1834 et 19 nov. 1836; décis. du min. de l'intér. [Haute-Loire], 1er fév. 1840.) La jurisprudence a longtemps varié sur cette question, mais elle est maintenant parfaitement fixée; l'art. 1707 du Code civil est d'ailleurs formel à cet égard.

200. L'estimation préalable des immeubles, l'information de commodo et incommodo, et les autres formalités prescrites pour les aliénations, ne sont pas moins rigoureusement

exigées en matière d'échange.

201. Bien que l'ordonnance royale qui autorise l'échange d'un bien communal soit un acte d'administration non susceptible d'être attaqué par la voie contentieuse, des habitants seraient recevables, ut singuli, à y former tierce opposition, si aucune enquête n'avait eu lieu, et s'ils prétendaient avoir des droits de propriété ou de jouissance sur ledit bien. (Ord. rendue au contentieux, 14 juillet 1831.)

### § 5. — Baux à ferme.

202. Nous avons déjà expliqué (V. au mot Baux des biens des communes) en quoi consistent ces sortes de transactions, et dans quelles formes il doit y être procédé. Il nous reste peu de chose à dire à ce sujet.

Les biens ruraux qui appartiennent aux communes ne peuvent guère être exploités en régie, un pareil mode n'offrant aucune garantie aux intérêts de la communauté; aussi la mise en ferme a-t-elle été recommandée de tout temps à l'égard de ceux de ces biens qui ne sont pas restés en jouissance commune, comme le moyen le plus sûr d'accroître les ressources communales en améliorant le fonds de la propriété.

Un arrêté du gouvernement, du 7 germinal an IX (3° série, bull. 77), asin de prévenir les abus qui pouvaient se glisser dans des transactions de cette nature, avait décidé qu'aucun bien rural, appartenant aux hospices, aux établissements d'instruction publique et aux communautés d'habitants, ne pourrait être concédé à bail à longues années, qu'en vertu d'une autorisation du gouvernement. (V. instr. du min. de l'int., du 12 floréal an IX, sur l'exécution de cet arrêté.)

203. L'ordonnance royale du 7 oct. 1818 (7° série, bull. 239) a réglementé cette matière en accordant plus de latitude aux administrations locales. Nous en avons fait connaître les principales dispositions.

204. Ajoutons seulement qu'il résulte d'instructions données par le ministre des finances, le 5 janvièr 1815, et auxquelles il n'a point été dérogé depuis, que les fermiers et adjudicataires des revenus communaux ne peuvent, sous prétexte de réclamations en indemnité ou autrement, se refuser au paiement intégral, aux échéances convenues, du prix de leurs fermes ou adjudications, sauf à eux à se pourvoir devant qui de droit pour faire fixer les indemnités qui leur seraient légitimement dues et dont il leur serait tenu compte, soit par remboursement, soit par compensation sur les termes à échoir.

Si donc il y a contestation sur l'interprétation du bail ou sur l'exécution des clauses, ou si le fermier réclame des indemnités pour non-jouissance, perte ou toute autre cause, il doit commencer par payer les termes échus. Ses réclamations ne sauraient arrêter le receveur municipal dans ses poursuites en cas de retard.

205. Quant aux contestations en ellesmêmes, elles sont du ressort des tribunaux (ord. des 20 nov. 1815, 11 fév. 1820, 30 octobre 1834).

206. Il en est de même des questions de bornage (ord. des 11 janv. 1836, 30 juin 1839).

207. Les receveurs municipaux sont tenus de suivre, en vertu de l'acte d'adjudication, le paiement aux échéances du prix stipulé en faveur de la commune. En cas de retard dans ce paiement, ils emploient, contre l'adjudicataire, les moyens de poursuites requis par la loi, à savoir : le commandement par ministère d'huissier, à la requête du maire ; la saisie exécution des meubles, en observant les formes prescrites par le Code de procédure. Ces moyens de poursuites peuvent être employés par les receveurs, sans autorisation spéciale (instr. gén. du min. des fin. du 15 déc. 1826, art. 593, 594 et 618, et art. 737 de celle du 17 juin 1840).

208. Quant à la vente des meubles du débiteur et aux autres poursuites judiciaires, l'instruction générale du ministre des finances du 15 décembre 1826 portait, art. 595, que ces poursuites devaient être exercées par les maires avec l'autorisation des conseils de préfecture. Il y avait erreur en ce point. Une circulaire du ministre de l'intérieur du 5 novembre 1839 a tracé la marche à suivre en pareil cas par le receveur municipal. (V. cette circulaire au Bulletin officiel.)

Nous n'avons pas besoin d'ajouter que ces règles s'appliquent à tous les biens communaux sans distinction.

209. Rappelons enfin que l'art. 5 de la loi du 16 juin 1824 (7° série, bull. 676), qui dispensait les communes, ainsi que les départements et établissements publics, de payer le droit proportionnel d'enregistrement sur les acquisitions, donations et legs d'immeubles affectés à une destination d'utilité publique, et ne les soumettait qu'à un droit fixe de 10 francs (et mème de 5 quand le prix ne dépassait pas 500 fr.), a été rapporté par l'art. 17 de la loi du 18 avril 1831 (9° série, bull. 38), qui décide que ces acquisitions, donations et legs seront soumis aux droits proportionnels d'enregistrement et de transcription hypothécaire établis par les lois existantes.

Il n'est dérogé à cette disposition que pour le cas de l'application de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, aux termes de l'art. 58 de cette loi.

§ 6. — Baux des propriétés bâties.

210. Les propriétés communales bâties sont de deux sortes : les unes, telles que maisons, moulins, usines, etc., productives de revenus; les autres, savoir : les hôtels de ville, églises paroissiales, presbytères, maisons d'école, casernes, etc., etc., affectées au service public.

Quelques autres participent à la fois de l'une et de l'autre espèce en ce qu'elles ont une destination comme établissements publics, et qu'elles procurent en même temps un revenu par le prix de location que la commune en retire. De ce nombre sont les halles, marchés, abattoirs, etc. Nous en parlerons tout à l'heure.

211. Les principes généraux que nous avons exposés touchant les biens ruraux s'appliquent aux propriétés bâties, urbaines et autres, comme à tous les immeubles communaux en général. La loi ni les règlements n'ont rien stipulé de particulier relativement à cette nature de propriété, sinon que le conseil municipal ne peut régler les baux que jusqu'à concurrence d'une durée de neuf années (article 17 de la loi du 18 juillet 1837); de neuf à dix-huit, l'approbation du préfet suffit. Au delà de ce dernier terme, la délibération n'est exécutoire qu'en vertu d'une ordonnance royale (art. 47).

Quant à l'acte en lui-même, il demeure, dans tous les cas, soumis à la sanction du préfet. (Id., id.)

212. Les règles posées par les instructions ministérielles touchant l'assurance des bâtiments des établissements de bienfaisance, ont été déclarées applicables à ceux des communes par une circulaire du 9 août 1842. Ainsi les circulaires des 14 juillet 1820 (Rec., t. 4, p. 62), 21 octobre 1826 (t. 6, p. 27), et 9 avril 1829 (t. 6, p. 199), qui ont réglementé cette matière, concernent à la fois les communes et les hospices.

La première de ces circulaires, spécialement relative aux édifices départementaux, excluait positivement le mode d'assurance mutuelle comme désavantageux pour les bâtiments publics en général; celle d'octobre 1826 repoussait également l'assurance mutuelle, mais admettait l'assurance à prime, suivant les propositions faites par la compagnie royale

établie à Paris. L'instruction du 9 avril 1829, en confirmant la précédente, a eu pour objet d'inviter les préfets à ne soumettre dorénavant à l'approbation du ministre que les traités d'assurance relatifs aux établissements qui ont plus de 100,000 francs de revenu.

Enfin, par celle du 10 août 1836, le ministre, revenant sur les motifs qui avaient fait exclure précédemment le système d'assurance mutuelle, a levé cette interdiction, et tracé, pour les traités à conclure avec les diverses compagnies qui offrent le plus de garanties, une marche dont les administrations locales ne doivent plus s'écarter.

CHAP. 7. — Dépenses et recettes des communes.

213. Parmi les règles qui régissent les dépenses et les recettes des communes, il faut distinguer entre les règles qui concernent la comptabilité proprement dite, c'est-à-dire le mode particulier suivant lequel les dépenses et les recettes doivent être effectuées et constatées, et celles qui touchent soit aux obligations, soit aux droits de la commune: par exemple, en ce qui concerne les dépenses, à l'obligation où elle est de pourvoir à certaines nécessités communales, ou à la faculté qu'elle peut avoir de s'abstenir; en ce qui concerne les recettes, au pouvoir qui lui appartient, et qui forme une de ses attributions les plus importantes, de s'approprier certains produits, de percevoir certaines redevances, d'établir certains impôts ou certaines cotisations.

214. C'est sous ce second point de vue seulement que nous examinerons ici les dépenses et recettes des communes.

Nous reporterons au mot Comptabilité communale tout ce qui se rattache aux formes de la comptabilité, et notamment ce qui concerne la formation des budgets, l'ouverture et la régularisation des crédits, l'ordonnancement et le paiement des dépenses, l'encaissement des recettes, la justification et l'apurement des comptes, etc.

215. Nous suivrons, dans l'exposé des règles applicables à ces matières, l'ordre dans lequel les art. 30, 31, 32 de la loi du 18 juillet 1837, énumèrent les dépenses et les recettes. (V. au sommaire, chap. 7.)

Sect. 1re. — Dépenses obligatoires.

§ 1er. — Entretien de l'hôtel de ville.

216. Le premier paragraphe de l'art. 30,

qui a défini la nature des dépenses communales réputées obligatoires, comprend l'entretien, s'il y a lieu, de l'hôtel de ville ou du local affecté à la mairie. En se reportant à la discussion de la loi, on voit que la commission de la chambre des députés avait d'abord voulu classer cette charge parmi les dépenses facultatives, en objectant que dans beaucoup de communes il n'existe pas d'hôtel de ville. Une assez longue discussion s'est engagée sur ce point, et l'on a fini par adopter, comme moven terme, la disposition proposée, avec la réserve, s'il y a lieu, qui ne signifie autre chose sinon que la dépense n'est obligatoire pour la commune que là où il existe un édifice affecté à l'usage de la mairie.

Ces travaux d'entretien rentrent d'ailleurs naturellement, quant au mode d'exécution, sous l'application des règles ordinaires en matière de travaux communaux.

217. Une circulaire du ministre de l'intérieur du 13 novembre 1810, insérée au Recueil, t. 2, p. 240, appelle l'attention des préfets sur l'abus des logements accordés dans les hôtels de ville, et décide que ces bâtiments doivent être réservés en entier, tant pour la tenue des séances des conseils municipaux et les bureaux des mairies que pour les autres besoins publics. Dans aucun cas et sous aucun prétexte, dit cette circulaire, ils ne peuvent être occupés par des fonctionnaires de quelque ordre que ce soit.

## § 2. — Frais de bureau et d'impression.

218. Les budgets communaux doivent, aux termes de l'art. 12 de l'arrêté du gouvernement du 4 thermidor an x, comprendre, dans un chapitre séparé des autres dépenses, les frais d'administration des communes; mais un décret du 17 germinal an XI a déterminé, d'une manière plus précise, en quoi consistent ces frais, et en a réglé la quotité légale, du moins pour les communes jouissant d'un certain revenu.

219. L'art. 1er de ce décret porte: « Dans toutes les villes qui ont 20,000 francs de revenu et au-dessus, et dont la population est au-dessous de cent mille âmes, les frais d'administration qui consistent en abonnements de journaux, registres de l'état civil, entretien de la maison commune (non compris le loyer), le bois, la lumière, encre, papier, ports de lettres, impressions et affiches, les greffiers, secrétaires, commis, agents, huissiers, ser-

gents, appariteurs, sonneurs, gardes champêtres et employés quelconques, les fêtes nationales et dépenses imprévues, sont fixés à 50 centimes par habitant sur les états de population arrêtés en conseil d'état. »

220. Une instruction du ministre de l'intérieur du mois de floréal de la même année, relative à l'exécution de cet arrêté (Rec. des circ., t. 1er, p. 267), fait observer qu'il faut comprendre dans cette classification les adjoints des commissaires de police, leurs agents, les voyers, les pompiers, et même toutes les dépenses de police qui n'auraient point un service effectif et défini, comme l'entretien des pavés, réverbères, etc., mais qui seraient présentées sous le titre vague et indéfini de dépenses secrètes, extraordinaires, imprévues, de sûreté, salubrité, etc.

221. D'autres instructions ministérielles, notamment celle du 16 avril 1817 (Rec. des circ., t. 3, p. 192), contiennent aussi des dispositions utiles à rappeler.

Ainsi, selon cette dernière instruction, les allocations pour frais d'administration des communes, calculées à raison de 50 centimes par habitant, ne peuvent être augmentées qu'autant que la population serait plus élevée, et que sa force actuelle aurait été reconnue par une nouvelle ordonnance (1).

La même circulaire rappelle que c'est sur le fonds des frais d'administration que doivent être acquittés tous les traitements, gages et salaires, à l'exception toutefois du garde champêtre, dont le traitement, en cas de nécessité, peut faire l'objet d'une allocation particulière au budget.

(1) Une autre circulaire du ministère de l'intérieur du 14 avril 1812 (Rec., t. 2, p. 325) porte que les 50 centimes pour frais d'administration seront fixés d'après le recensement approuvé en Conseil d'état, jusqu'à ce qu'un dénombrement postérieur ait été homologué; qu'on n'ajoutera point à cet article sous prétexte de suppléer à l'insuffisance de ce fonds, et qu'on ne fera de ce supplément l'objet d'aucun article particulier. S'il paraissait indispensable d'en obtenir un, on ne pourrait le demander qu'en joignant un état détail!é des frais d'administration.

Depuis la nouvelle organisation du service des postes (loi du 3 juin 1829), le traîtement des messagers piétons a cessé d'être à la charge des communes) et ne figure plus conséquemment dans la nomenclature des fonds de cotisations municipales.

222. Le traitement des commissaires de police est également en dehors des 50 centimes affectés aux frais d'administration.

223. Il en est de même du traitement du receveur municipal, fixé suivant les bases posées par l'ordonnance du 17 avril 1839.

Nous dirons plus loin comment il doit être procédé à l'égard de ces derniers traitements.

224. Au surplus, nous devons ajouter que les classifications établies tant par le décret de germinal an XI que par les circulaires qui viennent d'être citées, sont rarement observées aujourd'hui dans la rédaction de la plupart des budgets communaux. L'augmentation de travail nécessitée dans les bureaux des mairies par l'exécution des diverses lois récemment rendues, a eu pour effet d'accroître les frais d'administration de telle sorte que, dans beaucoup de communes, ils dépassent le taux de 50 centimes par habitant, même en n'y comprenant ni les dépenses pour fêtes publiques. ni les traitements des agents de police, ni plusieurs autres articles énoncés au décret de germinal an xI. Le ministre de l'intérieur, dans une circulaire du 15 juin 1836, a reconnu qu'il n'y avait pas lieu de rejeter absolument des budgets les crédits plus considérables votés par les conseils municipaux, lorsqu'ils ne paraîtraient pas dépasser l'exigence des besoins réels, mais que pour ne pas s'écarter des dispositions légales, il fallait ne faire figurer au chapitre des dépenses ordinaires que le crédit rigoureusement calculé sur le chiffre de la population, sauf à reporter le supplément d'allocation indispensable au chapitre des dépenses extraordinaires et à le faire disparaître, si les dépenses pouvaient être ramenées ultérieurement dans les limites de la loi.

225. Un préfet a demandé au ministre si l'on pouvait considérer comme obligatoire, bien qu'elle ne fût pas énoncée dans l'art. 30 de la loi du 18 juillet 1837, la dépense du traitement d'un officier de santé qui serait chargé de constater les décès.

Le ministre a répondu : « Le deuxième paragraphe de cet article s'appliquant au traitement de tous les agents du service communal, celui de l'officier de santé préposé à la constatation des décès s'y trouve nécessairement compris. En effet, de l'impossibilité où se trouve le maire, ou l'adjoint délégué par lui, de s'assurer par lui-même des décès, dans une ville populeuse, résulte l'obligation d'en char-

ger un agent ayant les connaissances requises pour un semblable service; et c'est ce qui a lieu dans la plupart des grandes villes; la dépense de ce traitement étant la conséquence d'une obligation imposée par la loi, peut être considérée comme autorisée implicitement par l'art. 30 de la loi du 18 juillet 1837, n° 21, \$ 2, suivant les explications contenues dans la circulaire du 17 août de la même année concernant les dépenses prescrites par des lois spéciales. Toutefois, il faut se reporter ici aux dispositions de la législation antérieure, c'est-à-dire à l'arrêté du gouvernement du 17 germinal an x1 relatif aux dépenses de l'administration des communes.

» La question se réduit donc à savoir si les frais d'administration de la ville, augmentés du traitement d'un officier de santé chargé de constater les décès, ne dépasseraient pas 50 centimes par habitant. Dans ce cas, ce traitement pourrait être imputé légalement, comme vous le proposez, sur les frais de bureau de la mairie; dans le cas contraire, ce n'est qu'en opérant des réductions sur les autres dépenses du service qu'on pourrait parvenir à pourvoir à ce besoin; et comme, en résultat, il s'agit d'une dépense obligatoire sur laquelle il vous appartient de statuer, vous devriez, en toute hypothèse, le conseil municipal préalablement entendu, procéder conformément aux dispositions combinées des art. 30 et 39 de la loi du 18 juillet ... (Aude, 10 nov. 1838.)

226. On vient de voir comment il doit être procédé relativement à l'établissement des services nouveaux qui peuvent être réputés obligatoires. A l'égard de ceux qui existent et qu'un conseil municipal pourrait compromettre en réduisant ou en refusant d'allouer, sans raison valable, les frais nécessaires à leur entretien, l'autorité administrative supérieure trouverait encore dans l'art. 39 de la loi du 18 juillet 1837, combiné avec la législation antérieure, l'indication de la marche qu'elle aurait à suivre (1).

<sup>(1)</sup> Voici en quels termes dispose l'art. 39 de la loi du 18 juillet 1837 :

<sup>«</sup> Si un conseil municipal n'allouait pas les fonds exigés pour une dépense obligatoire, ou n'allouait qu'une somme insuffisante, l'allocation nécessaire serait inscrite au budget par ordonnance du roi, pour les communes dont le revenu est de cent mille francs et au-dessus, et par

S'il s'agissait, par exemple, de s'opposer à la réduction ou à la suppression du traitement du secrétaire de la mairie, qui fait nommément partie des frais d'administration énoncés dans le décret du 17 germinal an XI, elle devrait d'abord examiner si le montant total des frais d'administration, ce traitement compris, n'excède pas 50 centimes par habitant. Dans ce cas, le préfet, après avoir mis le conseil municipal en demeure, prendrait, en conseil de préfecture, un arrêté par suite duquel la somme nécessaire, calculée sur la quotité moyenne du traitement des trois dernières années, serait inscrite au budget de la commune.

Que si les frais d'administration absorbaient au delà de la fixation légale de 50 centimes par habitant, de telle sorte que tout ou partie du traitement moyen ne pût être régulièrement alloué d'office, le préfet devrait vérifier si, parmi les divers articles de dépense dont ce chapitre du budget de la commune se compose, il n'y en aurait pas d'étrangers à ceux dont le décret de germinal an x1 donne la nomenclature dans le tableau n° 2 qui y est annexé. En cas d'affirmative, il serait autorisé à retrancher ou à réduire ces articles pour faire place au traitement du secrétaire, comme étant plus spécialement obligatoire aux termes du décret de l'an x1.

Autrement, et s'il n'y avait pas possibilité de trouver dans la réduction des autres dépenses le moyen de rétablir ce traitement, le préfet devrait s'abstenir de toute mesure de contrainte qui ne reposerait sur aucune base légale.

Dans les cas les plus ordinaires, c'est-à-dire pour les frais d'administration qui concernent les petites communes, c'est la quotité moyenne des trois dernières années qui doit seule être prise pour base, en cas de résistance de la part des conseils municipaux; et l'allocation par le préfet, ou même l'imposition d'office par ordonnance, ne souffre ici aucune difficulté. (Le min. de l'int. au préf. des Côtes-du-Nord, 22 déc. 1837; Ord. du 26 juin 1839 [Oise — Saint-Arnould].)

227. Relativement aux frais d'impression en particulier, une circulaire du ministre de l'intérieur du 17 janvier 1837, donne la nomenclature des imprimés le plus généralement en usage pour le service des mairies. Les fonds destinés au paiement de ces fournitures sont centralisés, à titre de cotisations municipales, à la caisse du receveur général du département et employés sur les mandats du préfet (autre circ. du 25 nov. 1836) (1).

228. Les frais d'administration étant payables par douzièmes, les mandats relatifs à ces dépenses sont délivrés à la fin de chaque mois (inst. gén. du min. des fin. du 15 déc. 1826, art. 725).

§ 3. - Abonnement au Bulletin des Lois.

229. Un arrêté des consuls du 29 prairial an VIII (3° série, bull. 30), a décidé: « Ar-

» Dans tous les cas, le conseil municipal sera préalablement appelé à en délibérer.

» S'il s'agit d'une dépense annuelle et variable, elle sera inscrite pour sa quotité moyenne pendant les trois dernières années. S'il s'agit d'une dépense annuelle et fixe de sa nature, ou d'une dépense extraordinaire, elle sera inscrite pour sa quotité réelle.

» Si les ressources de la commune sont insuffisantes pour subvenir aux dépenses obligatoires inscrites d'office en vertu du présent article, il y sera pourvu par le conseil municipal, ou, en cas de refus de sa part, au moyen d'une contribution extraordinaire établie par une ordonnance du roi, dans les limites du maximum qui sera fixé annuellement par la loi de finances, et par une loi spéciale si la contribution doit excéder ce maximum. »

(1) Le système du fonds de cotisations municipales est surtout favorable aux créanciers qui, avant fait une fourniture au compte de plusieurs communes collectivement, seraient embarrassés pour suivre le recouvrement de leur créance auprès de chacune. Ces embarras cessent lorsque toutes les portions de la somme due par dissérentes communes se trouvent centralisées à la caisse du receveur général des finances, où le paiement s'en opère sur un seul mandat. Telle a été l'origine de la formation du fonds de cotisations municipales qui répondait à un besoin réel; car il n'est pas sans intérêt pour les communes elles-mêmes d'assurer à leurs fournisseurs un paiement prompt et sans frais. Toutefois, comme l'abus des meilleurs principes a ses inconvénients, le ministre de l'intérieur, d'accord avec son collègue des finances, a dû renfermer dans de justes limites le nombre et la nature des articles qui peuvent être classés comme imputables sur ce fonds; c'est à quoi il a été pourvu par les

arrêté du préfet en conseil de préfecture, pour celles dont le revenu est inférieur.

ticle 1er. Le Bulletin des Lois sera envoyé aux maires de toutes les communes de la république. Le prix de l'abonnement est fixé à 6 francs, à partir du 1er vendémiaire an IX. Art. 2. Ces abonnements font partie des dépenses communales, et le paiement en sera effectué, par les percepteurs, entre les mains des receveurs particuliers, sur le recouvrement des centimes additionnels. (Art. 3 et

circulaires citées des 25 novembre 1836 et 17 janvier 1837.

Cette dernière énumère, comme il suit, les imprimés dont la fourniture se paie sur les fonds de cotisations municipales, savoir :

Liste des électeurs communaux.

Procès-verbaux d'élection.

Liste de scrutin.

Mouvement de la population.

Feuilles de recensement de la population.

Tableaux statistiques de toute nature sur les cultures, les bestiaux, les consommations, etc.

Mercuriales.

Avis des journées à fournir pour les chemins vicinaux.

Liste de souscriptions pour les chemins de grande communication.

Règlements pour les écoles primaires.

Certificats d'exercice des instituteurs commu-

Rôle de la rétribution mensuelle.

État des impositions pour l'instruction primaire placées au trésor royal.

État des dépenses extraordinaires de l'instruction primaire.

Liste des élèves exempts de la rétribution.

Liste des enfants qui ne reçoivent pas l'instruction primaire.

Compte administratif de l'exercice clos.

(L'état de situation du même exercice à fournir par le receveur, à l'appui du compte du maire, est à la charge du comptable.)

Règlement de l'exercice clos.

État des restes à payer.

Chapitres additionnels au budget de l'exercice courant.

Budget de l'exercice à régler.

Mandats de paiement.

Mandat de retrait de fonds du trésor.

Procès-verbaux de clôture des caisses municipales au 31 décembre.

Répartition de la coupe affouagère.

Rôle de taxe sur le bétail.

A cette nomenclature il convient d'ajouter le registre destiné à recueillir les arrêtés pris par les maires, et dont la tenue a été recommandée par une instruction du 3 janvier 1838. circul. du min. de l'int. du 8 messidor an vitt.)»

Bien que le prix d'abonnement ait été postérieurement augmenté et porté à 9 francs, les communes continuent à recevoir, par exception, le Bulletin des Lois au prix de 6 francs par an. Elles jouissent, en outre, de l'avantage de ne payer les numéros dont elles ont besoin pour compléter leurs collections, qu'à raison de 10 centimes la feuille au lieu de 20, et de 3 francs le volume au lieu de 6.

Les maires sont chargés de veiller à la conservation de la collection. Ils en sont personnellement responsables. Cette collection doit rester au secrétariat de la mairie; elle ne peut, sous aucun prétexte, en être distraite. Le fonctionnaire sortant en fait la remise à son successeur : l'état doit en être alors régulièrement constaté. « Si cette formalité a été omise, le maire est présumé avoir reçu la collection complète de son prédécesseur, et, si des numéros sont égarés ou détruits, il paraît naturel d'en mettre le remplacement à sa charge. » (Avis du com. de l'int. du 25 juin 1830 [Tarn. — Saint-Michel Labadie].)

§ 4. — Frais de recensement de la population.

230. La portion de ces frais qui est mise à la charge des communes ne consiste, à proprement parler, que dans la fourniture des imprimés dont le prix est payé sur le fonds des cotisations municipales, comme il a été dit ci-dessus. Quant à l'opération du recensement en elle-même, V. Recensement.

§ 5. — Frais des registres de l'état civil et des tables décennales.

231. Ces frais se composent: 1° de la fourniture des registres; 2° du timbre des feuilles; 3° du prix du transport de ces registres.

Des formules d'actes de l'état civil ont été envoyées, dès l'an XII, par l'administration centrale aux préfets (circul. du 25 frimaire, Rec., t. 1, p. 349), pour être réimprimées et remises aux maires au commencement de chaque année; mais, par suite d'inexactitudes signalées dans la rédaction des actes, ces formules ont été reproduites dans une autre circulaire du 22 février 1822 (t. 5, p. 9). Elles étaient données à titre de conseil et de guide, mais non avec obligation de s'y conformer d'une manière absolue.

Une instruction du 13 mai 1810 (t. 2, p. 183) a prescrit, en outre, l'impression, en tête des registres, et toujours aux frais des communes, d'une formule destinée à constater que le président du tribunal a visé et paraphé chaque feuillet. Par une autre circulaire du 28 octobre 1814 (t. 5, p. 548), le ministre de l'intérieur, pour prévenir tout abus dans cette branche de la comptabilité communale, a décidé que, chaque année, le budget de chaque commune contiendrait une allocation pour le papier timbré de l'année suivante, qui se trouverait ainsi payé d'avance. Enfin, une autre circulaire du 18 août 1825 (t. 5, p. 410), a mis le transport des registres à la charge des communes et invite les préfets à prescrire le mode le moins dispendieux.

Telles sont les principales dispositions qui ont déterminé les obligations des communes en ce qui concerne les frais relatifs à la tenue des registres de l'état civil. Le mode de recouvrement de ces frais est réglé aujourd'hui par l'instruction du 25 novembre 1836.

232. Quant aux tables décennales, un décret du 20 juillet 1807 (4e série, bull. 154), envoyé aux préfets le 3 septembre de la même année, y a pourvu ainsi qu'il suit :

Les tables alphabétiques des actes de l'état civil continueront à être faites annuellement et refondues tous les dix ans pour n'en faire qu'une seule par commune, à compter du dernier jour complémentaire an x (21 septembre 1802) jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1813, et ainsi successivement de dix ans en dix ans. (Art. 1<sup>er</sup>.)

Les tables annuelles sont faites par les officiers de l'état civil, dans le mois qui suit la clôture du registre de l'année précédente, et demeurent annexées à chacun des doubles registres; une double expédition en est adressée par les maires au greffe du tribunal civil dans les trois mois. (Art. 2.)

Les tables décennales sont faites, dans les six mois de la onzième année, par les greffiers des tribunaux de première instance (art. 3) en triple expédition, l'une pour le greffe, une autre pour le préfet du département, et la troisième pour chaque commune du ressort. (Art. 5.)

Les unes et les autres doivent être sur papier timbré, et certifiées par les dépositaires respectifs. (Art. 4.)

Les expéditions destinées à la préfecture sont payées aux greffiers des tribunaux sur les fonds départementaux à raison d'un centime par nom, non compris le prix du timbre; et chaque feuille doit contenir quatre-vingtseize noms ou lignes (art. 6). Les expéditions destinées aux communes sont payées par chacune d'elles et sont conformes aux autres. (Art. 7.)

Il n'est dû au greffier, pour l'expédition de celle qui doit rester au tribunal, que le remboursement du prix du papier timbré. (Art. 8.)

A ces dispositions qui continuent de régir la matière, une circulaire du directeur général de la comptabilité des communes et des hospices, en date du 7 août 1813 (t. 2, p. 470), ajoutait que la dépense des tables décennales payable par les communes, aux termes des art. 6 et 7 du décret ci-dessus rappelé, devant être considérée comme extraordinaire, il y avait lieu d'en assurer le paiement, faute d'autre crédit, sur le fonds des dépenses imprévues; et qu'il était plus régulier, d'ailleurs, que le prix des tables ne fût acquitté que lorsqu'elles auraient été livrées et vérifiées, sauf aux greffiers à se pourvoir auprès du ministre de la justice pour obtenir l'avance du papier timbré.

La comptabilité de cette dépense, comme celle des frais des registres de l'état civil, est réglée maintenant par l'instruction du 25 novembre 1836. — V. ci-dessus.

233. Après les frais généraux qui s'appliquent aux besoins les plus indispensables de l'administration de la commune, l'art. 30 de la loi de 1837 règle ce qui concerne les traitements des agents dont le salaire est laissé en dehors de ces frais, soit par le décret du 17 germ. an x1, soit par les instructions ministérielles publiées à la suite, comme on l'a vu plus haut, et détermine, § 9, les obligations de la commune relativement aux pensions des employés du service municipal et des commissaires de police.

§ 6. — Traitement du receveur municipal, du préposé en chef de l'octroi, et frais de perception.

234. Ce fut en l'an vii que le gouvernement, en traçant quelques règles pour la nomination des receveurs des communes, s'occupa aussi de la fixation du traitement de ces comptables. La loi du 11 frimaire an vii attribua la recette des communes aux percepteurs des contributions directes (art. 30), celle des municipalités au secrétaire de la mairie (art. 33), enfin celles des communes qui formaient à eltes seules un canton, à un préposé spécial nommé par l'administration municipale (art. 35). Dans le premier cas, c'est-à-dire quand la re-

cette était attribuée au percepteur, ce comptable recevait, pour ce service, sur les centimes spécialement affectés aux dépenses municipales, une remise égale à celle qu'il touchait pour le recouvrement des contributions de l'état; mais il n'avait aucune remise sur les autres revenus que pouvait avoir la commune. Ce recouvrement, d'après les termes mèmes de l'art. 39 de la loi précitée du 11 frimaire, était une des charges de son adjudication; car, à cette époque, la perception de l'impôt était, comme on sait, mise en adjudication publique. Dans le deuxième cas, on se bornait à augmenter le traitement du secrétaire (art. 40); dans le troisième cas, le préposé spécial devait jouir d'un traitement fixe réglé par l'administration municipale, sauf l'approbation de l'administration du département. (Art. 41.)

Après que la loi du 28 pluviose an viii eut supprimé les municipalités de canton et toute l'organisation communale créée par la constitution de l'an III, l'arrêté du 4 thermidor an x ordonna qu'il serait établi, dans toutes les communes qui avaient plus de 20,000 fr. de revenus, un receveur spécial dont le traitement serait, sur le vote du conseil municipal, porté au budget de la commune sous l'approbation du gouvernement. Dans les communes ayant moins de 20,000 fr. de revenus, les percepteurs restaient chargés de la recette municipale aux conditions précédemment déterminées par la loi du 11 frimaire an vII. Cependant l'attribution donnée aux conseils municipaux de voter le traitement du receveur spécial, était trop vague et pouvait prêter à l'arbitraire. Aussi l'administration comprit-elle la nécessité de poser quelques bases pour la fixation de ces traitements. L'arrêté du 17 germinal an xi décida qu'ils ne devraient pas dépasser 5 p. % dans les communes dont les revenus ne s'élevaient pas à plus de 100,000 fr. et 1/2 p. % sur l'excédant de 100,000 fr.

Le décret du 30 frimaire an XIII, sans prescrire aucune modification aux bases de l'arrêté du 17 germinal an XI, disposa seulement que les percepteurs qui faisaient la recette des communes dont le revenu était inférieur à 20,000 fr., comme les receveurs spéciaux, jouiraient de remises proportionnelles, qui seraient réglées définitivement par le préfet. Il y avait encore entre ces agents cette différence, que les percepteurs ne devaient point obtenir de remises sur le produit des centimes additionnels et le dixième des patentes, parce qu'ils en recevaient déjà en qualité de percepteurs, tandis que les receveurs spéciaux étaient rétribués sur l'ensemble de leurs recouvrements.

Enfin, le décret du 24 août 1812 statua d'une manière plus explicite. Il voulut que les traitements des receveurs municipaux des communes qui ont 10,000 fr. ou plus de revenus, ne pussent excéder les proportions suivantes, savoir: 4 p. % sur les premiers 20,000 fr. de recettes ordinaires, dans les communes dont les recettes sont confiées au percepteur des contributions;

5 p. % sur les premiers 20,000 fr. de recettes ordinaires, dans les communes où les recettes sont confiées à des receveurs spéciaux;

Et, dans toutes les communes, 1 p. % sur les sommes excédant 20,000 fr., jusqu'à un million; et 1/2 p. % sur toutes celles qui s'élèvent au delà d'un million.

Ces tarifs n'étaient, au surplus, qu'énonciatifs du maximum des traitements, lesquels devaient être réglés définitivement dans le budget de chaque ville, sur la proposition nécessaire du conseil municipal, l'avis du souspréfet, et l'avis du préfet, conformément à l'article 7 du décret du 30 frimaire an XIII.

235. La loi du 18 juillet 1837 sur l'administration municipale n'a rien innové en ce point; elle a seulement rangé les traitements des receveurs au nombre des dépenses obligatoires des communes.

Mais le système du décret du 24 août 1812 présentait de grands vices, que l'expérience n'a pas tardé à faire reconnaître. Dans les communes où les tarifs de ce décret ont été appliqués sans modification, les intérêts des communes ont eu à souffrir, parce que les traitements ont dépassé une juste limite. Dans d'autres communes, au contraire, les administrations locales, usant de la faculté indéterminée que leur réservait l'art. 2 du décret, de réduire les tarifs, ont fait descendre les remises des receveurs au-dessous de ce qu'il était légitime d'allouer à ces comptables, et il en est résulté, la plupart du temps, pour les communes, le grave danger de n'avoir que des comptables inhabiles ou infidèles. Des réclamations nombreuses se sont élevées, et il faut reconnaître qu'elles ne manquaient pas de fondement; car ces allocations étaient souvent réduites au moment même où le travail et la responsabilité des receveurs étaient accrus par les mesures prescrites par l'autorité supérieure pour le bon ordre de la comptabilité municipale.

On sait, en effet, que depuis quelques années la comptabilité des communes et des établissements publics, comme celle de l'État, a été renfermée avec soin dans des règles précises et rigoureuses. Le nouveau système adopté pour les écritures, pour la tenue des comptes, pour la justification des dépenses, a eu les plus utiles résultats pour la bonne gestion des revenus; mais il a doublé les opérations des comptables, en même temps qu'il a exigé de leur part une capacité bien plus grande.

Dans cet état de choses, une réforme devenait nécessaire; il fallait mieux préciser ce que le décret du 24 août 1812 avait de trop indéterminé, et, par un tarif mieux gradué, établir des bases de traitement qui protégeraient à la fois les intérêts des communes dont les conseils municipaux se sont laissé entraîner à voter le maximum porté dans le décret, et les intérêts des comptables, injustement sacrifiés dans les communes où les conseils ont réduit outre mesure les allocations.

C'est à quoi il a été pourvu par les ordonnances réglémentaires des 17 avril et 23 mai 1839 (1).

(1) En voici le texte (ord. du 17 avril) :

Sur les premiers 30,000 fr. § 1 50 p. 0/0 sur les recettes. à raison de . . . . . . . § 1 50 p. 0/0 sur les dépenses. Sur les 70,000 fr. suivants , 6 0 75 p. 010 sur les recettes. à raison de . . . . . . 6 0 75 p 010 sur les dépenses. Sur les 100,000 fr. suivants | 0 83 p. 010 sur les recettes. | 0 83 p. 010 sur les dépenses. | 0 33 p. 010 sur les dépenses. Surtoutes sommes excédant ( 0 12 p 070 sur les recettes. 1,000,000, à raison de... ( 0 12 p. 070 sur les dépenses.

» 3. Les conseils municipaux et les commissions administratives seront toujours appelés à délibérer, conformément au décret du 30 frimaire an xiii, sur la fixation des remises de leurs receveurs, sans toutefois que les proportions du tarif cidessus puissent être élevées ou réduites de plus

Mais l'application de ces règlements, qui ont eu généralement pour effet d'augmenter les traitements des receveurs dans les communes dont le revenu est médiocre, et de les réduire dans les villes très-riches, a suscité de vives et nombreuses réclamations, tant de la part des conseils municipaux que de celle des receveurs eux-mêmes; des pourvois ont été portés devant le Conseil d'état; des pétitions présentées aux Chambres. Le Conseil d'état s'est prononcé en faveur de l'application

d'un dixième, et sauf décision de l'autorité compétente.

- » 4. Dans les communes où les fonctions de receveur municipal seront réunies à celles de percepteur des contributions directes, la recette du produit des centimes additionnels ordinaires ou extraordinaires et des attributions sur patentes, ne donnera lieu à aucune remise outre celle qui est allouée au comptable en sa qualité de percepteur, ou en exécution de l'art. 5 de la loi du 20 juillet 1837.
- » 5. Dans toutes les communes et établissements, les comptables ne recevront non plus aucune remise sur les recettes et les paiements qui ne constitueraient que des conversions de valeurs.
- » 6. Seront considérés comme conversions de valeurs, lorsque le service de la commune et celui d'un établissement de bienfaisance seront réunis entre les mains du même comptable, savoir: à l'égard de la commune, le paiement des subventions allouées à l'établissement sur les fonds municipaux; à l'égard de l'établissement, la recette desdites subventions.
- » 7. Toutes recettes et dépenses faites par un receveur, même dans un intérêt local, mais qui ne concerneraient pas le service direct de la commune, comme, par exemple, le recouvrement et le paiement des secours ou indemnités accordés par le gouvernement en cas de sinistres, ou pour le logement des troupes chez l'habitant, et d'autres articles qui pourraient être déterminés par les instructions, ne donneront droit à aucune allocation, à moins d'un vote spécial du conseil municipal approuvé par l'autorité administrative compétente.
- » 8. La présente ordonnance n'est pas applicable à la ville et aux établissements de bienfaisance de Paris. »

L'ordonnance du 23 mai, rectificative de la première, est ainsi conçue:

- « Art. 1er. L'article 2 de notre ordonnance du 17 avril 1839 est et demeure modifié ainsi qu'il suit:
  - » Les remises sur les recettes et les dépenses.

<sup>«</sup> Art. 1er. A l'avenir, les traitements des receveurs des communes et des établissements de bienfaisance consisteront en remises proportionnelles, tant sur les recettes que sur les paiements effectués par ces comptables pour le compte desdites communes et établissements.

<sup>» 2.</sup> Les remises sur les recettes et les dépenses, soit ordinaires, soit extraordinaires, seront calculées ainsi qu'il suit, savoir :

des ordonnances (arrêts des 15 juin 1841 [Orléans]; 10 mars 1841 [Provins]), et les Chambres ont passé à l'ordre du jour sur les pétitions dont elles étaient l'objet: il faut donc les considérer désormais comme ayant acquis force exécutoire (1).

soit ordinaires, soit extraordinaires, seront calculées ainsi qu'il suit, savoir:

Sur les sommes excédant un { 0 12 p 010 sur les recettes. million, à raison de.... { 0 12 p. 010 sur les dépenses.

- » 2. Toutes les autres dispositions de notre ordonnance du 17 avril 1839 continueront à être exécutées. »
- (1) Comme la question de légalité des ordonnances de 1839 a été fort controversée, et qu'elle soulève fréquemment encore de vives contestations de la part de quelques administrations municipales, nous pensons qu'il n'est pas inutile d'indiquer ici les principales raisons que le ministre a présentées à l'appui devant le Conseil d'état jugeant au contentieux, sur le pourvoi de la ville d'Orléans.

En règle générale, disait le ministre, le droit de fixer le traitement appartient à l'autorité qui díspose de l'emploi: or, les receveurs municipaux, soit dans les communes qui ont plus de 30,000 fr. de revenus, soit dans celles où les percepteurs en remplissent les fonctions, sont à la nomination de l'autorité centrale (art. 65 de la loi du 18 juillet 1837). C'est en conséquence de ce principe, que le décret du 30 frimaire an xiii et celui du 24 août 1812, ont conféré à l'autorité centrale ou à ses délégués la faculté de fixer les traitements des receveurs sur la proposition des conseils municipaux. Les ordonnances en question n'ont donc fait que régler, d'une manière plus précise, l'exercice d'un droit antérieur à la loi municipale de 1837; et on ne saurait contester ce point qu'au moment où elles ont été rendues, rien n'empêchait le gouvernement de fixer, dans chaque commune, par décision spéciale, le traitement du receveur jusqu'à concurrence du maximum déterminé par le décret du 24 août 1812; d'où cette conséquence remarquable, qu'alors même qu'on rapporterait ces ordonnances, le gouvernement n'en resterait pas moins investi du droit de fixer, par une décision particulière, le traitement des receveurs municipaux dans chaque ville, à une somme même supérieure à celle qui

De nombreuses circulaires ont, du reste, réglementé l'application des ordonnances des 17 avril et 23 mai 1839, de manière à prévenir, autant qu'il est possible, les difficultés d'exécution qu'elles rencontrent. Il nous suffira d'en indiquer les dates: ce sont notamment celles des 22 avril, 1er juin 1839; 12

résulte de l'application du règlement général aujourd'hui adopté. En effet, le tarif des remises déterminé par le décret du 24 août 1812 était beaucoup plus élevé que celui qu'allouent les ordonnances; il n'était, il est vrai, indiqué que comme maximum; mais enfin c'est dans cette limite que l'autorité supérieure exerçait son droit de règlement, et elle pouvait l'atteindre si elle le jugeait nécessaire.

En résumé, le décret du 24 août 1812 donnait à l'administration centrale le droit de régler les traitements des receveurs municipaux sous deux conditions, à savoir : 1° que les conseils municipaux seraient entendus; 2º que le maximum des remises fixées par le décret ne serait pas dépassé. Il est facile de démontrer que ces deux conditions ont été respectées par les ordonnances des 17 avril et 23 mai 1839. En effet, elles donnent aux conseils municipaux la faculté d'augmenter ou de réduire les tarifs d'un dixième, suivant les exigences de localité; ce qui conséquemment leur laisse une latitude d'un cinquième dans la fixation, c'est-à-dire que le gouvernement a dit aux communes : « Voici comment je comprends l'attribution qui m'est conférée par le décret d'août 1812 : Je vous présente des tarifs que j'ai mûrement médités, et que je juge devoir s'appliquer comme la règle la plus équitable dans la généralité des cas. Délibérez, faites-moi vos propositions, comme le décret du 24 août vous en donne le droit; seulement je vous avertis que si vous dépassez de plus d'un dixième en dessus qu en dessous les tarifs que je crois raisonnables, je n'approuverai pas vos propositions, et je réglerai moi-même les remises comme j'y suis autorisé. » Quant au second point, il suffit de comparer les tarifs nouveaux à celui du décret de 1812, pour se convaincre que l'économie est en faveur de la nouvelle mesure. Posée dans ces termes, la question se simplifie beaucoup; la portée des ordonnances est dès lors parfaitement comprise; elles laissent aux conseils municipaux la faculté de proposer les traitements, et au gouvernement le droit de les régler. Le décret du 24 août 1812 est donc complétement respecté dans son esprit comme dans ses termes, et par conséquent les ordonnances des 17 avril et 23 mai 1839 sont, sous le rapport de la légalité, tout à fait inattaquables, etc.

février, 3 décembre 1840; 25 juill. 1841 et 20 avril 1843. (Voir au Rec. ou au Bull. offic. du min. de l'int.)

236. Quant à la nomination des receveurs municipaux, l'art. 65 de la loi municipale maintient les règles antérieures posées dans le décret du 27 février 1811 (4° série, bull. 354). Aux termes de l'art. 2 de ce décret, dans les cas de vacance, pour les communes qui ont des receveurs municipaux autres que les percepteurs des contributions directes, le conseil municipal présente trois candidats dont la liste est adressée, avec l'avis du souspréfet et celui du préfet, au ministre des finances, qui soumet la momination à la sanction royale.

237. On a élevé la question de savoir si, dans une commune dont le revenu excède 30,000 fr., les fonctions de receveur municipal, jusqu'alors exercées par le percepteur, doivent être conférées, lorsque le conseil municipal le demande, à un receveur particulier, bien qu'il n'y ait pas mutation de titulaire, et si le conseil municipal peut encore user du droit qui lui est réservé par le § 2 de l'art. 65 de la loi du 18 juillet 1837 (1), lorsque c'est sur sa proposition qu'antérieurement à cette loi, le percepteur actuel a été chargé des recettes municipales.

238. Deux intérêts se trouvaient ici en présence; à savoir, celui du comptable dont la position sera d'autant plus incertaine et précaire, qu'on la subordonnera aux volontés nécessairement assez variables d'un corps soumis lui-même, dans sa composition, aux modifications que l'élection tend sans cesse à y introduire, et l'intérêt du principe d'émancipation consacré par la loi du 18 juillet 1837, en faveur des conseils municipaux eux-mêmes, dont cette loi a eu pour effet de fortifier l'autorité

en tout ce qui touche principalement à l'administration des revenus de la commune.

C'est dans le sens de ce dernier intérêt que le Conseil d'état s'est prononcé par un avis du 15 mars 1843, ainsi concu:

« Considérant que le droit des communes avant plus de 30,000 fr. de revenus, en ce qui concerne le choix des agents chargés de percevoir ces revenus, est exceptionnellement réglé par le § 2 de l'art. 65 de la loi du 18 juillet 1837; que les termes de ce paragraphe sont formels et absolus, et n'imposent aux communes, pour obtenir des receveurs municipaux spéciaux, d'autres conditions que celles qui résultent du chiffre de leurs revenus et du vœu exprimé par leurs conseils municipaux; que ce serait ajouter à ces conditions de la loi que de faire dépendre la disjonction des recettes municipales de la mutation à intervenir dans la personne du fonctionnaire en exercice; que si, antérieurement à la loi cidessus visée, une commune a demandé que lesfonctions du receveur municipal fussent confiées au percepteur, bien qu'elle pût, dès lors, demander et obtenir un receveur particulier, on ne peut voir dans cet acte de l'autorité municipale l'épuisement du droit, qui n'a cessé d'exister pour elle, d'avoir pour ses recettes communales un autre comptable que le comptable chargé de la perception des deniers publics; que s'appuyer sur cette circonstance pour refuser à cette commune la nomination d'un receveur municipal spécial, ce serait méconnaître le droit des communes avant plus de 30,000 fr. de revenus, ou, du moins, poser à ce droit des limites qui ne résultent ni de l'esprit ni des termes de la loi du 18 juillet 1837;

» Est d'avis:

» 1° Que dans une commune dont les revenus excèdent 30,000 fr., la perception de ces revenus doit toujours être confiée à un receveur spécial, si le conseil municipal le demande;

» 2º Que la circonstance que les fonctions de receveur municipal auraient été exercées jusqu'à ce jour par le percepteur, sur la proposition de la commune elle-même, ne fait pas obstacle à ce que le conseil municipal use du droit qui lui appartient d'obtenir la nomination d'un receveur municipal spécial. »

239. Les receveurs municipaux sont assimilés, pour tout ce qui concerne la responsabilité de leur gestion, aux comptables des

<sup>(1)</sup> Art. 65. « Le percepteur remplit les fonctions de receveur municipal.

<sup>»</sup> Néanmoins, dans les communes dont le revenu excède trente mille francs, ces fonctions sont confiées, si le conseil municipal le demande, à un receveur municipal spécial. Il est nommé par le roi, sur trois candidats que le conseil municipal présente.

Des dispositions du premier paragraphe cidessus ne seront applicables aux communes ayant actuellement un receveur municipal que sur la demande du conseil municipal, ou en cas de vacance.»

deniers publics. (Décret du 19 vendémiaire an XII; instruction du 24 sept. 1824.)

Ils sont placés sous la surveillance et la responsabilité des receveurs des finances, aux termes de l'ordonnance du 17 sept. 1837, et de l'instruction du 15 déc. de la même année.

Ils doivent se conformer, pour la tenue de leurs écritures et de leur comptabilité, aux règles qui leur ont été prescrites, ainsi qu'à celles qui pourraient leur être imposées. (Art. 3 du décret du 27 février 1811; instruction du 24 septembre 1824.)

Les communes ont sur leurs meubles et sur leurs immeubles les mêmes droits, privilèges et hypothèques qu'a le trésor royal sur les meubles et immeubles de ses comptables. (Art. 2098, 2121 du Code civ.; loi du 5 septembre 1807.)

Ils sont soumis à l'obligation de fournir un cautionnement en numéraire égal au dixième des revenus dont la perception leur est confiée. (Décret du 21 déc. 1804.; loi du 28 avril 1816.)

Ces cautionnements sont affectes, par premier privilége, au paiement des débets de ces comptables, et à la garantie des condamnations prononcées contre eux pour faits relatifs à leur gestion (loi du 5 sept. 1807, art. 3); et l'ordonnance précitée du 17 septembre 1837 a étendu (art. 11) le cautionnement des receveurs municipaux à toutes les gestions.

240. La jurisprudence a, du reste, consacré en cette matière quelques principes qu'il est utile de rappeler et qui se résument comme il suit:

241. Les arrêtés des conseils de préfecture qui règlent les comptes des receveurs municipaux ou qui statuent en matière de comptabilité communale, sont attaquables devant la cour des comptes, et non devant le Conseil d'état. (Ord. des 14 nov. 1821; 7 mai 1828; 20 juillet 1836; 14 juin 1837; 17 janv., 28 mars 1838; 27 fév. 1840).

242. C'est à l'autorité administrative seule qu'il appartient de statuer sur la gestion et la responsabilité des comptables municipaux, et sur la libération de leur cautionnement. (Ord. du 20 août 1840.)

443. Le receveur municipal a droit d'exercer son recours contre le maire (ou ses héritiers), pour obtenir le remboursement des sommes dont le paiement aurait été illégalement ordonné par ce dernier. (Ordonn. du 6 mars 1815.)

244. Enfin, un comptable est responsable de l'enlèvement de sa caisse, lorsqu'il ne prouve pas qu'il était dans l'impossibilité de la sauver, (Ord. du 20 avril 1835; 5 déc. 1837.)

245. Pour ce qui concerne le traitement du préposé en chef de l'octroi et les frais de perception classés au même § 6 de l'art. 30. nous nous bornerons à faire remarquer que ces frais, selon l'esprit comme dans les termes de la loi, sont uniquement les frais de perception de l'octroi, et non pas ceux de tous les revenus communaux en général, comme on pourrait l'induire de l'énoncé de cette disposition. (Lett. du min. de l'int. au minist. des fin., du 14 juin 1838.) C'est qu'en effet, pour les revenus communaux en général, les frais de perception consistent simplement dans les remises, taxations ou traitements alloués aux comptables; mais il n'en est pas de même pour les octrois qui exigent, selon le mode de perception adopté par l'administration municipale, un personnel plus ou moins nombreux et des dépenses de diverses natures. - V. Octroi.

§ 7. — Traitement des gardes des bois communaux et des gardes champêtres.

246. Gardes forestiers. — Aux termes de la loi du 9 floréal an XI (3° série, bull. 276), le salaire des gardes forestiers des communes doit être acquitté sur le produit des coupes de bois ou sur les revenus communaux (1).

Celle du 22 mars 1806 (4° série, bull. 85) porte:

« Art. 1er. Le montant des salaires des gardes des bois des communes qui n'auront ni revenus ni affouages suffisants pour l'acquitter, sera ajouté aux centimes additionnels des contributions de ces communes.

» 2. L'imposition ne pourra avoir lieu que sur l'autorisation du gouvernement par décret d'administration publique. »

Une instruction ministérielle du 18 septembre 1816 (Rec., t. 3, p. 119) établissait que les propriétaires de bois qui ont des gardes particuliers et n'ont point de part dans les assouages, devaient être exceptés de l'im-

<sup>(1)</sup> Cette disposition est renouvelée de celle de l'art. 5 de la loi du 11 frimaire an VII, qui décidait que la contribution foncière et les frais de garde des bois communaux seraient couverts par la vente annuelle d'une portion suffisante des bois d'usage.

position relative aux gardes forestiers; mais ce système a changé par l'effet de la loi municipale de 1837, qui classe (art. 30, n° 7) le salaire des gardes forestiers au nombre des dépenses ordinaires des communes, c'est-à-dire de la réunion de tous les contribuables sans distinction.

247. En principe, il doit être pourvu au paiement du salaire des gardes forestiers des communes sur le produit de la chose même, et sur les restitutions prononcées contre les délinquants. On doit aussi en faire un article du budget.

Que si les bois ne donnent pas un produit égal aux frais de garde, ils sont plutôt à charge qu'utiles aux communes; et dès lors, on doit prendre des mesures pour obtenir l'autorisation de les aliéner, et d'employer le montant de la vente en acquisition de rentes sur l'état, sauf les exceptions que peuvent commander les localités, à moins que le salaire du garde ne puisse être porté au budget. (Circ. du 18 mai 1818; Rec., t. 3, p. 301.)

Suivant un arrêté du gouvernement du 17 nivose an XII (3° série, bull. 334), la caisse de l'enregistrement et des domaines était chargée de faire l'avance de ces salaires au compte des communes. Ce mode dut être changé par suite de la loi du 22 mars 1806, et il y fut pourvu par le décret du 31 janvier 1813 (4° série, bull. 476), aux termes duquel les salaires des gardes qui doivent être acquittés par les communes « le seront, à l'échéance de chaque trimestre, par les receveurs de ces communes, sur les fonds à ce destinés par leurs budgets, et sur les ordonnances des préfets. »

Le préfet transmettait à chaque sous-préfet l'état des gardes de son arrondissement, avec sommation et ordonnance de paiement; le sous-préfet en donnait connaissance aux percepteurs et aux receveurs des communes, qui en acquittaient le montant sur l'émargement des gardes. (Art. 3 du même décret.)

Cette comptabilité a été simplifiée par l'instruction du 25 novembre 1836, déjà citée, qui a classé les salaires des gardes forestiers chargés de la conservation des bois de plusieurs communes parmi les fonds de cotisations municipales.

248. Il est ainsi bien établi que, lorsqu'il y a impossibilité de prendre le salaire des gardes sur le produit des bois, par suite de l'insuffisance de ce produit, la commune doit y pourvoir sur ses revenus ordinaires, ou, à défaut,

par une imposition de centimes additionnels portant sur la réunion des contribuables.

249. Mais ici se présente une question: il est arrivé que, bien que des bois d'affouage fussent d'une valeur plus que suffisante pour garantir le paiement des frais de garde, la mauvaise volonté des habitants étant parvenue à faire échouer la vente des bois affectés à l'acquittement de ces frais, et le conseil municipal ayant refusé de voter le crédit nécessaire, il a fallu en venir à l'imposition d'office.

Déjà, dans quelques cas semblables, l'administration de l'intérieur avait prescrit de faire, entre les affouagistes, la répartition des frais de garde, conformément aux dispositions de la loi du 26 germinal an XI, sur laquelle se règle la répartition de la contribution foncière dont ces bois sont grevés.

Telle était aussi l'opinion du ministre des finances dans une espèce analogue. (Lettre au min. de l'int., du 14 août 1838 [Puy-de-Dôme].)

Il semblait, en effet, contraire à l'équité de comprendre dans la répartition les contribuables qui, bien que possédant des propriétés sur le territoire de la commune, n'y ont point leur domicile, et, par conséquent, n'y étant point chefs de famille, n'ont pas droit au partage de l'affouage; et l'administration pouvait se croire autorisée à faire supporter l'imposition par ceux-là seuls qui profitent de la garde des bois.

Mais le comité de l'intérieur n'en a point jugé ainsi. Il a pensé (Avis du 24 novembre 1838 [Puy-de-Dôme; Savenne]) « que ce serait à tort qu'on voudrait, dans l'espèce, faire application des dispositions de la loi du 16 avril 1803 (26 germinal an XI), la loi du 22 mars 1806, postérieure à celle-ci, avant formellement prescrit que, dans les communes qui n'auront ni revenus ni affouages suffisants pour acquitter le salaire des gardes de leurs bois, le montant dudit salaire sera ajouté aux centimes additionnels des contributions de ces communes. Qu'en fait, la commune n'a aucune ressource disponible; que l'opposition des habitants l'a mise dans l'impossibilité de s'en créer au moyen de la distribution des bois d'affouage; enfin que, faute d'adjudicataires, il a été également impossible de vendre les coupes qui avaient été mises en adjudication par les soins de l'administration forestière, et dont le produit aurait dû, aux termes de l'article 109 du Code forestier, être affecté au traitement du garde; qu'en cet état de choses, la commune se trouve incontestablement dans le cas prévu par la loi du 22 mars 1806, dont les dispositions sont implicitement confirmées par les art. 30, § 7, et 39 de la loi du 18 juillet 1837. »

Il faut effectivement reconnaître qu'en droit strict et en présence des dispositions formelles de la loi, l'imposition additionnelle à laquelle on est contraint de recourir en pareil cas ne saurait, quelle que soit la cause de cette nécessité, être prélevée que sur la généralité des contribuables.

250. Dans l'état actuel de la législation, les communes sont tenues d'entretenir, aux termes de l'art. 94 du Code forestier, pour la conservationde leurs bois, le nombre de gardes particuliers nécessaire, qui est déterminé par le maire, sauf l'approbation du préfet et l'avis de l'administration forestière. Le choix de ces gardes est fait par le maire, sauf l'approbation du conseil municipal (art. 95) et l'agrément de l'administration forestière, qui leur délivre leur commission: en cas de dissentiment, le préfet prononce. Le salaire des gardes mis à la charge des communes (art. 108) est réglé par le préfet sur la proposition du conseil municipal (art. 98).

ehoix d'un garde dans le mois de la vacance de l'emploi, le préfet y pourvoit sur la demande de l'administration forestière (art. 96). Le même individu peut être chargé de la garde d'un canton de bois appartenant, partie à des communes, partie à l'état. Dans ce cas, la nomination appartient à l'administration forestière seule, et le salaire du garde est payé proportionnellement par chacune des parties intéressées (art. 97).

252. Gardes champêtres. — Le Code rural du 6 octobre 1791, en instituant les gardes champêtres, avait décidé (art. 3) que leur salaire serait fixé par le conseil municipal au moyen d'un prélèvement sur les amendes qui appartenaient en entier à la commune, et en cas d'insuftisance, à l'aide d'un supplément réparti au marc le franc de la contribution foncière.

Plus tard, la loi du 20 mess. an III, en décidant, d'une manière plus impérative, qu'il serait établi des gardes champêtres dans toutes les communes, disposa que leur traitement serait fixé par le district et réparti, d'après l'avis du conseil municipal, au marc le franc de la contribution foncière (art. 2).

11

Le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an IV, et l'arrêté du 25 fructidor an IX. ne changèrent rien à cette disposition; mais un décret du 23 frimaire an XIII (non inséré au Bulletin) vint la modifier ainsi : « Art. 167; Dans toutes les communes où le salaire des gardes champêtres ne pourrait être acquitté sur les revenus communaux en y comprenant le produit des amendes, et lorsque les hahitants ne consentiront pas à former le traitement ou le complément du traitement de ces gardes par une souscription volontaire, la somme qui manquera sera, en conformité de l'article 3, sect. 7, de la loi du 6 octobre 1791. concernant les biens d'usages ruraux et la police rurale, répartie sur les propriétaires on exploitants de fonds non enclos, au centime le franc de la contribution foncière de chacun d'eux. »

Les choses se sont maintenues en cet état jusqu'à la loi de finances du 21 avril 1832 (9° série, bull. 76), dont l'art. 19 (budget des dépenses) a statué en ces termes:

"Il ne sera plus fait de rôles spéciaux pour les impositions relatives au traitement des gardes champêtres. Ces impositions, votées dans les formes prescrites par les art. 39 et 40 de la loi du 15 mai 1818, seront comprises à titre de centimes additionnels dans le rôle de la contribution foncière, et porteront; comme ces centimes, sur toutes les natures de propriété. »

De cette disposition ressortent deux conséquences principales, à savoir: 1° qu'elle a fait disparaître les distinctions établies par les instructions et règlements antérieurs quant aux diverses natures de propriétés sujettes à la garde champêtre et appelées à en supporter les frais; 2° qu'il y a lieu, pour l'établissement des centimes affectés au salaire des gardes champêtres, de procéder comme pour les dépenses extraordinaires, c'est-à-dire de réunir les plus forts contribuables au conseil municipal pour régulariser le vote. C'est la confirmation généralisée d'un système qui n'avait été admis jusque-là qu'exceptionnellement. (Circul. du 18 juill. 1818.)

Ajoutons, tontesois, qu'à la différence des autres impositions communales extraordinaires, celles-ci n'ont pas besoin d'être autorisées par ordonnance du roi, et que les présets doivent les faire comprendre dans les rôles généraux aussitôt qu'elles ont été régulièrement votées. — V., au surplus, Garde champêtre.

§ 8. — Traitements et frais de bureau des commissaires de police.

253. Rien n'à été changé, en ce point, par la loi de 1837, aux dispositions de la législation antérieure.

Un arrêté du gouvernement du 23 fructidor an IX (3° série, bull. 104) disposait que dans les villes qui ont moins de dix mille âmes de population, le traitement du commissaire de police ne serait fixé définitivement par un règlement d'administration que sur l'avis du préfet, et après que le conseil municipal aurait émis son vœu. Pour les villes d'une population supérieure, les conseils municipaux étaient appelés simplement à exprimer leur opinion, et le gouvernement restait juge de la fixation. Nous avons indiqué ailleurs le maximum de ce traitement. — V. Commissaire de police, n° 24.

Une circulaire du mois de floréal an xi (Rec., t. 1er, p. 267) explique qu'il n'est pas dans l'esprit de cette disposition que les traitements des commissaires de police soient obligatoirement portés au taux fixé par le tableau, et que cette fixation ne doit être considérée que comme un maximum qui ne

pourra jamais être dépassé.

254. Au surplus, il n'est pas dérogé aux dispositions de l'arrêté du 23 fructidor an 1x, et c'est toujours au gouvernement qu'il appartient de prononcer sur le taux de la fixation dans les limites de ce maximum.

Si donc il y avait, de la part d'un conseil municipal, refus d'allouer l'intégralité du traitement d'un commissaire de police, et que ce refus parût mal fondé, l'administration supérieure devrait procéder conformément aux dispositions de l'art. 39 de la loi du 18 juillet 1837, et porter d'office au budget le traitement moyen des trois dernières années jusqu'à concurrence du maximum réglé suivant la population par l'arrêté du 17 germinal an XI. Ainsi jugé, au reste, par une ordonnance rendue au contentieux, le 26 mars 1842 ( ville de Lambezellec ).

255. Que si la ville étant passée, par l'accroissement de sa population, d'une classe à une autre plus élevée, le conseil municipal refusait d'augmenter le traitement du commissaire dans la proportion indiquée, l'augmentation pourrait être portée d'office au budget, conformément au principe posé par l'arrêté du 23 fructidor an XI.

256. L'indemnité qui lui est accordée pour frais de bureau (V. Commissaire de police, n° 24) doit faire l'objet d'un crédit spécial au chapitre des dépenses ordinaires du budget communal, et il serait procédé, au besoin, quant à l'allocation, comme pour le traitement.

§ 9. — Pensions des employés municipaux et des commissaires de police.

257. Observons seulement ici que la disposition de l'art. 30, nº 9, de la loi du 18 juillet 1837 ne peut être entendue comme obligeant les communes à pensionner leurs employés et leurs commissaires de police, lorsqu'il n'existe pas de règlement particulier qui les lie à cet égard, à moins toutefois que les traitements ne soient assujettis à retenue au profit d'une caisse de retraite; et dans ce cas. c'est conformément au décret du 4 juillet 1806 (1), portant règlement sur les pensions des employés du ministère de l'intérieur, et déclaré applicable aux employés des services départementaux et communaux, par un avis du Conseil d'état des 12-17 novembre 1811, que se poursuivent et s'opèrent les liquidations. « Là où il n'a point été établi de caisse de retenue, dit le comité de l'intérieur, là aussi il n'existe pas d'obligation pour les communes d'accorder à leurs employés des pensions de retraite sur la caisse municipale.» (Avis des 1er juillet 1831 et 24 février 1835.)

Aussi la loi du 18 juillet 1837, d'accord avec la jurisprudence antérieure, ne parletelle que des pensions régulièrement liquidées et approuvées, ce qui signifie qu'elle ne considère comme obligatoires que les engagements reconnus et consacrés suivant les formes légales, sans qu'on puisse en induire que les communes soient contraintes, en aucun cas, à rémunérer des services qu'elles jugeraient avoir été suffisamment payés par le traitement d'activité dont l'employé a joui.—V. Pension de retraite.

§ 10. — Frais de loyer et de réparations du local de la justice de paix; achat et entretien du mobilier.

258. Ces dépenses ne sont obligatoires que pour les communes chefs-lieux de canton;

<sup>(1)</sup> Ce décret, non inséré au Bulletin des Lois, se trouve au Recueil des circul. du min. de l'int., t. 1, p. 454. — V. Pensions de retraite.

c'est une charge nouvelle que la loi leur impose; mais les termes dans lesquels elle s'exprime laissaient subsister, sur quelques points, des incertitudes que les instructions ministérielles n'ont pas tardé à dissiper, comme on le verra ci-après.

Jusqu'à la loi du 18 juillet 1837, les dépenses relatives au local de la justice de paix n'avaient pas été classées comme charges communales, et c'est pour obvier en partie aux inconvénients de ce silence de la loi, que les juges de paix avaient été autorisés à tenir leurs audiences à leur domicile.

L'art. 30 de la loi de 1837, \$ 10, a pourvu à la difficulté en déclarant obligatoires « les frais de loyer et de réparation du local de la justice de paix, ainsi que ceux d'achat et d'entretien de son mobilier, dans les communes chefs-lieux de canton. » Cette disposition n'offre rien de douteux à l'égard des communes, chefs-lieux de cantons ruraux, ou de celles qui ne forment qu'un canton à elles seules; mais pour ce qui concerne les villes composées de plusieurs cantons, il s'agissait de savoir si elles sont obligées de fournir, dans chaque justice de paix, un prétoire, ou si un même local peut être affecté à la tenue des audiences de tous les juges de paix, sauf à eux à s'entendre pour que ces audiences aient lieu à des jours différents.

Cette question, examinée de concert entre le département de la justice et celui de l'intérieur, a été résolue dans un sens contraire aux prétentions de quelques administrations municipales qui l'avaient soulevée. Rien n'autorise, en effet, à faire, entre les justices de paix des villes et celles des cantons ruraux, une distinction qui n'a été consacrée ni par les lois des 11 septembre 1790 et 28 floréal an x, qui ont assujetti chaque juge de paix à résider dans son canton, ni par celle du 18 juillet 1837 elle-même. S'il avait été dans l'intention du législateur d'établir cette distinction, il n'aurait pas manqué d'en faire l'objet d'une disposition spéciale, que le nombre des villes divisées en plusieurs cantons rendait nécessaire.

Les divers arrêtés du gouvernement qui ont fixé le nombre des justices de paix dans les villes, comme dans les cantons ruraux, ayant déterminé en même temps l'étendue de leur arrondissement territorial, il en résulte qu'un prétoire séparé doit être affecté, dans chacun des arrondissements, au service de la justice de paix, puisqu'il est de principe que tout juge, tout tribunal, ne peut rendre de jugement que sur son territoire, et que, hors des limites qui le circonscrivent, il est sans qualité, sans caractère pour exercer ses fonctions.

Il est d'ailleurs évident que l'offre faite par l'administration municipale de mettre à la disposition des juges de paix une seule salle d'audience, ne saurait suffire pour assurer les besoins du service; car, sans parler de l'obligation qui lui est également imposée de fournir un local où le greffe et le dépôt des minutes de la justice de paix puissent être convenablement placés, chaque juge de paix devant, aux termes de l'article 8 du Code de Procédure civile, donner par semaine au moins deux audiences; il s'ensuivrait que. dans beaucoup de villes, le nombre des juges de paix et par conséquent celui des audiences rendraient impraticables la tenue de celles-ci dans un même local. (Décis. du min. de l'int. [Bordeaux], 19 juin 1838.)

259. La loi du 10 mai 1838 (9° série, bulletin 570) met d'ailleurs à la charge des départements les dépenses ordinaires des justices de paix, qui consistent en frais de chauffage et d'éclairage de la salle d'audience, impressions, reliure du Bulletin des lois, fourniture de papiers, plumes, encre, etc.

Le ministre de l'intérieur, en transmettant à MM. les préfets un état général des sommes présumées nécessaires pour subvenir à ces dépenses, à partir de 1839, a exprimé, dans une circulaire du 31 juillet 1838, l'opinion, conforme à celle de M. le garde des sceaux, que, bien qu'il existât une nouvelle cause de dépense résultant de l'accroissement de la compétence des juges de paix et de l'usage recommandé d'avertissements préalables pour les citations en justice, on pouvait se borner, quant à présent, à rétablir les crédits dont jouissaient les juges de paix avant 1815, sauf quelques exceptions peu nombreuses indiquées par les votes des conseils généraux.

## § 11. Dépenses de la garde nationale.

260. Il faut se reporter ici à la loi du 22 mars 1831 (2<sup>e</sup> série, bull. 26), dont l'article 81 dispose en ces termes:

« Les dépenses ordinaires de la garde na tionale sont: 1° les frais d'achat des drapeaux, des tambours et des trompettes; 2° la partie d'entretien des armes qui n'est pas à la charge individuelle des gardes nationaux; 3° les frais de registres, papier, contrôle, billets de garde, et tous les menus frais qu'exige le service de la garde nationale.

» Les dépenses extraordinaires sont : 1° dans les villes qui, d'après l'art. 64, reçoivent un commandant supérieur, les frais d'indemnité pour dépenses indispensables de ce commandant et de son état-major; 2° dans les communes et les cantons où sont formés des bataillons en légions, les appointements des majors, adjudants-majors et adjudants sous-officiers, si ces fonctions ne peuvent pas être exercées gratuitement; 3° l'habillement et la solde des tambours et trompettes.

» Les conseils municipaux jugent de la nécessité de ces dépenses. »

261. L'exécution de cet article a soulevé la question de savoir si l'ensemble ou partie seulement des dépenses prévues sont obligatoires pour les communes, et si, en cas de refus de la part des conseils municipaux de voter les crédits nécessaires, il y aurait lieu, par l'autorité supérieure, à les porter d'office au budget communal.

Le ministre de l'intérieur a pensé qu'on devait distinguer les dépenses qualifiées par la loi dépenses ordinaires, qui forment la première catégorie de l'article, de celles qui sont réputées dépenses extraordinaires, et dont la seconde contient l'énumération.

Que les premières sont indispensables dans tous les cas, et, par cela seul, réellement obligatoires; mais qu'il n'en est pas de même des secondes, attendu : 1° que les mêmes motifs d'urgence n'existent pas à l'égard de celles-ci; 2° que la loi admet la possibilité de confier les emplois dont les traitements sont mentionnés au 2e §, à des citoyens qui les exerceraient gratuitement; 3° enfin et surtout, que les conseils municipaux étant appelés à décider de la nécessité de ces dépenses, il ne serait pas moins contraire au texte qu'à l'esprit de la loi, d'obliger les communes à y pourvoir, quand cette nécessité est niée par l'autorité que la loi elle-même en a constituée juge. (Décis. du min. de l'int. Seine-et-Oise], 22 sept. 1837. — Id. [sur le budget de la ville d'Arras], 15 mars 1837.)

262. L'habillement devant être laissé à la charge des gardes nationaux et l'armement à la charge de l'état, ce n'est que dans le cas où les communes auraient des fonds libres, après le paiement de leurs dépenses annuelles et obligées, qu'elles pourraient en voter l'af-

fectation aux dépenses dont il s'agit. On ne peut employer le produit des coupes affouagères ni les vendre dans ce but, par anticipation. (Décis. du min. de l'int. [Aube], 6 janv. 1831.)

263. Lorsque plusieurs communes concourent à la formation d'un même bataillon, elles doivent pourvoir, proportionnellement aux contributions foncière, personnelle, mobilière et des patentes de chacune, aux dépenses, tant ordinaires qu'extraordinaires du bataillon cantonal, et la répartition, ainsi que celle des frais de chauffage et de bureau, occasionnés par les jurys de révision, doit en être faite, d'après ces bases, par le préfet en conseil de préfecture, après avoir pris l'avis des conseils municipaux comme le porte la loi. (Avis du Cons. d'état, du 5 août 1831, interprétatif de l'art. 81 de la loi du 22 mars 1831.)

# § 12. — Dépenses relatives à l'instruction publique.

264. La loi municipale, en classant parmi les charges obligatoires des communes les dépenses relatives à l'instruction publique conformément aux lois, a eu principalement en vue celles qui concernent l'instruction primaire, et encore faut-il distinguer, dans ces dépenses, ce que la loi prescrit d'une manière impérative de ce qui est simplement autorisé. Ainsi l'institution, d'ailleurs si digne d'encouragement, des salles d'asile et celle des écoles de filles n'ont pas été prévues dans les prescriptions législatives; et quelque désirable qu'il soit de voir ces utiles établissements se propager, rien jusqu'ici ne fait aux communes une obligation absolue de pourvoir aux frais de leur création et de leur entretien.

Il n'y a donc, à proprement parler, que les écoles primaires élémentaires et supérieures de garçons qu'on doive considérer comme charges obligatoires des communes (loi du 18 juin 1833, art. 9 et 10), de même que les écoles primaires normales, comme charge des départements (id., art. 11).

265. Parmi les autres dépenses de l'instruction publique qui se rattachent à l'enseignement supérieur, les seules qui soient imposées aux communes à titre obligatoire, concernent les réparations et l'entretien des bâtiments des colléges, académies, facultés, et en général des édifices universitaires.

266. Du reste, l'établissement, l'entretien

des collèges communaux, les traitements des professeurs, en un mot, toutes les dépenses de l'instruction secondaire, de même que les créations de bourses et les subventions affectées à la création des collèges royaux, sont purement facultatives de la part des villes ou communes.

Les colléges communaux sont régis aujourd'hui par l'ordonnance réglémentaire du 29 janvier 1839. (9° série, bull. 631.)

267. Maisons d'école. — Relativement aux maisons d'école, la loi du 23 juin 1833 (9° série, bull. 105) a déterminé d'une manière précise les obligations des communes. Aux termes de l'art. 9, toute commune est tenue, soit par elle-même, soit en se réunissant à une ou plusieurs communes voisines, d'entretenir au moins une école primaire élémentaire. L'art. 10 veut que celles dont la population excède 6,000 habitants aient une école primaire supérieure.

Aux termes de l'art. 12, il doit être fourni à tout instituteur communal, outre le traitement, un local convenablement disposé, tant pour lui servir d'habitation que pour recevoir les élèves; et l'art. 13 décide qu'à défaut de fondations, donations et legs qui assurent l'effet de cette disposition, il y sera pourvu au moyen d'une imposition spéciale, votée par le conseil municipal, ou, à défaut de ce vote, établie par une ordonnance royale. Cette imposition, qui est autorisée chaque année par la loi de finances, ne peut excéder 3 centimes additionnels au principal des quatre contributions directes (1).

En cas d'insuffisance de ces trois centimes, et lorsque les communes n'auront pu procurer un local ni assurer un traitement à l'instituteur, le département est appelé à y concourir jusqu'à concurrence de 2 centimes additionnels; et enfin, en cas d'insuffisance des
centimes communaux et départementaux, le
ministre de l'instruction publique y pourvoit
au moyen de subventions prélevées sur le crédit alloué pour l'instruction primaire au budget de l'état (art. 13).

Rien, comme on voit, dans ces dispositions, ne fait aux communes une obligation formelle d'acheter ou de faire construire des maisons d'école. Tout ce que la loi semble exiger, c'est qu'un local convenable soit fourni à l'instituteur; qu'il appartienne à la commune ou qu'il soit pris à loyer, c'est ce dont la loi ne s'est pas occupée.

Toutefois l'ordonnance réglémentaire du 16 juillet 1833 (9° série, bull. 241) décide, article 3, que les maires des communes qui ne possèdent point de locaux convenablement disposés, tant pour servir d'habitation à leurs instituteurs que pour recevoir les élèves, et qui ne pourraient en acheter ou en faire construire immédiatement, s'occuperont sans délai de louer des bâtiments propres à cette destination, et que, pendant la durée du bail, qui ne pourra excéder six années, les conseils municipaux prendront les mesures nécessaires pour se mettre en état d'acheter ou de faire construire des maisons d'école, soit avec leurs propres ressources, soit avec les secours qui pourraient leur être accordés par le département ou par l'état.

Nous devons ajouter que par deux autres ordonnances des 25 mars 1838 et 26 décembre 1843, le délai de six ans qui avait été accordé aux communes par la disposition qui précède, a été prorogé jusqu'au 1er janvier 1850.

Ainsi, et jusqu'à l'expiration de ce délai, les dépenses d'acquisition ou de construction des maisons d'école doivent être considérées comme facultatives, puisqu'il n'y a pas obligation actuelle.

268. On a élevé la question de savoir si, ce délai expiré et la dépense devenue obligatoire pour les communes, il ne devrait pas être procédé, en cas de refus de leur part d'acquérir immédiatement des maisons d'école, conformément aux règles tracées par la loi du 18 juillet 1837 (art. 39), c'est-à-dire par voie d'allocation d'office au budget municipal, en vertu d'une ordonnance du roi pour les communes dont le revenu est de cent mille francs, et au-dessus, et par arrèté du préfet, en conseil de préfecture, pour celles dont le revenu est inférieur; ou si, à défaut de ressources, il n'y aurait pas lieu de provoquer une imposition extraordinaire dans les limites du maximum déterminé pour les dépenses obligatoires, suivant ce que prescrit le dernier paragraphe du même ar-

<sup>(1)</sup> La loi de 1833 (art. 13) établissait que ces centimes porteraient sur les contributions foncière, personnelle et mobilière seulement; mais l'art. 4 de la loi des recettes du 17 août 1835 a changé cette disposition, en décidant que ces centimes seraient prélevés au principal des quatre contributions.

Sans doute le droit de l'administration supérieure peut aller jusqu'à contraindre les communes par les moyens que la loi ellemême a mis à sa disposition; mais il ne faut pas perdre de vue que leurs dépenses réputées légalement obligatoires, ne sont pas les seules nécessaires et même indispensables; que beaucoup de dépenses facultatives le sont au même degré, et que si l'on absorbait, avant tout et sans mesure, les ressources disponibles des communes pour satisfaire aux seules dépenses obligatoires, on les exposerait à laisser en souffrance d'autres services non moins dignes d'intérêt.

Ces considérations ont amené le ministre de l'instruction publique à reconnaître, avec son collègue de l'intérieur, que les communes qui ont des fonds libres, ne sauraient être contraintes d'office à consacrer aux dépenses de l'instruction primaire une somme supérieure au produit des trois centimes qui pourraient être imposés obligatoirement en cas d'insuffisance de revenus.

269. Édifices universitaires. — Les charges des communes relativement aux réparations et à l'entretien des bâtiments universitaires. résultent de diverses dispositions législatives que nous rappellerons sommairement.

270. Les collèges royaux ont été créés sous le titre de Lycées, par la loi générale sur l'instruction publique du 11 floréal an x (4º série, bull. 186).

Cette loi porte, art. 40 : « Les bâtiments des lycées seront entretenus aux frais des villes où ils seront établis. »

Un décret du 17 septembre 1808 (4e série, bull. 206) reproduit textuellement, art. 13, l'art. 40 de la loi de floréal an x, et en étend les dispositions aux bâtiments des académies, parce que ces bâtiments ont la même destination que ceux des lycées. Il statue sur les moyens d'exécution en prescrivant aux villes de porter chaque année à leur budget pour être vérifiée, réglée et allouée par l'autorité compétente, la somme nécessaire à l'entretien et aux réparations de ces établissements.

Ensuite est intervenu le décret du 9 avril 1811 (4° série, bull. 363) qui a concédé aux départements, arrondissements et communes la propriété des bâtiments nationaux alors occupés pour le service de l'administration, des cours et tribunaux, et de l'instruction publique.

décret, est faite à la charge par les communes (pour ce qui concerne les bâtiments affectés å l'instruction publique) d'acquitter à l'avenir la contribution foncière (1), et de supporter aussi les grosses et menues réparations, suivant les règles et dans les proportions établies par les lois.

Un autre décret du 15 novembre 1811 (4e série, bull. 402) décide, art. 3, que « les communes dont les colléges seront érigés en lycées, continueront à pourvoir aux dépenses de premier établissement et à l'entretien des locaux en ce qui concerne les grosses réparations. »

Enfin l'art. 71 de l'ordonnance du 17 février 1815 (5° série, bull. 80) porte que les communes continueront de fournir et d'entretenir de grosses réparations les édifices nécessaires aux universités, facultés et colléges.

Quelques villes se sont autorisées des termes dans lesquels statuaient ces deux dernières dispositions, pour prétendre qu'elles ne devaient être tenues que des grosses réparations et non des dépenses d'entretien des bâtiments universitaires. Cette prétention a dû être repoussée comme dépourvue de fondement légal.

Déjà le Conseil d'état avait reconnu en principe (16 décembre 1830 [Paris]) que la législation mettait à la charge des villes les menues et grosses réparations de tous les bâtiments consacrés à l'instruction publique. Un arrêt de la Cour de cassation, en date du 17 mars 1836 (S.-V. 36. 1. 493), n'a pas été moins explicite. En voici le texte:

« La cour; — Attendu que la ville de Poitiers est propriétaire des bâtiments du collége; qu'à ce titre, elle doit seule contribuer, avec le propriétaire voisin, aux réparations du mur mitoyen entre eux; que ce principe du droit commun n'a reçu aucune modification des lois spéciales aux établissements universitaires; qu'en effet l'art. 40 de la loi organique de l'instruction publique du 11 floréal an x, et, depuis, le décret du 9 avril 1811, qui a concédé aux communes, pour cette destination, ceux des édifices dont elles n'étaient pas encore propriétaires, ont mis à leur charge toute espèce de réparations, sans

<sup>(1)</sup> Il a été reconnu et décidé, depuis, que les immeubles communaux affectés à un service pu-Cette concession, aux termes de l'art. 3 du | blic, n'étaient point passibles de l'impôt foncier.

distinction de grosses ou de menues; qu'en le jugeant ainsi, l'arrêt attaqué a fait une juste application des principes et n'est contrevenu à aucune loi: rejette, etc. »

271. Il faut donc considérer comme un principe désormais hors de contestation, que les bâtiments des colléges, académies et facultés, et, en général, tous ceux qui sont affectés au service de l'instruction publique, doivent être entretenus, aussi bien que réparés, aux frais des villes. C'est un point sur lequel la jurisprudence administrative n'a jamais varié (1).

272. En ce qui concerne particulièrement les bâtiments des académies, l'importance et l'étendue de ces édifices se règlent sur les besoins de l'enseignement: plus grands pour une académie qui embrasse toutes les facultés que pour celle qui en a moins, ils doivent offrir autant de salles qu'en exigent les cours d'instruction susceptibles d'être en même temps en exercice.

Ces salles doivent être entièrement et convenablement disposées aux frais de la commune.

Du reste, il n'est point dû de logement aux personnes attachées à l'académic. Si néanmoins, dans le local choisi pour l'établissement, il se trouvait quelques partics où le recteur pût se loger et placer son bureau, la ville n'y mettrait pas d'obstacle, mais elle n'aurait à faire pour cela aucune dépense, et n'entrerait pour rien dans les dispositions qui pourraient être nécessaires pour approprier, soit à cet usage, soit à quelqu'autre de même nature, une portion quelconque de cet édifice (circul. du min. de l'int. du 23 juin 1810; Rec., t. 2, p. 188).

§ 13. — Indemnités de logement aux curés, desservants et autres ministres du culte. — Secours aux fabriques des églises, etc.

V. Culte.

§ 14. — Contingent de la commune dans la dépense des enfants trouvés et abandonnés.

V. Enfants trouvés et abandonnés.

§ 15. — Clôture des cimetières.

V. Cimetières, § 4.

\$ 16. - Frais des plans d'alignement. -

V. Alignement, Voirie.

§ 17. — Frais et dépenses des conseils de prud'hommes. — Menus frais des chambres consultatives des arts et manufactures.

273. Le décret du 11 juin 1809, qui règle l'organisation et les attributions des conseils de prud'hommes, s'exprime ainsi, quant aux frais et dépenses de cette institution:

« Le local nécessaire aux conseils de prud'hommes, pour la tenue de leurs séances, sera fourni par les villes où ils seront établis (art. 69).

» Les dépenses de premier établissement seront pareillement acquittées par ces villes; il en sera de même des dépenses ayant pour objet le chauffage, l'éclairage et les autres menus frais (art. 70).

» Le président du conseil des prud'hommes présentera chaque année, au maire, l'état des dépenses désignées dans l'article ci-dessus. Celui-ci les comprendra dans son budget, et, lorsqu'elles auront été approuvées, il en ordonnancera le paiement, d'après les demandes particulières qui lui seront faites (art. 71). »

Rien n'a été changé à ces dispositions par la loi municipale du 18 juillet 1837, qui s'est bornée à déclarer ces dépenses obligatoires pour les communes où il existe des conseils de prud'hommes.

Une ordonnance royale du 16 juin 1832 (9° série, bull. 167), portant règlement sur les chambres de commerce et sur les chambres consultatives des arts et manufactures, institutions distinctes et qu'il ne faut pas confondre, détermine le mode de nomination

<sup>(1)</sup> On lit dans une circulaire du 16 avril 1817 (Rec., t. 3, p. 192):

<sup>«</sup> L'ordonnance du 12 mars dernier (sur les revenus et dépenses des colléges royaux, les bourses communales, etc.) ne parle pas des bâtiments dans lesquels les colléges royaux sont placés. De ce silence, il ne faut pas cependant conclure que les communes où ils sont situés n'ont point à pourvoir à leur entretien.

<sup>»</sup> L'obligation de pourvoir à l'entretien de ces bâtiments leur a été formellement imposée par les décrets et ordonnance des 17 septembre 1808, 15 novembre 1811 et 17 février 1815. Les dispositions de ces décrets et ordonnance n'ont été ni modifiées ni rapportées. Ainsi, la législation reste la même et dans toute sa force, tant pour les colléges royaux que pour les bâtiments des universités et des facultés. »

des membres de ces deux corps, la durée de leurs fonctions, etc.

Quant aux dépenses proprement dites, pour ce qui concerne les chambres consultatives, l'arrêté du 10 thermidor an M dispose ainsi :

« Les maires des lieux où il sera établi des chambres consultatives fourniront un local convenable pour la tenue de leurs séances (art. 8).

» Les menus frais de bureau auxquels cette tenue donnera lieu feront partie des dépenses des communes, seront portés dans leurs budgets et acquittés sur leurs revenus (art. 9).»

L'ordonnance réglémentaire de 1832 a maintenu ces dispositions en déclarant (art. 16) que les chambres consultatives continueraient d'être régies par l'arrêté du 10 thermidor an XI; et la loi d'administration municipale n'a fait que les confirmer en donnant à la dépense le caractère d'une charge communale obligatoire.

### § 18. — Contributions et prélèvements.

274. Tous les biens des communes productifs de revenus sont tenus, comme ceux des hospices et autres établissements publics, au paiement de la contribution foncière. Cette obligation, qui résultait de la loi du 3 frim. an VII (art. 109 et 110, 2° série, bull. 243), a été confirmée par la loi de 1837 (article 30, n° 20). La loi du 26 germinal an XI a reglé le mode à suivre pour le paiement de ces contributions, soit qu'elles portent sur des biens donnés à bail à des fermiersou locataires, ou sur des biens laissés en jouissance commune. Il n'a été dérogé par aucune disposition postérieure aux prescriptions de cette loi, qui continuent de recevoir leur exécution.

275. Quant aux bois communaux, un mode spécial est tracé par le Code forestier. Il est enjoint aux receveurs municipaux de payer les contributions dues par la commune. Les quittances des percepteurs leur sont allouées en compte. (Règlement approuvé par le ministre des finances, le 26 août 1824, art. 5.)

276. L'assujettissement à la contribution foncière des biens communaux de toute nature productifs de revenus, n'a jamais fait question; mais on a douté que les établissements publics, tels que les halles, marchés, abattoirs, bien que rapportant un revenu à la commune, fussent également imposables. Cette question a été tranchée par un arrêt du

conseil du 26 octobre 1836 (ville d'Alençon), qui a décidé qu'une halle aux grains, bâtiment clos et fermé de toutes parts, appartenant privativement à une commune à laquelle elle produit un revenu, doit être cotisée à l'impôt foncier, parce qu'aux termes de l'article 109 de la loi du 3 frimaire an VII, les propriétés communales productives doivent être imposées dans la même proportion que les autres biens situés dans la commune. On ne peut demander que la halle soit exemptée en se fondant sur l'art. 103 de la loi du 3 frimaire an vii, attendu que cet article ne s'applique qu'aux foires et marchés établis sur les rues et places publiques, ni sur l'art. 105 qui ne s'applique qu'aux édifices non productifs de revenu affectés à un service public.

Un autre arrêt du 3 mars 1837 (commune de Beuzeville) a statué dans le même sens. Enfin, en ce qui concerne les abattoirs appartenant aux communes, il a été également décidé que ces édifices sont soumis à la contribution foncière, comme toutes les autres propriétés communales productives de revenus, et qu'on ne pouvait réclamer leur exemption en se fondant sur l'art. 105 de la loi du 3 frimaire an vii. On ne peut non plus, dit le même arrêt, prétendre qu'un abattoir n'est pas productif de revenus pour une commune parce que ses produits sont abandonnés à ceux qui ont construit l'édifice, pour les rembourser de leurs avances. En effet, si la commune ne touche pas directement les produits de l'abattoir, ils ne tournent pas moins à son profit, puisque leur abandon la dispense de solder les frais de construction. Enfin, la contribution foncière doit frapper les abattoirs communaux, alors même que les droits d'abattage se percoivent sous forme de droits d'octroi (1). On voudrait en vain fonder une dispense sur ce que le trésor perçoit déjà, dans ce cas, le dixième du produit net des droits d'abattage. Si la commune a cru devoir. dans son intérêt, adopter ce mode de perception, elle doit en subir les conséquences. Cette circonstance ne peut motiver une exemption d'impôt que la loi n'autorise pas. (Ord. du 19 juillet [ville de Bordeaux].)

<sup>(1)</sup> Observons ici que cette forme de perception n'a été autorisée que par exception et sans préjudicier aux principes qui régissent ces deux taxes de nature essentiellement distinctes. Nous reviendrons sur ce sujet.

277. Quant aux prélèvements établis par les lois sur les biens et revenus communaux, une ordonnance du 28 janvier 1815 et l'art. 153 de la loi du 28 avril 1816 ont supprimé tous ceux qui avaient été ordonnés à diverses époques; savoir : le vingtième du produit des octrois pour le pain de soupe des soldats de l'armée (Déc. du 24 floréal an XII), porté depuis au dixième par la loi du 24 avril 1806; un autre vingtième sur tous les revenus des communes, pour la dépense des compagnies de réserve (Déc. du 24 flor. an xIII); un pour cent au profit de la caisse des invalides (Déc. du 23 juillet 1811); plus le dixième du produit des bureaux de pesage, mesurage et jaugeage; le dixième des revenus fonciers formant un fonds commun pour le culte, etc.

La loi de 1816 a définitivement fixé à 10 pour cent le prélèvement qui s'opérerait désormais au profit du trésor sur le produit des octrois, au moyen de quoi, dit l'art. 153 de cette loi, « il ne pourra être fait aucun prélèvement, soit sur le produit des octrois, soit sur les autres revenus des communes, sous quelque prétexte que ce soit et en vertu de quelques lois et ordonnances que ce puisse être.»

Reste le prélèvement autorisé par l'art. 20 de la loi du 21 avril 1832, sur le même produit des octrois, pour le contingent de la contribution personnelle et mobilière, mais qui n'est, à proprement parler, qu'une conversion d'impôt, d'ailleurs facultative, et qui fait dès lors exception.

278. Quant aux abonnements pour les droits sur les liquides, admis tant par la loi de 1816 (art. 73 et suiv.), que par celle du 21 avril 1832 (art. 40), bien qu'il ait été procédé le plus souvent jusqu'ici par voie d'imposition extraordinaire et d'ordonnance, nous expliquerons au mot Contributions communales, que la formalité d'une ordonnance royale n'est pas rigoureusement nécessaire en pareil cas, du moins pour les communes qui n'ont pas cent mille francs de revenus.

On a objecté à ce sujet qu'il pouvait y avoir de graves inconvénients, tant pour les communes que pour le trésor lui-même, à dénaturer ainsi le droit d'entrée, et à grever la contribution directe au profit de l'impôt indirect, dont il serait à craindre que, par suite de l'abus de ce moyen, le recouvrement ne devînt de plus en plus difficile. Le ministre des finances, consulté par son collègue de l'intérieur sur cette question, a répondu (4 juin 1838) que l'art. 40 de la loi du 21 avril 1832 contient une de ces dispositions exception= nelles auxquelles on est obligé de recourir dans les moments où la perception éprouve des difficultés qui ne peuvent s'aplanir que par des concessions temporaires; mais que le mode de remplacement autorisé tant par cette disposition que par l'art. 73 de la loi de 1816. est, en général, le dernier surtout, d'une anplication fort rare. Le régime de la taxe unique autorisé par l'art. 35 de la loi de 1832, et qui a, quant à l'affranchissement des exercices, les mêmes effets que ces deux espèces d'abonnements, est choisi de préférence par les communes, qui sont alors dispensées de s'imposer elles-mêmes, et qui se trouvent, en outre, déchargées de la responsabilité que fait peser sur elles l'art. 75 de la loi du 28 avr. 1816.

Il serait désirable, sans doute, que la législation relative aux abonnements généraux prévus par les art. 73 de la loi du 28 avril 1816, et 40 de celle du 21 avril 1832, fût remise en harmonie avec les principes qui régissent la perception des contributions indirectes. Mais le ministre des finances n'a pas pensé qu'il y eût lieu, quant à présent, de proposer à cet égard à la législature des changements qui lui ont paru pouvoir être ajournés sans inconvénients réels pour le revenu public.

Nous ajouterons que la loi du 18 juillet 1837 n'a rien changé, dans la pratique, aux règles précèdemment suivies, et que les impositions extraordinaires pour remplacement, soit des droits de détail et de circulation, soit des droits d'entrée sur les vendanges, n'ont pas cessé d'être autorisées à la demande des administrations locales par ordonnances royales rendues sur l'avis du comité de l'intérieur. (Ord. du 19 juillet 1839 [Haut-Rhin, Colmar et autres].)

Il est d'ailleurs établi en jurisprudence que les communes qui ont des ressources suffisantes pour acquitter l'abonnement en remplacement du droit d'inventaire sur les vins (article 40 de la loi d'avril 1832), ne doivent pas être autorisées à s'imposer extraordinairement pour cet objet. C'est, en un mot, une dépense qui ne peut justifier le recours à la voie de l'imposition qu'à défaut de revenus et en cas d'urgence, conformément à la loi du 15 mai 1818. (Avis du com. de l'int., 16 août 1833; Décis. min. de l'int. [Bas-Rhin], 13 fév. 1834.)

Ces divers prélèvements, et celui du dixième au profit du trésor sur le produit des octrois, sont les seuls qui nous paraissent devoir être classés au nombre de ceux que mentionne l'art. 30, n° 20, de la loi d'administration municipale.

### § 19. — Dettes exigibles.

279. La loi du 18 juill. 1837, art. 30, nº 21, en déclarant obligatoires les dettes exigibles des communes, n'a point entendu parler de celles qui sont qualifiées dettes anciennes, c'està-dire des dettes antérieures à la loi du 24 août 1793 (1). Celles-ci étant devenues dettes nationales, et les titulaires créanciers de l'état, les communes sont entièrement libérées à cet égard. (V. suprà, ch. 5.)

Il s'agit ici des dettes que les communes contractent journellement pour subvenir aux besoins de leurs services municipaux ou qui résultent soit d'engagements régulièrement contractés (2), soit de condamnations judiciaires passées en force de chose jugée.

280. Par engagements régulièrement contractés, il faut entendre tous ceux qui ont pour objet l'exécution d'une mesure arrêtée par une délibération du conseil municipal prise dans les formes légales, revêtue de l'approbation de l'autorité supérieure, et qui fait

(1) Sur la dette publique, qui, en ordonnant que les biens des communes seraient réunis au domaine de l'état, a déclaré leurs dettes dettes nationales.

titre à l'égard des tiers. Telles sont, par exemple, les délibérations des conseils municipaux par lesquelles des communes s'obligent à fournir un contingent déterminé, excédant le produit des centimes spéciaux, pour l'ouverture d'un chemin vicinal de grande communication.

281. Quand les délibérations de cette nature ont été approuvées par le préfet, que ce fonctionnaire a réglé en conséquence la part affectée à chaque commune intéressée dans la dépense de l'opération, aucune de ces communes ne peut plus être admise à refuser de payer tout ou partie de son contingent; et il y a lieu, en cas d'opposition, soit à comprendre d'office au budget la somme nécessaire, soit, à défaut de ressources, à faire imposer, également d'office, la commune récalcitrante jusqu'à concurrence de l'intégralité du contingent qu'elle doit fournir, le tout dans les formes prescrites par l'art. 39 de la loi munipale. (Décis. du min. de l'int. [Nord], 4 avril 1838.)

282. En un mot, toute délibération municipale approuvée par l'autorité supérieure compétente portant vote d'une dépense, même facultative, qui doit profiter à des tiers ou engager leurs intérêts, ouvre des droits en faveur de ceux-ci, et prend dès lors le caractère d'une dette exigible; ce qui donne à l'autorité supérieure le pouvoir d'en assurer l'exétion d'office et par les voies de droit au refus de la commune. (*Idem* [Seine-et-Oise], 20 juin 1839.)

Mais nous devons nous empresser d'ajouter qu'en principe, MM. les préfets doivent s'abstenir, autant qu'il est possible, d'autoriser les communes à prendre des engagements au delà des ressources qu'elles peuvent y affecter; car autrement, ce serait transformer indirectement une dépense facultative en dépense obligatoire, et forcer par suite l'autorité royale à sanctionner l'imposition à laquelle il faudrait recourir.

283. Il n'est pas inutile de faire observer qu'en effet les dépenses rendues obligatoires par des engagements dûment contractés doivent, quand il s'agit d'y pourvoir par voie d'imposition extraordinaire, donner lieu à ordonnance royale. De facultatif qu'il était dans l'origine, l'engagement est devenu obligatoire; mais il n'a pas pour cela changé de nature, et l'imposition extraordinaire à créer, comme moyen d'y subvenir, ne peut être autorisée que dans les formes prescrites pour

<sup>(2) «</sup> Il est nécessaire de bien s'entendre, dit une circulaire du ministre de l'intérieur du 8 août 1833, sur la nature des engagements qui constituent les dettes. Il ne faudrait pas ranger dans cette catégorie des dépenses qui, bien que créditées aux budgets, n'ont pas encore été acquittées, soit parce que les fournisseurs n'ont pas produit leurs mémoires, soit parce que la liquidation n'est pas entièrement terminée, soit enfin par toute autre circonstance analogue. Il est évident, en effet, que ce ne sont pas là des dettes à proprement parler, puisque les fonds nécessaires pour solder les dépenses existent dans les caisses municipales. Ce qu'il faut comprendre ici sous cette dénomination, ce sont, par exemple. les rentes ou redevances dues par les communes. soit à des établissements particuliers, en vertu de titres réguliers, et tous les engagements, en un mot, qui constituent pour la commune une charge de quelque durée, et à laquelle elle n'est pas libre de se soustraire. »

toute dépense qui n'est pas énumérée en l'atticle 30 de la loi municipale de 1837.

284. Il est une autre espèce de dettes auxquelles les communes sont obligatoirement tenues: ce sont les indemnités prononcées en exécution de la loi du 10 vendémiaire an IV (t. 6, bull. 188), au profit des victimes d'attentats commis par attroupement sur leur territoire, et dont les auteurs n'ont pu être mis sous la main de la justice. Nous parlerons plus loin de ces dettes, dans un chapitre spécial intitulé: Responsabilité des communes.

285. A l'administration seule appartient le devoir de prendre les mesures convenables pour opérer l'acquittement des dettes des communes, au cas où elles refuseraient ellesmêmes d'y pourvoir. Les créanciers peuvent bien, en vertu de leurs titres, s'adresser aux tribunaux; et ceux-ci peuvent, sans aucun doute, prononcer contre les communes les condamnations qu'elles sont dans le cas d'encourir: mais l'exécution forcée de ces condamnations ne peut jamais avoir lieu que du consentement et avec le concours de l'administration supérieure. La raison en est, d'une part, que les communes ne peuvent, en réalité, faire aucune dépense sans y être autorisées; de l'autre, que les fonds dont leur budget leur accorde la disposition ne peuvent, sous aucun prétexte, recevoir une autre destination que celle qui leur a été assignée.

En cas de refus par une commune de satisfaire à une condamnation prononcée contre elle, ou de faire un paiement qui ne peut être contesté, le créancier doit donc seulement s'adresser au préfet sans pouvoir recourir à aucun des moyens ordinaires d'exécution que la loi accorde contre les particuliers (décr. et ord. des 11 août 1808 [Schwab]; 17 janv. 1814 [comm. de Blagnac]; 1er mars 1815 [Bazire]; 11 déc. 1816 [Négel]; 19 oct. 1825 [comm. de Monpeyrax], etc.).

Mais pour que l'administration supérieure puisse intervenir, il faut que les dettes réclamées contre une commune résultent, soit de jugements ou arrêts passés en force de chose jugée, soit de tous autres titres incontestables, qui les rendent exigibles et liquides aux termes précis de lá loi.

286. Lorsqu'une dette est ainsi établie, si la commune a en caisse des fonds suffisants pour se libérer, l'autorité supérieure n'a simplement qu'à porter d'office au budget la somme nécessaire. 287. Si n'ayant point de fonds libres, elle possède des rentes ou des propriétés immobilières susceptibles d'être aliénées, c'est au créancier porteur du titre à se pourvoir auprès du ministre de l'intérieur, pour obtenir l'autorisation d'en poursuivre la vente, aux termes de l'art. 46 de la loi du 18 juillet 1837 ainsi concu:

« La vente des biens mobiliers et immobiliers des communes, autres que ceux qui servent à un usage public, pourra, sur la demande de tout créancier porteur de titres exécutoires, être autorisée par une ordonnance du roi, qui déterminera les formes de la vente. » Jusque-là, point de difficulté.

288. Que si la commune est dépourvue de toute ressource, il y a lieu de procéder par voie d'imposition d'office conformement au dernier paragraphe de l'art. 39 de la loi mucipale, dans la limite du maximum déterminé par la loi de finances. Mais c'est ici que peut échouer le pouvoir confié à l'administration. car il arrive assez souvent que des dettes, d'ailleurs parfaitement établies, sont tellement hors de proportion avec les ressources créées par la loi, que l'imposition d'office des 20 centimes imposables suffit à peine au paiement des intérêts de la créance. - (V. Contributions communales.) Or, en pareil cas, l'impossibilité de faire peser indéfiniment sur les contribuables une imposition additionnelle qui aggraverait leurs charges d'une manière exorbitante, conduit inévitablement à faire déclarer l'insolvabilité de la commune débitrice.

C'est l'opinion que le comité de l'intérieur a eu plusieurs fois l'occasion d'exprimer dans des questions de cette nature. « Si la dette était tellement considérable, a-t-il dit, que pour l'acquitter il fallût imposer la commune pour des sommes excessives, ou pour un temps indéfini, l'administration serait dans la nécessité de regarder la commune comme insolvable, et de n'autoriser l'imposition qu'après avoir obtenu du créancier la réduction de sa créance dans une proportion qui permette à la commune d'y faire face; car, d'une part, on ne peut imposer à une commune des sacrifices qu'elle ne pourrait raisonnablement supporter, et d'autre part, le gouvernement ne peut autoriser l'établissement d'impositions locales dont l'effet serait d'épuiser la matière imposable, et, par suite, de nuire à la rentrée des contributions publiques. » (Avis des 27 oct. 1830 et 23 août 1836.)

289. Il est pourvu au paiement des dettes des communes au moyen, soit, 1° de fonds libres dans la caisse municipale; 2° d'une imposition extraordinaire; 3° d'une vente de biens communaux ou d'une aliénation de rente; 4° d'un emprunt remboursable sur les revenus ordinaires ou par toute autre voie. On doit procéder, selon les cas, dans les formes prescrites par la loi pour ces diverses opérations.

290. En ce qui concerne spécialement les condamnations judiciaires, il est nécessaire, pour obtenir l'autorisation de s'imposer, de vendre ou d'emprunter, que la commune produise une expédition en forme du jugement et un mémoire des frais dûment taxé par le tribunal.

291. A l'égard des intérêts, ils ne sont dus qu'autant qu'il y a eu demande en justice et jugement qui en ordonne le paiement. Ils ne sont, dans tous les cas, exigibles que pour cinq ans.

§ 20. — Dépenses mises à la charge des communes par une disposition de loi.

292. Il faut comprendre parmi les dépenses non textuellement rappelées dans la nomenclature de l'art. 30 de la loi municipale, 1° celles qui concernent l'entretien des chemins vicinaux; 2° les frais de logement des présidents des cours d'assises; 3° les frais de route des indigents envoyés aux eaux minérales; 4° les frais d'établissement et frais de service des entrepôts de douane; 5° ceux d'entretien des aliénés indigents; 6° les frais de casernement et des lits militaires.

#### \$ 21. — Chemins vicinaux.

293. La dépense de l'entretien des chemins vicinaux est devenue obligatoire pour les communes, par l'effet de la loi du 21 mai 1836 (art. 2), jusqu'à concurrence de cinq centimes additionnels aux contributions directes, à défaut de fonds libres. Au delà de cette limite, elle est facultative, et il ne peut y être pourvu par voie d'imposition d'office. — V. Chemins vicinaux, chap. 2, sect. 2, \$1er.

§ 22. — Frais de logement des présidents des assises.

294. Aux termes du décret du 27 février 1811 (4° série, bull. 354), dans toute commune où se tiennent les assises, le magistrat qui vient les présider est logé, soit à

l'hôtel de ville, soit au palais de justice, s'il s'y trouve des appartements commodes et meublés; dans le cas contraire, dans une maison particulière et meublée qui aura été d'avance désignée par le maire (art. 1<sup>er</sup>).

Pour éviter toute charge qui retomberait souvent sur le même individu, le maire est tenu de désigner successivement les principales maisons de la commune qui offrent la possibilité de disposer d'un appartement décent et commode, sans que le propriétaire ou principal locataire de ladite maison soit obligé de l'abandonner (art. 2).

C'est simplement un article à porter en dépense au budget communal. Le chaussage et l'éclairage ne sont pas obligatoirement dus par les villes. (Décis. du min. de l'int., du 13 déc. 1842 [Dordogne].)

§ 23. — Frais de voyage des indigents envoyés aux eaux.

295. Le décret du 29 floréal an vii (2° série, bull. 283) décide, art. 6, que les dépenses et frais de route des indigents qui se présente-ront, en exécution de l'arrêté du 23 vendémiaire de la même année, pour recevoir gratuitement le secours des eaux minérales, seront à la charge des communes qui les auront adressés, comme objet de dépense communale; à l'effet de quoi, elles prendront les mesures convenables pour y pourvoir.

« Les communes, ajoute le même article, ont des revenus ou des secours du gouvernement sur lesquels elles doivent pourvoir à cette nature de dépenses. »

Nous devons faire observer toutefois que ceci n'est plus en rapport avec l'état actuel de la législation. Les communes ont aujourd'hui les revenus qui leur sont propres, et, à défaut de revenus, le produit des centimes ordinaires, qui suffisent rarement à pourvoir à leurs besoins les plus urgents. Quant aux secours du gouvernement, elles n'en recoivent point pour cet usage; c'est au surplus une erreur assez générale que d'admettre que le ministre de l'intérieur peut venir en aide aux communes pauvres, en leur allouant des subventions pour des dépenses d'intérêt local. Le budget de ce département ne contient aucun crédit sur lequel il soit possible d'imputer de semblables allocations. Excepté le fonds affecté aux secours pour la construction des ponts à péage sur les chemins vicinaux et celui qui s'applique à la conservation des monuments historiques, le département de l'intérieur ne dispose d'aucune somme à répartir au profit des communes. Les seules dépenses pour lesquelles celles-ci ont droit à des subventions, sont les dépenses qui intéressent le service de l'instruction primaire et celles qui sont relatives aux édifices du culte. Des crédits spéciaux sont ouverts à cet effet au budget de l'instruction publique et à celui des cultes : mais c'est jusqu'ici tout ce que le gouvernement a pu obtenir des Chambres en faveur des communes dénuées de ressources.

# § 24. — Établissement des entrepôts de douane.

296. Pour obtenir l'établissement d'un entrepôt, les villes auxquelles la faculté en a été accordée sur leur demande, doivent préalablement y avoir affecté un bâtiment spécial, isolé et distribué intérieuremeut de manière à ce qu'on y puisse classer séparément, selon qu'il pourra être prescrit par les ordonnances du roi, les marchandises d'origines diverses. Le même bâtiment doit offrir la distribution convenable pour l'établissement des corps de garde des préposés des douanes, ainsi que des logements et bureaux réservés à l'agent du commerce et à celui des douanes, dépositaires chacun d'une clef de l'entrepôt, le premier pour la conservation et la garde de la marchandise, le second, pour la garantie des droits du trésor. Ces édifices doivent avoir été agréés par le gouvernement. (Loi du 27 février 1832, art. 9, 9e série, bull. 63.)

Les villes qui avaient demandé et obtenu l'établissement d'un entrepôt demeuraient, aux termes de la loi du 27 février 1832, art. 10, chargées de pourvoir à la dépense spéciale nécessitée par la création et le service desdits entrepôts, tant pour les bâtiments que pour le salaire des employés et préposés chargés des écritures, de la garde, de la surveillance et de la perception.

Cette disposition a été modifiée par l'art. 11 de la loi de finances du 10 août 1839, qui a mis les dépenses relatives au service de la perception et de la surveillance à la charge de l'état, à partir du 1er janvier 1840.

Du reste, les villes jouissent des droits de magasinage dans les entrepôts, conformément aux tarifs concertés avec les chambres de commerce et approuvés par le gouvernement. Elles peuvent faire concession temporaire de ces droits, avec concurrence et publicité, à des adjudicataires qui se chargent de la dépense du local, de la construction et de l'entretien des bâtiments, ainsi que de tous les autres frais. (Loi du 27 février 1832, art. 10.)

La première chose dont les conseils municipaux doivent s'occuper, lorsqu'ils demandent la création d'un entrepôt de douane, c'est donc de satisfaire aux conditions exigées, et d'aviser au moyen le plus propre à en assurer l'accomplissement de la manière la plus conforme aux intérêts de la ville.

La délibération municipale, accompagnée des plans et devis, traités et avis divers des autorités compétentes, doit parvenir au ministre de l'intérieur, qui examine la question soùs le point de vue de l'intérêt communal, et se concerte ensuite avec son collègue du commerce, qui demeure chargé de provoquer l'ordonnance royale de création, conformément à l'art. 1er de la loi de février 1832 (1).

#### § 25. — Entretien des alienes indigents.

297. Cette dépense, aux termes de la loi du 30 juin 1838 (9° série, bull. 581), est essentiellement départementale; c'est-à-dire qu'il doit y être pourvu (art. 28) sur les centimes ordinaires du département auquel appartient l'aliéné, à défaut ou en cas d'insuffisance de ressources, soit de la part de l'aliéné lui-même, soit de celle de sa famille; mais, dit le même article, « sans préjudice du concours de la commune du domicile de l'aliéné, d'après les bases proposées par le conseil général, sur l'avis du préfet, et approuvées par le gouvernement. »

L'instruction du ministre de l'intérieur du 23 juillet 1838 sur l'exécution de la loi, ajoute: « Vous aurez à cet égard à faire les propositions convenables au conseil général, en observant que le concours de la commune du domicile doit s'entendre dans le sens d'une

<sup>(1)</sup> Un avis du comité de l'intérieur, du 19 août 1834 [Haut-Rhin, Mulhausen], porte que, d'après la loi du 27 février 1832, la dépense des entrepôts de douanes, dans le cas où ils ont été établis sur la demande des villes, est à la charge desdites villes, qui par conséquent peuvent s'imposer pour cette dépense comme pour toute autre dépense communale.

Il vaut mieux néanmoins, dans le cas où les villes n'ont pas de revenus, mettre l'entrepôt en adjudication, aux termes de l'art. 10 de la loi.

subvention déterminée d'après des bases équitables, et non pas de manière à laisser la dépense tout entière à la charge de la caisse municipale. Quelques conseils généraux ayant tenté de faire prévaloir cette dernière interprétation, je crois devoir déclarer, dès à présent, qu'elle ne me paraît conforme ni à l'esprit, ni au texte de la loi, et que je ne saurais approuver les arrêtés de répartition qui seraient faits en conséquence. »

On voit par là l'espèce d'analogie qui existe entre les charges des communes touchant la dépense des enfants trouvés, et les obligations qui leur sont imposées relativement au service des aliénés indigents; c'est-à-dire que, dans l'un comme dans l'autre cas, les communes ne sont appelées à contribuer à la dépense que subsidiairement, et non comme directement débitrices, avec cette différence néanmoins que les enfants trouvés n'appartenant pas plus à telle commune qu'à telle autre, la contribution se répartit nécessairement sur toutes sans distinction, en raison de leurs facultés financières; tandis qu'ici la commune à qui appartient l'aliéné étant connue, c'est elle seule qui est engagée envers le département; il ne s'agit plus, dès lors, que de régler la proportion dans laquelle elle doit contribuer. C'est au conseil général du département que doit être laissé le soin de déterminer cette proportion. (Circ. du 5 août 1839.)

Toutefois, la loi du 30 juin 1831 a prévu le cas où des contestations pourraient s'élever sur la fixation du contingent communal, et décidé qu'il serait statué, dans ce cas, par le conseil de préfecture. Si donc il s'élevait une difficulté sur le chiffre de la subvention demandée à la commune, ou qu'il y eût refus de paiement de la part de celle-ci, l'allocation ne pourrait être portée d'office au budget qu'après qu'un arrêté du conseil de préfecture aurait fixé le montant de la dette.

#### § 26. — Frais de casernement.

298. Il importe de constater d'abord que la propriété des casernes, hôpitaux, manutentions, corps de garde et autres bâtiments militaires a été conférée aux villes par un décret du 23 avril 1810 (4° série, bull. 389), à charge par elles de les entretenir, et, à cet effet, d'allouer dans leurs budgets les sommes nécessaires pour couvrir la dépense des travaux, qui, aux termes de l'art. 4 de ce décret, devaient être executés sous la direction des officiers du gé-

nie dans les places de guerre, et par les soins des ingénieurs des ponts et chaussées et des architectes, dans les autres villes. Ces sommes étaient payables annuellement par douzième, en exécution de l'ordonnance royale du 28 janvier 1815 (art. 7).

Mais les difficultés qui naissaient inévitablement de ce concours d'agents dépendant d'administrations diverses firent sentir la nécessité d'adopter d'autres principes; c'est à quoi a pourvu la loi de finances du 15 mai 1818, en décidant (art. 46) qu'il ne sera fait à l'avenir aucun prélèvement sur les revenus des communes, à l'exception : 1° du dixième du produit net des octrois; 2º des dépenses du casernement et des lits militaires, qui ne pourront, dans aucun cas, s'élever, par chaque année, au-dessus de 7 fr. par homme et de 3 fr. par cheval, pendant la durée de l'occupation; au moyen de quoi les réparations et loyers des casernes et de tous autres bâtiments ou établissements militaires, ainsi que l'entretien de la literie et l'occupation des lits militaires, seront à la charge du gouvernement.

L'ordonnance du 5 août 1818, rendue pour l'exécution de cette disposition (7e série, bull. 230), en confirmant (art. 12) celle du décret de 1810, par suite de laquelle les établissements et terrains militaires sont devenus la propriété des communes, ajoute: «Cependant les cessions absolues de bâtiments et terrains qui faisaient l'objet d'un bénéfice et d'une charge déterminés ne seront maintenus qu'autant que la condition prescrite se trouvera entièrement remplie. Dans le cas contraire, les villes seront tenues d'exécuter cette condition, ou de renoncer à la propriété de l'immeuble à elles cédé. »

La même ordonnance, dans son art. 13, modifie les autres dispositions du décret du 23 avril 1810, en ce sens que les bâtiments et terrains cédés aux villes, à charge de conserver leur destination pour le service de la guerre, en vertu de ce décret, et qui y sont restés affectés, rentreront, pour leur conservation et police, comme pour leurs dépenses, sous l'administration directe et exclusive du ministre de la guerre; mais que les communes en conserveront la nue-propriété, pour en être remises en possession, si, par suite de leur inutilité absolue pour le service militaire, ils étaient abandonnés par le département de la guerre.

Ainsi, les charges qui étaient imposées au

willes par les lois antérieures à celle du 15 mai 1818, touchant l'entretien des bâtiments militaires, sont maintenant réduites à un simple prélèvement, au moyen duquel les villes sont exonérées de toute obligation, tant relativement aux frais des réparations qu'elles étaient tenues de supporter, qu'en ce qui concerne le mode d'exécution des travaux, sans, toutefois, que ce principe nouveau ait anéanti l'effet que peuvent avoir les cessions faites aux villes à titre de propriété absolue ou conditionnelle, comme l'explique le préambule de l'ordonnance du 5 août 1818.

299. Outre les modifications essentielles qu'il a introduites dans les dispositions du décret du 23 avril 1810, l'art. 46 de la loi du 15 mai 1818 a donc abrogé virtuellement le décret du 15 octobre 1810, portant que les villes fourniraient les champs de manœuvre nécessaires aux troupes; celui du 16 septembre 1811, concernant le mode d'administration des bâtiments militaires dans les places de guerre et les villes non fortifiées (du moins pour ce dernier, quant à la part des communes dans l'exécution des mesures qu'il prescrit); enfin, toutes les lois et tous les règlements qui, depuis 1791, ont appelé les communes à concourir à l'administration des bâtiments et établissements nécessaires au casernement et au service des troupes de garnison.

Quant aux constructions neuves, il faut reconnaître qu'en principe la dépense est à la charge de l'état. (Avis du comité de l'intérieur du 29 avril 1834 [Cher, Bourges].) Toutefois, les villes ayant toujours intérêt à obtenir et à conserver une garnison dont la présence profite à la fois au commerce local et aux revenus communaux, en même temps qu'elle offre à l'administration un gage d'ordre et de sécurité, l'ordonnance du 5 août 1818 réserve au gouvernement (art. 11) la faculté d'admettre, sur le rapport du ministre de la guerre et les avis des ministres de l'intérieur et des finances, les votes des conseils municipaux qui auraient pour but de contribuer volontairement, et pour une somme déterminée, à la restauration ou à la construction d'établissements militaires destinés à assurer aux villes une garnison habituelle, dans l'assiette du casernement.

Ces prestations volontaires se prélèvent sur les revenus ordinaires, ou il y est pourvu au moyen d'emprunts ou d'impositions extraordinaires. C'est au gouvernement à examiner si la commune peut faire, sans inconvénient pour son avenir financier, les dépenses que proposent, à cet égard, les conseils municipaux. Il devrait refuser son autorisation, s'il s'agissait de recourir à un emprunt ou à une imposition extraordinaire sans avoir obtenu une sorte de certitude que cette dépense ne sera pas en pure perte pour la ville, et qu'une garnison lui sera donnée ou conservée. (Avis précité du 29 avril 1834.)

300. Mais l'art. 46 de la loi du 15 mai 1818 et l'ordonnance réglémentaire du 5 août suivant, n'ont pas eu seulement pour objet de régulariser le mode de paiement des subventions communales en ce qui concerne les bâtiments militaires; ils ont eu aussi pour but d'obvier désormais aux difficultés qui s'élevaient fréquemment entre l'administration de la guerre et les communes touchant la quotité des redevances imposées à cellesci pour les frais de casernement en général et l'entretien des lits militaires.

301. Il est certain que, de tout temps, les communes ont été soumises à la charge du logement des gens de guerre. Un décret de l'assemblée constituante du 23 janvier 1790 y assujettissait tous les citoyens sans distinction; celui de l'assemblée législative du 23 mai 1792 déterminait le prix de loyer d'occupation des lits à fournir par l'habitant aux troupes de la garnison. Cependant les inconvénients et les frais du logement à domicile occasionnant souvent des réclamations et des plaintes, il intervint, à la date du 7 août 1810, un décret impérial qui, en considération des bénéfices que les consommations de la troupe procuraient aux communes, chargea celles qui percevaient des octrois du loyer d'occupation des lits militaires. Plus tard, et pour se rédimer de la charge de ce loyer, quelques villes demandèrent à meubler les casernes à leurs frais; ce qui motiva un avis au Conseil d'état, approuvé le 29 mars 1811 (4e série, bull. 360) et portant qu'il y avait lieu: 1º de renvoyer aux communes, en cas de réclamations, le paiement des loyers d'occupation des lits militaires fournis par l'habitant; 2° de décider que les communes qui demanderaient à meubler, à leurs frais, les casernes et pavillons, seraient autorisées à en proposer la dépense entière ou successive dans leurs budgets.

Tel était l'état de la législation et de la

jurisprudence, lorsque la loi du 15 mai et l'ordonnance du 5 août 1818 vinrent régler définitivement, suivant un principe admis depuis longtemps, la quotité des subventions communales en raison des sommes percues à l'octroi sur les consommations de la troupe casernée; sommes dont, il faut le reconnaître, le gouvernement a droit, en effet, d'exiger la restitution, puisque rien ne l'oblige, à la rigueur, de caserner les régiments dans l'enceinte des villes, et qu'en accédant au vœu des localités qui sollicitent l'avantage de posseder une garnison, il ne serait pas juste qu'il supportat l'augmentation notable qu'apporterait l'impôt des octrois dans les frais d'entretien des troupes.

Ainsi, dès lors, il existe entre l'état et les communes une sorte de convention bilatérale résultant des divers actes que nous venons d'analyser, et dont les conditions sont, de la part de l'état, l'obligation de loger les troupes en garnison dans des casernes entretenues aux frais de l'administration de la guerre, et de la part des villes qui perçoivent des droits d'octroi, celle de restituer à l'état le montant de ces droits qui frappent sur les objets destinés à l'entretien de la garnison et à la consommation du soldat.

302. Mais si le principe était juste, l'application rencontrait d'assez graves difficultés. Ainsi en fixant à 7 fr. par homme et à 3 fr. par cheval la quotité de la redevance payable par les villes, la loi du 15 mai avait posé une base qui, dans sa généralité, se trouvait fréquemment en désaccord avec la réalité des faits; c'est-à-dire, par exemple, que si dans telle ville le taux de 7 fr. par homme était trop élevé, celui de 3 fr. par cheval était trop faible; que, dans telle autre localité, le contraire arrivait; que, dans plusieurs, les deux évaluations se trouvaient au-dessus de ce qu'il était équitable d'exiger; résultat presque inévitable d'une appréciation trop générale dans des besoins et des intérêts aussi divers.

Ce fut dans la vue d'obvier à ces inconvénients et d'établir le plus d'égalité possible entre les restitutions à faire par les communes et les bénéfices réellement acquis aux caisses municipales par les consommations de la troupe, que l'ordonnance du 5 août 1818 disposa, art. 10: « Nous nous réservons de statuer, d'après le rapport de notre ministre de l'intérieur et les avis respectifs de nos ministres de la guerre et des finances, s'il y a

lieu, sur les projets de lois ou d'ordonnances qui seront à proposer pour l'homologation des votes, ou pour l'admission des demandes des conseils municipaux tendant : 1° à convertir en abonnement fixe et d'une fraction constante de l'octroi le produit moyen de l'abonnement déterminé par le présent titre; 2° à obtenir des dégrèvements fondés sur des exceptions qui résulteraient soit d'événements de force majeure légalement constatés, soit de l'excédant du montant annuel des décomptes de l'abonnement sur les charges que les communés sont en état de supporter sans lésion, d'après leurs revenus ou leurs ressources. »

303. Pour l'exécution de ces dispositions, diverses circulaires ministérielles, entre autres celles des 15 juillet 1833 et 7 septembre 1836, ont tracé la marche à suivre dans l'instruction des demandes d'abonnement. Quant à la sixation du taux de l'abonnement en luimême, un avis du Conseil d'état du 15 mai 1832 a établi que le prélèvement ne devait avoir lieu que pour les troupes logées dans les bâtiments ou établissements militaires : qu'en conséquence, les hommes logés chez l'habitant, à l'hôpital ou en prison, aussi bien que les chevaux placés hors des casernes, devaient être déduits du chiffre de la garnison (1). C'est donc sur ce chiffre ainsi réduit et combiné avec le tarif de l'octroi que doivent s'établir les prévisions.

Quant aux objets soumis à l'octroi, l'instruction du 7 septembre prescrit d'en retrancher: 1° les matériaux; 2° les fourrages, dans les garnisons d'infanterie, qui, n'étant point consommés par la troupe, ne peuvent donner lieu à aucun prélèvement.

En prenant ensuite le chiffre du produit net de l'octroi, déduction faite de ces objets.

<sup>(1)</sup> En effet, dès que l'état négligeant de se procurer des casernes, place des troupes de garnison chez l'habitant, il ne remplit pas l'obligation qui, dans l'intention de la loi du 15 mai 1818, était la condition du prélèvement, et il devient dès lors équitable d'affranchir la commune de cet impôt.

Quant aux hommes à l'hôpital ou en prison, les motifs du prélèvement cessent d'exister à leur égard, puisque la consommation des malades et des prisonniers ne porte pas le plus ordinairement sur des objets soumis à l'octroi, et qu'en tout cas elle est bien moindre que celle des autres militaires.

et en le divisant par celui de la population, garnison comprise, on obtient la part de chaque consommateur qui, multipliée par le terme moyen de la garnison (pendant les cinq dernières années), donne le montant de l'abonnement annuel à autoriser.

304. Cette manière de procéder est sans contredit celle de laquelle il est permis d'attendre le résultat le plus équitable. Toutefois, on ne peut se dissimuler qu'en opérant de la sorte, on ne soit encore exposé à des mécomptes plus ou moins préjudiciables aux intérêts des communes. Ainsi, en faisant au soldat, dans la répartition des charges de l'octroi, une part égale à celle de l'habitant, il est à craindre que, dans beaucoup de cas, on n'excède une juste proportion. Sans doute on peut objecter que la population comprend les enfants et les femmes qui consomment moins que le soldat; mais il faut, d'un autre côté, considérer que celui-ci ne consomme guère de vin et de boissons en général qu'en dehors des barrières; qu'il ne fait que peu ou point d'usage de denrées coloniales, là où elles sont imposées à l'octroi; qu'il en est de même de beaucoup d'autres denrées, telles que le poisson, le gibier, la volaille, etc., qui lui sont cependant comptées comme au consommateur domicilié : ce qui tendrait à forcer la portion des droits d'octroi afférente à chaque militaire, de telle sorte que l'excédant se multipliant autant de fois que la garnison compte d'hommes sous les armes, le chiffre total pourrait, en résultat, dépasser de beaucoup la somme réellement due par la caisse municipale à titre de restitution.

305. Quoi qu'il en soit, trois ministres interviennent, comme on l'a vu par l'art. 10 de l'ordonnance du 5 août 1818, dans la fixation de l'abonnement; savoir : le ministre des finances, qui est appelé à donner son avis dans l'intérêt du trésor; le ministre de la guerre, qui discute la question sous le rapport des éventualités d'augmentation ou de diminution que peut occasionner, quant au nombre des militaires, le mouvement habituel des troupes de garnison; et enfin le ministre de l'intérieur, qui est chargé de faire rendre l'ordonnance, et à qui il appartient spécialement d'apprécier, dans l'intérêt des communes, les causes de réduction que nous venons de signaler, et de les combiner tant avec l'avis du ministre des finances qu'avec celui du département de la guerre, pres-

que toujours plus favorable aux villes. S'il y a désaccord entre ces diverses propositions, le comité de l'intérieur est consulté, et l'ordonnance n'est rendue qu'après qu'il en a délibéré.

Aucun autre élément ne peut être admis dans la fixation d'un abonnement de cette nature. Ce serait en vain que les autorités locales se prévaudraient de dépenses faites, par les villes, dans l'intérêt du casernement, à la décharge du ministère de la guerre. Le ministre des finances objecte, avec raison, en pareil cas, que les villes peuvent se pourvoir auprès de l'administration de la guerre pour se faire indemniser, s'il y a lieu; mais que le trésor ne peut abandonner ses droits comme compensation de sacrifices dont il n'a point profité.

306. En cas de refus, de la part des conseils municipaux, d'accepter la somme arbitrée par le ministre de l'intérieur, la perception doit avoir lieu à l'effectif à raison de 7 fr. par homme et de 3 fr. par cheval, sur des états de revue, et suivant les formes usitées dans l'administration militaire.

307. La situation financière des communes ne saurait d'ailleurs être invoquée, soit pour les affranchir des frais de casernement, soit pour leur faire obtenir un abonnement établi sur des bases différentes de celles que nous venons d'indiquer. Il ne faut pas perdre de vue que ces frais sont un véritable impôt, et qu'il n'est pas au pouvoir de l'autorité supérieure d'en exempter les villes, qui doivent, avant tout, en assurer l'entier acquittement (circul. du min. de l'int. du 14 avril 1821; Rec., t. 4, p. 138), sauf à celles qui auraient droit à des dégrèvements, à user du bénéfice de l'art. 10 (nº 2) de l'ordonnance du 5 août 1818, et à se pourvoir, à cet effet, dans les formes voulues.

Il faut, au surplus, que les demandes en dégrèvement soient justifiées par les causes énoncées dans l'ordonnance réglementaire, ainsi que l'a fait observer le comité de l'intérieur dans un avis du 19 juin 1835 [Gironde; Libourne]: « L'abonnement consenti par le gouvernement, sur la proposition d'un conseil municipal, forme, entre l'état et les villes, un contrat aléatoire, dont les chances favorables ou contraires ont été acceptées d'avance et doivent être supportées par les parties. En conséquence, la ville ne pourrait, sous prétexte de circonstances accidentelles qui

auraient momentanément réduit sa garnison, obtenir un dégrèvement; car l'état ne serait pas, de son côté, fondé à réclamer l'élévation du prix de l'abonnement dans le cas d'une augmentation de garnison; toute réduction du prix de l'abonnement serait d'ailleurs préjudiciable, puisque les abonnements forment au trésor une masse de revenus dont la diminution sur un point ne serait compensée par aucun accroissement sur un autre.»

308. La question s'est élevée de savoir si les frais de casernement sont dus, par les villes, pour les troupes logées dans des bâtiments militaires situés hors du rayon de l'octroi. Les dispositions des lois, décrets et ordonnances ci-dessus rappelés ayant été constamment interprétées, comme on vient de le voir, en ce sens que l'impôt des frais de casernement n'était que la représentation du trop perçu à l'octroi sur la consommation de la troupe, la conséquence de ce système est que là où il n'y a pas d'octroi, là non plus il n'y a point dette de la ville envers le trésor.

309. Nous savons qu'à l'occasion d'une réclamation formée par l'une de nos grandes villes de garnison, les administrations de la guerre et des finances ont cherché à faire prévaloir un principe contraire.

On a objecté que cette réclamation s'appuyait sur la circulaire ou instruction ministérielle du 8 octobre 1818, dans laquelle il est énoncé que l'abonnement imposé aux communes d'après la loi du 15 mai 1818, par l'ordonnance du 5 août suivant, a pour objet unique de faire profiter le trésor du bénéfice que les communes retirent par leurs octrois sur la consommation des troupes; et que dès lors les journées d'occupation des troupes sur les parties du territoire des communes situées hors du rayon des octrois, ne doivent pas être comprises dans le décompte servant à fixer la quotité de l'abonnement.

On ajoutait que les ministres, dans les instructions qu'ils adressent aux fonctionnaires de leur ressort pour éclairer et diriger leur action dans l'exécution des lois et ordonnances royales, n'ont ni la puissance ni la volonté de restreindre, étendre ou modifier en aucune manière ce que ces ordonnances ou lois ont pu dire; que, s'il y a erreur dans les instructions, les obligations résultant des actes qu'elles ont eu pour but d'expliquer n'en doivent pas moins être observées intégrale-

ment; qu'ainsi il devient nécessaire, pour apprécier la demande présentée, de ne pas s'arrêter à la circulaire du 8 octobre 1818 et de remonter à l'ordonnance du 5 août précédent, que cette circulaire a eu pour but d'expliquer.

Que, d'une autre part, en désignant les bâtiments ou établissements militaires d'une manière générale, l'ordonnance exclut toute distinction entre eux, et que pour tous indistinctement, quelle que soit leur situation par rapport à l'octroi, pourvu qu'ils soient situés sur le territoire de la commune, les journées pendant lesquelles ils sont occupés doivent entrer dans le décompte que l'ordonnance prescrit; qu'il n'y a donc pas, pour le décompte, à examiner s'il y a eu des droits d'octroi sur les consommations des troupes.

Qu'enfin c'est sans fondement qu'on prétendrait qu'il n'y a pas équité à assujettir la ville à un abonnement pour les logements militaires hors du rayon de l'octroi, parce qu'elle profite seulement des consommations en dedans de ce rayon; qu'il y a erreur à cet égard; que les villes profitent du séjour des troupes non-seulement par l'octroi, mais aussi par le développement de toutes les industries dont ce séjour est la cause ou l'occasion.

310. Mais nous ferons observer, d'abord. que, depuis 1818, les dispositions de la loi du 15 mai et de l'ordonnance du 5 août ont été constamment entendues et appliquées dans le sens que leur attribue la circulaire du 8 octobre 1818; et de plus, que la législation antérieure n'était pas moins précise à cet égard. En effet, le décret impérial du 7 août 1810. déjà cité, porte: « A compter du 1er janvier 1811, la dépense d'occupation des lits militaires cessera d'être à la charge de l'administration de la guerre dans toutes les communes qui reçoivent des droits d'octroi sur les objets de consommation des troupes qui occuperont ces lits (art. 3). Cette dépense sera supportée par les communes au profit desquelles ces droits seront percus (art. 4).»

Ne peut-on pas induire de ces expressions que, bien que les villes ne fournissent plus les lits militaires en nature, néanmoins, dès qu'elles demeurent chargées, en compensation, de pourvoir aux frais de casernement, sous forme de restitution des taxes d'octroi payées pour le compte de la garnison, elles ne doivent cette restitution que pour les troupes qui occupent les lits placés dans des localités

assujetties aux droits sur les objets qu'elles consomment, c'est-à-dire pour celles qui sont casernées dans l'intérieur du rayon de l'octroi?

Il est à remarquer d'ailleurs que la loi du 15 mai 1818 et l'ordonnance réglementaire du 5 août se sont uniquement occupées du mode de prélèvement, sans rien innover quant au principe et aux conditions de l'impôt. C'est ce qui explique pourquoi la circulaire du 8 octobre 1818, émanée du ministère de la guerre, a interprété ces dispositions comme confirmant implicitement celles du décret du 7 août 1810, qui, du reste, n'ont été abrogées par aucun acte postérieur.

Si donc il est vrai en principe, comme l'observent l'administration de la guerre et celle des finances, que les instructions et circulaires des ministres ne peuvent altérer l'effet des lois et ordonnances dont elles ont pour objet de régler l'exécution, on doit reconnaître que cette observation n'est pas applicable au cas dont il s'agit, puisque c'est dans la législation même, le décret du 7 août 1810 ayant force de loi, que l'instruction ministérielle du 8 octobre 1818 a puisé la règle qu'elle établit.

311. Ajoutons toutefois que la question est de sa nature essentiellement contentieuse. En effet, l'ordonnance du 5 août 1818, dont l'article 6 prévoit le cas de contestation dans le recouvrement des décomptes, dispose en ces termes : « Quand la contestation portera sur le paiement même des décomptes, il y sera statué comme pour le dixième de l'octroi. Le point de contestation une fois jugé par décision ministérielle, le paiement des décomptes, si la ville est en débet, sera poursuivi par la régie (des contributions indirectes), sauf le recours de droit à nous en notre conseil, selon les règlements. »

C'est donc à la ville dont les droits seraient lésés par la décision du ministre des finances à se pourvoir devant le Conseil d'état, suivant les formes prescrites par le décret réglementaire du 4 juillet 1806.

Sect. 2. — Dépenses facultatives. — Énumération de ces dépenses.

312. Toutes les dépenses qui ne sont pas classées par la loi comme obligatoires pour les communes demeurent, par là même, dans la catégorie des dépenses facultatives.

On peut s'étonner de ne pas trouver rangées parmi les premières plusieurs de celles qui ont pour objet des nécessités en quelque sorte de premier ordre, surtout pour les villes d'une certaine importance. Ainsi la dotation des hospices, les dépenses de l'éclairage, celles de l'entretien du pavé, et quelques autres de même nature, semblaient devoir figurer dans la nomenclature de l'art. 30. Laissons parler ici le savant et judicieux rapporteur de la commission de la Chambre des députés:

« Sans doute, dit-il (Rapp., p. 79), il est conforme à l'humanité que les communes consacrent une partie de leurs revenus aux asiles ouverts à l'indigence; mais ne peuvent-elles pas juger convenable de soulager le malheur par d'autres moyens, et peut-on voir dans cette dépense une dette obligée dont le paiement doive être placé sous l'autorité du gouvernement? La plupart des hôpitaux et des hospices ont des ressources personnelles: beaucoup peuvent se passer des subventions municipales. Plusieurs se fondant sur le droit qu'ils avaient de prétendre à ces subventions. ne se sont pas renfermés dans les limites que leur assignaient les besoins de la localité et les ressources financières de la commune. Il appartient au conseil municipal de statuer sur cette dépense, et nous n'avons pas pu la considérer comme susceptible d'être soustraite à sa libre appréciation.

» Nous n'avons pas hésité à déclarer facultatives les dépenses du pavé, de l'éclairage des jardins, promenades publiques, bibliothèques et musées. Ce sont là des objets sur lesquels il faut s'en rapporter aux convenances de la commune, et qui, s'ils intéressent l'art et la science, s'ils peuvent contribuer au bien-être des habitants, ne présentent pas toutefois le caractère de nécessité qui peut seul commander l'intervention du pouvoir supérieur. Toutes les considérations qui pourraient être invoquées pour les faire déclarer obligatoires, garantissent que ces dépenses seront faites toutes les fois qu'elles intéressent vraiment la commune. »

Il suit de là que parmi les dépenses facultatives, se trouvent rangées quelques-unes de celles qui ont le plus d'utilité réelle pour les villes ou communes. Mais il en est aussi beaucoup d'autres qui, par leur nature, devaient être abandonnées à l'appréciation des administrations municipales, à qui appartenait nécessairement l'initiative.

313. En général, on peut diviser les dépenses facultatives en deux classes, savoir: les dépenses annuelles et ordinaires, et les dépenses accidentelles ou extraordinaires.

Au nombre des premières figurent principalement:

Les suppléments de traitement des curés, desservants et pasteurs;

Le supplément de traitement de l'instituteur primaire, et le traitement de l'institutrice;

Les secours annuels à d'anciens employés ou à leurs veuves qui n'ont pas droit à pension;

Les subventions aux établissements de bienfaisance;

La création de bourses dans les colléges royaux et communaux ;

L'entretien de l'horloge, des fontaines, lavoirs, abreuvoirs, halles, marchés; des jardins, promenades, bibliothèques, musées et autres établissements communaux;

L'entretien du pavé des rues non classées dans la grande voirie, quand l'usage local ne le met pas à la charge des propriétaires riverains (L. du 11 frim. an VII; avis du Conseil d'état, 25 mars 1807; décret du 7 août 1810);

La solde des sapeurs-pompiers et l'entretien des pompes et seaux à incendie;

L'éclairage et l'arrosage des promenades, places et autres voies publiques, etc.

Toutes ces dépenses, ainsi que plusieurs autres de même nature qui ne peuvent être exactement énumérées, lorsqu'il existe des fonds suffisants pour y pourvoir, sont portées au budget de l'exercice par le conseil municipal dans sa session de mai de chaque année.

314. En cas d'insuffisance des ressources locales, si le conseil municipal croit devoir recourir à une imposition de centimes additionnels, il se réunit aux plus imposés, comme nous le dirons plus loin (V. Contributions communales), et la délibération portant vote de l'imposition extraordinaire est transmise par le préfet avec son avis au ministre de l'intérieur, qui provoque l'ordonnance royale d'autorisation suivant les formes.

315. Les dépenses accidentelles ou extraordinaires sont celles qui ont pour objet, entre autres:

Les acquisitions de propriétés immobilières; Les constructions ou reconstructions des édifices communaux;

Les subventions offertes par les communes, soit pour ouverture de chemins vicinaux de grande communication, construction de routes départementales, redressement de rampes ou autres ouvrages d'art, soit pour construction ou restauration d'édifices publics à l'usage d'établissements que les communes auraient intérêt à conserver dans leur sein;

Enfin toutes les dépenses, quelles qu'elles soient, qui ne sont point de nature à se renouveler, et qui ont pour but de satisfaire à des besoins d'intérêt commun dont le pouvoir municipal est juge.

Il est procédé à l'égard de ces diverses dépenses selon les distinctions établies par les lois et règlements. Ainsi, pour les acquisitions de propriétés, si la valeur de l'immeuble, suivant l'estimation, excède 3,000 francs dans les communes qui ont moins de 100,000 francs de revenus, et 20,000 francs dans les autres communes, une ordonnance royale doit intervenir. Au-dessous de ces sommes, le préfet est compétent pour rendre exécutoires les délibérations des conseils municipaux. (Art. 46 de la loi du 18 juillet 1337.)

316. Pour les constructions et reconstructions, si la dépense est inférieure à 30,000 francs, le préfet approuve les plans et devis et autorise l'exécution des travaux. Si l'évaluation est supérieure à cette somme, il transmet les projets accompagnés de la délibération et de son avis motivé au ministre de l'intérieur, dont l'approbation est rigoureusement exigée. (Art. 45, id.)

317. Pour toutes les autres dépenses facultatives, quel qu'en soit le chiffre, la compétence n'est déterminée que par celui des revenus de la commune. En un mot, c'est l'autorité à qui est remis par la loi le soin de régler le budget, qui est compétente pour approuver l'allocation; savoir, dans les communes qui ont 100,000 francs et plus de revenus, l'autorité royale; et le préfet, dans les autres.

SECT. 3. - Recettes ordinaires.

§ 1er. — Produit en argent des biens communaux.

318. Au nombre des articles de recette qui composent le revenu ordinaire des communes, figure, en première ligne, le produit en argent des biens qu'elles possèdent. (L. du 18 juill. 1837, art. 31.)

Nous avons exposé plus haut (chap. 5 et 6) les règles qui se rattachent à la propriété, à la possession et à l'administration de ces biens, ainsi qu'au revenu qu'ils procurent; nous n'avons donc plus à y revenir.

Nous ferons seulement remarquer que, par produit en argent des biens communaux, il faut entendre ici toute espèce de revenus dérivant du droit de propriété, par opposition aux recettes que les communes pourraient d'ailleurs tirer des mêmes biens, en vertu du pouvoir municipal ou conformément à des lois spéciales. Ainsi le produit de la location du droit de chasse dans les propriétés communales, bien que non désigné en termes exprès par l'art. 31de la loi de 1837, se trouve implicitément compris au nombre des revenus énoncés d'une manière générale par le no 1er de cet article: car c'est là un produit exactement de même nature que celui des fermages ou des baux; il en serait de même de tout produit analogue. Mais les redevances imposées aux habitants pour la jouissance des biens communaux, les droits de place dans les halles, foires et marchés, etc., ne doivent pas être considérés comme étant un produit des biens communaux : ce sont des recettes communales, qui ne peuvent être perçues qu'autant qu'elles sont expressément autorisées par la loi. Les revenus de cette nature sont du reste indiqués par les numéros suivants du même article; nous allons successivement les examiner.

§ 2. — Cotisations imposées pour la jouissance des fruits qui se perçoivent en nature.

319. Cet énoncé a été introduit, par voie d'amendement, lors de la discussion, à la Chambre des députés, de l'art. 31 de la loi de 1837. L'auteur de l'amendement (M. Gillon) a pris soin d'expliquer (séance du 7 fév. 1837) que le but de sa proposition était d'autoriser, dans le sens le plus large, les communes à s'imposer des redevances, non-seulement sur les coupes affouagères, mais aussi sur la jouissance des pâturages communs, comme, en général, sur tous les fruits qui se percoivent en nature. Ce n'était, au reste, que la consécration légale d'un usage anciennement et généralement suivi, comme le prouve une circulaire du 18 mai 1818 (Rec., t. 3, p. 301), qui a tracé la marche à suivre pour l'établissement des taxes de pâturage.

320. Les rétributions à payer par les habitants qui envoient paître leurs bestiaux dans les pâturages restés en jouissance commune doivent, aux termes de cette instruction, être établies à raison de l'espèce de bétail et du nombre d'animaux appartenant à chaque usager. C'est aux conseils municipaux à examiner si ces sortes de rétributions ne peuvent pas être imposées avec avantage pour les communes, lorsque leurs revenus ne couvrent pas leurs dépenses. (Ibid.)

D'autres instructions du ministre de l'intérieur ont posé les règles suivant lesquelles la répartition doit s'opérer entre les usagers. Une circulaire du 31 juillet 1819 (Rec., t. 3, p. 495), après avoir indiqué le mode de recouvrement des contributions qui portent sur les biens en jouissance commune, et dont la répartition s'effectue conformément à la loi du 26 germinal an XI, ajoute : « Il doit en être de même pour les perceptions établies sous le titre de droits de pâturage des bestiaux, dans les biens restés en jouissance commune. Les perceptions de cette nature ne peuvent être considérées que comme un prix de location, avec d'autant plus de raison que, par l'ordonnance du 7 octobre 1818, les communes sont autorisées à mettre en ferme et en location tout ou partie des pâturages. »

A cet égard, rien n'est changé par la législation nouvelle, et la répartition des taxes de pâturage doit continuer de s'établir sur les bases déterminées par la loi du 26 germinal an XI (1).—V. Communaux.

321. Quant aux taxes d'affouage, c'est-à-

» Lorsque tous les habitants n'auront pas un droit égal à la jouissance du bien communal, la répartition de la contribution assise sur ce bien sera faite par le maire de la commune, avec l'autorisation du préfet, au prorata de la part qui appartiendra à chacun (art. 3).

» Lorsqu'une partie seulement des habitants aura droit à la jouissance, la répartition de la contribution n'aura lieu qu'entre eux, et toujours proportionnellement à leur jouissance respective (art. 4).»

<sup>(1) «</sup> Lorsqu'une commune possèdera des domaines utiles dont chaque habitant profitera également, et qui ne seront pas susceptibles d'être affermés, comme des bois, pacages et marais communaux, ou des bâtiments servant à l'usage commun, et qu'elle n'aura pas de revenus suffisants pour payer la contribution due à raison desdits domaines, cette contribution sera répartie en centimes additionnels sur les contributions foncière, mobilière et somptuaire de tous les habitants (art. 2).

dire aux redevances imposées aux habitants d'une commune propriétaire de bois, sur les lots qui leur sont délivrés pour leur usage, elles sont soumises à des règles différentes. Ces taxes ne sont point fixes; elles peuvent varier d'une année à l'autre, suivant les besoins de la commune, et la 'nécessité où elle est de pourvoir à de nouvelles dépenses, ou à des dépenses extraordinaires; mais les instructions ministérielles recommandent aux préfets, comme moyen d'atténuer la cause la plus ordinaire des obstacles qu'éprouve la rentrée de ces produits, de veiller à ce que les taxes d'affouage ne soient pas trop élevées. Une circulaire du 10 janvier 1839 établit qu'en principe elles doivent servir seulement à payer les frais inhérents aux bois, c'est-àdire les frais de garde et de coupe, la contribution foncière, etc., et qu'il n'y a qu'en cas d'extrême nécessité que les communes peuvent les accroître pour subvenir à d'autres dépenses.

La même circulaire établit, quant au mode de recouvrement, une distinction relativement à l'application de l'art. 44 de la loi de 1837, ainsi conçu: « Les taxes particulières dues par les habitants ou propriétaires, en vertu des lois et des usages locaux, sont réparties par délibération du conseil municipal approuvée par le préfet. Ces taxes sont perçues suivant les formes établies pour le recouvrement des contributions publiques. »

Ajoutons que l'art. 63 de la même loi, qui trace la marche à suivre pour la perception des recettes municipales à l'égard desquelles les lois et règlements n'ont pas prescrit un mode spécial de recouvrement, serait ici sans application, malgré la corrélation qui semble exister entre ses dispositions et celles de l'article 44, attendu que ce dernier article, en décidant que les taxes seront perçues suivant les formes usitées pour les contributions publiques, a, par là même, prescrit un mode de recouvrement qui dispense de recourir à toute autre voie.

322. Nous n'avons dû nous occuper ici que des deux espèces d'impositions le plus communément admises; mais il est, selon la nature des produits du sol et les divers usages locaux, d'autres taxes qui peuvent également être autorisées par analogie et conformément à l'esprit dans lequel a été conçue la disposition législative précédemment rappelée, dont le but, comme nous l'avons fait remarquer,

a été de laisser la plus entière latitude aux administrations municipales, dans l'exercice du droit qui leur appartient d'imposer la jouissance des fruits communs.

323. Quant aux taxes de pavage, de salubrité, etc., elles sont d'une autre nature et soumises à d'autres règles: nous nous en occuperons ailleurs.

## § 3. — Centimes ordinaires affectés aux dépenses des communes.

324. Il existe en général une très-grande inégalité dans la condition financière des communes du royaume. Celles des départements de l'est, par exemple, sont pour la plupart propriétaires de bois qui leur procurent des revenus souvent fort supérieurs à leurs besoins. Quelques autres, dans les contrées montagneuses, possèdent aussi des landes, bruyères ou pâturages qui sont pour elles une source de produits plus ou moins abondants. Mais dans le reste du royaume, presque partout, les communes rurales proprement dites sont dénuées de toutes ressources, et ne pourraient subvenir aux frais de leur administration, si la loi n'y avait pourvu en créant une imposition locale destinée à couvrir cette dépense.

La loi du 11 frimaire an VII, déjà citée, sur les recettes et dépenses publiques, rangeait parmi les recettes ordinaires des communes, art. 9: 1° le dixième du produit des patentes; 2° la moitié des amendes de police; 3° la quantité de centimes additionnels aux contributions foncière et personnelle qu'il serait jugé nécessaire d'établir pour compléter le fonds des dépenses municipales, suivant le maximum qui en serait ultérieurement fixé.

L'arrêté du gouvernement du 4 thermidor an x (3e série, bull. 203) a décidé, art. 10, que les conseils municipaux détermineraient, dans leurs sessions annuelles, le nombre de centimes qui seraient percus additionnellement aux contributions pour les dépenses de l'année suivante, dans les limites établies par la loi. Enfin ce nombre de centimes a été définitivement fixé à cinq par l'art. 31 de la loi du 15 mai 1818 (7e série, bull. 211). « Il sera aussi, dit cet article, comme précédemment, imposé en sus cinq centimes au principal de la contribution foncière et de la contribution personnelle et mobilière, pour subvenir aux dépenses des communes, à l'exception de celles qui auront déclaré que cette contribution leur est inutile. »

325. Mais il arrive fréquemment que ces cing centimes sont insuffisants relativement à l'exigence des besoins ordinaires, et dans ce cas, les communes sont obligées de s'imposer un certain nombre de centimes en sus. L'arrêté de thermidor an x leur interdisait autrefois cette faculté, en déclarant, art. 4, que les conseils municipaux ne pourraient demander ni obtenir aucune imposition extraordinaire pour les dépenses ordinaires des communes. Mais la loi du 15 mai 1818 prévoit, art. 39, le cas où, les cinq centimes ordinaires épuisés, une commune aurait à pourvoir à une dépense véritablement urgente, et elle indique les formes dans lesquelles la commune doit procéder pour obtenir l'autorisation de s'imposer au delà des limites posées par l'article 31 (1).

326. Les frais du culte, l'indemnité de logement au curé ou desservant, le supplément de traitement au même, celui qui est attribué à l'instituteur, le traitement du vicaire, celui de l'institutrice, sont au nombre de ces besoins annuels qui exigent souvent une surimposition de centimes ordinaires.

327. Il y a lieu d'observer, dans le vote de ces centimes supplémentaires, la marche tracée pour les impositions extraordinaires par la loi du 15 mai 1818 et par l'art. 42 de celle du 18 juillet 1837, c'est-à-dire que le vote n'est régulier qu'autant que les plus imposés ont été appelés à y concourir.

Quant aux formes à suivre, il faut distinguer, dans les dépenses, ce qui est obligatoire de ce qui est facultatif; le préfet étant compétent pour statuer dans le premier cas, et une ordonnance n'étant exigée que dans le second, les délibérations municipales relatives à ces dernières dépenses doivent seules être adressées au ministre de l'intérieur.

328. Outre ces cinq centimes, nous avons dit que les communes sont imposées obligatoirement à trois centimes pour le service de l'instruction primaire, sauf modification par les lois ultérieures de finances ( loi du 28 juin 1833), et à cinq pour l'entretien des che-

mins vicinaux (loi du 21 mai 1836). Le produit de ces impositions, aussi bien que celui des centimes affectés au salaire des gardes champêtres, doit figurer dans chaque budget communal, au chapitre des dépenses ordinaires. (Circulaire du 13 décembre 1842.)

#### § 4. — Attributions sur les patentes.

329. La loi du 11 frimaire an VII rangeait parmi les recettes ordinaires des communes, le dixième du produit des patentes. Celle du 2 ventôse an XIII (4° série, bull. 34), porte, art. 40: « Des quinze centimes dont le prélèvement est autorisé par les lois sur le montant des rôles des patentes, deux centimes sont affectés aux frais de confection des rôles; les treize centimes restants sont pareillement affectés, d'abord aux décharges et réductions, et l'excédant aux dépenses municipales. »

Un avis du Conseil d'état, approuvé le 28 février 1809 (4° série, bull. 228), dispose qu'à l'avenir, sur le décompte qui sera fait au 1° juillet par le directeur des contributions, il y aura lieu de faire verser, dans chaque commune, ce qui restera, après les décharges et dégrèvements, sur les treize centimes, comme revenant aux villes, sans qu'en cas d'excédant des décharges sur le total des treize centimes, il puisse y avoir imputation ou rejet sur les centimes de l'année suivante.

Enfin la loi du 15 mai 1818, confirmant à peu près dans les mêmes termes l'art. 40 de celle du 25 mars 1817, a décidé, art. 27: « Les dispositions des lois qui ordonnent, sur le produit des patentes, un prélèvement de dix centimes, dont deux pour confection de rôles et huit attribués aux communes, sont maintenues. »

Depuis lors, les lois annuelles de finances ont constamment rappelé ces dispositions (1).

330. Mais la loi sur les patentes, du 25 avril 1844, a déterminé désormais d'une ma-

<sup>(1)</sup> Sur trente-sept mille deux cent cinquante-deux communes dont se compose le royaume, il y en a vingt-neuf mille huit cent cinquante-cinq qui sont obligées de s'imposer tous les ans des centimes additionnels pour assurer leur service ordinaire. (Rapport au roi sur la situation financière des communes, 5 avril 1837.)

<sup>(4)</sup> On lit dans la colonne d'observations de l'état A annexé à la loi de finances du 10 août 1839: « Le principal de la contribution des patentes est évalué à 29,500,000 fr.; mais il doit en être déduit: 1° les 8 centimes que la loi du 2 ventôse an XIII attribue aux communes pour former, avec l'imposition spéciale de 5 centimes, un fonds de 13 centimes sur lequel s'imputent d'abord les réductions, décharges et non-valeurs, et dont l'excédant disponible vient ensuite accroître les ressources communales; ci 2,360,000 fr.»

nière plus précise la part attribuée aux communes sur ce produit. Cette loi porte, art. 32, § 3: « Il est en outre prélevé, sur le principal, huit centimes, dont le produit est versé dans la caisse municipale. »

331. Le décompte de la contribution des patentes dressé au mois de juillet de chaque année pour l'année précédente, détermine les sommes qui sont attribuées aux communes sur le produit de cette contribution. Les receveurs des finances en tiennent compte aux receveurs municipaux dès que le décompte des patentes a été régle par les préfets. (Inst. gén. du min. des fin. du 15 décembre 1826.)

Une circulaire du ministre de l'intérieur, du 15 avril 1812 (Rec., t. 2, p. 325), contenait ce passage: « Lorsqu'on ne porte (au budget communal) aucune somme pour patentes, il faut prouver que, dans les précédentes années, les dégrèvements et non-valeurs ont absorbé ce produit. Mais cette disposition n'a plus d'objet aujourd'hui, la loi du 25 avril 1844 ayant réglé à un chiffre fixe de huit centimes la portion qui revient aux communes, sans déduction des décharges et non-valeurs qui l'avaient grevée jusqu'alors.

§ 5. — Produit des octrois.

V. Octrois.

§ 6. — Droits de place dans les halles, foires, marchés et abattoirs.

V. Halles, Foires, Marchés, Abattoirs.

332 Relativement aux droits qui se percoivent dans les abattoirs communaux, nous ajouterons ici quelques mots à l'article qui traite de ces établissements.

333. Une première remarque à faire, c'est que, bien que les droits d'abattoir figurent au nombre des recettes communales, les abattoirs en eux-mêmes ne doivent pas être considérés comme établissements productifs de revenus. Ce n'est pas une spéculation financière que fait une ville en créant un établissement de ce genre; elle satisfait simplement à ce qu'exige le soin confié à l'administration municipale de pourvoir à la sûreté et à la salubrité publiques, également compromises par l'existence de tueries particulières au centre des quartiers populeux. Il suit de ce principe que les taxes d'abattage doivent être calculées, autant qu'il se peut, de manière à couvrir seulement la commune de l'intérêt de ses avances, et à l'indemniser en même temps

des frais d'entretien et d'agence de l'établissement. En général, l'administration de l'intérieur s'écarte rarement de cette règle, qui n'a souffert d'exception que dans le cas où des villes étant fortement obérées, il devenait indispensable de faire ressource de tous les moyens dont elles pouvaient disposer. Mais nous devons dire que, depuis quelques années, le Conseil d'état s'est fait à cet égard une jurisprudence inflexible. C'est ainsi qu'il n'admet pas qu'une commune qui contracte un emprunt pour construire un abattoir, puisse élever le tarif des droits à y percevoir de manière à assurer le remboursement de son emprunt dans un temps donné. Il faut que la ville tire ses moyens d'amortissement de ses propres revenus, ou bien qu'elle se crée des ressources extraordinaires et spéciales par une autre voie. (Avis du 20 avril 1842 [ville de Nevers].)

334. Il y a deux manières pour les communes de pourvoir à l'établissement de leurs abattoirs: l'une est simplement de le faire construire à l'aide de fonds votés à cet effet par le conseil municipal, sauf ensuite à mettre la perception des droits en ferme ou en régie; l'autre consiste à traiter, comme en certains cas, pour la construction des halles et marchés publics, avec un entrepreneur qui s'engage à construire l'édifice à ses frais, à charge par la ville de lui abandonner le produit des droits pendant un nombre d'années déterminé. Toutefois la nouvelle jurisprudence dont nous venons de parler, fait obstacle, sinon d'une manière absolue, du moins le plus ordinairement, à l'adoption de ce dernier mode.

Dans l'un comme dans l'autre cas, au surplus, la création de l'établissement doit être autorisée, et le tarif des droits arrêté par une ordonnance royale (1).

335. Les abattoirs publics doivent être envisagés sous deux points de vue différents, d'abord comme établissements communaux placés, à ce titre, sous le contrôle et l'autorité du ministre de l'intérieur, mais aussi comme établissements insalubres ou incommodes, qu'il appartient au ministre de l'agriculture et du

<sup>(1)</sup> Lorsqu'il s'agit d'autoriser la perception de droits de place dans un abattoir existant, le tarif est arrêté par une décision du ministre de l'intérieur, comme pour les halles, marchés, etc.

commerce d'autoriser par application du décret du 15 octobre 1810 et de l'ordonnance du 14 janvier 1815. Cette double intervention appelait une disposition réglementaire qui déterminât, d'une manière précise, le départ d'attributions des deux ministres en cette matière. Il y avait, d'un autre côté, nécessité de pourvoir à l'inconvénient de laisser subsister les tueries particulières établies antérieurement au décret de 1810, qui pouvaient se prévaloir de l'exception prévue par l'art. 11 de ce décret (1), et se maintenir nonobstant la création de nouveaux abattoirs communaux. C'est en vue de donner à l'administration l'étendue de pouvoir en même temps que l'unité d'action nécessaire qu'est intervenue, à la date du 15 avril 1838, sur le rapport du ministre des travaux publics, de l'agriculture et du commerce, une ordonnance royale qui statue en ces termes : « Vu le décret du 15 octobre 1810 et l'ordonnance du 14 janvier 1815, portant règlement sur les établissements dangereux, insalubres ou incommodes, notre Conseil d'état entendu, etc. -Art. 1er. Sont rangés dans la première classe des établissements dangereux, insalubres ou incommodes, les abattoirs publics et communs à ériger dans toute commune, quelle que soit sa population. — Art. 2. La mise en activité de tout abattoir public et commun légalement établi entraînera, de plein droit, la suppression des tueries particulières situées dans la localité. - Art. 3. Quand il y aura lieu à autoriser une commune à établir un abattoir public, toutes les mesures relatives tant à l'approbation de l'emplacement qu'aux voies et moyens d'exécution, devront nous être soumises simultanément par nos ministres de l'intérieur et des travaux publics, de l'agriculture et du commerce, pour en être ordonné par un seul et même acte d'administration publique. »

336. De ces prescriptions et des principes de la jurisprudence administrative sur la matière, ressortent les règles suivantes, quant aux formes à suivre pour l'établissement des abattoirs publics: 1° Le conseil municipal est appelé à délibérer; sur le choix de l'emplacement où l'abattoir sera édifié; sur le mode d'exécution de l'opération, c'est-à-dire sur la question de savoir, selon la situation financière de la commune, si l'édifice sera construit aux frais de la caisse municipale, ou donné à l'entreprise moyennant l'abandon du produit pendant un temps fixé; enfin, dans l'une et l'autre hypothèse, sur le tarif des droits à percevoir (1).

2° Le préfet adresse au ministre du commerce les pièces relatives au choix de l'emplacement, savoir, la délibération municipale sur cet objet, un procès-verbal d'enquête de commodo et incommodo, dressé conformément à l'ordonnance réglementaire du 23 août 1835, les observations du conseil municipal en réponse aux réclamations qui auraient pu s'élever; enfin, les avis motivés du sous-préfet et du préfet lui-même.

3° Le même fonctionnaire transmet en même temps au ministre de l'intérieur, avec la délibération municipale sur le mode d'exécution, le projet de traité, s'il y a lieu, accompagné du cahier des charges, les plans et devis de la construction, si la dépense doit excéder 30,000 fr. (L. 17 juillet 1837, art. 45), enfin le tarif des droits à percevoir.

L'affaire s'instruit simultanément dans les bureaux des deux ministères, qui règlent, de concert, les dispositions à arrêter, et il intervient une ordonnance royale qui prononce sur le tout.

337. L'ordonnance royale qui autorise la création d'un abattoir public, est un acte d'administration qui ne peut être attaqué par la

<sup>(1) «</sup> Art. 11. Les dispositions du présent décret n'auront point d'effet rétroactif; en conséquence, tous les établissements qui sont aujourd'hui en activité continueront à être exploités librement, sauf les dommages dont pourront être passibles les entrepreneurs de ceux qui préjudicieraient aux propriétés de leurs voisins. »

<sup>(1)</sup> Aux termes d'une instruction ministérielle du 22 décembre 1825 (Recueil des circulaires, t. 5, p. 491), « il est nécessaire que la délibération du conseil municipal contienne des renseignements positifs sur la population de la localité, sur le nombre des bouchers et charcutiers en exercice, sur celui des tueries ou échaudoirs particuliers, enfin, sur la quantité de bestiaux de chaque espèce abattus annuellement pour la consommation. Il faut encore que le vote du conseil, bien motivé à cet égard, soit accompagné d'une enquête de commodo et incommodo, conformément aux dispositions prescrites par le décret du 15 octobre 1810 et par l'ordonnance du roi du 14 janvier 1815, concernant les ateliers insalubres ou incommodes. »

voie contentieuse. (Ord. du 2 janv. 1835 [Mahé et consorts, C. la ville de Bordeaux].)

338. Il n'y a pas et il ne peut y avoir de proportion déterminée pour la fixation des droits d'abattage, qui varient nécessairement selon les localités et l'importance des consommations. L'essentiel, comme nous l'avons déjà dit, est de ne point forcer la quotité de ces taxes, qui ne doivent représenter, autant qu'il est possible, que l'intérêt du capital employé à la construction, plus les frais d'entretien et de personnel. Autrement, on tomberait dans l'inconvénient attribué à la trop grande élévation des droits d'octroi, celui de nuire aux intérêts de la production et de la consommation générale. Ce qu'il faut surtout éviter, c'est que les droits d'abattage ne dégénèrent en un impôt sur la viande de boucherie, et que, par suite, les bouchers, trouvant leur profit à tuer au dehors, ne désertent l'abattoir communal au détriment des finances de la ville, qui perdrait ainsi l'intérêt de ses avances. Toutes ces considérations commandent donc d'apporter beaucoup de mesure et de modération dans l'établissement des tarifs.

339. Il est arrivé quelquesois que, dans la vue de prévenir l'abandon, par les bouchers, d'un abattoir où les droits étaient trop élevés, et de se rédimer de l'obligation d'indemniser le fermier, des conseils municipaux ont demandé l'autorisation de réunir les droits d'abattage aux droits d'octroi et de les faire percevoir à l'entrée des villes, en assujettissant les viandes par quartier à un droit proportionnel. Ces propositions ont dû être écartées.

En confondant ainsi deux taxes essentiellement distinctes, on dénaturerait le droit d'abattage qui n'a point pour effet, nous le répétons, de frapper les viandes de boucherie d'un impôt supplémentaire, mais bien de faire payer aux bouchers le prix d'un service que leur rend un abattoir qu'ils seraient obligés d'établir à leurs frais, si la ville ne le leur procurait pas.

Il est évident que ce serait, d'ailleurs, faire obstacle à la concurrence des bouchers du dehors. Vainement objecterait-on que ceux de l'intérieur, qui sont assujettis à un loyer plus cher, à une plus forte patente, ainsi qu'aux charges urbaines, ont, sous ce rapport, un certain désavantage de position. Si les bouchers forains sont, à quelques égards, placés dans des conditions moins onéreuses,

ils ont aussi à supporter les frais de transport, outre le loyer d'un étal en ville; ils ne sont point d'ailleurs exempts des frais d'abattage de leurs bestiaux, car il faut ou qu'ils fassent construire des abattoirs à leurs frais, ou qu'ils en prennent à location : ainsi, bien que grevés de charges à peu près égales à celles des bouchers de l'intérieur, ils seraient encore tenus de payer un nouveau droit d'abattage sans avoir fait usage de l'abattoir, dont ces derniers profiteraient seuls. On n'arriverait donc, en résultat, qu'à créer, au profit des bouchers de la ville, une sorte de prime qui détruirait l'égalité de conditions que l'administration doit s'efforcer, au contraire, de maintenir entre les producteurs domiciliés et ceux de l'extérieur, autant par esprit d'équité que dans l'intérêt des consommateurs, à l'avantage desquels tourne toujours la liberté de la concurrence. (Décis. du min. de l'int., 23 juin 1837 [Orne]; même date [Marne].) -V. Boucherie, § 6.

Si ces principes, d'une sage administration, ont pu néanmoins fléchir à l'égard d'un petit nombre de villes, que des entreprises d'abattoirs mal calculées avaient jetées dans des embarras financiers fort graves, on ne saurait s'autoriser de ces rares exceptions pour s'écarter d'une règle dont tous les intérêts s'accordent à réclamer le maintien.

340. Ajoutons toutefois que, dans la vue de faciliter la perception et d'en économiser les frais, diverses déçisions du ministre de l'intérieur ont permis que les droits d'abattage fussent perçus à l'entrée des villes par les préposés de l'octroi, mais à condition d'en faire une recette entièrement distincte et inscrite sur des registres séparés; autrement, ce produit subirait le prélèvement du dixième au profit du trésor comme celui des octrois. Rouen, Alençon, Reims et quelques autres villes, ont obtenu cette autorisation.

341. L'instruction du ministre de l'intérieur, du 22 décembre 1825, portant règlement sur la police de la boucherie et de la charcuterie, contient au sujet des abattoirs quelques autres dispositions utiles à consulter.

Les maires de quelques villes qui possèdent des abattoirs publics, y est-il dit, ont obligé les bouchers et charcutiers des communes de la banlieue à venir abattre leurs bestiaux à la tuerie commune; on a même fait dépendre de l'accomplissement de cette obligation la concession de la faculté de vendre sur les marchés de l'intérieur : l'administration a jugé qu'une telle mesure serait contraire au droit commun et aux règles de l'équité. En effet, elle forcerait les commerçants, qui paient leur quote-part de contributions dans le lieu où se trouve leur domicile, à contribuer encore aux revenus communaux d'une ville qui n'est pas le siège habituel de leur commerce; aussi, dans tous les règlements approuvés par l'administration, a-t-on établi formellement que l'usage des abattoirs publics des villes devait être facultatif et non obligatoire pour les bouchers et charcutiers du dehors, et que ceux-ci pouvaient tenir des abattoirs et des étaux au lieu de leur domicile sans l'approbation de l'autorité locale...

342. A ces instructions, on doit ajouter que l'abattage des porcs offrant, sous le rapport de la sûreté publique, de moins graves inconvénients que celui des gros bestiaux, il a paru juste et dans l'intérêt de l'agriculture de conserver aux propriétaires la faculté d'abattre chez eux, dans des lieux clos et séparés de la voie publique, les porcs destinés au service de leurs maisons.

343. Il demeure donc établi que l'usage des abattoirs publics et communs est entièrement facultatif pour les bouchers des banlieues. Nous irons plus loin, et nous ajouterons qu'il doit en être de même pour ceux de la ville, en ce sens que, s'il leur convient d'abattre leurs bestiaux au dehors, et de les introduire ensuite par quartiers ou comme viande dépécée, en acquittant le droit d'octroi, on ne saurait s'y opposer.

Encore une fois, il ne faut pas perdre de vue que les abattoirs communaux sont créés dans un intérêt de police et non dans un but de fiscalité; que le principal objet de leur institution est d'empêcher l'abattage des bestiaux au centre de la cité, et de prévenir ainsi les dangers qui en sont la suite, et que, du moment que les bouchers cessent d'abattre dans l'intérieur de la ville, ce résultat étant obtenu, on n'a plus rien à exiger d'eux.

C'est ce qui justifie les instances de l'administration pour que le taux des droits d'abattage soit fixé de telle manière que les bouchers aient intérêt à préférer l'abattoir public à ceux qu'ils pourraient louer au dehors.

344. Nous devons noter toutefois que la jurisprudence de la Cour de cassation semble être ici en opposition avec celle de l'autorité administrative. Par un arrêt du 18 oct. 1827 (J. P. 3° édit.), cette cour a décidé que si un

arrêté municipal enjoint à tout boucher d'abattre le bétail à la tuerie publique et non ailleurs, cet arrêté doit, d'après sa nature, comme d'après ses expressions, être exécuté dans toute l'étendue de la commune, et qu'une contravention à cet arrêté ne saurait être excusée par le motif que le bétail aurait été abattu hors de la ville et des faubourgs.

Aux termes d'un autre arrêt du 1er juin 1832 (J. P. 3e édit.; D. P. 32. 1. 259), l'obligation subsiste, même pour les bouchers qui demeurent hors des limites de l'octroi; et ceux-ci, tant que l'arrêté municipal n'est pas rapporté, ne peuvent refuser de s'y conformer sous le prétexte qu'en raison de leur domicile ils sont affranchis du paiement.

Mais d'autres considérations ont prévalu, aux yeux de l'administration, contre le droit, trop absolu peut-être, que cette jurisprudence tend à reconnaître au pouvoir municipal.

Rigoureusement, en effet, les attributions des maires, dans la matière qui nous occupe, se bornent à prévenir les dangers résultant de l'abattage des bestiaux au milieu des habitations, et le droit de police qu'ils tiennent à cet égard de la loi des 16-24 août 1790 (tit. 11, art. 3, n° 5) ne saurait s'étendre jusqu'au pouvoir de contraindre, en vue d'assurer la perception des droits d'abattage, les bouchers de la ville et encore moins ceux de la banlieue à se servir de l'abattoir communal, s'ils trouvent dans leur intérêt ou dans leur convenance de se pourvoir ailleurs.

Aussi ne doit-on considérer les arrêts de cassation précédemment cités que comme un hommage rendu par la cour suprême au grand principe de la séparation des pouvoirs, mais non comme devant lier l'autorité administrative supérieure dans les décisions qu'elle est appelée à rendre, en cas de recours à son intervention contre de semblables arrêtés de police municipale, qui nous paraissent également attaquables, soit pour excès de pouvoir, soit comme attentatoires à la liberté de l'industrie. — V. Abattoirs.

#### § 7. — Droits de stationnement.

345. Ces droits ne figuraient pas au nombre des perceptions autorisées par la loi du 11 frimaire an VII; ils ont été réellement créés par celle du 18 juillet 1837 sur l'administration municipale (art. 31, n° 7): c'est simplement une redevance attribuée aux villes pour les

permissions qu'elles accordent à certains établissements, et particulièrement aux entreprises de voitures de place ou de transport en commun, de séjourner sur les parties du sol communal ou de la voie publique qui leur sont temporairement concédées pour cet usage.

Au premier aperçu, ces sortes de taxes semblent différer des locations de place proprement dites, en ce que celles-ci se perçoivent en raison de la superficie occupée, tandis que le droit de stationnement des voitures publiques varie nécessairement selon le nombre et l'espèce de ces voitures; et c'est la principale raison qui avait porté l'administration supérieure à refuser sa sanction aux demandes formées à cet égard par quelques villes avant que la loi eût consacré le principe de la perception (1).

Mais, selon nous, l'ordre de classification dans lequel la loi de 1837 a rangé ce droit et sa dénomination même attestent que c'est bien réellement comme droit d'occupation de place que le législateur a entendu en autoriser la perception, et l'on ne saurait le considérer comme un impôt établi sur l'industrie elle-même, sans s'écarter des intentions évidentes comme des termes de la loi.

346. L'essentiel, dans une perception de ce genre, est de consulter les besoins publics et de s'assurer préalablement si rien ne s'oppose, dans l'intérêt général, à ce que de semblables concessions soient accordées à prix d'argent. Il ne faut pas d'ailleurs perdre de vue que ce n'est point la circulation des voitures qui doit être taxée. Ce droit exorbitant n'appartient pas à l'administration municipale, les rues étant des propriétés du domaine public communal dont l'usage est commun à tous; à la vérité, le maire peut, en vertu de la loi du 24 août 1790, réglementer la voie publique dans l'intérêt de l'ordre et de la

libre circulation; mais son intervention ne peut s'exercer que sous forme d'interdiction de tout ce qui tendrait à embarrasser la voie publique. C'est là un acte de police municipale qui perdrait son caractère du moment que le maire n'userait, à cet égard, du pouvoir qui lui est consié que pour établir une sorte de privilège de circulation concédé à prix d'argent au profit de la commune, et non-sculement ce serait sortir de la légalité, mais ce serait en même temps compromettre les attributions les plus essentielles de l'autorité : car l'administration aliénerait par là le droit qu'elle doit toujours conserver de prohiber la circulation des voitures, si quelque circonstance imprévue venait à rendre cette prohibition indispensable.

347. Sous le point de vue purement légal, on pourrait soutenir qu'à la rigueur nul n'a besoin d'autorisation pour faire circuler ses voitures sur la voie publique, et que ce n'est que par mesure de prohibition que l'autorité municipale peut intervenir, si ces voitures gênent la circulation.

On objectera sans doute que, dans la pratique, toutes les industries de nature à embarrasser la voie publique réclament l'autorisation préalable de l'administration; mais il n'en faut rien conclure contre le principe. On ne doit pas effectivement s'étonner que les entrepreneurs que pourraient ruiner l'action répressive de la police municipale, se soient soumis spontanément à la demande d'une autorisation préalable; l'administration n'a pu qu'encourager cette disposition qui lui épargnait le devoir pénible de froisser des intérêts privés; mais on ne saurait voir dans cet état de choses qu'une combinaison favorable à tous les intérêts, sans pouvoir en induire la faculté absolue de disposer de la circulation comme d'une espèce de propriété.

348. Il suit de ces observations, comme conséquences rigoureuses, 1° que le stationnement sur la voie publique pouvant seul être taxé, l'administration n'aurait rien à exiger des entreprises de voitures publiques qui stationneraient sur des propriétés particulières : seulement elle resterait toujours libre d'interdire l'exploitation de celles de ces entreprises qui se seraient formées sans son autorisation, et qu'elle jugerait ne pouvoir tolérer dans l'intérêt de la sûreté et de la liberté de la circulation; 2° que, dès lors, il ne s'agît plus d'imposer l'industrie elle-même, mais seule-

<sup>(1)</sup> Deux avis du comité de l'intérieur, le premier du 27 janvier 1828, le second du 3 août 1831, avaient conclu au rejet des demandes formées par les conseils municipaux de Saint-Germain et de Saint-Denis, à l'effet de percevoir des droits pour le stationnement des voitures publiques dans ces deux villes. On lit dans le dernier de ces avis : «Considérant que la taxe que se propose d'imposer la commune de Saint-Denis sur les voitures publiques, a le caractère d'une imposition frappant une entreprise particulière et est essentiellement de nature d'impôt, etc. »

ment de faire payer aux entrepreneurs le loyer de l'emplacement que leur concède la ville, et qu'autrement ils seraient obligés de se procurer à leurs frais.

349. En résumé, le droit dont il s'agit nous semble réunir le double caractère d'un prix de location pour les places que les voitures occupent sur la voie publique, et d'une indemnité pour l'augmentation des frais d'entretien du pavé des villes, que la permanence du stationnement des voitures tend constamment à détériorer. Il ne se percevait, avant la loi du 18 juillet 1837, que dans quelques grandes villes, telles que Paris et Lyon, en vertu de décrets spéciaux. L'art. 31, n° 7, de la loi précitée en a généralisé aujourd'hui la perception, comme nous l'avons dit plus haut, en le classant parmi les recettes ordinaires des communes.

350. Quant aux formes dans lesquelles ces taxes doivent être autorisées, l'analogie qu'elles paraissaient avoir, jusqu'à un certain point, avec les droits de voirie, et, d'une autre part, la circonstance que c'est en vertu d'actes du pouvoir souverain qu'elles ont été créées dans quelques villes avant la loi de 1837, avaient fait douter si l'approbation des tarifs ne devait pas rentrer dans le domaine de l'ordonnance royale. Mais si l'on considère que le droit de stationnement n'est autre, en effet, qu'un droit de location de place, comme nous l'avons établi; que, dès lors, rien n'empêche de l'évaluer en raison de l'espace occupé ou censé occupé par chaque voiture et son attelage, en ayant égard dans cette évaluation au surcroît de dépense qui résulte pour la ville d'un entretien de pavage plus coûteux, on en conclura que c'est à l'autorité ministérielle qu'il appartient d'approuver les tarifs, comme en matière de droits de place aux halles et marchés. - V. Halles et Marchés.

### § 8. — Locations sur la voie publique.

351. Ceci n'est qu'une extension de la faculté accordée aux communes par la loi du 11 frimaire an VII, de percevoir des droits d'occupation sur les rivières, les ports et promenades publiques. Il résulte des termes dans lesquels la loi de 1837 (art. 31, nº 7) s'exprime à ce sujet, que les communes ont désormais la faculté de percevoir le droit de place sur toutes les parties de la voie publique sans distinction; c'est-à-dire sur les rues qui appartiennent à la grande voirie comme sur

celles qui dépendent de la voirie urbaine. Ainsi, dans certaines localités où les foires et marchés se tiennent à proximité des grandes routes, la commune peut être autorisée à percevoir, à son profit, un droit de place sur la partie des accotements de la route occupée par les marchands, bien que le sol ne lui appartienne pas.

Il n'est pas inutile toutefois d'ajouter que ces concessions ne peuvent être faites que lorsqu'il a été constaté, suivant le vœu de la loi du 11 frimaire an VII et par un rapport des ingénieurs, que la largeur de la route et la situation des lieux permettent de les accorder sans inconvénients pour la liberté de la circulation.

En conséquence, ce document doit toujours être produit à l'appui des propositions de l'administration municipale, que le préfet transmet au ministre de l'intérieur pour recevoir sa sanction. Du reste, la jurisprudence est absolument la même, sur tous les points, que pour les droits de place aux halles, foires et marchés. —V. Halles et marchés.

### § 9. - Locations sur les ports.

352. Les principes sont toujours ici les mêmes que pour les droits de place en général, c'est-à-dire que la quotité du droit se détermine en raison de la superficie occupée. Seulement, comme il peut arriver que l'étendue du port d'embarquement ne soit pas en rapport avec les besoins et le mouvement de la navigation, la règle qui fixe à vingt-quatre heures la durée de l'occupation souffre, dans ce cas, une exception inévitable, et il convient de la modifier en raison de la nécessité de presser l'embarquement ou le débarquement des marchandises: c'est un point qu'on ne peut, au surplus, qu'abandonner à l'appréciation des administrations locales; mais il importe qu'elles précisent leurs propositions en conséquence, afin que le ministre de l'intérieur appelé à statuer sur les tarifs soit pleinement éclairé dans ses décisions. Ce qu'il est essentiel d'observer, c'est que, dans aucun cas, le droit ne peut porter sur une unité de marchandise comme le sac de blé, la pièce de vin, le stère de bois, etc., parce que ce serait taxer la marchandise même, et conséquemment tendre à convertir indirectement le droit en impôt d'octroi.

Ici encore la taxe se perçoit au profit des communes, abstraction faite de la propriété du sol, et bien qu'il fasse partie du domaine de l'état. A cet égard, la loi du 18 juillet 1837 n'a fait que confirmer l'extension donnée par celle du 11 frimaire an VII aux droits des communes. C'est au gouvernement à examiner si les taxes proposées n'excèdent pas la juste proportion qu'il convient d'observer, d'une part, afin de ne point grever le commerce local d'un impôt trop onéreux, de l'autre d'éviter que, par suite, il ne s'éloigne de la localité pour se porter sur d'autres points où il serait affranchi de semblables charges.

#### § 10. — Locations sur les rivières.

353. On a contesté aux communes la faculté de percevoir, sous la dénomination de droits d'attache ou d'amarrage, des droits de location de place sur le cours des rivières navigables. Déjà cependant la loi du 11 frimaire an vii avait établi ce principe; mais on objectait que cette disposition avait été modifiée, au moins implicitement, par l'art. 538 du Code civil publié postérieurement, et qui porte : Les fleuves et rivières navigables ou flottables, les ports, havres et rades, etc., sont considérés comme des dépendances du domaine public. Le ministre du commerce et des travaux publics réclamait, de son côté, dans l'intérêt du commerce, contre l'aggravation des frais de transport par des taxes locales de cette nature (1).

Mais, à notre avis, on ne saurait voir dans de semblables droits une augmentation de charges obligatoires pour le commerce, puisqu'il dépend toujours des conducteurs de bateaux et navires de s'en asfranchir en stationnant en dehors des limites de la perception. Que s'ils présèrent s'amarrer au port même pour y prendre charge, ou pour y débarquer des marchandises, c'est qu'ils y trouvent ap-

paremment, soit par la police qui s'y exerce, soit par la facilité des abords, des avantages que la commune, qui les leur procure, est dès lors en droit de leur faire acheter.

D'autre part, on a vu que la loi du 18 juillet 1837, loin de restreindre les prérogatives accordées aux communes par la loi du 11 frimaire en matière de droits de place, les a, au contraire, étendues en faisant à cellesci une part encore plus large sur le domaine de l'état.

354. Il faut donc considérer, comme désormais acquis aux communes, nonobstant toute prétention contraire, le droit que leur reconnaissait la loi du 11 frimaire et que leur a confirmé celle du 18 juillet, de percevoir un prix de location pour les emplacements qu'elles concèdent sur les rivières comme sur les ports. Mais nous devons nous hâter d'ajouter que l'exercice de ce droit demeure toujours subordonné à l'autorisation du gouvernement, qui reste juge des conditions auxquelles il doit l'accorder. Ces conditions sont essentiellement, 1° que les besoins financiers de la commune exigent la création d'une semblable ressource; 2º que le stationnement des bateaux, trains de bois. etc., puisse être permis sans gêner le service de la navigation; 3º que les intérêts du commerce en général n'en soient point lésés.

355. Quant au mode de perception, le principe ne varie point; il s'agit d'un prix de location de place : c'est donc la place ellemême, c'est-à-dire l'étendue superficielle qui doit faire la base du droit, abstraction faite de la charge du bateau et de la nature des objets transportés; car rien ici n'intéresse l'approvisionnement des localités; il n'importe donc en aucune façon de déterminer, comme pour les places aux halles et marchés, des prix différents selon l'espèce des marchandises. D'un autre côté, il est certain qu'un bateau vide occupe autant d'espace qu'un bateau chargé; et dès que c'est sur la superficie que se règle la quotité de la taxe, évidemment l'un doit payer autant que l'autre (1).

356. Il se peut que, dans quelques localités, soit en raison de circonstances exception-

<sup>(1)</sup> Une circulaire de ce ministre, en date du 11 juillet 1835, contient le passage suivant : « La dernière enquête et les informations qui parviennent chaque jour à mon département ont mis hors de doute, pour moi comme pour vous, que tous les embarras de notre position industrielle prennent leur source dans la difficulté et la cherté des communications intérieures. L'administration, à mon avis, loin de laisser aggraver les transports par des taxes locales, doit tendre à diminuer progressivement les charges publiques qui grèvent les transports; c'est une amélioration que j'appelle de tous mes vœux, et qui ne peut manquer d'être féconde en bons résultats. »

<sup>(1)</sup> Il y a toutefois des exemples de tarifs approuvés avec cette distinction, entre les bateaux chargés et ceux qui ne le sont pas, que ces derniers ne paient que le demi-droit.

nelles, soit parce que les principes de la matière n'avaient pas encore été suffisamment éclaircis, le gouvernement ait autorisé des perceptions de ce genre sur des bases différentes. Mais nous ferons observer qu'on ne peut s'écarter des règles que nous venons de tracer sans méconnaître la nature de la taxe qui ne doit pas perdre le caractère de droit de place. Ainsi, elle ne pourrait être établie à raison de la contenance des bateaux et de la valeur présumée des marchandises, sans rentrer dans la catégorie des droits de péage dont il sera question ailleurs, et qui sont créés par la loi pour des cas spéciaux et à des conditions déterminées.

357. Les pièces à produire à l'appui des demandes formées par les administrations municipales pour obtenir l'autorisation de percevoir des droits de location sur les rivières sont, outre les délibérations des conseils municipaux : 1° l'avis des ingénieurs en ce qui concerne le service de la navigation; 2° le budget et la situation financière de la commune, afin de justifier de la nécessité de cette ressource relativement aux charges dont elle est grevée; 3° un aperçu du produit du droit proposé; 4° l'avis du sous-préfet et celui du préfet sur lequel doit intervenir la décision du ministre de l'intérieur.

Les chambres de commerce doivent aussi, dans certains cas, être consultées en ce qui touche les intérêts du commerce par eau, et le ministre exige la production de leur avis comme élément d'instruction.

§ 11. — Péages communaux. V. Péages et ponts.

§ 12. — Droits de pesage, mesurage et jaugeage.

V. Pesage, mesurage et jaugeage publics.

§ 13. — Droits de voirie.

V. Voirie.

§ 14. — Concessions dans les cimetières. V. Cimetières.

§ 15. — Concessions d'eau.

358. Ces sortes de produits représentent le bénéfice que les villes peuvent retirer des travaux qu'elles feraient exécuter pour procurer de l'eau à domicile aux habitants, moyennant un prix d'abonnement déterminé en raison combinée de l'intérêt des fonds avancés pour dépenses de premier établissement et des frais d'entretien et d'agence. C'est ici réellement une spéculation financière, et la seule à laquelle il soit permis légalement aux communes de se livrer. Il ne peut y avoir d'ailleurs de règle fixe de jurisprudence à l'égard de ces opérations, dont l'utilité et la possibilité d'exécution ne sauraient être appréciées qu'à l'aide d'une connaissance exacte des intérêts, des besoins, et, jusqu'à un certain point, des habitudes et des usages du pays.

359. Si la ville traite avec un entrepreneur ou une compagnie concessionnaire, et ce sera le cas le plus ordinaire, l'autorité locale devra suivre les règles tracées pour la construction des halles, abattoirs ou autres établissements semblables, avec abandon temporaire des droits. Dans ce cas, la perception du droit ou prix d'abonnement doit être autorisée par une ordonnance royale, sur le rapport du ministre de l'intérieur, auquel les propositions doivent parvenir accompagnées de l'avis des autorités administratives locales, et de tous les documents nécessaires comme éléments de décision.

360. Que si elle fait établir, à son compte et de ses deniers, les aqueducs, réservoirs, conduites d'eau, etc., l'opération rentrera alors, quant aux détails d'exécution, dans la catégorie des travaux communaux ordinaires, sauf à régler, sur les bases indiquées plus haut, la quotité du prix d'abonnement à payer par chaque habitant à raison du volume d'eau dont il aura la jouissance.

361. Il faut considérer aussi que, sous quelques rapports, les concessions d'eau ont une grande analogie avec les concessions de biens communaux, et qu'elles peuvent faire l'objet de véritables baux d'une plus ou moins longue durée, dont le règlement et l'approbation demeurent soumis aux dispositions combinées des art. 17, 18, 19, 20 et 47 de la loi du 18 juillet 1837. D'où il suit que si la durée n'excède pas dix-huit ans, le préfet est compétent pour homologuer la proposition municipale.

362. Nous insistons sur ce point, que les concessions d'eau indiquées dans la loi comme sources de produits, ne peuvent s'entendre que de celles qui se font à domicile. En principe, la fourniture de l'eau nécessaire aux besoins journaliers des habitants d'une ville, est une mesure dont l'autorité locale doit faire en sorte d'assurer gratuitement le bien-

fait aux citoyens. Il scrait contraire aux règles d'une bonne administration, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles, d'établir une taxe pour la jouissance d'une fontaine publique. (Décis. du min. de l'int., [Sarthe], 23 juin 1837.)

363. On tolère, il est vrai, dans certains cas, la perception d'un droit pour l'usage des lavoirs publics, mais c'est à titre de droit de place dans un local construit aux frais de la commune. Il n'en faut pas moins considérer que les lavoirs étant des établissements particulièrement utiles aux classes pauvres, l'usage en doit être plus spécialement gratuit. L'administration supérieure ne consentirait pas à ce que la jouissance d'un lavoir fût taxée dans une ville ayant des revenus suffisants pour subvenir à ses dépenses. Ce n'est que dans les petites communes, privées de toute autre ressource, qu'une semblable perception pourrait être autorisée par exception. (Décis. du min. de l'int. Seine-Inférieure], 20 fév. 1838.)

# § 16. — Enlèvement des boues et immondices de la voie publique.

364. Si cette opération, qu'il faut considérer autant comme une mesure de police urbaine que comme un moyen d'accroître les recettes communales, offre souvent un produit assez considérable, quelquefois aussi elle n'est qu'une charge pour les communes qui sont obligées de payer pour le service du nettoiement des rues. — V. Circul. du 14 avril 1812.

365. Dans tous les cas, les marchés relatifs à l'enlèvement des boues doivent être passés avec publicité et concurrence dans les formes prescrites par l'ordonnance réglementaire du 14 novembre 1837. (V. cette ord. et l'inst. du 9 juin 1838.)

366. Dans quelques villes, les administrations municipales se sont prévalu du pouvoir qui leur est confié par la loi des 16-24 août 1790, de régler tout ce qui touche aux intérêts de la salubrité, pour charger des entrepreneurs choisis par elles de la vidange des fosses, à l'exclusion de tous autres.

Sans doute il appartient à l'autorité municipale de faire des règlements de police sur le mode d'exercice de certaines professions qui, si elles n'étaient point surveillées, pourraient devenir incommodes ou même dangereuses pour les habitants; mais ce droit ne

saurait jamais s'étendre jusqu'à interdire ces professions à certaines personnes pour les attribuer exclusivement à d'autres, car ce serait constituer une sorte de monopole contraire aux lois, et violer le principe fondamental de la liberté de l'industrie. La circonstance que les villes tirent un profit de ces concessions ajouterait encore aux motifs qui doivent porter l'autorité supérieure à y refuser sa sanction, attendu que la raison de police paraîtrait n'être qu'un prétexte pour atteindre un but fiscal. (Décis. du min. de l'int. [Gironde], 7 sept. 1837.)

367. Mais lorsqu'une ville, en affermant le produit des vidanges, laisse en même temps aux propriétaires la faculté de faire exécuter sans frais le curage de leurs fosses, en leur réservant d'ailleurs le droit d'y faire procéder par eux-mêmes, si bon leur semble, en se conformant aux règlements de police relatifs à ce service, tous les droits et tous les intérêts sont ainsi ménagés, et la mesure ne présente dès lors que des avantages qui doivent la faire adopter. (Décis. du min. de l'int. [Sarthe], 31 déc. 1833.)

# § 17. — Produit des expéditions des actes administratifs.

368. Cette perception est autorisée par l'art. 37 de la loi du 7 messidor an II, et réglée par l'avis du Conseil d'état du 4 août 1807, approuvé le 18 du même mois (4e série, bull. 56). Il nous suffira de rapporter les termes de ce dernier acte : « Vu, y est-il dit, l'art. 37 de la loi du 7 messidor an II, portant: Tout citoyen pourra demander, dans tous les dépôts, aux jours et heures qui seront fixés, communication des pièces qu'ils renferment; elle leur sera donnée sans frais et sans déplacement, et avec les précautions convenables de surveillance; les expéditions et extraits qui en seront demandés seront délivrés à raison de quinze sous du rôle; considérant que les administrations publiques expliquent diversement le vœu de la loi, en ce qui doit constituer les archives publiques, ainsi que relativement à la nature des actes dont les expéditions ou extraits doivent être passibles de la taxe, et qu'il convient de fixer à cet égard les droits des citoyens et des administrations de préfectures, sous-préfectures et municipalités, est d'avis : 1º que toutes les premières expéditions des décisions des autorités administratives de préfectures, souspréfectures ou de municipalités doivent être, aux termes des lois, délivrées gratuitement; 2° que les secondes ou ultérieures expéditions desdites décisions, ou les expéditions des titres, pièces ou renseignements déposés dans les bureaux des administrations, doivent être payées au taux fixé par l'art. 37 de la loi du 7 messidor an 11; 3° que le présent avis doit être inséré au bulletin des lois. »

369. Une circulaire du ministre de l'intéricur, en date du 4 mai 1808 (Rec., t. 2, p. 80), établit que le produit des droits d'expédition des actes administratifs doit faire un objet de recette à ajouter au fonds dont les préfets, sous-préfets et maires peuvent disposer pour leurs bureaux, et que, « pour prévenir les abus, il est nécessaire de faire ouvrir, partout où besoin sera, un registre où ces recettes seront enregistrées, afin que nul ne puisse se les approprier indûment. »

Par une autre circulaire du 26 du même mois (Rec., t. 2, p. 86), le même ministre a statué « que les droits de cette nature, qui seront perçus au profit des communes, doivent figurer en recette au budget, ainsi que cela a déjà été décidé en ce qui concerne le produit de la délivrance des extraits des actes de l'état civil. »

# § 18. — Produit des expéditions des actes de l'état civil.

370. La perception de ce droit au profit des communes a été consacrée par les lois des 20 septembre et 19 décembre 1792, et 3 ventôse an III.

Il est de principe, aux termes de l'art. 45 du Code civil, que toute personne peut se faire délivrer des extraits des registres de l'état civil par les dépositaires de ces registres. Le droit à payer pour l'expédition de ces extraits est réglé par le décret du 12 juillet 1807, contenant un tarif gradué suivant la population des villes ou communes (1).

L'art. 4 de ce décret porte : « Il est défendu d'exiger d'autres taxes et droits à peine de concussion.

» Il n'est rien dû pour la confection desdits actes, et leur inscription dans les registres. »

371. Une circulaire du ministre de l'intérieur aux préfets, en date du 6 août 1807 (Rec., t. 2, p. 48), recommande à ces fonctionnaires de veiller à ce qu'un exemplaire du décret du 12 juillet soit constamment affiché en placard dans les bureaux de l'état civil des mairies. Le ministre fait observer en même temps qu'il n'est dû aucun droit pour les deux publications de mariage qui se font dans chacune des municipalités ou résident les parties, parce que ces publications sont dans les devoirs gratuits des officiers publics: mais que les parties doivent rembourser le prix du timbre de chaque affiche; enfin que. relativement à ces publications et affiches, les parties ne doivent aucun droit d'expédition à la municipalité où le mariage doit être proclamé, puisque cette expédition n'est point

franc vingt-cinq centimes; d'où il résulte que le tarif en question est modifié comme il suit :

Pour celle des actes de mariage et de divorce..... » 60
Timbre..... 1 25

imbre..... 1 25

50

Dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, pour chaque expédition d'actes de naissance, de décès et de publication de mariage....»

Timbre..... 1 25

mbre...... 1 25 2 25

A Paris, pour chaque expédition d'acte de naissance, de décès et de publication de mariage.....»

50

25

<sup>(1)</sup> Ce tarif doit se combiner avec les art. 62 et 63 de la loi du 28 avril 1816 sur le timbre. Le dernier de ces articles décide que toute expédition ou extrait d'acte dressé par les notaires, gref-fiiers, etc., ne sera délivré que sur papier d'un

nécessaire et n'est pas délivrée; mais qu'elles doivent payer cette expédition pour chacune des autres municipalités où les publications et affiches ont eu lieu, parce qu'elle leur est effectivement délivrée, comme moyen de justification de l'observation des formalités prescrites.

372. Suivant une autre circulaire du 30 juillet de la même année (Rec., t. 2, p. 47), les extraits des actes de l'état civil ne peuvent être délivrés par des employés de mairie, qui se rendraient passibles de poursuites s'ils y apposaient leur signature.

273. Sont exemptes de la formalité du timbre les expéditions demandées par des fonctionnaires publics pour le service de l'administration. (Loi du 13 brumaire an VII,

art. 16) (1).

Les expéditions destinées à des indigents

son également délivrées gratis.

374. On lit dans l'instruction générale des finances du 15 décembre 1826, art. 646 : « Ces droits étant perçus par les employés des municipalités, le produit doit en être versé, à la diligence des maires, dans les caisses municipales. Les receveurs municipaux doivent réclamer ce versement à l'expiration de chaque trimestre. »

#### § 19. — Produit des amendes.

375. Un décret impérial du 17 mai 1809 (Rec. des circ., t. 2, p. 148) a statué à cet égard en ces termes : « L'administration de l'enregistrement et des domaines cessera de faire verser par ses préposés, dans les caisses communales, le montant des amendes de police municipale, correctionnelle et rurale, qui auront été recouvrées depuis le 1er janvier dernier (Art. 1er). — A compter de la même époque, les attributions des communes dans les amendes seront des deux tiers du produit net (Art. 2). - L'autre tiers de ce produit sera attribué aux hospices du chef-lieu du département (Art. 3). — Les inspecteurs de l'enregistrement feront compter les receveurs de la totalité de ces amendes, et en verseront le produit net, avec le décime par franc; savoir, pour les deux tiers du principal revenant aux

communes et pour la totalité du décime, à la caisse du receveur-général du département; et pour le tiers affecté à la nourriture des enfants abandonnés, dans celle du receveur de l'hospice, ainsi qu'il est prescrit par l'arrêté du 25 floréal an VIII (Art. 4). — Les deux tiers du principal desdites amendes, versées à la caisse du receveur général, formeront un fonds commun qui sera réparti par le préfet sur ses mandats proportionnels aux besoins de chaque commune (Art. 5. »

376. Plus tard, est intervenu l'art. 466 du Code pénal qui dispose que les amendes pour contravention de police prononcées depuis 1 fr. jusqu'à 15 fr. inclusivement, seront appliquées au profit de la commune où la contravention aura été commise. Il résultait, comme on voit, de cette disposition une dérogation, en ce qui concerne les amendes pour contraventions de police, au décret de 1809.

Le Conseil d'état fut saisi de la question, et par un avis qui fut approuvé le 9 nov. 1814 (Rec. des circ., t. 2, p. 558), exprima l'opinion: 1° que le produit des amendes en police correctionnelle doit être appliqué au profit des communes conformément au décret du 17 mai 1809, auquel il n'a été formellement dérogé par aucun article du Code pénal; 2° que le produit de ces amendes, ainsi que celui des amendes pour contravention, doit être appliqué au profit de la commune dans laquelle le délit ou la contravention a été commis, ainsi qu'il a été statué relativement aux amendes pour contravention par l'art. 466 du Code pénal.

377. Il est certain que cet article avait créé un droit nouveau en faveur des communes qui se trouvaient légalement en possession de la totalité du produit des amendes pour contravention, dont le décret de 1839 ne leur attribuait que les deux tiers.

Mais la régie des domaines chargée du recouvrement des amendes ayant objecté que l'exécution rigoureuse de l'art. 466 du Code pénal, suivant lequel le produit devait être appliqué spécialement à chaque commune, entraînait une comptabilité trop minutieuse et trop compliquée, en même temps que des frais de registres et d'écritures qui absorbaient souvent le montant des amendes prononcées, il a fallu pourvoir à la difficulté.

378. Après une ordonnance du 19 fév. 1820, qui prescrivait des mesures transitoires, une règle définitive a été posée par celle du 30 dé-

<sup>(1)</sup> La Cour de cassation a décidé que les conseils de fabrique n'étant pas des administrations publiques, ne pouvaient profiter de cette exception. (6 nov. 1832, S.-V. 32. 1. 808; J. P.3° édit.)

cembre 1823 (bull. 1et sem. de 1824, nº 654), qui a statué :

« Art. 4. Les amendes de police rurale et municipale qui seront recouvrées à compter du 1er janvier 1824, appartiendront exclusivement aux communes dans lesquelles les contraventions auront été commises; le tout ainsi qu'il est prescrit par l'art. 466 du Code pénal. Le produit en sera versé dans leur caisse, distraction faite préalablement des remises et taxations des receveurs, sur les mandats qui seront délivrés au nom des receveurs municipaux, par les préfets, immédiatement après la remise ou la vérification des états de recouvrement.

» Art. 5. Les amendes de police correctionnelle qui seront recouvrées à compter dudit
jour 1et janvier 1824, seront versées par les
receveurs des domaines, distraction faite de
leurs remises et taxations, et sur les mandats
des préfets, délivrés également au vu des états
de recouvrement au nom des receveurs des
finances, à la caisse de ces derniers comptables, qui en feront recette distincte au profit
des communes, comme des produits communaux centralisés à la recette générale de chaque
département, pour être employés sous la direction des préfets.

» Art. 6. Le produit des amendes versé à la caisse des receveurs des finances formera un fonds commun qui sera tenu à la disposition des préfets, et qui sera applicable : 1º au remboursement des frais de poursuite tombés en non valeurs, soit en matière de police correctionnelle, soit en matière de simple police; 2º au paiement des droits qui seront dus aux greffiers des tribunaux pour les relevés des jugements mentionnés en l'art. 2; 3° au service des enfants trouvés et abandonnés jusqu'à concurrence du tiers du produit excédant lesdits frais; 4° et, pour les deux autres tiers, aux dépenses des communes qui éprouveront le plus de besoins, d'après la répartition qui en sera faite par les préfets, et, par eux, soumises dans le cours du premier semestre de chaque année à l'approbation de notre ministre secrétaire d'état de l'intérieur. »

379. Ainsi, il résulte de cette ordonnance, pour les receveurs des domaines, chargés de poursuivre le recouvrement des amendes de police municipale, l'obligation d'en tenir une comptabilité distincte et séparée de celle des amendes prononcées par voie de police correctionnelle; de transmettre au préfet, au

mois de janvier de chaque année, un état sommaire, et par commune, des sommes recouvrées dans le cours de l'année précédente, et de les verser dans les caisses communales, distraction faite de leurs remises et taxations, sur les mandats qui en seront, par le préfet, délivrés au nom des receveurs municipaux.

Elle oblige également les receveurs des domaines à remettre, chaque année, au préset un état particulier des amendes prononcées par voie de police correctionnelle. Le Code pénal ne dérogeant point, pour leur application, aux dispositions du décret du 17 mai 1809, le produit doit en être versé, à l'instar des fonds de cotisations municipales, sur mandats du préfet, par les receveurs des domaines, distraction faite de leurs remises et taxations, dans les caisses des receveurs de finances, où il forme un fonds commun applicable aux charges énoncées en l'art. 6 de l'ordonnance, et pour l'excédant, aux dépenses des municipalités qui éprouvent le plus de besoins, et notamment à celles qui sont indiquées au dernier paragraphe de la circulaire du 29 mars 1820 (1), d'après la répartition qui en est soumise, dans le cours du premier semestre de chaque année, par le préfet à l'approbation du ministre de l'intérieur.

380. Il est essentiel d'ajouter que les allocations provenant du fonds commun autorisé par le décret du 17 mai 1809, ne peuvent être appliquées qu'à des dépenses municipales de leur nature; que ce sont exclusivement les communes pauvres et sans ressources qu'il importe d'appeler aux répartitions, et que c'est au nom des receveurs municipaux des communes que les préfets doivent délivrer leurs mandats pour être par eux employés, sur les ordonnances du maire, au paiement des dépenses énoncées dans les états de répartition. (Instruc. du 29 janvier 1824. Rec., t. 5, p. 204.)

<sup>(1)</sup> Le ministre, dans ce paragraphe de la circulaire d'envoi de l'ordonnance du 19 février 1820, que nous ne croyons pas nécessaire de reproduire in extenso, disait aux préfets: « Je ne vous prescrirai rien sur la nature des dépenses auxquelles on pourrait, de préférence, appliquer les produits; toutefois, je vous ferai remarquer qu'il est des dépenses communes à plusienrs municipalités, telles que celles qui concernent les justices de paix, les dépôts de sûreté et des prisons communes de police municipale, auxquelles on pourrait en faire une juste et convenable application. »

Le ministre adressait en outre aux préfets les recommandations suivantes : « Les dispositions des art. 2 et 3 de l'ordonnance vous assurant tous les moyens de contrôle et de vérification, je me bornerai à vous faire observer qu'aux termes des instructions du 11 janvier 1814, vous aurez à pourvoir au paiement des relevés qui vous seront adressés par les greffiers des tribunaux, dans la proportion des droits qui leur sont attribués par l'art. 49 du décret du 18 juin 1811 (1). »

381. Nous devons rappeler aussi que, par une instruction postérieure (la circulaire du 25 novembre 1836, sur le service des fonds de cotisations municipales, déjà citée), il a été décidé que ce service, qui comprend la centralisation du produit des amendes à la caisse des receveurs des finances, sera fait gratuitement par les comptables.

En conséquence, le ministre de l'intérieur n'admet, dans les états de répartition soumis à son approbation, aucune remise ni taxation en faveur de MM. les receveurs généraux et particuliers. (V., en outre, la circulaire du 22 janvier 1840 au Bull. offic.)

382. Il est à remarquer que le § 12 de l'article 31 de la loi de 1837 parle seulement de la portion que les lois accordent aux communes dans les produits des amendes prononcées par les tribunaux de simple police, par ceux de police correctionnelle et par les conseils de discipline de la garde nationale (2). Or, outre ces amendes, les lois accordent aux communes un tiers de celles qui sont prononcées en matière de grande voirie (décret du 16 décembre 1811, art. 115), et moitié des amendes et confiscations pour contraventions

aux préfets | aux règlements de l'octroi (ordonn. du 9 dé-Les dispocembre 1814, art. 84).

On ne saurait néanmoins conclure du silence de la loi de 1837 à cet égard, que les communes ont cessé d'avoir droit à la portion des amendes que leur attribuent le décret du 16 décembre 1811 et l'ordonnance du 9 décembre 1814. D'une part, les amendes en matière d'octroi étant prononcées soit par le tribunal de simple police, soit par le tribunal correctionnel, suivant les cas, elles rentrent, par là même, dans la catégorie de celles dont parle l'art. 31. Quant aux amendes en matière de grande voirie, le décret de 1811 ne pourrait être considéré comme abrogé virtuellement qu'autant que la loi municipale aurait déclaré répudier toute perception communale autre que celles qui y sont spécialement énoncées; mais loin de là, les dispositions générales de cette loi font clairement ressortir l'intention de maintenir toutes les dispositions antérieures qui assuraient aux communes un produit quelconque. C'est ainsi que le nº 8 de l'art. 31 leur conserve expressement tous les droits légalement établis, le nº 12 le produit de toutes les taxes de ville et de police dont la perception est autorisée par les lois, etc.

Il faut donc reconnaître que si les attributions sur les amendes de grande voirie ne figurent pas dans la nomenclature des recettes ordinaires énoncées par la loi municipale de 1837, il n'en a pas moins été dans la pensée du législateur de maintenir les communes en possession de ce produit qu'elles doivent continuer de percevoir (1).

Évidemment, tout ce que cette disposition a voulu prescrire, c'est que l'amende serait versée

<sup>(1)</sup> Les greffiers ne sont pas tenus de délivrer gratuitement ces relevés. L'instruction du 11 janvier 1814 décide que les droits qui leur sont attribués par l'art. 49 du décret du 18 juin 1811 (dix centimes) pour les expéditions, conformément à l'art. 600 du Code d'instruction criminelle, seront payés à ces greffiers sur le produit des portions d'amendes à distribuer aux communes.

<sup>(2)</sup> L'analogie existant entre les amendes prononcées par les conseils de discipline de la garde nationale et les amendes de police municipale, doit faire ranger les premières dans la classe des amendes de simple police; elles rentrent, à ce titre, dans les termes de l'art. 466 du Code pénal, pour être appliquées au profit des communes où la contravention a été commise. (Lett. du min. de l'int., 27 juillet 1831.)

<sup>(1)</sup> Quelques auteurs font figurer, sur la foi de l'instruction générale du ministre des finances du 15 décembre 1826, art. 600, le produit des amendes pour contraventions aux lois sur le roulage parmi les recettes ordinaires des communes: C'est une erreur. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter au texte du décret du 23 juin 1806 (4° série, bull. 102), dont l'art. 32 porte : « Il appartiendra un quart dans les amendes à celui des agents qui l'aura constatée, et qui aura affirmé et déposé son procès-verbal. L'amende sera versée dans la caisse de la commune où la contravention aura été constatée. Les trois quarts seront versés, par le receveur de la commune, au receveur de l'enregistrement, et le dernier quart sera payé à l'agent qui aura constaté la contravention, sur le mandat du préfet et sans autre forme. »

383, Il faut ranger parmi les amendes attribuées aux communes celles qui sont prononcées contre les comptables en retard de présenter leurs comptes. (Art. 482 de l'ord. roy. du 21 mai 1838.)

Enfin la loi du 3 mai 1844 sur la chasse attribue (art. 19) aux communes, sur le territoire desquelles les infractions auront été commises, les amendes prononcées, mais prélèvement opéré des gratifications accordées aux gardes et gendarmes rédacteurs des procès-verbaux ayant pour objet de constater les délits.

384. Outre les droits et taxes qui y sont particulièrement spécifiés, l'art. 31 de la loi du 18 juillet 1837 comprend, dans son dernier §, généralement toutes les taxes de ville et de police dont la perception est autorisée par la

Au nombre de ces droits, que n'a point rappelés nominativement la loi précitée figurent: 1º les taxes attribuées aux communes, à défaut des fabriques, pour les convois funèbres et les transports de corps; 2º les droits de magasinage aux entrepôts de douane; 8º les taxes de pavage; 4º celles qui concernent l'exécution des travaux intéressant la salubrité publique, ou relatifs à l'entretien des digues et autres ouvrages d'art; 5° le produit des eaux minérales; 6° les droits de marque.

§ 20. — Transport des corps et convois funèbres.

385. C'est le titre 3 du décret du 18 mai 1806 (4° série, bull. 91) qui rêgle cette matière. Aux termes de ce décret, ce sont les fabriques qui font adjuger, aux enchères et pour leur compte, l'entreprise du transport des corps et des travaux nécessaires à l'inhumation et à l'entretien des cimetières (art. 10). Le même décret porte (art. 11) : « Le transport des morts

dans la caisse communale comme étant la plus voisine du lieu de la contravention; mais en ordonnant que le receveur municipal verserait les trois quarts au receveur de l'enregistrement, et paierait le quatrième à l'agent qui a constaté la contravention, il est clair qu'elle n'a nullement entendu en laisser une part quelconque à la commune. Cette erreur, au surplus, a été reconnue et rectifiée par la circulaire du directeur de la comptabilité générale des finances, du 25 septembre 1827.

indigents sera fait décemment et gratuitement. Tout autre transport sera assujetti à une taxe fixe. Les familles qui voudront quelque pompe traiteront avec l'entrepreneur, suivant un tarif qui sera dressé à cet effet. Les règlements et marchés qui fixeront cette taxe et le tarif. seront délibérés par les conseils municipaux et soumis ensuite, avec l'avis du préset, par notre ministre de l'intérieur à notre approbation. »

Puis l'art. 14 dispose: « Les fournitures précitées dans l'art. 11, dans les villes où les fabriques ne fournissent pas par elles-mêmes. seront données ou en régie intéressée, ou en entreprise, à un seul régisseur ou entrepreneur. Le cahier des charges sera proposé par le conseil municipal, d'après l'avis de l'évêque. et arrêté définitivement par le préfet, »

Ce dernier article prévoit ainsi le cas où les fabriques renoncant à fournir par elles-mêmes, le produit pourrait être, à leur défaut, recueilli par la commune. Déjà le décret du 13 prairial an XII, tit. 5, tout en attribuant (art. 22) aux fabriques et aux consistoires le droit exclusif de fournir les voitures, tentures, ornements, etc., suivant les tarifs proposés par les administrations municipales et arrêtés par les préfets (art. 25), statuait (art. 26): « Dans les villages et autres lieux où le droit précité ne pourra être exercé par les sabriques, les autorités locales y pourvoiront, sauf l'approbation des préfets. »

De l'ensemble de ces dispositions ressort, comme on voit, le droit des communes de percevoir à leur profit, au défaut ou sur le refus des fabriques, les taxes autorisées pour les convois funèbres et le transport des corps, et ce produit figure effectivement en recette

au budget de quelques villes.

386. Conformément à l'art. 15 du décret de 1806, les adjudications doivent être faites selon le mode établi par les lois et règlements pour tous les travaux publics. En cas de contestation entre les autorités civiles, les entrepreneurs et les fabriques sur les marchés existants, il est statué par l'autorité souveraine, sur les rapports des ministres de l'intérieur et des cultes.

§ 21. — Droits de magasinage dans les entrepôts de douane.

387. Ces droits, dont la perception a été prévue par la loi du 27 février 1832 (9° série, bull. 63) ne figurent pas non plus dans la nomenclature de l'art. 31 de la loi municipale.

On a vu plus haut que les villes qui demandent l'établissement d'un entrepôt réel de douane sont tenues, aux termes de l'art. 10 de la loi de 1832, de pourvoir à toutes les dépenses de construction. « Ces villes, dit le même article, jouiront des droits de magasinage dans l'entrepôt, conformément aux tarifs, qui seront concertés avec les chambres de commerce et approuvés par le gouvernement. Elles pourront faire concession temporaire de ces droits, avec concurrence et publicité, à des adjudicataires qui se chargeraient de la dépense du local, de la construction et de l'entretien des bâtiments, ainsi que de toutes les autres charges de l'entrepôt.

En conséquence de ces dispositions, et quant à ce qui concerne l'approbation du tarif, c'est le ministre de l'agriculture et du commerce qui est compétent pour prononcer sur l'avis des chambres de commerce, et c'est dès lors à ce ministre que les préfets doivent transmettre directement les délibérations des conseils municipaux, projets de tarif et autres documents qui doivent être produits à l'appui de leurs propositions.

### § 22. — Taxes de pavage.

388. Quant aux taxes de frais de pavage des rues dans les villes où l'usage met ces frais à la charge des propriétaires riverains, et qui sont nommément rappelées dans l'art. 8 de la loi de finances du 10 août 1839, elles sont régies par les dispositions combinées de la loi du 11 frimaire an VII, et de l'avis du Conseil d'état du 25 mars 1807 (4e série, bull. 140).

Depuis, est intervenu l'art. 28 de la loi de finances, du 25 juin 1841 (budget des recettes), qui porte que « dans les villes où, conformément aux usages locaux, le pavage de tout ou partie des rues est à la charge des propriétaires riverains, l'obligation qui en résulte pour les frais de premier établissement ou d'entretien pourra, en vertu d'une délibération du conseil municipal, et sur un tarif approuvé par ordonnance royale, être convertie en une taxe payable en numéraire et recouvrable comme les cotisations municipales. »

Cette disposition, il importe de le faire remarquer, n'introduit pas un droit nouveau dans la législation sur le pavage des villes. Elle ne modifie en rien les usages locaux qui mettent les frais de premier établissement ou d'entretien du pavé des rues à la charge des propriétaires riverains; seulement, et c'est en ceci qu'elle innove, lorsque, pour assurer l'uniformité et la bonne exécution des travaux, les administrations municipales voudront en charger des entrepreneurs choisis par elles, et obliger les riverains à payer leur contingent en numéraire, une ordonnance royale devra intervenir pour approuver le tarif de la taxe. Dans ce cas, une enquête de commodo et incommodo est un préliminaire indispensable pour éclairer l'opinion de l'autorité supérieure sur la convenance de la mesure.

## § 23. — Taxes pour travaux de salubrité et autres.

389. Les lois annuelles de finances, depuis celle du 10 août 1839, mentionnent aussi les taxes pour travaux de salubrité, qui sont celles auxquelles donnelieu l'application de la loi du 16 sept. 1807, sur le desséchement des marais (4° série, bull. 162), et celles qui ont pour objet la conservation et la réparation des digues et autres ouvrages d'art, conformément à la loi du 14 floréal an XI (3° série, bull. 278). —V. Desséchements, Travaux publics.

#### § 24. — Eaux minérales.

390. Le régime des eaux minérales a été réglé par l'arrêté du gouvernement du 6 niv. an XI (3° série, bull. 239) et par le titre 3 de l'ordonnance du 18 juin 1823 (7° série, bulletin 613).

Une instruction du ministre de l'intérieur du 5 juillet 1823 (Rec., t. 5, p. 163), sur l'exécution de ces dernières dispositions, trace la marche à suivre relativement à l'administration et à la police des établissements thermaux. Nous ne pouvons que nous référer à ces différents actes qui statuent, sans distinction, pour les établissements appartenant à l'état, aux départements, aux communes ou aux hospices.

# § 25. — Droits de marque sur les étoffes et autres produits de fabrique.

391. Ces droits ne constituent pas, à proprement parler, une recette communale, bien que le receveur municipal soit chargé d'en faire le recouvrement; l'emploi en est spécialement déterminé dans un but d'intérêt commercial. Voici dans quels termes statue, à cet égard, l'art. 9, tit. 2, sect. 1<sup>re</sup> du décret du 11 juin 1809 (4<sup>e</sup> série, bull. 240), contenant règlements sur les conseils de prudhommes:

« S'il était nécessaire, comme dans les ouvrages de quincaillerie et de coutellerie, de faire empreindre la marque sur des tables particulières, celui à qui elle appartient paiera une somme de six francs entre les mains du receveur de la commune. Cette somme, ainsi que toutes les autres qui seraient comptées pour le même objet, seront mises en réserve et destinées à faire l'acquisition des tables et à les entretenir. » Cette disposition est reproduite à peu près dans les mêmes termes par l'art. 6 du décret du 5 septembre 1810 (4° série, bull. 312), qui ajoute seulement : « Le préfet en surveillera la comptabilité. »

\$ 26. — Droits irrégulièrement établis. —
 Languéyage des porcs. — Colliers et marques pour les chiens. — Livrets d'ouvriers.
 — Depôt de matériaux sur la voie publique.

392. Nous devons mentionner, en outre, quelques autres taxes dont la légalité a été justement contestée, et qu'à ce titre il est utile de signaler ici comme ne pouvant figurer au nombre des ressources communales, et devant être soigneusement retranchées des budgets où elles se seraient introduites.

393. Languéyage des porcs. — Tel est le droit qui se percevait pour le languéyage des porcs, et qui avait été admis en principe par un avis du Conseil d'état du 18 octobre 1808, approuvé le 22 du même mois. (Rec. des circ., t. 2, p. 347.) Cet avis portait qu'il n'y avait pas lieu à faire un décret général pour autoriser l'établissement d'un droit de languéyage sur les porcs; mais que, lorsqu'une commune croirait utile d'établir ce droit et de prendre des mesures pour la visite des porcs, afin de vérifier s'ils sont atteints de ladrerie et à quel degré, le ministre de l'intérieur, sur l'avis des autorités locales, pourrait proposer un décret spécial, pour être ensuite, par le gouvernement en Conseil d'état, statué ce qu'il appartiendrait.

Quelques instructions postérieures, entre autres la circulaire du 14 avril 1812 déjà citée, ont rappelé cet avis en s'y référant; mais la loi de finances du 15 mai 1818 et celles qui l'ont suivie n'ayant point classé le droit de languéyage au nombre des perceptions autorisées, il s'ensuit qu'il a cessé d'être légal, et c'est ce que, dès le 22 décembre 1825, le ministre reconnaissait dans une circulaire adressée aux préfets à cette date. (Rec., t. 5, p. 491.)

« C'est encore ici, dit cette instruction, le lieu de signaler comme non autorisée par les lois la perception d'un droit de languéyage des porcs, lequel a été imposé comme obligatoire dans quelques règlements de police, etc. » C'est donc par erreur que quelques auteurs font figurer le droit en question parmi les recettes régulières des communes; il ne peut y avoir doute sur l'illégalité d'une semblable perception.

394. Colliers et marques pour les chiens. -Il est arrivé aussi que, dans quelques villes. les administrations municipales, préoccupées du danger que présente la divagation des chiens dans les rues, ont pris des arrêtés pour obliger les propriétaires de ces animaux à se munir, à la mairie, d'un collier avec plaques portant l'indication du nom de leur maître, et dont le prix, fixé uniformément, était versé à la caisse municipale. Le ministre de l'intérieur a fait observer à ce sujet que si la mesure était bonne et utile dans son principe. la disposition qui forçait les propriétaires de chiens à acheter, au bureau de police, les colliers et les plaques, quelque modéré que sût le prix fixé, n'en constituait pas moins une perception que la loi n'autorise pas, et qui dès lors ne saurait être justifiée.

Au fond, on ne peut contester à l'autorité municipale le droit de prescrire ce moyen de sûreté, aussi bien que tout autre; c'est même un devoir qu'on doit lui savoir gré de remplir avec exactitude; mais là s'arrête sa mission. Il faut que le propriétaire du chien, tout en se soumettant à une mesure de prévoyance et d'intérêt commun, qui oblige également tous les habitants de la cité, reste libre de faire confectionner le collier et la plaque selon ses moyens et ses convenances.

C'est donc à l'industrie particulière qu'on doit laisser le soin de pourvoir à de semblables besoins, et il ne serait ni régulier ni convenable que l'administration y fit concurrence. Une fois la plaque poinçonnée à la mairie, et le nom du propriétaire inscrit sur le registre ouvert à cet effet, celui-ci doit être quitte de toute obligation envers la police locale, qui n'a plus rien à exiger de lui, sauf à elle à traduire, s'il y a lieu, les récalcitrants devant le tribunal de simple police, en vertu de l'art. 471, n° 15, du Code pénal. (Décision du min. de l'int., 16 mars 1837 [Isère]; 29 juin 1839 [Bas-Rhin].)

395. Livrets d'ouvriers. - Le même prin-

cipe s'applique à l'égard des livrets dont les maires de quelques villes ont cru pouvoir obliger les ouvriers à se fournir à la mairie. Il faut également ici distinguer ce qui est mesure de police de ce qui constitue une recette municipale.

Les administrations municipales sont parfaitement autorisées à user d'un moyen de surveillance spécialement indiqué d'ailleurs par la loi. Mais on ne saurait légalement contraindre l'ouvrier à acheter de l'administration même, à un prix quelconque, le livret dont il doit se pourvoir; car rien ne prouve qu'il ne pourrait pas se le procurer ailleurs à un prix moindre, et, dans ce cas, la différence qu'il supporterait serait une sorte d'impôt déguisé que percevrait, à son préjudice, la caisse municipale.

Ici, comme dans la question traitée sous le numéro précédent, de deux choses l'une : ou l'administration municipale spécule sur le produit de l'opération pour augmenter les revenus communaux, ou elle n'a en vue que de se créer un moyen de police et de surveillance efficace. Dans le premier cas, elle prélève en réalité un impôt que la loi n'autorise pas, et, d'ailleurs, les principes d'une bonne administration interdisent rigoureusement aux communes toute espèce de spéculation commerciale; dans le second, il lui suffit, pour atteindre le but qu'elle se propose, de décider, ce qui est parfaitement dans son droit, le principe de la mesure, mais sans obliger les citoyens au paiement d'une taxe quelconque, dont nous avons fait voir que la légalité serait toujours contestable. (Décision du min. de l'int. [Bas-Rhin], 29 juin 1839.)

396. Dépôt de matériaux sur la voie publique. — L'abus du droit qui appartient, dans une certaine mesure, aux propriétaires riverains de la voie publique et aux constructeurs de bâtiments, de déposer des matériaux sur le sol des rues et places, a donné lieu de penser qu'une taxe qui frapperait sur l'usage de cette faculté remédierait à l'inconvenient qu'elle présente pour la liberté de la circulation dans l'intérieur des villes.

Mais, sur la proposition qui en avait été formulée par un conseil municipal et soumise à l'approbation du ministre de l'intérieur, il a été observé qu'une perception de ce genre tendrait au contraire à consacrer l'abus des dépôts de matériaux, et aurait pour effet de perpétuer, et, pour ainsi dire, de sanc-

tionner l'envahissement de la voie publique.

En pareille matière, on ne peut guère admettre ni une prohibition, ni une tolérance absolue ; mais il appartient toujours à l'autorité municipale de discerner les cas où l'usage dégénère en abus, et c'est alors pour elle un devoir d'user des moyens de répression que la loi lui confie. Ce serait à tort qu'elle se croirait sans pouvoir pour contraindre les récalcitrants à débarrasser le sol des rues. Ce n'est pas seulement, en effet, par voie judiciaire que l'administration municipale est autorisée à procéder en pareil cas; elle a encore le droit, sur le refus du contrevenant mis en demeure par une sommation préalable, de faire enlever, d'office et à ses frais, les objets qui font obstacle à la circulation, sans préjudice des poursuites à intenter devant le tribunal de simple police pour la condamnation à l'amende encourue par application de l'art. 471, nº 4, du Code pénal.

L'établissement d'une taxe de cette nature n'aurait sans doute rien d'illégal en ce qu'elle constituerait proprement un droit d'occupation et de location de place sur la voie publique, autorisé par la loi; mais ce moyen serait inadmissible en bonne police. (Décision du min. de l'int. [Calvados], 21 juin 1838.) — V., au surplus, Règlement municipal et de police, Voirie.

Sect. 4. — Recettes extraordinaires.

§ 1er. — Contributions extraordinaires.

V. Contributions communales.

§ 2. — Prix des biens aliénés.

397. Nous avons donné, en son lieu, l'indication des formes dans lesquelles il doit être procédé en ce qui concerne l'aliénation des biens communaux. Quant à l'emploi du produit, nous avons eu également occasion de rappeler les règles qui veulent que toute somme disponible, non affectée à une dépense d'utilité communale, soit convertie en achat de rentes sur l'état, par préférence à tout autre mode de placement.

On a vu aussi que les deniers provenant de biens appartenant en propre à une section doivent être versés dans la caisse communale, pour être employés indistinctement aux besoins de toute la commune. Plusieurs décisions récentes du ministre de l'intérieur ont confirmé cette doctrine. § 3. — Remboursement des capitaux exigibles et des rentes rachetées.

398. L'observation ci-dessus, tourhant l'emploi du produit des biens aliénés, trouve également ici son application: les remboursements de toute nature sont, à cet égard, soumis au même principe; à défaut d'affectation déterminée, ils doivent être, sans distinction, placés en rentes sur l'état.

399. Les remboursements de capitaux placés sur les particuliers peuvent ètre faits aux communes quand les débiteurs le proposent; mais ceux-ci doivent avertir les maires un mois d'avance pour que ces fonctionnaires avisent aux moyens de placement et demandent les autorisations nécessaires. (Avis du Conseil d'état, approuvé le 21 décembre 1808.)

400. Les rentes constituées sont d'ailleurs régies par l'art. 530 du Code civil.

401. Quant aux inscriptions de rentes sur l'état, possédées par les communes, elles ne peuvent être aliénées qu'en vertu d'une ordonnance du roi quand le capital excède 3,000 fr.

402. Une instruction du 24 septembre 1825 (Rec., t. 5, p. 418) invite les préfets à faire délibérer les commissions administratives des hospices et bureaux de bienfaisance, sur le rachat des rentes dues par des particuliers, au moyen de l'abandon d'un cinquième du capital. Les mêmes prescriptions sont appliquées à l'égard des communes.

§ 4. — Produit des coupes extraordinaires de bois.

V. Forêts.

§ 5. — Dons et legs.

V. Dons et legs faits aux établissements publics.

### § 6. — Emprunts.

403. Il ne faut pas moins que des besoins urgents et manifestes pour déterminer l'autorité supérieure à permettre aux communes de contracter des emprunts, faculté dont on conçoit que l'abus pourrait les entraîner dans des embarras ruineux : aussi la loi a-t-elle établi des conditions plus rigoureuses pour les emprunts que pour les autres opérations financières des communes. D'une part, le concours des plus haut cotisés, qui n'était prescrit que pour les impositions extraordinaires par la législation antérieure; de l'autre, le

recours au Conseil d'état et même au pouvoir législatif, sont autant de garanties dont le législateur a voulu entourer les intérêts des communes, en les préservant du danger qu'une trop grande latitude laissée aux administrations locales pourrait avoir en pareil cas pour leur avenir financier.

« Aucun emprunt, dit l'art. 41 de la loi municipale, ne pourra être autorisé que par ordonnance du roi, rendue dans la forme des règlements d'administration publique, pour les communes ayant moins de 100,000 fr. de revenus, et par une loi s'il s'agit d'une commune ayant un revenu supérieur.

» Néanmoins, en cas d'urgence et dans l'intervalle des sessions, une ordonnance du roi, rendue dans la forme des règlements d'administration publique, pourra autoriser les communes dont le revenu est de 100,000 fr. et au-dessus à contracter un emprunt jusqu'à concurrence du quart de leurs revenus (1). »

404. Il est d'ailleurs procédé pour les emprunts, comme pour les impositions extraordinaires, selon le vœu de l'art. 42 de la loi municipale, c'est-à-dire que pour les communes ayant moins de 100,000 fr. de revenus, les plus forts contribuables sont appelés à délibérer avec le conseil municipal et dans les mêmes formes.

405. Les emprunts communaux ont lieu, soit avec publicité et concurrence, c'est-à-dire par voie d'adjudication sur un cahier des charges préalablement rédigé et qui détermine un maximum d'intérêt (ordinairement 4 et demi pour cent), soit, ce qui est préférable, par un traité avec la caisse des dépôts et consignations, qui prête moyennant 4 et demi pour cent, et en donnant aux communes toutes les

(1) Suivant la jurisprudence du comité de l'intérieur, cette disposition ne peut toutefois recevoir son application qu'autant que la dépense projetée n'excède pas en totalité le quart des revenus de la commune. Si ces revenus s'élèvent à cent mille francs, par exemple, et qu'il s'agisse d'une dépense de deux cent mille francs, on ne pourrait faire autoriser un emprunt de cinquante mille francs par voie d'ordonnance, sauf ratification ultérieure par voie législative, attendu que ce serait engager par avance le vote des chambres et leur enlever de fait le droit de contrôle que la loi leur a réservé.

Elle ne serait pas non plus applicable si la commune était déjà grevée d'emprunts antérieurs excédant le quart de ses revenus.

facilités compatibles avec ses règlements (1).

406. Le comité de l'intérieur se montre contraire à tout mode d'emprunt par l'effet duquel la dette de la commune serait divisée en coupons transmissibles par voie d'endossement, et comme effets de commerce. « Ce mode, dit-il, aurait de graves inconvénients. L'un des principaux serait de mettre la commune dans l'impossibilité de se libérer avant le terme fixé, si ses ressources venaient à le lui permettre. » (Avis du 6 janvier 1835 [Sarthe, le Mans].)

407. Les emprunts avec prime ne sauraient non plus, selon le comité, être autorisés par ordonnance. « Ces sortes d'autorisations tendraient à établir un jeu de loterie interdit par la loi. La loi seule, qui interviendrait dans des cas spéciaux, pourrait apporter une exception à ce principe d'interdiction. » ( Id. 11 janvier 1832 [Charente, Bille-du-Mans]; 19 septembre 1834 [Calvados, Orbec].)

Il a fait observer aussi avec raison qu'une commune ne peut créer des bons au porteur pour l'acquittement de ses dettes, sans contracter un véritable emprunt et sans y être dès lors autorisée dans les formes ordinaires. (Id., 16 nov. 1831 [Loire-Inférieure, Nantes].)

408. Selon l'ancienne jurisprudence, la commune ne pouvait donner, pour gage de son emprunt, hypothèque sur ses biens, attendu le grave inconvénient de forcer le gouvernement à consentir des aliénations qu'il doit toujours rester libre d'autoriser ou de refuser suivant les circonstances. (Idem, 24

octobre 1832.) Le conseil d'état lui-même avait posé ce principe dans un avis du 20 mars 1834 (Dordogne, Périgueux), et l'administration de l'intérieur l'avait également admis comme règle. (Lettre au préset du Bas-Rhin, 30 janvier 1835.) Mais l'article 46 de la loi sur l'administration municipale ayant modifié prosondément le droit ancien sur ce point en décidant que la vente des biens des communes, autres que ceux qui servent à un usage public, pourra, sur la demande de tout créancier porteur de titres exécutoires, ètre autorisée par une ordonnance du roi, il s'ensuit nécessairement que les communes sont rentrées dans le droit commun, quant à la faculté que peuvent avoir leurs créanciers de prendre hypothèque sur leurs biens, sauf toutefois l'autorisation du gouvernement, qui demeure toujours réservée.

409. Il a été établi d'ailleurs qu'un conseil municipal ne peut, sans remplir les formalités exigées pour les emprunts, traiter avec un entrepreneur pour la construction d'un bâtiment, l'ouverture d'une rue ou autre opération d'utilité communale, en stipulant que cet entrepreneur ne sera payé qu'en plusieurs années, et sauf à la ville à lui tenir compte de l'intérêt de ses avances; ces dispositions constituent un véritable emprunt. ( Décisions du ministre de l'intérieur [Loiret], 27 janvier 1835; [Seine-Inférieure] 13 mai 1839, et autres espèces. )

410. Les communes ne peuvent pas non plus être autorisées à prêter à d'autres communes; on doit insister, dans ce cas, pour que les fonds libres des caisses municipales soient placés au trésor ou en rentes sur l'état (Avis du Cons. d'état, 9 août 1838 [Doubs, Cubrial | ). Cette dernière condition est conforme aux principes constamment soutenus dans la correspondance administrative, et que nous avons rappelés ci-dessus.

411. A l'égard des emprunts qui ont pour gage l'augmentation des droits d'octroi, il faut se reporter à la loi du 11 frimaire an vii que nous avons citée plusieurs fois, et qui dispose, art. 56: « Les administrations et bureanx centraux auront égard dans leurs projets de taxes municipales:

» 1° A ce que le tarif et le produit en soient, le plus qu'il se pourra, proportionnés au montant des sommes reconnues rigoureusement nécessaires;

» 2° A ce que ce mode de perception en-

2º Que l'époque de remboursement du capital ne devra pas excéder douze années;

<sup>(1)</sup> Les principales conditions auxquelles la caisse des dépôts et consignations consent à prêter aux communes, sont : 1º que l'intérêt sera servi à raison de quatre et demi pour cent;

<sup>3</sup>º Que les sommes prêtées seront relevées directement de la caisse des dépôts et consignations à Paris; que ces sommes seront remboursées sans frais, entre les mains du caissier de la direction générale, et que les intérêts y afférents seront payés également sans frais, tous les six mois:

<sup>4</sup>º Que les communes souscriront des obligations pour le remboursement, tant du capital que des intérêts, aux échéances convenues, dans l'espace de douze ans. -V. Caisse des dépôts, etc., nº 47.

<sup>(</sup>V. au surplus, au Bulletin officiel, la circulaire du 2 août 1840, et l'instruction de la caisse des dépôts et consignations qui y fait suite.)

traîne le moins de frais possible et le moins de gêne qu'il se pourra pour la liberté des citoyens;

» 3° Aux exemptions et franchises qui pourront être jugées nécessaires au commerce de la commune et à raison de sa position. »

Le comité de l'intérieur (Avis du 14 fév. 1840 [Loire, Montaud]), en rappelant la disposition ci-dessus, recommande de ne recourir à l'élévation des taxes d'octroi comme moyen de remboursement d'un emprunt, qu'à défaut de toute autre ressource, dans des cas urgents, et à condition que la durée de cet accroissement sera limitée au terme du remboursement.

### § 7. — Recettes extraordinaires accidentelles.

- 412. Au nombre des recettes extraordinaires doivent encore être comprises: 1° les tourbages extraordinaires qui sont autorisés dans certains départements du nord de la France, notamment dans la Somme et dans le Pas-de-Calais (1); 2° le produit des tarifs additionnels d'octrois; 3° l'excédant de recette constaté au moment de la clôture de l'exercice.
- 413. Quant aux recettes accidentelles, il faut ranger dans cette catégorie: 1° le montant des dommages-intérêts prononcés en faveur des communes; 2° celui des débets mis à la charge des receveurs municipaux; 3° le produit des cessions de terrains sur la voie publique, et, en général, toute espèce de produits non prévus soit par le cadre normal du budget de la commune, soit dans les nomenclatures établies par la loi.

CHAP. 8. — Responsabilité des communes.

- § 1er. Principe de la responsabilité des communes. Loi du 10 vendémiaire an IV.
- 414. Ce n'est pas seulement des contrats formés par elles que naissent les obligations des communes. Elles peuvent encore être responsables de certains crimes ou délits commis dans l'enceinte de leur territoire, et tenues de les réparer. C'est ce que la loi du

(1) Jusqu'en 1837, les tourbages extraordinaires étaient autorisés par de simples décisions ministérielles; depuis la loi municipale du 18 juillet 1837, on a reconnu que ces sortes d'opérations entraînant aliénation d'une partie du sol, l'intervention d'une ordonnance du roi était nécessaire quand le produit présumé excédait 3,000 fr.; et c'est ainsi qu'il est procédé aujourd'hui.

10 vendémiaire an IV, résumé de la législation antérieure, a déclaré, d'une manière générale, en ces termes : « Tous citoyens habitant la même commune, dit cette loi, sont garants civilement des attentats commis sur le territoire de la commune, soit envers les personnes, soit contre les propriétés. » (Tit. 1, art. 1er.)

415. Les règles générales d'après lesquelles ce principe doit être appliqué, sont énoncées dans le titre 4 de la même loi. Il en résulte qu'une commune est responsable:

1º Lorsque des délits, soit contre les personnes, soit contre les propriétés, ont été commis à force ouverte ou par violence sur son territoire, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés (art. 1e1);

2° Lorsque des ponts ont été rompus, des routes coupées ou interceptées par des abattis d'arbres ou autrement (art. 7);

3º Quand les cultivateurs tiennent leurs voitures démontées, ou n'exécutent pas les réquisitions qui sont faites légalement pour transports et charrois (art. 9);

4° Lorsque des cultivateurs à part de fruits refusent de livrer, aux termes du bail, la portion due au propriétaire (art. 10);

5° Lorsqu'un adjudicataire de domaines nationaux a été contraint, à force ouverte, par suite de rassemblements ou d'attroupements, de payer tout on partie du prix de son adjudication à d'autres qu'au trèsor (art. 12);

6° Lorsque, dans les mêmes circonstances, un fermier ou locataire a été contraint de payer tout ou partie du prix de son bail à d'autres qu'au propriétaire (même art. 12).

416. Ce n'est pas sans difficulté qu'on arrive à déterminer exactement le principe de cette responsabilité. Se trouve-t-il dans un quasi-délit? Mais, comme le remarque fort bien M. Foucart (3° édit., t. 3, p. 117), la règle de l'art. 1382 du Code civil « est difficilement applicable aux corporations, parce que l'on ne peut admettre, en thèse générale, que tous les membres qui les composent soient responsables des fautes commises par quelques-uns d'entre eux. » De plus, ce ne sont pas tous les habitants qui sont responsables, c'est la commune; et l'on a peine à comprendre comment celle-ci pourrait commettre un délit ou un quasi-délit. La commune, comme personne morale, ne peut agir que par ses mandataires légaux. Or, de la part de ces mandataires, toute action en dehors des limites tracées par la loi est une usurpation de pouvoirs; toute négligence dans l'accomplissement de leurs devoirs est une faute qui leur est personnelle. D'un autre côté, lorsque des habitants d'une commune commettent un attentat, en quelque nombre qu'ils soient, ce sont toujours des particuliers qui agissent, ce n'est pas la commune. Nous pourrions pousser plus loin ce développement. Nous en avons dit assez pour démontrer que la responsabilité des communes est l'œuvre directe de la loi de vendémiaire an IV, et non une application de l'art. 1382 du Code civil.

417. Il est facile de voir que la loi de vendémiaire a été surtout une loi de circonstance et le résultat d'une nécessité politique. Aussi, lorsque l'époque révolutionnaire fut passée, demeura-t-elle longtemps sans application; et lorsque, plus tard, les circonstances y firent recourir, la question s'éleva de savoir si elle n'était pas tombée en désuétude et ne se trouvait pas implicitement abrogée par la fin des temps malheureux qui l'avaient vue naître. Mais la jurisprudence n'a pas hésité à la considérer comme étant au contraire toujours en vigueur, d'abord parce qu'aucune loi postérieure n'en a prononcé l'abrogation; ensuite, parce que les circonstances pour lesquelles elle avait été créée peuvent se reproduire à toutes les époques. (V. Cass. 17 juin 1817, Devillen. et Car. 5. 1. 331; D. A. 3. 150; - 24 avril 1821, Devillen. et Car. 6. 1. 424; D. A. 3. 153; - Toulouse, 15 juillet 1830, J. P. 3º édit.; D. P. 31. 2. 254; -Paris, 29 août et 22 déc. 1834, S.-V. 35. 2. 97 et 96; D. P. 35. 2. 89 et 90; — Orléans, 8 fév. 1839, S.-V. 39. 2. 285; D. P. 39. 2. 217.)

418. Il faut, en effet, reconnaître que cette loi, destinée à réprimer les brigandages et les attentats par attroupements, offre à la fois, dans les temps de trouble, aux intérêts privés une protection efficace et à l'ordre public menacé une garantie nécessaire. On peut la considérer comme un des meilleurs préservatifs contre les émeutes, les pillages, les crimes et les délits qui en sont la suite, en ce qu'elle stimule et force à agir les citoyens honnêtes, dont la présence et l'énergie suffisent souvent pour paralyser les efforts des perturbateurs. Toutefois, il faut également le dire, son application rigoureuse pourrait être parfois injuste à l'égard des communes,

qui ne sont pas toujours en mesure de se garantir des troubles. On verra, du reste, dans le paragraphe suivant, que la jurisprudence tend à concilier, à cet égard, ce qu'exige l'équité avec la conservation du principe.

### § 2. — Cas dans lesquels la loi du 10 vendémiaire an 1v est ou n'est pas applicable.

419. Pour qu'il y ait lieu à l'application de la loi et qu'une commune soit responsable des dommages causés aux personnes ou aux propriétés sur son territoire, la première condition est, d'après l'art. 1er (tit. 4), analysé n° 415, que ces dommages aient été causés par des rassemblements ou des attroupements. Ainsi, du moment qu'il n'y a pas eu attroupement, une commune cesse d'être responsable, si ce n'est dans les cas prévus par les art. 9 et 10 du même titre (Cass. 27 avril 1813, S.-V. 20. 1. 470; D. A. 3. 148; Toullier, t. 11, n° 239).

420. La jurisprudence a d'ailleurs consacré plusieurs autres exceptions qui adoucissent, d'une manière remarquable, la rigueur de la loi.

421. Ainsi, il a été jugé dans de nombreuses espèces, 1° que les communes ne sont pas responsables des dévastations commises sur leur territoire, même par une réunion d'habitants de la localité, lorsqu'elles ont pris toutes les mesures propres à empêcher les dévastations (Cass. 30 décemb. 1824, S.-V. 25. 1. 347; — Agen, 30 nov. 1830, S.-V. 31. 2. 272; D. P. 31. 2. 76; — Cass. 6 avril 1836, S.-V. 36. 1. 257; D. P. 36. 1. 163; — Bordeaux, 22 août 1839, S.-V. 40. 2. 51; D. P. 40. 2. 81; — Cass. 15 mai 1841, S.-V. 41. 1. 373; J. P. 1841. 2. 8);

2º Qu'une commune ne peut être responsable de pillages commis sur son territoire, lorsque ces pillages ont eu lieu dans un moment de guerre civile, où tous les liens sociaux étaient rompus, les lois sans force et les magistrats sans autorité; en telle sorte que les moyens indiqués par la loi comme propres à prévenir ou à réprimer les délits et à en faire connaître les auteurs, avaient momentanément perdu toute influence (Cass. 27 juin 1822, S.-V. 22. 1. 428; D. A. 3. 154);

3° Qu'il n'y a pas non plus lieu à responsabilité lorsque les communes se sont trouvées, au moment du désordre, dans des circonstances telles que le pouvoir municipal était paralysé dans son action (Cass. 11 mai 1836, S.-V. 36. 1. 665; D. P. 36. 1. 166).

422. Toutefois, si la jurisprudence a, comme on le voit, une tendance bien marquée à n'appliquer la loi de vendémiaire qu'avec une extrême modération, peut-être faut-il reconnaître que les circonstances de fait exercent en cette matière une grande influence sur ses décisions.

423. Ainsi il a été jugé, dans un sens en apparence contraire à celui des solutions que nous venons d'indiquer : 1° Que les communes encourent la responsabilité des délits commis sur leur territoire, par cela seul que ces délits ont été commis par des attroupements d'individus appartenant à la commune, et encore bien qu'elles aient fait tous leurs efforts pour les prévenir (Cass. 24 juillet 1837, S.-V. 37. 1. 657; D. P. 37. 1. 428; J. P. 1837. 2. 148; -5 mars 1839, S.-V. 39. 1. 343; D. P. 39. 1. 124; J. P. 1839. 1. 249; - Montpellier, 16 mars 1840, S.-V. 40. 2. 292; D. P. 40. 2. 155). Dans le système de ces arrêts, la circonstance que les communes ont fait tout ce qui dépendait d'elles pour prévenir les désordres, ne les met à l'abri de la responsabilité qu'autant que les attroupements auraient été composés d'individus étrangers à la commune. Cette interprétation est, du reste, conforme au texte rigoureux de la loi. (V. infrà, nº 425); 2° que les communes sont encore responsables, alors même qu'elles établiraient que les rassemblements se sont formés spontanément et que les dégâts ont immédiatement suivi, de sorte qu'elles n'ont pu ni les prévoir ni les empêcher. (Nîmes, 3 août 1837, S.-V. 38. 2. 59; D. P. 38. 2. 14; J. P. 1837. 2. 266.)

424. Une question grave et complexe s'est élevée, qui consiste à savoir si la loi du 10 vendémiaire an 1v était applicable, tant au cas de rébellion armée ayant pour but le renversement du gouvernement, que spécialement à la ville de Paris. Par un premier arrêt du 6 avril 1836 (S.-V. 36. 1. 257; D. P. 36. 1. 163), la Cour de cassation, cassant un arrêt de la cour royale de Paris qui s'était prononcée affirmativement sur les deux points, décida, sans s'expliquer relativement à la position particulière de la ville de Paris, que la loi de vendémiaire an iv était uniquement relative à la police intérieure de chaque commune, et n'était pas destinée à réprimer les actes de rébellion à main armée dirigés contre le gouvernement. L'assaire ayant été renvoyée de-

vant la cour royale d'Orléans, cette cour rendit. le 8 février 1839 (S.-V. 39. 2. 285; D. P. 39. 2. 217; J. P. 1839. 2. 572), un arrêt par lequel elle déclara la loi applicable à Paris comme aux autres communes, et décida d'ailleurs qu'il n'y avait pas lieu de distinguer les attroupements qui ont un but politique de ceux qui ont un but de pillage, toutes les fois qu'il ne s'agissait pas d'une crise politique qui paralysait complétement l'autorité. Mais, sur un nouveau pourvoi, la Cour de cassation, sections réunies, et conformément aux conclusions de M. le procureur général Dupin, a cassé l'arrêt de la cour d'Orléans, et, se prononcant plus explicitement que dans son premier arrêt, a décidé que la loi du 10 vendémiaire an IV n'est pas applicable à la ville de Paris. Les motifs qui ont déterminé la cour suprême sont que la commune de Paris est placée sous un régime spécial, qui refuse à ses officiers municipaux le droit de diriger la force armée et d'en disposer; que cette position, qui lui a été faite par les décrets des 3 et 4 vendémiaire an IV et la loi du 10 du même mois, subsiste encore aujourd'hui; que Paris étant le siège du gouvernement, c'est au gouvernement que doivent appartenir exclusivement dans cette ville la surveillance et la police générale, la direction et la disposition de la force publique, puisque l'indépendance du gouvernement serait compromise si les moyens de conserver la tranquillité publique dans le lieu où il siége, pouvaient dépendre d'une autre autorité que la sienne; enfin, que c'est dans ce but que l'arrêté des consuls, du 12 messidor an VIII, a concentré dans les mains du préfet de police de Paris cette portion d'autorité qui est ailleurs confiée aux maires, et qui a pour objet le maintien de la tranquillité publique, ainsi que la réquisition de la force armée.

Cet arrêt, qui est du 15 mars 1841 (S.-V. 41. 1. 373; D. P. 41. 1. 252), paraît avoir fixé la jurisprudence sur le point en question.

425. Il peut arriver que les attroupements aient été formés d'habitants de plusieurs communes, ou encore d'individus étrangers à la commune sur le territoire de laquelle les délits ont été commis. La loi du 10 vendémiaire an IV a prévu ces deux circonstances dans les termes suivants : « Si les attroupements ou rassemblements ont été formés d'habitants de plusieurs communes, toutes seront respon-

sables des délits qu'ils auront commis, et contribuables tant à la réparation des dommagesintérêts qu'au paiement de l'amende (tit. 4, art, 3). Dans les cas où les rassemblements auraient été formés d'individus étrangers à la commune sur le territoire de laquelle les délits ont été commis, et où la commune aura pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir à l'effet de les prévenir et d'en faire connaître les auteurs, elle demeurera déchargée de toute responsabilité (tit. 4, art. 5). »

426. Il résulte de cette dernière disposition que la commune sur le territoire de laquelle les désordres ont été commis ne cesse d'être responsable qu'autant qu'elle prouve: 1° que les attroupements étaient composés d'habitants d'une autre commune; 2° qu'elle a fait tout ce qui était en son pouvoir pour empêcher les dommages. (Cass. 4 déc. 1827, S.-V. 28. 1. 206; D. P. 28. 1. 43).

Nous verrons, infrà, § 5, nos 441 et suiv., comment se répartissent les sommes mises ainsi à la charge de plusieurs communes par suite de leur responsabilité.

- § 3. A qui appartient l'action autorisée par la loi du 10 vendémiaire an IV. Constatation des dégâls. Procédure.
- 427. L'action en réparation des délits commis par des attroupements sur le territoire d'une commune appartient, en première ligne, au ministère public. (L. 10 vendém. an 1v, tit. 5, art. 2 et 3.)
- 428. Mais elle appartient également à la partie lésée, qui peut d'ailleurs toujours, lorsque le ministère public a pris l'initiative, intervenir sur le débat et y former telles réclamations qu'elle juge convenables (Cass. 24 juillet 1837, S.-V. 37. 1. 657; D. P. 37. 1. 428; J. P. 1837. 2. 141; Paris, 29 déc. 1834, S.-V. 35. 2. 97), même en appel (Cass. 4 juillet 1834, S.-V. 34. 1. 816; D. P. 34. 1. 296). Peu importe que la partie lésée soit ou non elle-même domiciliée dans la commune. Il suffit qu'elle y ait souffert dans sa personne ou dans ses biens pour avoir droit à la réparation ordonnée par la loi (tit. 4, art. 6).
- 429. La même action appartient au préfet dans le cas où, par suite de rassemblements, des dommages ont été causés aux propriétés nationales, aux bureaux de douanes, aux préposés daus leurs personnes ou leurs propriétés; mais il faut qu'il soit constaté que la commune n'a pas pris les mesures nécessaires

pour prévenir les faits coupables, et qu'elle n'en ait pas fait connaître les auteurs. (Arrêté du 4° jour compl. an XI (S.-V. 7. 2. 839.)

430. Les étrangers ont, comme les nationaux, le droit de former l'action en réparation contre la commune sur le territoire de laquelle ils ont éprouvé des dommages par suite d'attroupements. La loi du 10 vendémiaire an IV est une loi obligatoire réciproquement pour les étrangers et pour les nationaux. (Cass. 17 nov. 1834, S.-V. 41. 1. 544; D. P. 34. 1. 416.)

Peu importe que l'étranger qui en réclame l'application n'ait pas été admis à établir son domicile en France, et que la législation de son pays ne présente pas de dispositions semblables dont les Français puissent se prévaloir. La distinction que l'on ferait à cet égard serait aussi contraire à l'esprit et aux tendances de la civilisation actuelle qu'au principe de la loi du 14 juillet 1819, qui a aboli le droit d'aubaine, ainsi que le fait justement remarquer M. Armand Dalloz (ubi supra.). Cette distinction avait été faite toutefois par la cour de Metz, dont l'arrêt a été cassé par celui de la cour suprême que nous venons d'indiquer. (Metz, 1er août 1832, S.-V. 32. 2. 485; D. P. 32. 2. 147.)

431. Le mode de constatation des dégâts et la procédure à suivre pour leur réparation, sont ainsi réglés par la loi du 10 vendémiaire an IV. Les officiers municipaux sont tenus de faire constater sommairement le délit dans les vingt-quatre heures, et d'en adresser procès-verbal, sous trois jours au plus tard, au commissaire du pouvoir exécutif près le tribunal civil du département (art. 2, tit. 5). Ce magistrat (aujourd'hui le procureur du roi) doit suivre la réparation des dégâts et demander les dommages-intérêts devant le tribunal qui décide sur le vu des procès-verbaux et autres pièces constatant les voies de fait, excès et délits (ibid., art. 4). Cette décision doit être rendue dans la décade qui suit l'envoi des procès-verbaux (art. 5). Le procureur du roi est chargé d'envoyer le jugement du tribunal civil, portant fixation des dommages-intérêts, dans les vingt-quatre heures, à l'administration départementale, qui l'enverra, sous trois jours, à la municipalité ou à l'administration du canton (art. 7).

432. La question s'est élevée de savoir si les excès commis par les rassemblements pouvaient être constatés par d'autres pièces que les procès-verbaux de l'administration municipale. Cette question a été ainsi résolue par un avis du Conseil d'état, en date du 5 floréal an XIII:

« Considérant que la loi du 10 vendémiaire an IV, tit. 5, art. 4, suppose nécessairement d'autres pièces que les procès-verbaux des officiers municipaux, puisqu'elle statue que les dommages-intérêts seront fixés sur le vu des procès-verbaux et autres pièces constatant les voies de fait, excès et délits;

» Considérant que ce serait rendre illusoire la mesure de responsabilité des communes, que de considérer la formalité du procès-verbal des officiers municipaux, comme absolument indispensable pour son application, en ce que les officiers municipaux, par faiblesse, par ménagement et même par vues d'intérêt personnel, se dispensent presque toujours de dresser procès-verbal des délits qui entraînent la responsabilité;

» Considérant, par ces derniers motifs, que l'admission de cette mesure aurait surtout de funestes effets relativement à la perception des contributions indirectes et à la prohibition de certaines marchandises à l'entrée et à la sortie:

» Est d'avis que lorsqu'une commune est dans le cas de responsabilité, le procès-verbal des officiers municipaux n'est pas absolument indispensable pour l'application de cette responsabilité. » (Duvergier, Coll. des lois, t. 15, p. 194.)

433. Ces principes ont été consacrés par la Cour de cassation, qui a décidé que les procès-verbaux des autorités municipales pourraient, dans les cas supposés par la loi, être suppléés par les procès-verbaux des préposés des douanes. (9 déc. 1806 [douanes c. comm. de Lées], D. P. 1. 724.)

434. La cour de Paris a également décidé, conformément aux mêmes principes, que la preuve des faits de pillage pouvait, en l'absence des procès-verbaux dressés dans les vingt-quatre heures, être établie par témoins sur la demande des citoyens lésés. Suivant cette cour, la représentation des procès-verbaux n'est nécessaire que lorsque le ministère public poursuit directement la réparation et les dommages-intérêts auxquels donnent lieu les crimes et délits commis. (29 août 1834, S.-V. 35. 2. 97; D. P. 35. 2. 89; — 22 déc. 1834, S.-V. 35. 2. 96; D. P. 35. 2. 90.)

435. Lorsque la valeur des objets pillés et

détruits n'a pas été indiquée par les procèsverbaux, les juges doivent ordonner une expertise, afin de pouvoir apprécier le dommage causé. (Cass. 20 fév. 1837 [commune de Bergheim], D. P. 37. 1. 257.)

§ 4. — De la réparation civile, des dommages-intérêts et de l'amende que les communes peuvent encourir, de leur nature et de leur quotité.

436. Voici, sur ces divers points, les règles qui ressortent tant de la loi du 10 vendémiaire an IV, que de la jurisprudence. Tous les habitants de la commune sont tenus de la restitution en même nature des objets pillés et choses enlevèes par force, ou d'en payer le prix sur le pied du double de leur valeur, au cours du jour où le pillage aura été commis. (Art. 1er, tit. 5.)

La responsabilité à l'égard des objets pillés et volés sur le territoire de la commune s'étend aux objets détruits ou incendiés. (Cass. 4 dec. 1827, S.-V. 28. 1. 206; D. P. 28. 1. 33.)

437. Lorsque la restitution des objets pillés ou détruits n'est pas faite en nature, il faut évaluer les réparations civiles dues à la partie lésée d'après le prix de fabrication au cours du jour du pillage, et non d'après le prix moyennant lequel on a vendu au consommateur. (Paris, 29 août et 22 déc. 1834, arrêts cités au n° 434.)

438. Les dommages-intérêts dont les communes sont tenues aux termes des dispositions qui précèdent, sont fixés par le tribunal civil du département, sur le vu des procès-verbaux et autres pièces constatant les voies de fait, excès et délits. (Art. 4, tit. 5.)

Les dommages-intérêts ne pourront jamais être moindres que la valeur entière des objets pillés et choses enlevées. (Art. 6, même titre.)

439. Relativement à cette dernière disposition, M. Dalloz aîné a soulevé la grave question de savoir si les dommages-intérêts dont elle parle, doivent être alloués dans le cas où les objets pillés ne peuvent être restitués en nature, et où, par conséquent, l'indemnité du double est encourue aux termes de l'art. 1er. Ce savant jurisconsulte incline à penser que, dans le cas de non restitution, des dommages-intérêts ne sont pas dus, parce qu'alors une commune pourrait être condamnée à payer le triple de la valeur des objets pillés, savoir,

le double, par application de l'art. 1er, titre 3 de la loi, et de plus la valeur de ces mêmes objets, aux termes de l'art. 6; tandis que, dans le cas où les objets pillés sont restitués en nature, la commune est condamnée seulement à restituer le double de ces mêmes objets, savoir, ces objets en nature, et, à titre de dommages-intérêts, une somme égale à leur valeur. (Art. 1er et 6 de la loi.)

Mais la Cour de cassation a adopté un système contraire à cette opinion, et elle décide constamment que, lorsque la restitution en nature ne peut avoir lieu, les communes doivent, à titre de dommages-intérêts, une somme au moins égale à la valeur des objets pillés, outre le paiement du double de cette valeur. De cette façon, la condamnation entière peut s'élever jusqu'au triple de la valeur des objets pillés ou détruits. (Cass. 4 déc. 1827 [comm. de Montagnac], D. P. 28. 1. 43; — 24 juillet 1837 [ville de Toulouse], S.-V. 37. 1. 657; D. P. 37. 1. 428; — 17 juillet 1838 [comm. de Belesta, S.-V. 38. 1. 627, D. P. 38. 1. 321; adde, dans le même sens, Riom, 14 juin 1843, S.-V. 43. 2. 329; D. P. 43. 2. 197.)

La Cour de cassation a encore décidé que les communes déclarées responsables ne peuvent, à défaut de la représentation en nature, se libérer par la remise d'objets semblables à ceux qui ont été pillés ou détruits. (Cass. 20 fév. 1837 [comm. de Bergheim], D. P. 37. 1. 257.)

440. Indépendamment de ces réparations civiles, les communes peuvent être frappées d'une amende envers l'état. La loi de vendémiaire s'exprime à cet égard en ces termes : « Dans le cas où les habitants de la commune auraient pris part aux délits commis sur son territoire par des attroupements ou rassemblements, cette commune sera tenue de payer à la république une amende égale au montant de la réparation principale. » (Art. 2, tit. 4.)

§ 5. — Répartition et paiement des sommes mises à la charge des communes par suite de leur responsabilité.

441. Les dommages causés par des rassemblements peuvent, comme on l'a vu, être à la charge de plusieurs communes ou à la charge d'une seule. Dans le premier cas, toutes les communes qui ont pris part au désordre sont, ainsi qu'on l'a également vu suprà, n° 425, déclarées responsables; et il faut en induire

que, quelle que soit la part de responsabilité qui incombe à chacune d'elles, il y a , à cet égard, solidarité entre toutes (Cass. 17 juillet 1838, S.-V. 38. 1. 627; — Riom, 14 juin 1843, S.-V. 43. 2. 329; D. P. 43. 2. 197); dans le second, la solidarité se partage entre les habitants, et la somme à laquelle se montent les dommages-intérêts déclarés dus, ainsi que l'amende, devient une dette communale à la charge de la commune entière.

442. Mais dans un cas comme dans l'autre, il peut y avoir lieu à recours, de la part des habitants qui n'ont pas pris part aux désordres, contre les auteurs de ces désordres. « Les habitants de la commune ou des communes contribuables, qui prétendraient n'avoir pris aucune part aux délits, dit l'art. 4, tit. 5 de la loi, et contre lesquels il ne s'éleverait aucune preuve de complicité ou participation aux attroupements, pourront exercer leur recours contre les auteurs et complices des délits. »

443. Quant au mode de répartition et de perception des sommes au paiement desquelles une commune a été condamnée, l'article 8, tit. 5 de la loi de vendémiaire, avait ordonné que l'avance des condamnations serait faite dans les dix jours par les vingt plus forts contribuables de la commune; mais les principes posés dans les lois de finances, à dater de celle du 28 avril 1816, ont sans doute fait considérer comme abrogée cette disposition, qui semble être en effet devenue incompatible avec les formes prescrites pour le recouvrement des impositions applicables aux dépenses communales : toujours est-il que, dans la pratique, elle a, depuis longtemps, cessé d'être invoquée.

La seule disposition de la loi de vendémiaire qui s'applique aujourd'hui, et qui. au fond, en constitue le principe essentiel, est donc celle de l'art. 9, en exécution duquel les indemnités à payer doivent être réparties entre les habitants de la commune. En effet, le but de cette loi a été de faire supporter, non par les communes, mais par les habitants eux-mêmes, le châtiment de leur indifférence coupable, sinon de leur connivence avec les auteurs de crimes commis sous leurs yeux, et qu'ils ont laissé consommer sans porter secours aux victimes. Si donc il est dans l'équité de rendre les contribuables domiciliés responsables de faits qu'ils étaient à portée de prévenir, il n'en saurait être de même pour les

propriétaires forains, qui sont parfaitement irréprochables sous ce rapport, et qui dès lors ne peuvent, avec justice, être astreints au paiement de la contribution.

ce principe n'a pas toujours prévalu dans l'application: une loi du 31 mai 1834 (9° série, bull. 128) a autorisé la ville de Metz à s'imposer extraordinairement pendant trois années, pour payer les réparations des dommages causés par une émeute, et il n'a pas été fait de distinction, dans cette loi, entre les domiciliés et les forains. Une ordonnance rendue en 1835 a également imposé d'office et sans distinction la commune de Miglos (Ariége), pour acquitter de semblables condamnations.

Mais on ne doit considérer cette loi et l'ordonnance en question, ainsi que quelques autres que nous pourrions citer, que comme de simples mesures financières, appliquant la règle généralement admise en matière d'impositions communales extraordinaires, sans qu'il en puisse ressortir un principe nouveau qui ne blesserait pas moins la raison que l'é-

quité.

445. Le comité de l'intérieur a émis, à l'occasion d'une affaire sembable, en rappelant la loi rendue dans celle de Metz, un avis conforme à l'opinion que nous exprimons ici. « Les Chambres, a-t-il dit, n'ont point entendu, lors de cette loi, statuer d'une manière générale et réglémentaire qui pût lier l'administration, et cette décision toute spéciale ne fait pas obstacle à ce que, dans les limites de la compétence, elle ne fasse exécuter la loi du 10 vendémiaire an IV de la manière qui lui paraît la plus conforme à l'esprit et au texte de cette loi. (24 avril 1835.)

446. Dans un avis de principe plus récent (29 mai 1839), le même comité s'est surtout attaché à restituer à la loi de vendémiaire son véritable caractère. Nous en reproduisons le texte:

« Considérant que, par son titre 1er, la loi du 10 vendémiaire an 1v a déclaré tous les citoyens habitant la même commune garants civilement des attentats commis sur le territoire de la commune, soit envers les personnes, soit contre les propriétés; qu'il résulte de ces dispositions que la loi du 10 vendémiaire an 1v a entendu rendre responsables et atteindre non point les communes considérées comme êtres collectifs, mais seulement les citoyens habitant la commune au moment

où se sont passés les faits qui ont donné naissance aux condamnations; que c'est ainsi qu'aux termes de l'art. 9 du tit. 5, la répartition et la perception pour le remboursement des dommages-intérêts doivent être faits sur tous les habitants de la commune, d'après le tableau des domiciliés;

» Considérant qu'aucune de ces dispositions de la loi du 10 vendémiaire an 1v n'a été abrogée par la législation postérieure;

Est d'avis que lorsqu'une commune a été condamnée, en vertu de la loi du 10 vendém. an IV, à payer des dommages-intérêts, l'imposition doit être répartie exclusivement entre les contribuables domiciliés au moment du délit. »

D'autres avis du même comité ont d'ailleurs établi comme règles de la matière : 1º que la commune possédât-elle des propriétés suscentibles d'être vendues, elle ne pourrait être autorisée à les aliéner pour en employer le prix à se libérer des condamnations prononcées qui frappent sur les habitants domiciliés (20 juin 1823); 2º qu'elle doit y pourvoir par une imposition spéciale, qui ne peut peser sur les propriétaires non résidants, et ne peut être assise que sur les citoyens portés au rôle de la contribution personnelle de l'année où les attentats ont été commis (25 janvier 1822, 30 avril 1823); 3° que l'imposition doit atteindre même les habitants qui, depuis, auraient quitté la commune; « car le changement de domicile ne change pas l'origine et la nature de la dette, et la dette n'étant pas communale mais personnelle, il importe peu que les débiteurs aient, depuis le délit, transporté ailleurs leur domicile » (25 janv. 1822, 6 août 1823); 4° que le seul moyen juste et raisonnable d'asseoir la répartition est de prendre pour base toutes les contributions directes payées dans la commune par les domiciliés (28 septemb. 1821, 27 janvier 1828); 5° que, de même, si la condamnation frappait deux communes simultanément, « il paraîtrait juste de fixer la part de chacune d'elles en raison de leur force contributive, en ne prenant en considération que les impositions des citoyens appelés à contribuer au paiement » (28 sept. 1821) (1); 6° qu'enfin la con-

<sup>(1)</sup> Cette base de répartition a été adoptée par l'arrêt déjà cité de la cour de Riom, du 14 juin 1843 (S.-V. 43. 2. 329; D. P. 43. 2. 197).

tribution ainsi payée, les domiciliés qui l'ont supportée conservent leur droit de recours contre les coupables, s'ils étaient plus tard reconnus et condamnés (idem).

CHAP. 9. — Des actions des communes.

Sect. 1<sup>re</sup>. — A qui appartient l'exercice des actions communales.

Mais, ainsi qu'on a dû le remarquer dans tout le cours de cet article, le conseil municipal n'a reçu de la loi, en aucun cas, le pouvoir d'agir directement relativement aux intérêts de la commune; il délibère : à d'autres appartient de faire exécuter ses délibérations.

448. Dès avant la loi du 18 juillet 1837, c'était un principe reconnu que le maire, et à son défaut, l'adjoint, avait seul qualité pour exercer les actions actives et passives des communes. (L. 28 pluviôse an VIII; ordonn. des 19 juill. 1826 [commune de Bellechassaigne]; 6 sept., même année [commune de Peyriac], etc.)

449. Ce principe a été reproduit par la loi du 18 juillet 1837 dans les termes suivants: « Le maire, porte l'art. 9 de cette loi, est chargé, sous l'autorité de l'administration supérieure.... de représenter la commune en justice, soit en demandant, soit en défendant.»

450. Il suit de là que, tant que le maire et l'adjoint ne sont pas dans l'impossibilité de remplir, à cet égard, le mandat que la loi leur confie, nul autre ne saurait exercer les actions communales, en leur lieu et place. Un conseiller municipal, alors même qu'il aurait été choisi ou délégué par le conseil de préfecture sur la présentation du conseil municipal, et d'après le refus du maire et de l'adjoint de soutenir un procès intéressant la commune, n'aurait pas qualité pour représenter cette dernière. (Cass. 17 juin 1834, S.-V. 34. 1. 454; D. P. 34. 1. 291; — 21 nov. 1837, S.-V. 38. 1. 165; D. P. 38. 1. 10.)

451. Ce n'est donc qu'au cas d'absence ou d'empêchement du maire et de l'adjoint que les actions communales peuvent être exercées

par d'autres que par eux. On retombe alors sous l'empire du principe général posé par l'art. 5 de la loi du 21 mars 1831 portant : « En cas d'absence ou d'empêchement, le maire est remplacé par l'adjoint disponible, le premier dans l'ordre des nominations. En cas d'absence ou d'empêchement du maire et des adjoints, le maire est remplacé par le conseiller municipal le premier dans l'ordre du tableau. »

452. Toutefois, une autre exception à la règle générale doit encore être faite pour le cas où le maire et les adjoints se trouvent avoir un intérêt opposé à celui de la commune. Dans cette hypothèse, il est admis que le conseil de préfecture peut substituer au maire ou à l'adjoint un agent qui représente utilement la commune. (Cass. 13 juin 1838, S.-V. 38. 1. 792; D. P. 38. 1. 290.)

Du reste, il est évident que, dans ce cas, comme dans celui d'empêchement, l'agent délégué ne peut être autre que le conseiller municipal le premier dans l'ordre du tableau. Au cas où ce conseiller municipal se trouverait lui-même, relativement aux intérêts de la commune, dans la même position que le maire et l'adjoint, ce serait celui venant immédiatement après qu'il faudrait choisir pour représenter la commune. (Sol. impl. Cass. 2 juin 1840, S.-V. 40. 1. 734.)

453. On a beaucoup agité, surtout avant la loi du 18 juillet 1837, la question de savoir si les habitants d'une commune peuvent exercer, ut singuli, les droits et actions qui leur appartiennent seulement ut universi. La doctrine et la jurisprudence ont, à cet égard, fait la distinction que voici : ou le fond du droit est contesté, c'est-à-dire l'on dénie à la commune entière la propriété de l'objet dont l'un des habitants réclame personnellement la jouissance; ou la propriété de la commune est reconnue, et l'on conteste seulement à l'habitant qui réclame son droit particulier de jouissance. Dans le premier cas, comme il s'agit en réalité des intérêts communaux, l'on décide que la commune a seule qualité pour agir; dans le second, comme la propriété communale n'a aucune chance à courir dans le litige. et qu'il ne s'agit plus que d'un droit individuel sur la chose reconnue commune, les habitants peuvent agir individuellement. (L. du 29 vendém. an v, art. 29; - Cass. 16 juill. 1822, S.-V. 23. 1. 73; D. A. 3. 12; -25 juill. 1826, S.-V. 27. 1. 194; D. P. 26. 1. 413; -31

mars 1835, S.-V. 35. 1. 769; D. P. 35. 1. 211; — Colmar, 16 mars 1826, S.-V. 29. 2. 270; D. P. 29. 2. 87; — Lyon, 15 juill. 1828, S.-V. 29. 2. 222; D. P. 29. 2. 13. — Garnier, Traité des chemins, n° 328; Proudhon, Traité du domaine de propriété, n° 935 et 936; Cormenin, v° Communes, n° 44; Henrion de Pansey, Des biens communaux, 1<sup>re</sup> partie, chap. 32; Pardessus, Des servitudes, n° 336.)

454. La loi du 18 juillet 1837 semble, au surplus, avoir voulu mettre fin à toute controverse, sur ce point, par la disposition qui suit:

« Cependant, tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer, à ses frais et risques, avec l'autorisation du conseil de préfecture, les actions qu'il croirait appartenir à la commune ou section, et que la commune ou section, préalablement appelée à en délibérer, aurait refusé ou négligé d'exercer. La commune ou section sera mise en cause, et la décision qui interviendra aura effet à son égard. » (art. 49, § 3.)

455. Lors de la discussion de la loi, il a été entendu que si le tiers obtenait une décision favorable, la commune en profiterait; que si, au contraire, il perdait son procès, il en supporterait les frais et que la commune demeurerait indemne; mais dans les deux cas, la décision acquiert force de chose jugée contre la commune.

Sect. 2. — Autorisation nécessaire aux communes pour ester en justice.

S 1er. - Nécessité de l'autorisation.

456. Les prescriptions de la législation moderne en ce qui concerne la nécessité pour les communes d'une autorisation du pouvoir supérieur avant d'agir en justice, sont renouve-lées des anciens édits sur la matière. M. Reverchon cite, dans le préambule de son Traité des autorisations de plaider nécessaires aux communes, un édit d'avril 1683 et deux déclarations du roi, des 2 août 1687 et 2 octobre 1703. Il faut ajouter à ces actes l'édit de 1764, art. 43, 44 et 45; un arrêt du conseil du 8 août 1783; les lois des 14 déc. 1789, art. 54, 29 vendém. an v, 28 pluv. an vIII, et le Code de procédure, art. 1032.

457. L'art. 49 de la loi du 18 juillet 1837 décide, conformément à ces précédents légis-latifs, que nulle commune ou section de commune ne peut introduire une action en justice sans être autorisée par le conseil de préfecture, et qu'après tout jugement intervenu,

la commune ne peut se pourvoir devant un autre degré de juridiction qu'en vertu d'une nouvelle autorisation du conseil de préfecture.

458. Les mêmes obligations sont imposées à celui qui, en vertu du § 3 du même article, exerce une action au nom de la commune. (V. suprà, n° 454.)

459. La commune contre laquelle une action est intentée a également besoin de l'autorisation du conseil de préfecture pour y défendre. C'est ce qui résulte des dispositions des art. 52 et suivants de la même loi, qui, après avoir réglé les formalités particulières que doit remplir celui qui actionne la commune (V. infrà, sect. 3), ajoute (art. 54): « En aucun cas, la commune ne pourra défendre à l'action qu'autant qu'elle y aura été expressément autorisée. »

460. Seulement, on s'est demandé si, dans ce dernier cas, il était besoin d'une autorisation nouvelle pour chaque degré de juridiction, comme dans le cas où l'action est intentée par la commune. M. Duvergier (Collection de lois, t. 37, p. 251) a émis l'opinion, d'après la discussion des deux chambres, qu'une nouvelle autorisation est toujours nécessaire à la commune lorsqu'il s'agit de plaider devant une juridiction supérieure. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation a fait, à cet égard, une distinction qui nous paraît plus conforme au texte de la loi, et que nous n'hésitons pas à adopter. Si la commune a succombé en première instance, et que ce soit elle qui veuille exercer le recours devant une juridiction supérieure, il lui faudra évidemment, d'après les termes de l'art. 49, une nouvelle autorisation pour se pourvoir. Le conseil de préfecture, éclairé par le jugement rendu, aura à examiner de nouveau les droits de la commune (Cass. 14 janv. 1840, S.-V. 40. 1. 135; D. P. 40. 1. 92; J. P. 1840, 1. 111.) Mais si la commune a obtenu gain de cause et que le recours soit exercé par son adversaire, elle n'aura pas besoin de requérir une autorisation nouvelle pour y défendre. Le jugement rendu à son profit est un précédent favorable qui ne fait que confirmer le bien jugé de l'autorisation déjà accordée, et qui en rend dès lors une seconde inutile. (Cass. 4 mai 1840, S.-V. 40. 1. 656; D. P. 40.1.196.)

461. Du reste, l'autorisation donnée à une commune pour intenter une action ou pour y défendre, s'étend naturellement à tous les

incidents auxquels cette action peut donner naissance. (Cass. 7 janv. 1835, S.-V. 35. 1. 264; D. P. 35. 1. 321; — 1er déc. 1835, D. P. 36. 1. 265; — 26 fév. 1838, S.-V. 38. 1. 813; D. P. 38. 1. 138; — 13 nov. 1838, S.-V. 38. 1. 959; D. P. 39. 1. 10; — 7 mai 1839, S.-V. 39. 1. 483; D. P. 39. 1. 227; — 23 juin 1840, S.-V. 40. 1. 918; D. P. 40. 1. 311.)

462. Toutefois, il faut que ces incidents se rattachent nécessairement à la défense de l'action principale; autrement, une autorisation spéciale deviendrait indispensable. Ainsi, une commune autorisée à défendre à une action dirigée contre elle ne pourrait, sans une autorisation spéciale, former contre son adversaire une demande reconventionnelle. (Grenoble, 2 août 1833, S.-V. 33. 2. 36; J. P. 3° édit.)

463. Les communes ont-elles besoin d'être autorisées pour se pourvoir en cassation? Avant la loi de 1837, la jurisprudence s'était prononcée pour la négative. (Cass. 28 janvier 1824, Devillen. et Car. 7. 1. 380; — Ord. en Cons. d'état du 1er nov. 1826, ibid., 8. 2. 286.) Mais il résulte de la discussion à laquelle l'article 49 de la loi nouvelle a donné lieu devant les deux chambres, que l'autorisation est, dans ce cas, aussi nécessaire qu'en première instance ou en appel, et que cette expression de l'article précité, pour chaque degré de juridiction, est une expression générale qui comprend même le recours en cassation. C'est du reste dans ce sens que se prononcent généralement les auteurs modernes. (Reverchon, Des autorisations de plaider nécessaires aux communes, nº 14; Foucart, Droit adm., t. 3, nº 179; Serrigny, Compét. et proced. adm., t. 1, nº 397; — contrà, Laferrière, Droit pub. et adm., 2e édit., p. 554.)

464. Mais la loi n'exigeant l'autorisation préalable que pour les actions judiciaires, il est évident que les communes n'ont pas besoin d'y recourir pour se pourvoir au conseil de préfecture dans les contestations qui sont de son ressort, ou au Conseil d'état, soit contre des arrêtés de conseils de préfecture, soit contre des décisions ministérielles, soit contre des ordonnances royales, qui leur porteraient préjudice (édit de 1764, art. 44; — ordonn. des 16 fév. 1826 [comm. d'Ervy], 1er nov. 1826 [comm. d'Istres], 16 janv. 1826 [comm. d'Étréchy]. — Cormenin, v° Communes, n° 35 (1).

465. Du reste, pour ce qui concerne les actions judiciaires elles-mêmes, la loi a eu soin de pourvoir à ce que les délais nécessaires pour obtenir l'autorisation ne pussent tourner au préjudice de la commune.

C'est ce qui a fait l'objet de l'art. 55 portant : « Le maire peut toutefois, sans autorisation préalable, intenter toute action possessoire, ou y défendre, et faire tous autres actes conservatoires ou interruptifs des déchéances. »

Des doutes se sont élevés sur le point de savoir si cette disposition de la loi de 1837 ne devait pas être entendue comme dispensant les communes de demander une autorisation pour se pourvoir en cassation dans les instances au possessoire. Mais il faut reconnaître, à cet égard comme à l'égard des autres sortes d'instances, que le pourvoi en cassation ne peut être formé qu'en vertu d'une autorisation spéciale (V. suprà, nº 463). Les raisons de le décider ainsi sont en effet les mêmes; c'est ce qui résulte implicitement d'une ordonnance récente par laquelle le Conseil d'état a décidé que le conseil de préfecture de la Nièvre a sagement agi, en refusant à la commune de Moulins-Engilbert l'autorisation de déférer à la Cour de cassation un jugement du tribunal de Château-Chinon, rendu sur l'appel d'une décision du juge de paix, dans une

vant les juridictions administratives, aucune autorisation ne lui est nécessaire, » dit M. Reverchon, p. 70. Et d'abord, où serait en effet l'utilité d'obliger la commune à demander au conseil de préfecture la permission de venir plaider devant lui? Quant aux pourvois à porter au Conseil d'état. on ne saurait admettre que le conseil de préfecture pût être appelé à décider si la commune sera autorisée à attaquer ses propres décisions devant la juridiction supérieure. Que si le pourvoi ne portait pas sur un arrêté de ce conseil, la décision contre laquelle il serait dirigé aurait presque toujours été rendue par un ministre ou par une autorité sur laquelle, ainsi que le fait judicieusement observer le même auteur, il ne conviendrait pas de donner juridiction aux conseils de préfecture. Enfin, et pour les recours à exercer devant les ministres ou autres autorités administratives, il n'y a pas de frais à exposer.

Ces différents motifs avaient porté le Conseil d'état à décider, dès avant la loi du 18 juillet 1837, qu'en pareil cas une autorisation n'était pas nécessaire (ord. des 16 fév. 1826 [commune d'Ervy]

et 15 janv. 1828 [section de Nointel]).

<sup>(1) «</sup> Si une commune est appelée à plaider de-

instance possessoire engagée entre la commune et le sieur Dumas-Faure (ordonn. du 10 janv. 1845).

#### \$ 2. — Comment et dans quels cas l'autorisation doit être accordée.

466. Avant la loi du 18 juillet 1837, les conseils de préfecture et le garde des sceaux devant le Conseil d'état désignaient trois jurisconsultes qui devaient, par une consultation, les éclairer sur la question d'autorisation demandée, en décidant quel était l'intérêt de la commune à plaider et quelles étaient ses chances de succès. Cette formalité, qui était imposée dans le principe par l'art. 43 de l'édit de 1764, et à laquelle les communes recouraient souvent d'elles-mêmes, a été abandonnée depuis la loi du 18 juillet 1837. Aujourd'hui le Conseil d'état se borne à communiquer la demande au ministre pour avoir son avis. (V., à cet égard, Cormenin, p. 406, 5° édit., en note.)

467. L'autorisation doit être accordée toutes les fois que l'action que la commune veut intenter ou soutenir s'appuie sur des titres, sinon incontestables, du moins qui font présumer un succès.

468. Elle doit être limitée à la défense des seuls droits qui résultent des titres produits par la commune (ord. du 24 janv. 1827 [commune de Meyrargues], J. P. Jurispr. adm.; D. P. 27. 3. 22).

469. Le conseil de préfecture peut d'ailleurs, lorsqu'il ne se trouve pas suffisamment éclairé, ajourner l'autorisation jusqu'à ce que, par une production nouvelle, ou par de nouveaux moyens, la commune ait justifié la demande qu'elle a soumise au conseil (ordonn. du 11 février 1820).

470. Le conseil de préfecture n'est pas appelé à juger le fond du procès; mais il entre dans ses devoirs d'apprécier les chances de succès que présente l'action judiciaire qu'il s'agit d'intenter ou de soutenir. Ce n'est même que de cet examen qu'il peut former sa conviction et tirer sa principale raison de décider.

Ce droit d'appréciation avait d'abord été contesté aux conseils de préfecture, attendu, disait-on, que l'administration fait ici acte de tutelle et non de juridiction. Mais, ainsi interprétée, la disposition de la loi du 18 juillet 1837, dont nous nous occupons, n'aurait ni sens ni portée; elle serait complétement illusoire sous le rapport des garanties que la loi

a voulu assurer aux communes : ce serait, en un mot, une véritable déception. Aussi le Conseil d'état l'a-t-il appliquée dans un sens plus large à la fois et plus conforme à la raison de droit, en formulant ainsi diverses ordonnances approbatives de refus d'autorisation : « Considérant, y est-il dit, que l'action que la commune demande à intenter n'offre pas des éléments de succès suffisants pour qu'il v ait lieu de l'autoriser à courir les chances et à s'exposer aux frais d'un procès. » (Ordonn. des 26 nov. 1839 [comm. du Syndicat de Saint-Amé], 29 janv. 1840 [comm. de Saint-Pierre de Sommaire], 20 avril, 12 mai, 18 déc. même année [comm. de Saint-Bernard Ribemont et Bretoncelles], 14 janv. 1841 [comm. de Saint-Waast-Dieppedalle].)

\$ 3. — Recours contre les arrêtés rendus par les conseils de préfecture en matière d'autorisation.

471. On s'était demandé, sous la législation antérieure à la loi de 1837, si les arrêtés rendus par les conseils de préfecture, en matière d'autorisation de plaider, étaient susceptibles de recours ou d'opposition. Le Conseil d'état, distinguant entre les arrêtés qui refusaient l'autorisation et ceux qui l'accordaient, avait, par une jurisprudence constante, établi en principe que l'arrêté du conseil de préfecture était à l'abri de toute censure, lorsqu'il accordait l'autorisation, et que l'adversaire de la commune était sans qualité pour la critiquer, soit par la voie de l'opposition devant le conseil de préfecture lui-même, soit par la voie de la tierce opposition devant le Conseil d'état, cet arrêté ne pouvant être considéré que comme un simple acte de tutelle, qui ne préjugeait en rien le fond du litige (décr. des 2 juill. 1807, D. A. 3. 16; 26 nov. 1808, D. A. 3. 16; 24 déc. 1810, D. A. 3. 11; 23 déc. 1813, D. A. 3. 16; - ordon. des 23 déc. 1815 [comm. de Saint-Gatien]; 6 nov. 1817, 11 fév. 1820, 22 juin 1825, D. A. 3. 16. nº 1; J. P. Jurispr. adm.; 17 janv. 1831, J. P. Jurisp. adm.; D. P. 31. 3. 36; 3 fév. 1835, S.-V. 35. 2. 498. - Cormenin, nº 39, vº Communes).

472. La loi du 18 juillet 1837 a consacré cette doctrine en n'accordant le droit de se pourvoir qu'au cas de refus de l'autorisation.

473. Elle s'exprime, au surplus, en ces termes, sur les conditions et les règles du pourvoi : « La commune, section de commune, ou le contribuable, auquel l'autori-

sation aura été refusée, pourra se pourvoir devant le roi en Conseil d'état. Le pourvoi sera introduit et jugé dans la forme administrative. Il devra, à peine de déchéance, avoir lieu dans le délai de trois mois à dater de la notification de l'arrêté du conseil de préfecture (Art. 50). - Toute décision du conseil de préfecture, portant refus d'autorisation, devra être motivée. En cas de refus d'autorisation, le maire pourra, en vertu d'une délibération du conseil municipal, se pourvoir devant le roi en son Conseil d'état, conformément à l'art. 50 ci-dessus. Il devra être statué sur le pourvoi dans le délai de deux mois à partir du jour de son enregistrement au secrétariat général du Conseil d'état (Art. 53). - L'action ne pourra être intentée qu'après la décision du conseil de préfecture, et à défaut de décision dans le délai fixé par l'art. 52, qu'après l'expiration de ce délai. En cas de pourvoi contre la décision du conseil de préfecture. l'instance sera suspendue jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le pourvoi, et à défaut de décision dans le délai fixé par l'article précédent, jusqu'à l'expiration de ce délai. En aucun cas la commune ne pourra défendre à l'action qu'autant qu'elle y aura été expressément autorisée (Art. 54). »

# \$ 4. — Effet obligatoire de l'autorisation pour les tribunaux.

474. Du principe que l'autorisation de plaider accordée à une commune est un acte de tutelle administrative, il suit que les tribunaux ne peuvent, en aucun cas, ni annuler l'effet de cette autorisation, ni la critiquer. (Cass. 29 juillet 1823, S.-V. 24. 1. 89; D. P. 23. 1. 349.)

475. Toutefois, si, en autorisant une commune à ester en justice, le conseil de préfecture était sorti des limites qui lui sont tracées par la loi; s'il avait, par exemple, autorisé ou obligé la commune à suivre dans l'instance un mode de procéder irrégulier, il est évident que les tribunaux ne sauraient être liés par des dispositions qui excéderaient la mission que le conseil de préfecture était appelé à remplir, et qui seraient, par cela même, illégales. Il a été jugé, d'après ces principes, que l'arrêté d'autorisation qui approuve la nomination d'un syndic chargé de représenter une commune, ne fait pas obstacle à ce que les tribunaux examinent le défaut de qualité opposé à ce syndic (Riom, 1er août 1836, S.-V. 36. 2. 485; D. P. 37. 2. 27); de même, que l'arrêté du conseil de préfecture qui, en autorisant une commune à plaider, l'autorise en même temps à se faire représenter par un autre que par son représentant légal, n'est pas, sous ce dernier rapport, obligatoire pour les tribunaux. (Cass. 16 février 1841, D. P. 41. 1. 118.)

## § 5. — Nullité résultant du défaut d'autorisation.

476. Sous l'ancienne législation, c'est-àdire sous le régime des édits d'avril 1683 et d'août 1764, tout jugement rendu contre une commune, qui n'avait point été légalement autorisée à plaider, était frappé d'une nullité radicale. Il en est de mème aujourd'hui. Ce principe s'applique à tous les cas, que la commune soit demanderesse ou défenderesse, que l'action soit personnelle ou réelle. L'autorisation est un acte de haute tutelle, une garantie, dont la commune ne peut être privée; sans elle, elle ne peut figurer valablement en justice. Aussi, la nullité résultant du défaut d'autorisation étant absolue, quant à la commune, celle-ci ne pourrait pas y renoncer en acquiesçant à la demande ou au jugement rendu contre elle. (Cass. 11 janv. 1809, S-V. 15. 1. 309; D. P. 1. 683.)

477. Il faut, ainsi que l'établit une jurisprudence constante, considérer cette nullité comme étant d'ordre public et comme pouvant être opposée, en tout état de cause, même pour la première fois, devant la Cour de cassation, par la commune qui a perdu son procès. (Cass. 28 brumaire an vi, D. P. 1. 681; —2 mai 1808, D. P. 8. 2. 97; — 24 juin 1829, S.-V. 29. 1. 363; D. P. 29. 1. 279; — 17 nov. 1835, S.-V. 36. 1. 254; D. P. 36. 1. 62; — 14 janv. 1840, S.-V. 40. 1. 155; D. P. 40. 1. 92.)

478. Mais le défaut d'autorisation peut-il également être opposé par des tiers à la commune? Cette question a été fort controversée. La Cour de cassation a, pendant longtemps, décidé que la nullité résultant du défaut d'autorisation étant absolue et d'ordre public, l'adversaire pouvait s'en prévaloir, même pour la première fois, devant la Cour de cassation, comme la commune elle-même. Cette jurisprudence a été combattue par Merlin, Henrion de Pansey et Dalloz, qui ont soutenu que la nullité était relative et ne pouvait ètre invoquée que par la commune; que cette dernière devait être assimilée à un mineur, à un

interdit ou à une semme mariée, et qu'elle rentrait dès lors sous l'application de l'article 1125 du Code civil, où il est dit que les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de celui avec qui elles ont contracté. « Si le mineur dépourvu de tuteur ou de curateur, dit Merlin, obtient gain de cause sans que son adversaire lui ait opposé l'incapacité résultant de sa minorité, le jugement n'en sera pas moins valable, et son adversaire ne pourra pas, pour faire prononcer la nullité de ce jugement, rétorquer contre le mineur une règle qui n'a été introduite que pour son avantage, et pour d'autant mieux assurer la défense de ses droits.... Il doit donc, ce me semble, en être de même d'une commune qui a obtenu un jugement favorable, parce que, comme le mineur, une commune n'est jamais incapable d'améliorer sa condition.... La loi qui impose aux communes l'obligation de se faire autoriser pour plaider devant les tribunaux, n'est pas plus impérative que celle qui veut que le ministère public soit entendu dans toutes les affaires dans lesquelles les communes sont parties. Or, la loi du 4 germinal an 11 dit encore, article 5: « qu'il ne peut y avoir lieu à cassation au préjudice des mineurs, des interdits, des absents indéfendus, des femmes mariées, des communes ou de la république, sous prétexte que le commissaire national n'aurait pas été entendu dans les affaires qui les intéressent et qui ont été jugées à leur avantage. » C'est bien dire, en d'autres termes, que les communes ne peuvent jamais souffrir de l'inobservation des lois faites en leur faveur; et de là, il paraît résulter assez clairement que le défaut d'autorisation ne peut pas être, après coup, opposé à une commune pour invalider des procédures dont le résultat est à son avantage. C'est aussi la conséquence, dit encore Merlin, qu'en a tirée, sur mes conclusions et d'après les mêmes raisons que je ne fais ici que répéter, un arrêt de la section criminelle, du 27 messidor an VIII, etc. »

Ce système a fini par prévaloir, et il résulte de la dernière jurisprudence de la Cour de cassation que si l'adversaire de la commune est en droit de lui opposer, en première instance et en appel, le défaut d'autorisation, il ne le peut pas faire, pour la première fois, devant la Cour de cassation. (Cass. 27 mess. an VIII, S.-V. 1. 2. 259; D. P. 1. 682; — 10 juillet 1828, D. P. 28. 1. 322; — 27 nov.

1828, S.-V. 29. 1. 124; D. P. 29. 1. 39; — 7 mai 1829, D. P. 29. 1. 240; — 14 juin 1832, D. P. 32. 1. 240; — 2 fev. 1833, D. P. 33. 1. 139; — 15 avril 1833, S.-V. 33. 1. 278; D. P. 33. 1. 275; — 27 avril 1835, D. P. 35. 1. 344; — 23 juin 1835, S.-V. 35. 1. 417; D. P. 35. 1. 321; — 4 mai 1836, D. P. 36. 1. 233; — 2 juin 1836, D. P. 36. 1. 382; — 1er août 1837, S.-V. 37. 1. 895; D. P. 38. 1. 15; — 30 mai 1837, S.-V. 37. 1. 1003; D. P. 37. 1. 358; — 17 déc. 1838, D. P. 39. 1. 47; — 7 août 1839, D. P. 39. 1. 355.)

Le principe qu'on ne peut opposer, pour la première fois, devant la Cour de cassation, le défaut d'autorisation, a été appliqué même au cas où c'était une commune légalement autorisée qui plaidait contre une commune non autorisée. (Cass. 15 fév. 1841, S.-V. 41. 1. 421; D. P. 41. 1. 135.)

Sect. 3. — Actions actives et passives des sections de commune.

V. Commune ( section de ).

SECT. 4. — Actions intentées contre les communes.

479. Sous la législation antérieure à la loi de 1837, lorsqu'une action judiciaire était formée par un tiers contre une commune, on distinguait la nature de l'action pour savoir si elle était soumise à l'autorisation. Ainsi on considérait si l'action était civile et mobilière, ou réelle et immobilière.

Dans le premier cas, le créancier ne pouvait intenter son action contre la commune, ou section de commune, qu'après avoir obtenu l'autorisation du conseil de préfecture (édit de 1783; arrêté du 17 vend. an x; avis du Conseil d'état, des 3 juill. 1806, 12 août 1807, 26 mai 1813; circ. du min. de l'int. du 12 juill. 1806; ord. des 4 juin, 6 nov. 1819; — Cass. 16 mess. an x, J. P. 3° édit.; D. A. 3. 16;—ord. 4 juin 1816, 23 janv., 23 fév., 12 mai 1820 [ Jousselin, Postel, Perdry, Dieres ];—10 août 1825 [ Dorchies ]). Ainsi il fallait se pourvoir d'une autorisation avant de former, contre une commune, une demande en paiement de fournitures.

Lorsque l'aetion était réelle et immobilière, celui qui voulait attaquer la commune était dispensé de recourir à l'autorisation préalable. (Toulouse, 29 avril 1833, S.-V. 34. 2. 32; D. P. 33. 2. 215; — ord. 21 avril 1832 [Chavagnac], D. P. 34. 3. 75). La commune

seule devait se faire autoriser à défendre à l'action.

Voici comment on justifiait la distinction admise entre les actions mobilières et les actions réelles et immobilières: les communes ne pouvant faire aucune dépense sans y être autorisées par l'administration, elles n'ont la faculté de disposer que des fonds qui leur sont attribués par le budget. Il suit de là, disait-on. que le créancier qui aurait obtenu gain de cause contre la commune, après avoir saisi directement et sans autorisation le tribunal civil. serait obligé, en définitive, de recourir à l'administration pour obtenir le paiement des condamnations prononcées à son profit. Il était préférable, ajoutait-on, que le créancier exercât ce recours avant toute action judiciaire, afin que l'administration pût autoriser, s'il y avait lieu, la commune à plaider, ou qu'elle prévînt un procès fâcheux en ordonnant le paiement d'une créance qui lui aurait paru justifiée. Quant aux actions réelles et immobilières, on pouvait se dispenser de l'autorisation, puisque l'administration était impuissante à entraver l'exécution des décisions judiciaires auxquelles elles pouvaient donner lieu.

Du reste, la jurisprudence avait établi avec raison qu'à la différence des demandes formées par les communes, les demandes d'autorisation formées par les particuliers ne pouvaient, en aucun cas, leur être refusées, puisque, par un refus de cette sorte, le conscil de préfecture se serait érigé en juge du procès, et aurait ainsi usurpé le pouvoir des tribunaux.

480. La loi de 1837 a mis fin sur ce point à toutes difficultés, de même qu'elle a fait disparaître les distinctions que la jurisprudence avait consacrées.

Voici comment s'exprime cette loi, art. 51: « Quiconque voudra intenter une action contre une commune sera tenu d'adresser préalablement au préfet un mémoire exposant les motifs de sa réclamation. Il lui en sera donné récépissé. La présentation du mémoire interrompra la prescription et toutes déchéances. Le préfet transmettra le mémoire au maire, avec l'autorisation de convoquer immédiatement le conseil municipal pour en délibérer. »

Les art. 52 et suivants fixent ensuite les délais dans lesquels le conseil de préfecture, sur la délibération du conseil municipal, de-

vra accorder ou refuser à la commune l'autorisation de défendre à la demande, ainsi que ceux du pourvoi qui pourrait par suite être formé.

Ainsi que le fait remarquer M. de Cormenin (v° Communes, p. 410, en note, édition de 1840), cette formalité préalalable a pour but d'amener la commune à transiger ou à payer, en substituant l'intermédiaire du préfet à celui du conseil de préfecture, qui, dans la réalité, ne peut qu'accorder ou refuser l'autorisation de plaider, si la commune n'accède pas à la demande en conciliation. La plupart du temps, ajoute-t-il, le préfet s'interpose entre le créancier et la commune, et l'affaire se termine à l'amiable; c'est tout ce qu'on a voulu. La loi exige donc avec raison qu'on s'adresse toujours au préfet.

481. La question s'est élevée de savoir si le mémoire préalable au préfet doit être nécessairement produit au cas de demande intentée contre une commune par la voie correctionnelle, ou par la voie criminelle. Avant la loi de 1837, on décidait que la condition d'autorisation n'était pas applicable aux poursuites d'ordre public et de police, et l'on étendait même cette exception aux actions dirigées contre les communes en vertu de la loi du 10 vendém. an IV (Cass. 17 juin 1817, Devillen. et Car. 5. 1. 31; - 19 nov. 1821, S.-V. 22. 1. 50; D. A. 3. 152; - 28 janv. 1826, S.-V. 26. 1. 292; D. P. 26. 1. 116; -24 juill. 1837, S.-V. 37. 1. 657. - Cormenin, vº Commune, nº 43, en note). Mais un arrêt de la cour de Rennes du 29 mai 1839 (S.-V. 39. 2. 482; D. P. 39. 2. 230) s'est prononcé depuis dans un sens contraire, par cette considération que la loi n'a pas distingué, en imposant l'obligation dont il s'agit, la nature des actions formées contre les communes. Ce motif nous paraît d'autant plus péremptoire, qu'il ne s'agit, après tout, que d'une formalité préalable qui ne peut arrêter le cours de la justice.

#### SECT. 5. - Transactions.

#### V. Transaction.

COMMUNE (SECTION DE). 1. On entend par cette expression toute portion habitée du territoire d'une commune, qui, bien que réunie sous la même administration municipale avec d'autres portions de territoire, a une circonscription qui lui est propre et qui la distingue du surplus de la commune.

En d'autres termes, une section de commune forme en quelque sorte une commune particulière, ayant, sous le rapport des droits exclusivement propres aux habitants qui occupent son territoire, une individualité distincte et séparée, indépendante de la commune principale à laquelle elle se trouve réunie.—V., au surplus, Commune, nº 16.

- 2. On voit par là que ce qui constitue surtout la section de commune, c'est la détermination d'un territoire particulier, à l'habitation duquel sont spécialement attachés comme subordonnés certains droits de propriété et de jouissance.
- 3. La simple communauté d'intérêts existant, dans une circonstance donnée, entre un nombre plus ou moins grand d'habitants, ne sustirait pas pour autoriser ceux-ci à se présenter comme constituant entre eux une section de commune, par opposition à la généralité des habitants; car autrement, la section de commune ne serait plus qu'un être de siction susceptible de varier à l'infini, et chaque commune se trouverait incessamment exposée à se voir fractionnée, abstraction saite de son territoire, en autant de sections qu'il y aurait d'intérêts divers en présence.
- 4. De même, on ne saurait considérer des habitants comme constituant une section par cela seul qu'ils posséderaient par indivis une ou plusieurs propriétés dans l'enceinte de la commune. Du moment, en effet, qu'ils possèdent à titre privatif, leurs droits sont complétement indépendants du fait de leur habitation sur une portion déterminée du territoire, et l'on ne peut, dès lors, voir dans le fait de leur association aucun des éléments de cette communauté territoriale, qui est le caractère distinctif de la section de commune, comme de la commune elle-même (ord. du 17 juin 1829 [Raviou], J. P. Jurisp. adm.).
- 5. Enfin, il ne faut pas confondre les sections de commune, dont il est ici question, avec les divisions administratives du territoire qui ont été établies, sous le nom de section, uniquement pour l'assiette de la contribution foncière (Bourges, 19 déc. 1838, D. P. 39. 2. 216), non plus qu'avec celles qui se font dans certaines localités pour la répartition des électeurs communaux en diverses assemblées, en vertu de la loi du 21 mars 1831.
- 6. L'origine des sections de commune se rattache à la formation même des communes. Tantôt il faudra la rechercher dans les an-

- ciennes réunions de communautés d'habitants primitivement distinctes; tantôt elle aura sa source dans le fait même des habitants qui, de temps immémorial, se seront particulièrement approprié une partie distincte de la commune; tantôt, enfin, c'est l'acte du pouvoir qui, en réunissant une commune à une autre municipalité, en fait une simple section, de communauté indépendante qu'elle était précédemment. Nous avons exposé au mot Commune, nos 15 et suivants, d'après quelles règles se fait cette réunion, et quels en sont les effets.
- 7. Des principes que nous avons développés au même mot, nº 27, il suit que, bien que les sections de commune conservent la propriété des biens qui leur appartenaient avant leur réunion, et que même à l'égard des biens dont les fruits se perçoivent en nature, elles en conservent exclusivement la propriété et la jouissance, il y a cependant entre elles et la commune à laquelle elles sont réunies une fusion d'intérêts telle, par exemple, qu'un bien appartenant privativement à une section pourrait, au cas de besoin, être vendu au profit de la commune entière avec l'autorisation de l'administration supérieure.
- 8. A plus forte raison, faut-il regarder comme un point constant que, pour tout ce qui ne touche qu'à l'administration de leurs biens, les sections de commune sont entièrement placées sous l'autorité du conseil municipal de la commune dont elles font partie, sauf à l'administration supérieure à veiller à ce que cette dépendance ne soit pas une source d'injustices.
- 9. Ainsi le conseil municipal peut, par exemple, comme il le pourrait à l'égard de la commune entière, décider si les communaux, dont la section a la jouissance privative, seront laissés à l'usage des habitants de cette section, ou s'ils seront mis en ferme au profit de la caisse municipale; de même, il lui appartiendra de décider si les ayants droit seront ou non soumis, à raison de cette jouissance, à une cotisation, etc.
- 10. La seule règle essentielle que le conseil municipal ait à suivre à cet égard, est que les droits distincts des sections ne soient jamais lésés, dans ce sens que les biens d'unc seule section serviraient injustement à l'acquittement des obligations de la commune entière.
  - 11. Encore convient-il d'observer, à cet

égard, que c'est un point dont l'administration supérieure est seule juge, et qu'à elle seule appartient de décider si la répartition des avantages communaux, de même que la répartition des charges, a été faite par le conseil municipal conformément à l'équité ou aux règlements administratifs (ord. du 5 déc. 1837 [commune de Ronceux], J. P. Jurisp. adm.).

12. Ces solutions peuvent, au premier abord, paraître contraires au principe que nous avons indiqué suprà, nº 1; et d'après lequel les droits appartenant en propre à chaque section, doivent continuer de lui appartenir malgré la réunion de son territoire à une autre municipalité. Mais il ne faut pas perdre de vue 1º que la réunion a dû, dès le principe, être déterminée par les avantages réciproques que chaque localité pourrait y trouver, et que la section à laquelle cette juste compensation viendrait à échapper, est toujours à même de réclamer la séparation; 2º que cette séparation une fois admise, la section qui se serait trouvée lésée aurait sans aucun doute le droit de répéter le montant des sacrifices injustes qui lui auraient été imposés.

13. Au surplus, le législateur a, de tous temps, prévu le cas où les sections de commune peuvent se trouver en opposition d'intérêts avec la commune de laquelle elles font partie, et leur a fourni les moyens de pourvoir à la conservation de leurs droits.

14. Remarquons d'abord, à ce sujet, qu'à la différence des contestations qui ne portent que sur le mode d'administration des biens d'une section, lesquelles sont dévolues à l'autorité administrative, ainsi que nous l'avons vu suprà (nº 11), toutes les contestations relatives à la propriété des mêmes biens, et généralement de tous les droits appartenant à une section, sont de la compétence de l'autorité judiciaire. (Cass. 20 avril 1831, S .- V. 32. 1. 77; D. P. 31. 1. 163; - décr. et ord. en Cons. d'état des 28 mai 1812 [hameaux de Jussy et autres], 21 mars 1821 [habit. de Conchas], 18 juillet, même année [commune de Payanne], 14 janv. 1824 [comm. de Balmelles], 19 juillet 1833 [Hyot], 1er août 1834 [Vernada], 17 mars 1835 [comm. d'Achy], etc.)

15. Quant au mode d'exercice des actions appartenant à une section, avant la loi du 18 juillet 1837, il était régi par l'arrêté du 24 germinal an XI et par l'arrêté du 14 avril 1803.

Les formalités prescrites par ces arrêtés ont été remplacées par celles contenues dans les

art. 56, 57 et 58 de la loi du 18 juillet 1837, ainsi conçus:

« Lorsqu'une section est dans le cas d'intenter ou de soutenir une action judiciaire contre la commune elle-même, il est formé, pour cette section, une commission syndicale de trois ou cinq membres que le préfet choisit parmi les électeurs municipaux, et à leur défaut, parmi les citoyens les plus imposés.

» Les membres du corps municipal qui seraient intéressés à la jouissance des biens ou droits revendiqués par la section, ne devront point participer aux délibérations du conseil municipal relatives au litige.

» Ils seront remplacés, dans toutes ces délibérations, par un nombre égal d'électeurs municipaux de la commune, que le préfet choisira parmi les habitants ou propriétaires étrangers à la section.

» L'action est suivie par celui de ses membres que la commission syndicale désigne à cet effet. (art. 56.)

» Lorsqu'une section est dans le cas d'intenter ou de soutenir une action judiciaire contre une section de la même commune, il sera formé, pour chacune des sections intéressées, une commission syndicale, conformément à l'article précédent. » (art. 57.)

16. Il est essentiel de remarquer ici, avant tout, que, lorsqu'une section de commune se croit en droit d'exercer une action soit contre la commune, soit contre une autre section, le préfet ne peut, en aucun cas, refuser de nommer préalablement la commission syndicale prescrite par l'art. 56 précité de la loi de 1837. C'est ce qui a été décidé, avec raison, par une ordonnance du 5 décembre 1839 (|commune de Sargé|, J. P. Jurisp. admin.; S.-V. 40. 2. 278). « Considérant, porte cette ordonnance, que cette commission est instituée à l'effet de délibérer préalablement sur la question de savoir si la section a effectivement droit et intérêt à intenter ou soutenir l'action dont il s'agit, et de désigner, s'il y a lieu, l'un de ses membres chargé de suivre l'action, après en avoir demandé l'autorisation conformément aux art. 49 et 50 de ladite loi; qu'il n'appartient qu'à ladite commission, et ensuite, s'il y a lieu, au conseil de préfecture, d'examiner la question de savoir si la section doit demander ladite autorisation, et si elle doit lui être accordée; et qu'en préjugeant cette dernière question et en refusant d'accéder à la demande formée par les habitants du bourg de Sargé, et tendante à la formation de la commission syndicale, le préset de Loiret-Cher a commis un excès de pouvoir, etc. »

17. Mais il n'y a lieu à former une commission syndicale que dans le cas où la section plaide contre la commune dont elle fait partie, ou contre une section de la même commune. Lorsqu'elle a un adversaire autre, soit un particulier, soit une commune à laquelle elle est étrangère, elle a pour défenseurs naturels le maire et le conseil municipal sous l'administration desquels elle est placée; elle doit alors procéder par l'organe du représentant légal et ordinaire de la commune. Une doctrine contraire avait toutefois été admise par la chambre des députés, qui, lors de la discussion de la loi de 1837, avait pensé que, quel que fût l'adversaire d'une section de commune, elle devait toujours être représentée par une commission syndicale, par le motif que la section de commune pouvait ne pas trouver un représentant sussisamment zélé dans le sein du conseil municipal, et que de fâcheuses rivalités se manifestent trop souvent en pareil cas. Mais la chambre des pairs n'a pas adopte la disposition dont ce point avait été l'objet; elle a pensé que, lorsqu'il n'y avait pas opposition d'intérêts entre la section de commune et la commune elle-même, le maire et le conseil municipal devaient être préférés à une commission syndicale.

Cette opinion a été, au surplus, consacrée par la jurisprudence, avant comme depuis la loi de 1837. (Orléans, 10 avril 1835, S.-V. 35. 2. 378; D. P. 35. 2. 136; — Riom, 1er août 1836, S.-V. 36. 2. 485; D. P. 37. 2. 27; — Nîmes, 31 août 1839, D. P. 39. 2. 231; — Cass. 16 février 1841, D. P. 41. 1. 118.)

18. Aux termes de l'art. 58 de la même loi du 18 juillet 1837, « la section qui a obtenu une condamnation contre la commune, ou contre une autre section, n'est point passible des charges ou contributions imposées pour l'acquittement des frais et dommages-intérêts qui résulteraient du fait du procès. »

COMMUNE RENOMMÉE. 1. Cette expression est employée par la loi dans le sens de bruit public, rumor viciniæ.

2. La preuve par commune renommée se fait par témoins.

La loi ne trace aucunes formalités particulières pour cette espèce d'enquête. Toullier

- (t. 13, n° 4) en conclut qu'elle n'est pas assujettie aux formes prescrites par le Code civil et par le Code de procédure pour les enquêtes ordinaires. La cour royale de Bourges en a tiré une conclusion contraire, le 2 juin 1824 (Devillen. et Car. 7. 2. 374; J. P. 3° édit.), et nous adoptons la doctrine de cet arrêt, qui nous paraît plus juridique. A défaut de règles spéciales qui régissent une matière, c'est toujours sous l'empire des règles générales qu'il faut la replacer.
- 3. L'enquête par commune renommée diffère des enquêtes ordinaires en ce que, dans ces dernières, les témoins ne doivent déposer que de ce qu'ils ont vu ou entendu, tandis que, dans la première, on leur demande, en outre, leur opinion sur la consistance, le nombre et la valeur estimative des choses, qu'ils se soient formé cette opinion par ce qu'ils ont vu, ou seulement par le bruit public, par la commune renommée. (Proudhon, Traité des droits d'usufruit, t. 1er, no 163; Toullier; t. 13, no 4.)
- 4. Il y a donc dans la preuve par commune renommée quelque chose d'exorbitant. Aussi la loi ne l'admet-elle que dans quelques cas, et lorsque l'une des parties se trouve, par le dol ou par la faute de l'autre, dans l'impossibilité d'invoquer un autre genre de preuve.
- 5. Ainsi, en matière de communauté, toutes les fois que le défaut d'inventaire préjudicie à la femme, elle peut, lors de la dissolution, faire preuve par la commune renommée de la consistance et de la valeur du mobilier non inventorié; ses héritiers ont le même droit; mais le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve (C. civ., 1415). Telle est la règle générale établie en matière de communauté légale. L'art. 1504 du Code civil en fait une application particulière à l'une des clauses de la communauté conventionnelle; mais cette application, pour être expresse, n'est pas unique: la règle s'applique, en matière de communauté conventionnelle, toutes les fois qu'il y a lieu, selon le principe général écrit dans l'art. 1528 du Code civil.
- 6. L'art. 1442 du Code civil pose une seconde règle: il porte que, si après la dissolution de la communauté par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, l'autre ne fait pas inventaire, les parties intéressées peuvent prouver par commune renommée la consistance des biens et effets communs. Cette

règle, à la différence de la précédente, s'applique contre la femme tout aussi bien que contre le mari.

- 7. Ces deux règles sont applicables même à l'égard des tiers; car les art. 1415 et 1442 du Code civil sont conçus en termes généraux et ne font aucune distinction. La cour royale de Bordeaux l'a jugé ainsi, le 20 juin 1826 (S.-V. 26. 2. 309; J. P. 3° édit.). Dans cette espèce, la consistance des reprises de la femme n'ayant pas été constatée par inventaire, était contestée par les créanciers du mari; la preuve par commune renommée en fut admise.
- 8. Au reste, dans les cas où la loi permet, à défaut d'inventaire, la preuve par commune renommée, elle n'impose point l'obligation d'y avoir recours. C'est une mesure facultative abandonnée à la prudence du juge. (Cass. 26 juin 1827, S.-V 27. 1. 521; J. P. 3° édit.)
- 9. Les enquêtes ordinaires, dans lesquelles on n'admet, ainsi que nous l'avons dit nº 3, que les témoignages de visu et auditu, ne lient point les magistrats, qui ne sont pas forcés d'en consacrer le résultat par leur décision. (V. Enquête.) A plus forte raison, les enquêtes par commune renommée, qui ne reposent que sur de simples appréciations et sur des conjectures plus ou moins vagues, ne pourraient-elles produire un tel effet. Les juges ont toujours le droit de peser les déclarations des témoins, et de ne leur accorder que le degré de confiance qu'elles leur paraissent mériter.

Ainsi, sur les informations prises avant de déférer le serment dans le cas de l'art. 1369, ils peuvent fixer la somme à un chiffre autre que celui résultant de l'enquête, comme dans le cas des art. 1415 et 1442, ils peuvent faire des reprises de la femme une évaluation différente de celle donnée par les témoins.

tant exorbitante du droit commun, ne peut être admise hors des cas exceptionnels dans lesquels la loi l'autorise, et que nous venons d'indiquer. Nous ne saurions donc partager l'opinion de Toullier (t. 10, n° 440), qui pense que, dans le cas de l'art. 1369 du Code civil, le juge peut, avant de déférer le serment en plaids ou in litem, ordonner une enquête préalable par commune renommée. Nous ne voyons aucune disposition qui permette, pour ce cas, l'emploi de ce genre de preuve que repoussent les principes généraux du droit.

COMMUNE USAGÈRE. — V. Communaux, Commune, Forêts, Usage (droit d').

COMMUNICATION DE PIÈCES. C'est l'exhibition que, dans le cours d'une instance, l'une des parties fait à l'autre des titres, pièces et documents sur lesquels ses prétentions se fondent.

- § 1 er. But et nécessité de la communication de pièces.
- \$2. Quand la communication de pièces doit être faite ou demandée.
- § 3. De quelles pièces il peut être exige communication.
- § 4. Modes de la communication. Délais.
- § 5. Du retrait des pièces communiquées.
- § 6. Effets de la communication.
- § 7. Communication en matière commerciale.

### § 1 er. — Bul et nécessité de la communication de pièces.

1. Les nécessités de la défense et l'égalité qui doit régner entre les plaideurs, exigent qu'ils ne puissent employer l'un contre l'autre des pièces qui n'auraient pas été préalablement signifiées ou communiquées. L'instruction des procès doit se faire lovalement et à ciel découvert, ut nihil ex insidiis agatur. (Rebuffe, Tract. de partium productionibus, art. ult.) On comprend, en effet, à quelles surprises les magistrats resteraient exposés, si les parties ne trouvaient, dans un examen approfondi des éléments du procès, les moyens de dénoncer la fausseté d'une pièce, son altération, de signaler les modifications que des faits ou des conventions postérieures ont pu apporter à l'état primitif des choses.

Bien convaincus qu'une communication loyale et complète est la sauvegarde du droit de défense et une condition essentielle de la bonne administration de la justice, les rédacteurs du Code de procédure, après en avoir posé le principe au titre de l'ajournement, en ont fait la matière d'un chapitre spécial au titre des exceptions, la rangeant ainsi parmi les moyens de défense, qui, sans attaquer le fond même de l'action, en suspendent le cours jusqu'à ce que le demandeur ait rendu à sa procédure la régularité qui lui manquait, ou qu'il ait satisfait à des condi-

tions préalables, sans lesquelles il ne sau-

- \$ 2. Quand la communication de pièces doit être faite ou demandée.
- 2. Avant l'ordonnance de 1667, on n'exigeait de communication que lorsque l'instance était liée. Mais cette ordonnance imposa au demandeur (tit. 2, art. 6) l'obligation de donner, avec l'exploit d'ajournement et sur la même feuille ou le même cahier, copie des pièces ou de la partie des pièces sur lesquelles l'action était fondée. La justice et l'humanité veulent, en effet, qu'en assignant le défendeur, on lui fasse connaître les titres sur lesquels s'appuie l'action dirigée contre lui, asin qu'il soit éclairé sur les chances du procès et qu'il ne se jette pas aveuglément dans une résistance inutile. Aussi cette disposition a-t-elle passé dans l'art. 65 du Code de procédure civile; de sorte qu'aujourd'hui, la notification des pièces doit se faire avec le premier acte de la cause. Mais, suivant les termes de ce même article, l'inobservation de cette règle n'entraîne pas la nullité de l'exploit; il en résulte seulement, pour le demandeur, l'obligation de donner, dans le cours de l'instance, des copies de pièces qui n'entrent point en taxe.
- 3. Mais, suivant un ancien adage, en plaidant le droit accroît, et les parties peuvent, dans le cours de l'instance, respectivement demander, par un simple acte, communication des pièces employées contre elles, dans les trois jours où ces pièces ont été signifiées ou employées. (C. de pr. civ., 188.)
- 4. On se demande tout d'abord dans quel ordre l'exception de communication de pièces peut être proposée. Pour répondre à cette question, il est important de remarquer la place que cette exception occupe dans le Code. Elle n'arrive qu'après les exceptions relatives à la caution judicatum solvi, aux renvois devant un tribunal autre que celui qui aurait été indûment saisi, aux nullités invoquées contre la procédure, aux demandes d'un délai soit pour prendre qualité dans une succession, soit pour mettre un garant en cause. C'est qu'en effet l'emploi prématuré de ce moyen de défense pourrait entraîner, dans certains cas, la déchéance des exceptions qui doivent la devancer dans l'ordre obligé. Ainsi, par exemple, en matière purement personnelle, l'incompétence rations personæ serait

couverte par des conclusions tendantes à communication de pièces, parce que ces conclusions demandant au tribunal saisi de la contestation un acte de juridiction, impliqueraient nécessairement acceptation de ca tribunal. De pareilles conclusions entraîne. raient encore renonciation aux délais accordés au défenseur, soit pour prendre qualité dans une succession, soit pour appeler un garant en cause. On y verrait également un abandon des moyens de nullité contre la procédure. si la communication, au lieu de porter sur les actes même de cette procédure et d'indiquer l'intention de les critiquer, s'appliquait à des titres ou à des actes appartenant au fond même de la contestation. L'exception de communication de pièces ne doit donc être proposée qu'après toutes les autres.

## § 3. — De quelles pièces il peut être exigé communication.

- 5. L'art. 188 du Code de procédure ne parle que des pièces employées ou signifiées: mais cette disposition n'est pas limitative. Une partie peut toujours demander communication à l'autre d'un titre qui leur est commun, comme un acte de partage, par exemple, puisque la rétention de ce titre deviendrait un moyen de requête civile (C. pr. civ., 480; Carré, sur l'art. 188; Favard de Langlade, vº Exception, § 5). Toute partie peut également requérir l'apport et la communication des pièces qui peuvent servir à l'instruction de la cause, en quelque lieu qu'elles soient déposées. Elle peut même contraindre son adversaire à produire une pièce importante que celui-ci retiendrait, malgré la règle de droit romain, nemo tenetur edere contra se, règle qui répugne à notre législation plus exigeante dans les questions de loyauté et de bonne foi. (Mêmes auteurs; -Bruxelles, 13 janv. 1820, J. P. 3º édit.; D. A. 10. 736, nº 2; - 15 juin 1822, J. P. 3º édit.; D. A. 7. 633.)
- 6. Cependant, des lettres confidentielles ne pourraient devenir pièces d'un procès, contre le vœu des personnes qui les ont écrites, et de celles à qui elles ont été adressées ou qui en sont dépositaires. (Rennes, 31 juillet 1811, J. P. 3° édit.)
- 7. La communication d'une même pièce ne peut, dans une instance, être demandée qu'une seule fois; c'est au défendeur à s'imputer la légèreté qu'il aurait mise à prendre

la communication qui lui est faite. Toutesois la communication extrajudiciairement donnée à la partie, ne dispenserait pas d'une communication au cours du procès, car c'est le conseil qui doit personnellement puiser dans la vérification des pièces les moyens de la défense. (Bruxelles, 13 déc. 1830, Journ. des arrêts de cette cour, 1831, t. 1, p. 45.)

8. Quoiqu'une pièce ait été communiquée en première instance, on peut en demander de nouveau la communication en appel (Pigeau, Procéd., t. 1er, p. 192; Berriat Saint-Prix, t. 1er, p. 234, no 75; Favard de Langlade, vo'Exception, § 5; Carré, Sur l'art. 188; Rouen, 9 et 24 déc. 1807, S.-V. 8. 2. 8; J. P. 3e édit.; D. A. 7. 631). Mais quant aux frais de cette demande, le premier de ces arrêts les met à la charge du requérant, et le second les réserve pour être mis plus tard à la charge de la partie qui succombe. A l'appui de l'arrêt du 9 décembre 1807, on peut dire que l'art. 188 du Code de procédure civile ne parle de communication de pièces qu'en première instance; qu'en appel, l'article 462 n'en suppose ni le fait ni la possibilité, puisqu'il dit qu'après les griefs et réponses, on en viendra sans autre procédure à l'audience; enfin, que tel paraît avoir été le sentiment du Conseil d'état, qui, dans le tarif du 16 février 1807, n'a établi aucune taxe pour les communications en appel contre la partie condamnée. Mais ces raisons nous touchent peu, et nous préférons la doctrine de l'arrêt du 24 décembre 1807. Puisqu'on accorde, en appel, le droit de demander la communication, il est conforme aux principes que ces frais nécessaires et régulièrement faits soient supportés, comme tout le reste, par la partie qui succombe.

9. Si une partie refusait de communiquer une pièce, sur le fondement que cette pièce est égarée, les juges devraient mettre à sa chargé la preuve de la perte de cette pièce, et, d'après cette preuve, comme dans le cas où la preuve n'en serait pas faite, prononcer, suivant les circonstances, sur l'influence que pourrait avoir dans la cause le défaut de communication. (Carré, Lois de la procéd., t. 1er, p. 196, à la note; Rennes, 24 août 1816, S.-V. 18.2. 291; J. P. 3° édit.)

§ 4. — Modes de la communication. — Délais.

10. Il n'y a de communication proprement

dite, que par la production de la pièce originale qui constitue le titre de la partie; tout l'intérêt d'une communication réside le plus souvent dans l'examen matériel de la pièce opposée: ce n'est que par cet examen qu'on peut être édifié sur la sincérité de cette pièce, et rien, on le comprend, ne peut remplacer, quand il s'agit d'obligations sous signatures privées, la production du titre lui-même. La première vérification en effet est celle de la signature et des formes accessoires de l'obligation; la signification d'une pareille pièce serait donc insuffisante; et d'ailleurs, on peut avoir à rechercher sur le titre des mentions ou des notes qui y auraient été consignées pour attester une libération totale ou partielle. S'agit-il, au contraire, d'actes dont la minute est conservée dans l'étude d'un notaire ou dans un dépôt public, le demandeur n'aura pas encore satisfait à la communication en signifiant à son adversaire une copie certifiée des actes; ce dernier sera fondé à demander la représentation des expéditions. pour s'assurer que les copies n'ont été ni tronquées ni altérées; et peu importerait qu'il lui fût plus ou moins facile de consulter les minutes pour procéder à une vérification: c'est un droit de la défense de se faire apporter les pièces qui sont dans la main du demandeur, et elle n'est pas dans l'obligation de se les procurer par des démarches qu'il est possible d'éviter.

11. La demande de communication se fait par un simple acte d'avoué à avoué, dit l'art. 188 du Code de procédure civile. Dans l'usage, cette demande est faite dans des conclusions prises à la barre du tribunal, et la partie qui doit satisfaire à cette communication, requiert et obtient un délai pour y procéder. Il n'intervient alors aucun jugement. et la communication s'opère sans difficulté dans le délai fixé. Mais si le demandeur néglige de la faire ou même s'y refuse, le tribunal est appelé à statuer sur cet incident par un jugement dont il reste minute. Le demandeur prétend-il qu'il n'a pas de pièces à communiquer, le tribunal donne acte de cette déclaration et ordonne qu'il sera conclu au fond. La précipitation fait souvent faire dans la pratique cette déclaration inconsidérément. Cela n'est pas sans danger, car celui qui la fait ne peut plus être admis à se prévaloir de pièces en dehors des communications consommées, ou il doit être au moins condamné aux frais que peuvent entraîner et la production de nouvelles pièces et la discussion qu'elles soulèveraient. Il n'est pas permis de se jouer de la justice et de modifier à son gré l'instruction; le tribunal trouverait, à la rigueur, dans cette déclaration, une fin de non recevoir contre la production ultérieure de toute pièce, et par suite un motif de rejeter, au fond, la demande, faute de justification; une pareille sentence pourrait être sévère, mais elle serait irréprochable en droit, à moins que la déclaration faite de bonne foi n'eût été le résultat d'une erreur excusable dans les circonstances où elle s'est produite.

Si le tribunal, après contradiction, juge que la partie résiste à tort à une communication demandée, il ordonne que la communication aura lieu, à peine de rejet de la demande, dans un délai qu'il détermine, ou même il repousse immédiatement la demande comme dénuée de justification.

- 12. Il arrive quelquefois qu'une pièce décisive n'est produite pour la première fois que dans le cours des plaidoiries, sans qu'il ait été possible à la partie adverse d'en demander la communication; les juges doivent alors, s'ils en sont requis, ajourner leur décision en ordonnant la communication dont le besoin se révèle. Mais il en résulte une suspension dans les plaidoiries, un retard dans le jugement; c'est un résultat fâcheux que les conseils doivent prévoir. En se préoccupant des communications respectives qu'ils ont à se faire, ils évitent toute interruption du cours ordinaire des procédures.
- 13. Cet échange de communication est une des obligations imposées aux avocats par les règles de leur profession. Ils ne peuvent s'y refuser sans engager gravement leur responsabilité. Entre eux, la communication se fait en tout état de cause, sans égard à celle qui a pu s'accomplir, avec les formes de la procédure, entre les officiers ministériels. Elle a lieu sans récépissé, sans autre garantie de restitution que la loyauté des avocats, et il n'est pas d'exemple que les parties aient eu à souffrir de ces habitudes de confiance.
- 14. La communication s'opère de deux manières: ou entre avoués sans récépissé, ou par un dépôt fait au greffe et notifié au défendeur. Dans ce dernier cas, elle a lieu sans déplacement des pièces, à moins qu'il n'y en ait minute, ou que la partie n'y consente. (C. pr. civ., 189.)

La communication amiable avec déplacement et sur le simple récépissé de l'avoué. est la plus usitée dans la pratique. Ce n'est que dans des cas assez rares, ou en raison. soit du nombre des défendeurs et de la multiplicité des déplacements qui pourraient avoir des inconvénients, soit des motifs particuliers de suspicion que certaines circonstances font naître, que la communication a lieu par la voie du greffe; elle a l'inconvénient d'occasionner des frais, d'entraîner des lenteurs et de soumettre celui qui prend la communication à un transport au greffe dans des délais forts courts et souvent insuffisants.

- 15. C'est à la partie obligée de communiquer, qu'appartient l'option entre les deux modes de communication; car, dans toute obligation alternative, l'option appartient au débiteur. Il est d'ailleurs assez juste que le propriétaire d'une pièce prenne, pour la communiquer, la voie qui lui paraît la meilleure et qui lui convient le mieux.
- 16. Cette circonstance, que plusieurs personnes poursuivant un même intérêt ont des avoués différents, ne change rien au droit que chacune d'elles a de prendre une communication directe ou individuelle; aucune disposition ne les oblige à constituer pour leur mandataire commun, quant à l'exception, l'avoué le plus ancien; et l'art. 97, au titre des instructions par écrit, fournit, en faveur de la communication successive à chaque intéressé, un argument qui paraît sans réplique.
- 17. Le récépissé que l'avoué donne à son confrère contient ordinairement l'énumération des pièces produites et l'indication du délai dans lequel la restitution doit avoir lieu. Lors de la remise des pièces, l'avoué qui les rend bâtonne sa signature sans retirer son récépissé. Cet acte reste dans les mains de l'avoué du communiquant, pour attester qu'il a été satisfait à l'exception.
- 18. La communication au greffe s'opère toujours ou presque toujours sans déplacement; on ne comprendrait pas en effet le motif de ce mode de communication, si les pièces ne devaient pas rester sous les yeux d'un dépositaire public qui en a la responsabilité. Si cependant le déplacement en était spécialement autorisé par l'acte de dépôt, il aurait lieu sur le récépissé que l'avoué remettrait au gressier, ainsi qu'il est énoncé en l'art. 106 du Code de procédure.

19. Nous avons vu que la communication doit être demandée dans les trois jours où les pièces ont été signifiées ou employées (C. pr. civ., 188). Cet article suppose évidemment un emploi ou une signification de pièces dans le cours de l'instance; car pour celles dont il est donné copie avec l'exploit d'ajournement, le délai pour en demander communication ne peut courir que du jour de la constitution d'avoué; autrement, le délai accordé pour cette constitution se tr uverait singulièrement abrégé toutes les fois qu'il y aurait lieu à communication de pièces. Ce délai, du reste, n'est jamais fatal. (Carré, loc. cit., Cass. 14 mai 1821, S.-V. 21. 1. 265; J. P. 3e édit.; D. A. 7. 632.)

20. Quant au délai de la communication, il est fixé ou par le récépissé de l'avoué, ou par le jugement qui l'a ordonnée: s'il n'est pas fixé, il est de trois jours (C. pr. civ., 190). Il peut être prorogé, s'il y a lieu. (Carré, Sur l'art. 190; Thomine-Desmasures, t. 1, p. 347; Pordeaux, 15 juin 1833, J. P. 3º édit.; D. P. 34. 2. 48.)

#### § 5. — Du retrait des pièces communiquées.

21. Si, après l'expiration du délai, l'avoué n'a pas rétabli les pièces, il sera, sur simple requête, et même sur simple mémoire de la partie, rendu ordonnance portant que l'avoué sera contraint à les remettre, incontinent et par corps, même à payer trois francs de dommages-intérêts à l'autre partie par chaque jour de retard, du jour de la signification de ladite ordonnance, outre les frais desdites requête et ordonnance, qu'il ne pourra répéter contre son constituant. (C. pr. civ., 191.)

22. Indépendamment de la signification de l'ordonnance par acte d'avoué, on doit la signifier une seconde fois par exploit, pour faire courir le retard et exercer la contrainte par corps et les autres contraintes. En effet, la signification prescrite par l'art. 780 du Code de procédure civile doit être faite par exploit. L'art. 51 du tarif taxe un exploit pour toute signification de jugement prononçant la contrainte par corps, sans aucune exception; et l'observation de cette formalité est exigée à peine de nullité, aux termes de l'art. 794 du Code de procédure. (Pigeau, Comment., t. 1, p. 416; Carré, Sur l'art. 191.)

23. Est-ce au tribunal, ou seulement au président, qu'il faut adresser requête ou mé-

moire pour obtenir l'ordonnancé de contrainte, afin de remise des pièces? Lepage (Questions, p. 170), Carré (loc. cit.), Démiau-Crouzilhac (p. 154), Hautefeuille (p. 128); Delaporte (t. 1er, p. 194), Favard de Langlade (t. 2, p. 468) et Thomine-Desmasures (t. 1, p. 218), décident que c'est au président qu'il appartient de rendre l'ordonnance dont il s'agit. Ces auteurs se fondent sur ce que jamais le Code ne confond le mot ordonnance et le mot jugement. Ils disent que l'ordonnance dont il est question étant sujette à opposition, cela prouve qu'elle ne doit point être rendue par le tribunal, puisque c'est à lui qu'on a recours pour la faire réformer. Ils ajoutent que si le tribunal devait prononcer la contrainte, la loi n'aurait pas prescrit une requête, mais un simple à venir, comme pour le cas de l'art. 107 du Code de procédure. Cette opinion est combattue par Pigeau (t. 1, p. 170), par les auteurs du Praticien (t. 2, p. 47), par Chauveau sur Carré (Quest., 794, t.7, p.17) et par Boncenne (t. 3, p. 436). Ils soutiennent que l'argument tiré de la distinction entre les mots jugement et ordonnance n'est d'aucun poids, puisque les articles 325 et 329 du Code de procédure civile offrent l'exemple d'une décision émanée du tribunal, et prenant le nom tantôt de jugement, tantôt d'ordonnance; que l'inconvénient qu'il y aurait à laisser comparaître une partie devant le tribunal sans assistance d'avoué, ne paraît pas avoir touché le législateur, puisque, dans le cas de l'art. 107, c'est précisément cette marche qu'il a indiquée; que le pouvoir du président ne saurait s'étendre, sans délégation spéciale et formelle, jusqu'à prononcer une mesure aussi rigoureuse que la contrainte par corps; enfin, que les procès-verbaux du Conseil d'état nous apprennent que le projet de l'art. 191 était d'abord ainsi conçu : « Îl sera, sur requête présentée au président, rendu ordonnance, etc.; » mais que, sur l'observation de plusieurs cours, ces mots, présentée au président, furent supprimés, de peur qu'ils ne fussent entendus dans le sens d'une attribution particulièrement faite au président. Nous nous rangeons à cette dernière opinion. qui nous paraît fondée sur les vrais principes.

24. En cas d'opposition à l'ordonnance de la part de l'avoué, l'incident est réglé sommairement. Si l'avoué succombe, il est condamné personnellement aux dépens de l'incident, même en tels autres dommages-intérêts et peines qu'il appartiendra, suivant la nature des circonstances. (C. pr. civ., 192.) Les peines dont il s'agit dans cet article sont la suspension ou l'interdiction.

### § 6. - Effets de la communication.

25. La communication a pour effet de rendre les pièces produites communes à toutes les parties; elles appartiennent désormais à l'instance et n'en peuvent être distraites, chacune des parties ayant acquis le droit d'en tirer les inductions nécessaires à sa défense. (Carre, Lois de la proc., t. 1, nº 791; Paris, 3 vent. et 14 therm. an x, J. P. 3e édit.; D. A. 1.743; - Besançon, 12 avril 1815, J. P. 3º édit.) Le Code pénal, dans l'art. 409, punit d'une amende de 25 à 300 fr. quiconque après avoir produit, dans une contestation judiciaire, quelque titre, pièce ou mémoire, l'aura soustrait, de quelque manière que ce soit; il laisse au tribunal saisi de la contestation le soin de porter cette condamnation.

26. Si l'état matériel de la pièce devait donner naissance à des difficultés, la partie intéressée à faire constater cette matérialité aurait le droit, à l'expiration du délai de la communication, de requérir que la pièce fût déposée en sortant de ses mains, ou qu'elle demeurât déposée au greffe, après les délais de la communication, jusqu'à ce que le tribunal eût fait de l'état de cette pièce les vérifications nécessaires.

### § 7. — Communication en matière commerciale.

27. Toutes les règles indiquées ci-dessus sont applicables en matière commerciale. Cependant la loi a prévu qu'à l'occasion d'une difficulté de peu d'importance, on pourrait abuser du droit de communication pour exiger d'un commerçant la représentation de ses livres et inventaires, avec l'intention d'y découvrir le secret de ses affaires. Pour remédier à cet abus et ne pas entraver d'ailleurs des écritures qui doivent être tenues régulièrement jour par jour, et dont à chaque instant le besoin peut se faire sentir, elle a décidé (C. com., 14) que la communication des livres et inventaires ne pourrait être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté et partage de société, et en cas de faillite. Mais en même temps et dans l'art. 15, elle donne au juge le droit de se faire représenter les livres pour en extraire tout ce qui concernerait le différend; et, bien que les commerçants ne soient pas astreints à conserver leurs livres plus de dix ans, le tribunal pourrait encore les contraindre à les représenter, s'il était établi que ces livres existassent toujours.

COMMUNIERS-COMMUNISTES. 1. Dans leur sens le plus général, ces dénominations expriment l'état de deux ou de plusieurs personnes possédant en commun une ou plusieurs propriétés. On les emploie plus particulièrement, et c'est le sens que nous leur donnons dans cet article, pour désigner les copossesseurs d'une propriété spécialement affectée à un usage commun, soit pour un service personnel, soit pour le service des propriétés voisines. Telle serait une cour commune destinée à l'usage et au service des propriétés riveraines, ou toute autre dépendance tellement nécessaire à l'exploitation des diverses propriétés principales, que, sans la jouissance de cette cour commune, ces propriétés seraient d'un usage nul ou perdraient beaucoup de leur valeur. Dans ce cas, pour ne pas sacrisier le principal à l'accessoire, on décide qu'il n'y a lieu ni à partager ni à licitation forcée de cet accessoire. (V. Duranton, t. 7, nº 77.)

2. M. Pardessus (Traité des servit., nº 103) appelle l'état de choses dont nous venons de parler, servitude d'indivision. Mais c'est là une expression impropre, en ce qu'elle n'indique pas suffisamment l'idée de copropriété. Nous pensons qu'il est plus exact de dire qu'en ce cas, il y a communion de biens, et c'est l'expression sous laquelle nous entendons désigner plus spécialement cet état de choses.

3. Du reste, le caractère de cette communion de biens a été parfaitement défini par M. Pardessus lui-même, au n° 7 du traité déjà cité. « Celui qui aurait avec d'autres, dit-il, un droit de communauté indivise dans un puits, une cave, une allée, un chemin ou un sentier, n'exercerait pas sur ces objets une servitude de passage ou de puisage; il aurait une propriété moins libre, moins étendue, sans doute, que si la totalité du fonds était réunie dans sa main; mais cette circonstance ne change rien à la nature de son droit.»

4. Nous dirons, en résumé, que la communion de biens a lieu toutes les fois qu'il y a copropriété de choses qui ne sont susceptibles ni de partage effectif, ni de licitation, et à l'égard desquelles les communistes ne peuvent se dispenser de demeurer dans une indivision perpétuelle.

- \$ 1ex. Des effets de la communion de biens.
   Droits et obligations qui en résultent.
   \$ 2.— Des différentes espèces de communions de biens.
- § 1er. Des effets de la communion de biens. Droits et obligations qui en résultent.
- 5. Ce serait une grave erreur de croire que la distinction que nous voulons établir entre la communion de biens et l'indivision, ou bien l'indivisibilité des servitudes, est de pure théorie; elle a, au contraire, des conséquences pratiques fort importantes.
- 6. En effet, il en résulte d'abord que la communion de biens n'est pas soumise comme l'indivision à l'application du principe de la loi 70, ff. Pro socio: nulla societatis in æternum coîtio est, exprimé par ces mots de l'art. 815 du Code civil : « Nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision, et le partage peut toujours être provoqué. » En outre, elle échappe à la règle qui veut que les servitudes discontinues et non apparentes, comme les droits de passage, puisage, etc., ne puissent s'acquérir par prescription. Il pourra bien, il est vrai, s'élever des difficultés sur la preuve de la copropriété ou de son exercice, c'est-à-dire de la possession; car, comme le fait observer M. Pardessus (loc. cit.), l'emploi de la chose dont on est copropriétaire ressemble la plupart du temps à celui qu'on peut faire d'un fonds grevé de servitude. Mais cela ne change rien à la nature des choses. « En effet, ajoute cet auteur, le droit de propriété assure le libre exercice de tous les usages auxquels une chose peut être consacrée, et quoique dans les cas dont nous parlons, la disposition particulière des lieux puisse y apporter quelque restriction, l'exercice de ce droit est toujours plus varié et plus étendu que celui d'une servitude qui se renferme dans des actes spécialement déterminés. »
- 7. Mais quelle est la limite du droit de chacun des communistes? Quelles sont leurs obligations respectives? Ces différents points

sont ordinairement réglés par le titre qui établit la communion de biens.

- 8. Quant aux droits des communistes, on doit présumer en général, lorsque le titre ne s'y oppose pas, et que la prescription n'a rien établi de contraire, que chacun d'eux a les mêmes droits et autant de droits que les autres. Mais l'inégalité des droits ne changerait rien à l'étendue de certaines obligations qui pèsent sur tous les co-intéressés.
- 9. Ainsi nul ne peut s'attribuer la propriété ou l'usage de la chose commune, au delà de ses droits personnels. Mais aussi on ne peut l'empêcher d'en faire un usage qui ne nuirait pas à ses copropriétaires. Des innovations ne peuvent être faites à la chose, que du consentement de tous ou par l'autorité du tribunal, en cas de dissentiment. Ensin chacun est obligé, d'après l'équité, à contribuer dans la proportion de son intérêt à l'entretien et à la réparation de la chose commune. Par suite, si l'un des communistes a fait des dépenses d'entretien, de réparations, d'éclairage, etc., réputées indispensables, il peut exercer un recours contre ses copropriétaires, car il est évidemment à leur égard dans la position du negotiorum gestor.
- 10. A défaut de titre, on suivra, pour déterminer les droits et obligations respectifs des communistes, les règlements établis par les usages locaux. Le communiste peut-il prescrire la chose commune? V. Prescription.
- § 2. Des différentes espèces de communions de biens.
- 11. Il serait bien difficile de préciser tous les cas de communion de biens qui peuvent se présenter. Nous devons nous borner à signaler les plus fréquents.
- 12. La communion existe, sans aucun doute, lorsque plusieurs personnes sont co-propriétaires d'une allée, d'un puits, d'une cour, de fosses d'aisance et autres dépendances communes à plusieurs maisons.
- 13. Nous en trouvons un autre exemple dans l'art. 664 du Code civil, qui est relatif à une maison dont les différents étages forment autant de propriétés distinctes. Chacun des copropriétaires a un droit de communion dans le toit, dans l'escalier qui conduit à chaque étage, et dans les murs extérieurs qui sont nécessaires à l'existence des différents étages. Évidemment le partage, non plus que la licitation, de ces divers objets ne pour-

rait être provoqué par l'un contre les autres. Il en est de même d'un chemin, d'un sentier, d'un canal d'irrigation, appartenant en commun à plusieurs propriétaires voisins, et servant à l'exploitation de leurs fonds de terre.

14. Un autre cas de communion de biens s'est présenté dans l'espèce suivante : des copropriétaires considérant un endroit dit le bas du moulin et ses issues, comme une dépendance nécessaire à l'exploitation de deux propriétés que deux d'entre eux allaient posséder séparément, stipulèrent que ledit bas du moulin et ses issues demeurerait toujours indivis entre les deux possesseurs de ces mêmes propriétés. Nonobstant cette convention, l'un d'eux demanda le partage de ces objets; mais il succomba en première instance, en appel et devant la Cour de cassation. (Cass. 10 déc. 1823, S.-V. 24. 1. 239; D. A. 12. 473.)

communion de BIENS. — On dit que deux ou plusieurs personnes sont en communion de biens, lorsqu'elles possèdent en commun une ou plusieurs propriétés. Cette expression a toutefois un sens plus spécial que nous avons indiqué sous le mot Communiers. — V. ce mot.

COMMUNION ENTRE MAIN-MORTABLES. — V. Main-morte.

COMMUNISTE. — V. Communiers.

COMMUTATION DE PEINES.—V. Grâce.

COMPAGNIES DE FINANCE, DE COM-MERCE OU D'INDUSTRIE. — On entend par compagnies, dans le sens où ce mot est ici employé, les grandes associations de banque, de commerce ou d'industrie, privilégiées ou non, soumises ou non à l'autorisation du gouvernement, et qui, par l'étendue de leurs opérations, l'importance des capitaux qu'elles emploient, sont obligées de fractionner leurs intérêts entre un grand nombre de personnes.

On voit par là que les compagnies se distinguent des simples sociétés de commerce, qui ne se composent ordinairement que d'un très-petit nombre de membres, et dont les ressources sont très-bornées. Mais lorsque les sociétés de commerce sont organisées par actions, on les désigne assez indifféremment sous les noms de sociétés ou de compagnies.

La loi du 24 août 1793 avait supprimé toutes les compagnies sinancières. « La convention, dit M. Troplong (Contr. de société, t. 1, nº 448), les prit en haine à cause de leur papier-monnaie, c'est-à-dire de leurs actions au porteur ou nominatives; elle les considérait comme des instruments d'agiotage, peut-être même de conspiration contre la république. » La loi du 17 vendémiaire an 11 alla plus loin, en défendant à tous banquiers, négociants et autres personnes quelconques de former aucun établissement de ce genre, sous aucun prétexte et sous quelque dénomination que ce fût.

Un décret du 1<sup>er</sup> pluviôse an 11 déclara que, dans la prohibition, n'étaient point comprises les sociétés particulières établies pour construction de canaux, exploitation de mines, défrichements de marais, et autres établissements d'utilité publique.

Une loi du 26 germinal suivant renouvela celles des dispositions de la loi du 17 vendémiaire qui prohibaient les compagnies financières.

Mais cette dernière loi fut abrogée par celle du 30 brum. an IV; de sorte que les compagnies de finance n'étant plus défendues, sont par cela même autorisées. D'ailleurs, l'art. 529 du Code civil, en déterminant la nature des actions dans les compagnies de finance, suppose nécessairement que ces sortes de compagnies peuvent exister légalement. — V. Action industrielle, n° 4 et suiv.; Biens, n° 96 et suiv.; Communauté, n° 48 et suiv.

COMPARAISON D'ÉCRITURES. — V. Faux, Vérification d'écritures.

COMPARSONNIER. — V. Compersonnier.

COMPARTITEUR. — On appelait ainsi le conseiller qui, dans un procès civil, avait le premier ouvert un avis contraire à celui du rapporteur, lorsque la moitié des juges était pour celui-ci, et l'autre moitié pour l'avis contraire.

Si l'affaire, qui donnait lieu ainsi à un partage d'opinions, était pendante au parlement, elle était portée devant une autre chambre; le rapporteur et le compartiteur discutaient chacun les motifs de son avis, et la chambre devait adopter l'opinion de l'un ou de l'autre.

Aujourd'hui, lorsqu'il y a partage, on appelle un ou plusieurs nouveaux juges, et l'affaire est de nouveau rapportée ou plaidée.

COMPARUIT. — Terme usité au parlement de Flandre et dans les siéges inférieurs de la même province : c'était la déclaration

que faisait un procureur de l'impossibilité où la mort de son commettant le mettait de poursuivre la cause, jusqu'à ce qu'il eût un nouveau mandat de ses héritiers.

COMPARUTION DE PARTIES. — 1. C'est une voie d'instruction laissée à la disposition du juge, qui l'ordonne par un jugement. Au jour indiqué, les parties se présentent devant le tribunal, qui les interroge sur les faits de la cause.

- 2. La comparution de parties ne doit pas être confondue avec l'interrogatoire sur faits et articles, dont elle diffère en plusieurs points: 1º dans la première de ces deux voies, le tribunal entier assiste et participe à l'interrogatoire; dans la seconde, un seul juge y procède et en dresse procès-verbal; 2º la comparution de parties a lieu en audience publique; l'interrogatoire sur faits et articles se fait en particulier; 3º dans le premier cas, les parties sont en présence l'une de l'autre et s'expliquent contradictoirement; dans le second cas, la partie qui a requis l'interrogatoire de son adversaire n'a pas le droit d'y assister; 4º enfin, dans la comparution personnelle, les questions sont posées sans notification préalable; dans l'interrogatoire sur faits et articles, les questions doivent être notisiées au moins vingt-quatre heures à l'avance, sauf cependant celles que le juge peut poser d'office. - V. Interrogatoire sur faits et articles.
- 3. L'ancienne législation n'autorisait point les tribunaux ordinaires à ordonner la comparution des parties. C'était là, on ne sait trop pourquoi, une procédure exclusivement réservée aux juridictions consulaires. Cependant, comme ce moyen d'instruction est souvent indispensable dans les procès qui gisent en faits, les tribunaux civils et les parlements en faisaient aussi usage, en vertu du principe Cui jurisdictio data est, ea quoque censentur concessa, sine quibus jus dicere non potest. (L. 22, tit. 1. ff. De jurisdictione.) Aujourd'hui la loi autorise tous les tribunaux à ordonner la comparution, soit d'office, soit sur la demande des parties. Tel est, en effet, l'esprit de l'art. 119 du Code de procédure civile, ainsi conçu: « Si le jugement ordonne la comparution des parties, il indiquera le jour de la comparution. »

Cependant il a été soutenu que telle n'est point la portée de cet article; qu'il est plutôt

régulatif qu'attributif, et qu'il n'a pour objet que de prescrire la mention du jour de la comparution, lorsque le tribunal l'ordonne dans les cas prévus d'ailleurs par la loi. La cour de Bruxelles, devant laquelle cette doctrine a été plaidée, n'a pas cru devoir, dans son arrêt du 14 mars 1827 ( Journ. de cette cour, 1827, t. 2, p. 278), résoudre la question, quoiqu'elle l'eût déjà fait, en repoussant le même système par un arrêt du 27 novembre 1823 (Journ. de cette cour, 1824, t. 1, p. 397). Mais la doctrine et la jurisprudence sont unanimes aujourd'hui pour proclamer que l'article 119 du Code de procédure a eu pour but de rendre commune aux matières civiles une voie d'instruction que la loi ancienne avait réservée aux matières commerciales (1).

- 4. Indépendamment de la disposition générale de l'art. 119 du Code de procédure, le droit des tribunaux de commerce, en matière de comparution personnelle, a reçu une consécration spéciale dans l'article 428, qui les autorise « à ordonner, même d'office, que les parties seront entendues en personne, à l'audience ou dans la chambre, et, s'il y a empêchement légitime, à commettre un des juges, ou même un juge de paix, pour les entendre, lequel dressera procès-verbal de leurs déclarations. »
- 5. On a demandé si les juges de paix ont la faculté d'ordonner les comparutions personnelles, nonobstant la disposition de la loi qui autorise les parties à se faire représenter par des fondés de pouvoir? L'affirmative n'est pas douteuse. La règle établie par l'art. 119 du Code de procédure est générale, sans parler du principe fondamental énoncé ci-dessus. que le juge peut disposer de tous les moyens possibles de découvrir la vérité. Peu importe que les parties soient représentées par des fondés de pouvoir, puisque, devant le tribunal de première instance et devant la cour, la comparution personnelle peut être ordonnée. bien que la partie soit nécessairement représentée par un mandataire légal.

<sup>(1)</sup> En rapprochant l'art. 119 du Code de procédure civile de l'art. 327 du même Code, on voit que le premier a eu pour objet de créer une procédure distincte. Cet article porte que le jugement indiquera le jour de la comparution, tandis que, dans le cas de l'article 327, le juge-doit indiquer le jour de l'interrogatoire. Il n'y a donc pas de confusion possible. (Berriat-Saint-Prix, t. 1, p. 319.)

- 6. Si les tribunaux peuvent toujours ordonner la comparution des parties, ils ne sont jamais tenus de le faire; ils ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire, et l'exercice qu'ils en font, soit en accueillant cette mesure, soit en la rejetant, ne peut donner ouverture à cassation. La disposition de l'article 324 du Code de procédure civile n'est faite que pour l'interrogatoire sur faits et articles, et ne s'applique point à la comparution de parties. (Cass. 3 janvier 1832, S.-V. 32. 1. 352; D. P. 32. 1. 11.)
- 7. Peut-on interroger les parties séparément, ou n'ordonner la comparution que d'une seule? Bioche et Goujet (Dict. de proc., v° Comparution de parties) soutiennent la négative. La loi emploie le pluriel, disent-ils, et c'est de la contradiction des comparants qu'elle a voulu faire jaillir la lumière. Nous croyons qu'il est, en effet, plus avantageux et plus convenable que toutes les parties comparaissent en présence les unes des autres, et c'est ce qui a lieu dans la pratique; mais nous pensons cependant avec Pigeau ( Proc. civile, art. 2, § De la compar.), Thomine-Desmasures (t. 1, p. 236), Chauveau sur Carré (t. 1, p. 590), que rien n'empêche le juge, s'il le trouve convenable, soit d'interroger les parties séparément, soit de n'ordonner la comparution que de l'une d'elles. Son pouvoir, à cet égard, est discrétionnaire et illimité. L'argument tiré du mot parties, employé au pluriel, est sans valeur; car cette expression se retrouve avec le même nombre dans l'art. 324 du Code de procédure, qui s'applique cependant à l'interrogatoire d'une seule partie.

Quant aux tiers, leur comparution ne peut être ordonnée: c'est aux parties à les mettre en cause, ou à provoquer une enquête.

8. Le jugement qui ordonne la comparution des parties est-il préparatoire ou interlocutoire? Rauter (p. 247) qualifie ce jugement d'interlocutoire, et un arrêt de la cour de Rouen, du 17 janvier 1821 (Devillen. et Car. 6. 2. 352; J. P. 3° édit.), adopta cette dectrine, en se fondant sur ce qu'un pareil jugement préjuge le mérite de la demande, puisqu'il la subordonne à l'épreuve de la comparution personnelle. Nous ne pouvons admettre cette doctrine. Un semblable jugement ne préjuge rien; c'est là, si jamais il en fut, un jugement rendu purement et simplement pour l'instruction de la cause et par consé-

quent un jugement préparatoire. (C. pr. civ., 452; Pigeau, Introd. à la proc. p. 21; Demiau-Crouzilhac, p. 102; Carré, sur l'art. 119; Thomine-Desmasures, t. 1, p. 235; Poitiers, 18 janv. 1831, J. P. 3° éd.; Agen, 5 juill. 1831, S.-V. 32. 2. 672; J. P. 3° édit.; D. P. 32. 2. 155.) — V. Jugement.

9. Les auteurs se sont demandé si ce jugement doit être levé et signifié. L'affirmative n'est pas douteuse, lorsque le jugement est par défaut; mais il y a plus de difficulté lorsqu'il est contradictoire. Pigeau (t. 1, 240) et Thomine-Desmasures (t. 1, 235) pensent que, dans la loi, la signification est superflue, et que chaque partie est suffisamment avertic par le jugement prononcé en sa présence, ou par l'avis que lui en donne son avoué. La plupart des auteurs sont d'un avis contraire, et regardent avec raison la signification comme indispensable, lorsqu'on a la crainte que l'adversaire ne veuille pas comparaître.

Mais cette signification doit-elle être faite à avoué ou bien à personne ou domicile? La raison de douter vient de ce que les jugements interlocutoires ne se signifient que d'avoué à avoué, et que, d'après l'art. 70 du tarif, les avoués sont tenus de se présenter au jour marqué pour les jugements préparatoires ou de remise. Mais Carré (loc. cit.) fait remarquer avec justesse que ce qui résulte de là, c'est qu'on ne doit pas sommer l'avoué de se trouver à l'audience pour assister la partie, mais non qu'on puisse se dispenser de citer la partie elle-même, la citation à personne ou domicile étant de droit commun, et ne pouvant être faite à avoué que lorsque la loi l'autorise formellement. Lepage, qui se range à cette opinion, ajoute que la comparution ne dépend en rien des avoués; qu'elle est du fait personnel de la partie, et qu'il est nécessaire de mettre celle-ci en demeure personnellement de satisfaire au jugement. Boncenne (t. 2, p. 463) va plus loin: il pense qu'il faut faire une double signification à avoué et à partie, parce que le défaut de comparution pouvant entraîner certaines déchéances à l'égard de la partie qui le commet, il est plus sûr de prendre la marche suivie pour l'exécution d'un jugement, et de se conformer à l'art. 147 du Code de procédure, l'art. 70 du tarif ne s'appliquant qu'aux mesures d'instruction qui regardent uniquement l'avoué.

Le système de Boncenne est incontestablement le plus régulier et le plus sûr; mais en général, dans la pratique, lorsqu'on ne craint pas que la partie adverse refuse de comparaître, l'avoué le plus diligent se contente d'avertir sa partie et de donner sommation à l'adversaire pour le jour indiqué.

10. L'article 119 du Code de procédure porte que le jugement qui ordonne la comparution, indiquera le jour où elle doit avoir lieu. Ce jour peut être prorogé en cas d'empêchement légitime. (Bruxelles, 11 fév. 1809, S.-V. 14. 2. 41; D. A. 9. 580.)

11. En matière civile, la comparution a toujours lieu à l'audience publique. L'art. 428 du Code de procédure qui permet d'entendre les parties dans la chambre du conseil, n'est applicable qu'aux tribunaux de commerce.

Les parties répondent en personne, sans assistance de conseil, sans pouvoir lire aucun projet de réponse par écrit, et en s'abstenant de termes calomnieux ou injurieux : l'art. 333 du Code de procédure s'applique ici par analogie. Les plaidoiries s'engagent ensuite sur les conséquences à tirer des déclarations respectives.

Lorsque les parties sont présentes à l'audience, la comparution peut être demandée et avoir lieu immédiatement.

12. Il n'est point dressé procès-verbal des déclarations faites à l'audience par les parties. Mais si quelques-unes de ces déclarations ont eu de l'influence sur la décision du tribunal, elles sont mentionnées dans les motifs du jugement, afin qu'elles puissent être également appréciées par les magistrats d'appel. (Pigeau, 1. 316.)

Ces déclarations sont considérées comme formant aveu judiciaire. Aussi n'appelle-t-on en général les parties à comparaître que lorsqu'elles ont la libre disposition de leurs droits.

13. Carré (sur l'art. 119 du Code de procèdure, quest. 502) dit que la non-comparution d'une partie, ou son refus de répondre, doit la faire assimiler à celui qui ne veut pas subir un interrogatoire sur faits et articles, c'est-à-dire que les faits peuvent être tenus pour avèrés (C. proc., 330). C'est aussi l'opinion de Pigeau (Procéd. civ., § Comparution, art. 2), de Toullier (t. 10, p. 431, n° 299), de Thomine-Desmasures (t. 1, p. 236), de Boncenne (t. 2, p. 467), de Boitard (t. 1, p. 466); et c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation le 19 février 1812 (S.-V. 12. 1. 241; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 581). Cette doctrine nous paraît incontestable. Ce

n'est pas que la non-comparution ou le refus de répondre impose aux juges l'obligation de tenir les faits pour avérés; mais c'est une faculté qui leur est donnée, et dont ils peuvent user selon la gravité des présomptions qui naissent des circonstances.

COMPASCUITÉ. — C'est ainsi qu'on nommait, en quelques pays et particulièrement en Provence, le droit de pacage qui appartenait en commun à plusieurs communautés d'habitants.

COMPELLATION. — Terme de procédure usité dans les Pays-Bas; il désigne ce qu'on appelle en France interrogatoire sur faits et articles.

COMPENSATION (1). — 1. La compensation est la libération légale et réciproque de deux personnes qui sont en même temps créancières et débitrices l'une de l'autre : compensatio est debiti et crediti inter se contributio. (L. 1, ff. De compens.)

C'est un mode de paiement et par conséquent une cause d'extinction des obligations établi par la loi (C. civ., 1234, 1289).

2. La dénomination de ce mode de libération vient du latin pensare cum, peser avec. En effet, dans les premiers temps, lorsque le poids et la pureté des métaux n'étaient attestés par aucun signe public et authentique, on était réduit à les peser. (Heineccii Antiquitates, liv. 3, tit. 15, nº 2; Voët, ad pandectas de comp., lib. 16, tit. 2.) Plus tard, la compensation ne fut plus, comme aujourd'hui, qu'une fiction légale admise dans l'intérêt commun des parties, et d'après laquelle, lorsque deux personnes se trouvaient respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, on supposait que chacune d'elles avait réellement payé à l'autre ce qu'elle lui devait. On évitait par là un circuit inutile de paiement, suivant cette règle : quæ per pauca fieri possunt, non debent fieri per plura.

Compensatio est necessaria, dit la loi 3, ff. de compens., quia interest nostrá potius non solvere, quam solutum repetere.

- § 1<sup>er</sup>. Précis historique de la législation en matière de compensation.
- § 2. Des personnes qui peuvent ou auxquelles on peut opposer la compensation.

<sup>(1)</sup> Article de M. Miller, conseiller à la Cour de cassation.

[Tuteur (10). — Mari (11). — Régime dotal (12). — Séparation de biens (13). — Héritier bénéficiaire (14). — Société (19). — Codébiteur (20). — Caution (21). — Mandataire (26).]

§ 3. — Des dettes pour lesquelles la compensation est ou n'est pas admise.

[ Dettes certaines (29), — mobilières (32), — identiques (33). — Fruits (35). — Cause (40, 42). — Titre (40). — Dettes alternatives (41). — Dépôt. (43, 44). — Prêt à usage. (43). — Aliments (45). — Dot (48). — Dettes liquides (49). — Sursis (50). — Dettes exigibles (58). — Terme (59). — Obligations conditionnelles (63). — Rentes (65'. — Dette saisie (66).

§ 4. — Comment s'opère la compensation, et quels en sont les effets.

[De plein droit (68). — Appel (69). — Effets de la compensation à l'égard des parties (70), — à l'égard des tiers (74). — Renonciation (78).]

§ 5. — De la compensation relativement au fisc et aux dettes communales.

§ 1er. — Précis historique de la législation en matière de compensation.

3. Dans l'ancien droit romain, la compensation n'était admise que dans les actions dites de bonne foi, in bonæ fidei judiciis. Elle ne l'était pas dans les actions dites de droit strict, in stricti juris judiciis. Mais cette différence a été définitivement abrogée par la constitution de Justinien. Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus. (l. 14, Cod. De compens.)

4. C'est dans les règles pleines de sagesse tracées en cette matière par les oracles de la jurisprudence romaine, que nos législateurs modernes ont puisé toutes les dispositions qui nous régissent. Aussi scrait-il superslu de présenter ici un tableau de cette jurisprudence; nous aurons souvent à en invoquer les principes dans les paragraphes suivants, soit pour mieux fixer le sens des dispositions nouvelles, soit pour résoudre les disficultés qui n'ont pas sixé l'attention des rédacteurs du Code civil. Mais il n'est pas sans intérêt de rappeler que les principes de la législation romaine ne furent d'abord adoptés, en France, que dans les pays de droit écrit, et que, dans les pays de droit coutumier, plusieurs l

siècles après la découverte des Pandectes de Justinien, celui qui était assigné en paicment d'une dette, ne pouvait, pour faire rejeter la demande, opposer ce que lui devait son créancier, lors même que les deux dettes étaient également liquides et exigibles; il était obligé d'intenter à son tour une action particulière contre son débiteur.

5. L'explication d'un état de choses aussi contraire à l'équité se trouve dans la constitution féodale de la France à cette époque. On sait, en effet, que les seigneurs considéraient le droit de justice comme un véritable patrimoine, qu'ils faisaient fructisser et dont ils cherchaient à augmenter les revenus par tous les moyens possibles. Ils avaient donc intérêt à augmenter plutôt qu'à restreindre le nombre des procès, et par conséquent à rejeter la fiction du droit romain qui, en balancant justement les droits respectifs des parties, rendait inutile et sans objet une complication d'actions et d'instances. Leurs exigences furent même poussées si loin, que non-seulement les demandes reconventionnelles furent interdites, mais que la compensation de liquide à liquide ne fut même point admise: on avait pour maxime qu'une dette n'empêche point l'autre. (Loysel, l. 5, tit. 2, régl. 3.)

6. L'étude du droit romain fit sentir l'injustice d'une jurisprudence aussi contraire aux intérêts des parties; de vives réclamations s'élevèrent de toutes parts, et pour porter remède à cet état de choses, comme pour ne pas laisser échapper l'occasion de conquérir ou de reprendre une partie des prérogatives attribuées aux seigneurs ou usurpées par eux, les rois introduisirent l'usage des lettres délivrées en chancellerie, en vertu desquelles on demandait, dans les pays coutumiers, la compensation, qui s'opérait de plein droit, ipso jure, dans les pays de droit écrit, conformément aux lois romaines.

7. Un nouveau pas fut fait lors de la première réformation des coutumes : la doctrine de la compensation fut adoptée, mais seulement comme exception. L'art. 74 de la coutume de Paris, réformée en 1510, est ainsi conçu : « Compensation n'a point lieu si ce n'est de liquide à liquide. »

Ce ne fut que lors de la nouvelle réformation, faite en 1580, que la compensation fut admise comme règle générale. « Compensation, porte l'art. 105 de cette dernière rédaction, a lieu d'une dette liquide à une autre pareillement claire et liquide. » Cette disposition devint le droit commun de la France, et depuis ce temps, la compensation s'opéra, comme à Rome, de plein droit et par la seule force de la loi.

- § 2. Des personnes qui peuvent opposer et auxquelles on peut opposer la compensation.
- 8. Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives (C. civ., art. 1289, 1290). En effet, nul ne peut être créancier d'un autre que sous la déduction de ce qu'il lui doit, ni son débiteur que sous la déduction du montant de sa créance personnelle.
- 9. De la nécessité du concours de la double qualité de créancier et de débiteur, il résulte que la créance et la dette compensables doivent appartenir aux personnes qui opposent ou auxquelles on oppose la compensation. Ainsi la compensation a lieu entre les créances d'un tuteur contre son pupille, et celles du pupille contre son tuteur. C'est ce qu'a reconnu formellement un arrêt de la cour de Toulouse, du 21 juin 1832 (S.-V. 32. 2. 494; J. P. 3e édit.; D. P. 32. 2. 195), qui a admis une tutrice à compenser avec sa créance contre ses pupilles, les sommes qu'elle avait touchées pour eux et dont elle était comptable : la tutrice et les mineurs se trouvaient, dans ce cas, respectivement créanciers et débiteurs l'un de l'autre.
- 10. Mais le tuteur, curateur, ou tout autre administrateur légal ou judiciaire, ne peut opposer, en compensation de sa propre dette, ce qui est dû à son pupille, ou à celui dont il exerce les droits et actions en qualité d'administrateur; et son débiteur personnel ne peut pas davantage lui opposer en compensation ce que doit le pupille ou la personne quelconque dont il administre les biens. Cette solution est applicable à la créance de la femme séparée de biens, qu'on voudrait compenser avec une dette du mari, ou à la créance du mari avec laquelle on voudrait compenser la dette personnelle d'une femme séparée de biens. Dans tous ces cas et autres semblables, il n'y a pas concours des qualités de créancier et débiteur, ni coexistence de deux dettes respectives; car le tuteur ou administrateur n'est pas tenu des dettes de son

pupille ou de celui dont il administre les biens; le mari n'est pas tenu des dettes de sa femme séparée de biens: vice versā, le pupille, ou celui qui a un administrateur quelconque, et la femme séparée de biens, ne sont pas tenus des dettes de leur tuteur, administrateur ou mari; et si l'on ne peut les contraindre au paiement réel de ce qu'ils ne doivent pas personnellement, on ne peut davantage les contraindre à la compensation, qui n'est qu'un mode de paiement.

11. Le mari peut opposer à son créancier personnel, et celui-ci peut opposer au mari sous le régime de communauté ou sous le régime simplement exclusif de communauté, ce qui est dû à sa femme ou par elle, sauf, dans ce dernier cas, les dettes qui, d'après les art. 1410, 1424, 1426 et 1427, étant contractées par la femme, ne peuvent donner lieu à aucune action contre le mari. On concoit pourquoi, sauf les exceptions que nous venons d'indiquer, sous le régime de communauté ou exclusif de communauté, la compensation doit avoir lieu entre les dettes personnelles au mari et les créances de sa femme contre ceux dont il est débiteur : c'est que le mari, sous ces deux régimes, jouit à titre de propriétaire, pendant le mariage, de tous les biens mobiliers de sa femme, et doit tout ce qui est dû par elle, sauf restitution par lui ou récompense à son profit lors de la dissolution du mariage. Ainsi, quand il recoit ce qui est dù à sa femme, il reçoit sa propre chose et n'est tenu à aucun emploi, comme lorsqu'il paie ce qu'elle doit, il se libère de sa propre dette. (C. civ., 1421 et 1531.)

12. MM. Duranton (Cours de droit, t. 12, p. 525, nº 415), Delvincourt (t. 2, p. 575, note 4), pensent qu'il en serait de même s'il y avait stipulation de régime dotal et qu'il s'agît de la dot de la femme. Suivant ces auteurs, le mari pourrait, sans recours ultérieur de lui ou de sa femme, opposer en compensation à son propre créancier les créances dotales de sa femme. Ils se fondent sur ce que, aux termes de l'art. 1549 du Code civil, le mari a seul le droit de poursuivre les détenteurs et les débiteurs de la dot, et que, lorsque l'obligation d'en faire emploi ne lui a pas été imposée par les conventions matrimoniales, il est réellement, pendant le mariage, propriétaire de la dot qu'il doit recevoir, sauf restitution après la dissolution du mariage. Il suivrait de cette doctrine que le

créancier personnel du mari pourrait opposer sa créance contre celui-ci, en compensation de la dot dont il serait débiteur ou détenteur. Cette solution se concilierait difficilement avec les principes consacrés par la Cour de cassation, et adoptés par plusieurs cours royales, sur l'inaliénabilité de la dot, même mobilière. Plusieurs arrêts ont décidé que la femme mariée sous le régime dotal ne pouvait, en s'obligeant solidairement avec son mari, engager sa dot, et notamment en subrogeant des tiers dans son hypothèque légale. Un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, du 16 août 1837 (S.-V. 37. 1. 800; J. P. 1837. 2. 305; D. P. 37. 1. 401), va plus directement encore à la question telle que nous l'avons posée.

L'aliénation des biens et droits de la dame Berne, mariée sous le régime dotal, avait été permise par son contrat de mariage, sans qu'aucune condition d'emploi eût été prescrite. Après avoir contracté divers emprunts pour sûreté desquels ils avaient hypothéqué un immeuble dotal, les époux Berne ont vendu le même immeuble au sieur Bruyn, l'un des créanciers inscrits, et ont en même temps consenti des délégations sur le prix pour désintéresser les autres créanciers inscrits, le surplus devant se compenser avec ce qu'ils devaient à l'acquéreur. Sur l'action ultérieurement intentée par les époux Berne en nullité desdites délégations et compensations, il est intervenu, le 6 avril1835, un arrêt de la Cour royale de Lyon, qui en a prononcé la validité par les motifs suivants: « Attendu que, par l'effet de la vente, la dot est devenue toute mobilière; que, suivant l'art. 1549 du Code civil, le mari seul a qualité pour recevoir la dot mobilière de la femme; qu'il a été convenu que le prix dotal de la vente (déduction faite des créances de deux créanciers inscrits) était compensé avec les créances de Bruyn; que si la quittance de la dot mobilière passée par le mari est valable, à plus forte raison doit-il en être de même de la quittance passée par le mari et par la femme, ou, ce qui est la même chose, de l'affectation faite par le mari, du consentement de sa femme, de la dot de celle-ci au paiement des dettes contractées par les époux ou par l'un d'eux. » (J. P. 1837. 2. 305; D. P. 37. 1. 401). Cet arrêt a été cassé. Après les motifs tendant à établir l'inaliénabilité de la dot mobilière, voici ceux qui terminent l'arrêt de la Cour

de cassation : « Attendu qu'il pourrait se faire, à la vérité, que, par la condescendance de la femme et par l'effet de l'ascendant du mari, le prix fût diverti et appliqué au paiement des créanciers qui ne seraient devenus tels que depuis le mariage; que cet abus (qui serait de pur fait et ne saurait prévaloir contre le droit) entraînerait assurément un mal qui pourrait être sans remède, et ne laisser aucune trace à l'aide de laquelle il fût possible d'en empêcher la consommation: mais qu'en cela les époux auraient incontestablement fait à la loi et à leur propre contrat une fraude que la justice alors ne pourrait que déplorer; qu'au surplus, quand le mal n'est pas consommé, que les choses sont encore entières, il est du devoir des magistrats de venir au secours de la dot, et de sauver le patrimoine de la famille; que l'arrêt attaqué, en déclarant valables les délégations et compensations consenties par les époux Berne, a méconnu le principe de l'inaliénabilité de la dot et des deniers dotaux, principe qui est la base fondamentale du régime dotal. »

Ainsi la doctrine consacrée par cet arrêt repousse formellement celle des auteurs que nous avons cités. Elle ne se fonde pas, néanmoins, sur ce que le mari n'aurait pas le droit de recevoir la dot de sa femme, mais uniquement sur ce que cette dot est inaliénable et par conséquent insaisissable. Or, si un créancier quelconque ne peut saisirarrêter les deniers dotaux, celui qui en est débiteur ou détenteur ne peut pas davantage les saisir-arrêter en ses propres mains et les appliquer à son profit : car il n'a ni plus ni moins de droits que tout autre créancier.

- 13. S'il y avait entre les époux séparation de biens volontaire ou judiciaire, ou si, dans le cas de régime dotal, les dettes actives et passives de la femme étaient restées dans son paraphernal, la compensation n'aurait pas davantage lieu entre le mari et le créancier ou le débiteur de la femme; l'art 1289 reprendrait toute sa force.
- 14. L'héritier bénéficiaire ne confondant point ses biens avec ceux de l'hérédité (C. civ., art. 802), et les dettes et créances de la succession ne pouvant être regardées comme lui étant personnelles, la compensation légale n'a pas lieu entre ses créances ou ses dettes, et ce dont ses débiteurs ou ses créanciers personnels se trouvent créanciers ou débiteurs envers la succession.

15. M. Delvincourt (t. 2, p. 575, note 4) pense que le débiteur d'une succession bénéficiaire peut opposer la compensation de ce qui lui est dû par l'héritier, parce que le bénéfice d'inventaire n'a lieu qu'à l'égard des créanciers et des légataires de la succession. Sans doute le créancier de l'héritier peut, d'après les principes généraux du droit, poursuivre le paiement de sa créance sur tous les biens de son débiteur, par conséquent sur les biens de la succession qui lui est dévolue, lors même qu'il ne l'a acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Mais il n'en résulte pas cependant que la compensation s'opère de plein droit entre sa créance contre l'héritier et ce qu'il doit à la succession; car l'acceptation bénéficiaire a opéré, tant au profit des créanciers et des légataires de la succession qu'au profit de l'héritier, une séparation de patrimoines, dont l'effet inévitable est d'empêcher tout paiement et par conséquent toute compensation au profit des créanciers de l'héritier, au préjudice des créanciers et des légataires de la succession. - V. Bénéfice d'inventaire, nº 80.

Ce n'est que sur l'émolument net recueilli ou à recueillir par l'héritier bénéficiaire, après l'acquittement de toutes les charges héréditaires, que le créancier personnel de l'héritier peut exercer ses droits : la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers (C. civ., 1298); l'actif héréditaire est le gage spécial des créanciers et légataires de la succession. Il ne faut donc pas admettre le principe absolu posé par M. Delvincourt; il faut reconnaître, au contraire, qu'aucun créancier de l'héritier, et par conséquent celui qui est débiteur de la succession, comme tout autre, ne peut se faire payer sur l'actif héréditaire, soit réellement, soit par compensation, au préjudice des créanciers et légataires de la succession.

16. Mais comme l'héritier bénéficiaire peut renoncer aux dispositions introduites en sa faveur, et payer de ses propres deniers les créanciers de la succession, il peut évidemment leur opposer la compensation de ses créances personnelles contre eux; seulement la compensation ne pouvant alors résulter que de la volonté par lui manifestée, ne rétroagira pas au jour où les deux créances ont coexisté, et ne produira ses effets que du jour où il s'en est prévalu. (Lyon, 18 mars 1831, S.-V. 31. 2. 229; J.-P. 3° édit.; D. P. 31. 2. 203.)
17. Si la créance de l'héritier bénéficiaire

contre la succession n'était devenue susceptible de compensation qu'après le décès de son auteur, soit parce que le terme n'était pas expiré, soit parce que la condition suspensive ne s'était pas accomplie, soit pour toute autre cause légale, il faudrait faire une distinction : s'il n'y avait pas de créanciers opposants lorsque le terme est expiré ou la condition accomplie, en un mot, lorsque la cause qui empêchait la compensation vient à cesser, l'héritier bénéficiaire pourrait sans difficulté demander la compensation, soit contre les autres héritiers, soit contre un curateur au bénéfice d'inventaire, dans le cas où il n'y aurait pas d'autres héritiers, puisqu'alors les créanciers sont payés à mesure qu'ils se présentent (C. civ., 808). S'il y avait des créanciers opposants, il ne pourrait opposer la compensation à leur préjudice.

18. Il en serait de même du tiers débiteur et créancier de la succession bénéficiaire : si sa créance ou sa dette n'était devenue exigible ou liquide qu'après l'acceptation bénéficiaire, il ne pourrait se prévaloir de la compensation au préjudice des créanciers qui auraient formé opposition avant l'époque à laquelle la compensation était devenue légalement possible.

19. Les dettes d'un associé envers un tiers ne se compensent point avec ce que ce tiers doit à la société (Delvincourt, t. 2, p. 576). La raison en est que la société forme un être moral dont l'existence est entièrement distincte de celle des membres qui la composent, et que si les dettes de la société peuvent engager les associés, il n'en est point ainsi des dettes particulières des associés, qui n'engagent point la société. Mais le créancier de la société, qui est en même temps débiteur de l'un des associés, peut opposer à celui-ci en compensation la dette de la société, toutefois jusqu'à concurrence seulement de la part dont l'associé est tenu envers les tiers dans les dettes de la société, ou envers lui dans la dette sociale dont il s'agirait particulièrement. Le tiers débiteur de la société ne doit rien à chacun des associés en particulier, tant que dure la société et que la liquidation n'en est pas opérée. C'est pourquoi il ne peut se prévaloir de ce que lui doit l'un des associés, pour se refuser au paiement de ce qu'il doit à la société. Au contraire, le créancier de la société est en même temps créancier de chacun des associés, soit pour l'intégralité de sa créance, s'il s'agit d'associés en nom collectif et de sociétés commerciales, soit, dans les autres sociétés, jusqu'à concurrence de la part dont chacun des associés est tenu des dettes sociales à l'égard des tiers, en vertu de la loi ou de la convention. En conséquence, et puisqu'il a une créance personnelle contre chaque associé, indépendamment de son action contre la société, il est manifeste qu'il peut opposer à un associé la compensation jusqu'à due concurrence, lorsque cet associé est tenu envers lui pour tout ou partie de la dette sociale, parce qu'alors l'associé et lui sont respectivement créanciers et débiteurs l'un de l'autre.

20. Aux termes de l'article 1294 du Code civil, le débiteur solidaire ne peut opposer au créancier la compensation de ce qui est dû à son codébiteur. Néanmoins il est évident que si la dette contractée solidairement a été déclarée par jugement compensée avec la créance de l'un des débiteurs solidaires, le créancier étant payé par la compensation, n'a plus d'action contre aucun des codébiteurs. Pothier pense avec Domat, que le codébiteur solidaire peut opposer au créancier la compensation de ce que celui-ci doit à son codébiteur solidaire, jusqu'à concurrrence de la part dont ce dernier est tenu de la dette visà-vis de son codébiteur (Traité des obligations, part. 2, chap. 3, nº 274); ce qui entraîne, comme conséquence nécessaire, la faculté pour le codébiteur solidaire d'opposer la compensation pour le tout, si son codébiteur est seul tenu de toute la dette vis-à-vis de lui, cas prévu par l'article 1216 du Code civil. En effet, si la compensation n'était pas admisc, ce serait donner lieu à un circuit inutile; car le débiteur poursuivi pour la totalité d'une dette dont il n'est tenu que pour partie, pourrait saisir-arrêter entre les mains du créancier, jusqu'à due concurrence, la somme due par celui-ci au codébiteur solidaire. D'ailleurs, aux termes de l'article 1166 du Code civil, le débiteur poursuivi par le créancier peut, pour la part dont son codébiteur est tenu vis-à-vis de lui dans la dette solidaire, exercer les droits de ce codébiteur contre le créancier, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle il aurait action contre ce codébitcur; et comme celui-ci pourrait opposer la compensation, celui qui est fondé à exercer ses droits peut également opposer la compensation, mais jusqu'à concurrence seulement de la part de ce coobligé dans la dette solidaire. (Toullier, t. 7, p. 500; Duranton, Cours de droit, p. 540.)

Cependant la doctrine contraire a été consacrée par un arrêt de la cour de Colmar, du 16 juin 1821 (J. P. 3° édit.; D. A. 2. 415), dans une affaire bien plus favorable à la compensation, puisqu'il s'agissait non d'un codébiteur solidaire tenu d'une partie de la dette vis-à-vis de ses coobligés, mais d'une caution solidaire vis-à-vis de laquelle le débiteur dont ils'agissait de compenser la créance, était tenu de toute la dette. Nous entrerons dans quelques développements en examinant la question sous ce point de vue particulier.

21. La caution, dit l'article 1294, peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal; mais celui-ci ne peut pas opposer la compensation de ce qui est dû à la caution. La caution solidaire peut-elle également opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal? La raison de douter est qu'en ce cas l'engagement se règle par les principes établis pour les dettes solidaires, et que, comme nous l'avons vu, d'après l'article 1294, le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur solidaire, principe que l'arrêt cité (n° 20) de la cour de Colmar a déclaré applicable à la caution solidaire. A la vérité ce n'est que relativement au débiteur principal que la caution solidairen'est tenue d'aucune partic de la dette; à l'égard du créancier, elle est tenue comme le débiteur qu'elle a cautionné solidairement. Mais nous avons dit et nous persistons à penser que, même dans le cas d'obligation solidaire pure et simple, le codébiteur solidaire peut opposer la compensation jusqu'à concurrence de la part du codébiteur dont le créancier est luimême débiteur, et par conséquent pour la totalité, si le codébiteur solidaire auquel le créancier doit, est tenu de la totalité de la dette vis-à-vis de ses coobligés, cas prévu par l'article 1216 du Code civil. Ce n'est pas dans l'intérêt du créancier que la compensation est repoussée par l'article 1294, c'est dans l'intérêt du codébiteur solidaire dont on ne veut pas (à défaut d'exigence du créancier qui ne le poursuit point) employer la totalité de la créance à payer la totalité de la dette dont il n'est tenu que pour partie. Mais lorsqu'il s'agit, soit d'un débiteur solidaire tenu vis-à-vis de ses coobligés de la totalité de la dette, sans même qu'on se soit servi du mot caution, soit d'un débiteur avec lequel s'est obligée une caution solidaire, le créancier ne peut se plaindre de ce que la compensation lui est opposée par la caution solidaire : car, dès qu'il est désintéressé par le paiement qui résulte de la compensation, il n'a aucune objection à faire. D'un autre côté, le débiteur dont la dette propre est éteinte par la compensation, et contre qui la caution solidaire aurait recours pour la totalité, ne pourrait non plus se plaindre de ce que la caution aurait invoqué le bénéfice de la compensation. Le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation au delà de la part dont son codébiteur est tenu, parce qu'il ne peut exercer les droits de son coobligé contre lequel il a recours que jusqu'à concurrence de l'importance de ce recours, et qu'il n'a d'ailleurs pas le droit de forcer ce coobligé à faire le paiement, soit effectif, soit par la voie de la compensation, au delà de ce dont il est tenu. Celui-ci ne saurait être tenu de payer. soit réellement, soit par la voie de la compensation, au delà de la part dont il est tenu, que sur la demande du créancier exercant contre lui l'action solidaire. Mais la caution solidaire ayant un recours pour la totalité, évite un circuit d'actions en exercant, conformément à l'article 1166, le droit de son garant d'opposer la compensation : ce n'est pas là une exception purement personnelle au débiteur; la caution solidaire pourrait saisirarrêter entre les mains du créancier ce qu'il doit au débiteur principal; elle obtient un résultat plus prompt par la compensation, mais un résultat également juste.

22. Le débiteur d'une dette envers plusieurs créanciers solidaires ne pouvant pas payer l'un de ses créanciers au préjudice d'un autre qui aurait antérieurement dirigé des poursuites contre lui, et pouvant au contraire payer l'un ou l'autre des créanciers, à son choix, tant qu'aucune poursuite n'a été dirigée contre lui (C. civ., 1197, 1198), il s'ensuit qu'il ne peut opposer au créancier qui le poursuit la compensation de ce que lui doit un autre des créanciers solidaires, mais qu'avant toutes poursuites, il peut demander à faire consacrer la compensation de sa dette avec la créance qu'il a contre l'un des créanciers solidaires.

23. Quelques auteurs examinent si, lors même qu'il n'y a pas de cession de créances, un tiers consentant à compenser l'obligation contractée en sa faveur par le créancier avec

l'engagement du débiteur poursuivi, cette compensation doit être admise. En principe, aux termes de l'art. 1236, une obligation peut être acquittée par un tiers; mais la compensation n'a lieu qu'entre deux personnes qui se trouvent à la fois créancières et débitrices l'une de l'autre (art. 1289). Il suit de là que le créancier peut bien être contraint de recevoir le paiement réel que lui fait un tiers, mais qu'il ne peut être forcé à admettre une compensation directe de sa créance contre une personne avec ce qu'il doit à une autre personne. Le tiers qui veut contraindre à cette compensation doit céder sa créance au débiteur; car, s'il n'y a pas cession, ou c'est le débiteur qui oppose la compensation, et il n'est pas créancier; ou c'est le tiers qui la fait valoir, et il n'est pas débiteur : il n'y a donc pas lieu à la compensation en pareil cas contre le gré du créancier.

24. Si le consentement du tiers est donné de manière à pouvoir être réputé légalement une cession, alors il n'y a plus d'obstacle à la compensation, lors même que la créance du tiers serait inférieure à la créance pour laquelle on poursuit. Car, dès que le créancier serait tenu de subir le paicment partiel par la voie de la compensation, si son débiteur était son créancier direct, il en doit être évidemment de même lorsque le consentement d'un tiers est formulé de manière à constituer un transport; car le cessionnaire a les mêmes droits que le cédant.

· 25. A l'égard du tiers désigné pour recevoir paiement, tout se réduit à une question de fait: si c'est pour son compte qu'il doit recevoir le paiement, et qu'il a été désigné à cet effet, la compensation de ce qu'il doit peut lui être opposée; et lui-même peut opposer à son créancier la compensation de sa dette avec celle qu'il est autorisé à recevoir; mais s'il n'est que le mandataire légal, judiciaire ou conventionnel du créancier ou du débiteur, la compensation ne peut avoir lieu. En esset, le mandataire ne peut jamais opposer la compensation de sa propre dette avec la créance du mandant; et l'on ne peut opposer au mandataire, en compensation de sa créance personnelle, la dette du mandant envers le débiteur du mandataire: car l'actif et le passif du mandant et du mandataire sont et doivent rester distincts.

26. Deux arrêts de la Cour de cassation, des 27 décembre 1819 (S.-V. 20. 1. 143; D. A.

10. 629) et 10 janvier 1825 (S.-V. 25. 1. 211; D. P. 25. 1. 11) ont décidé qu'un négociant auquel des traites sont négociées par l'entremise d'un mandataire, ne peut compenser ce que lui doit ce dernier avec les sommes provenant des traites endossées directement à son profit par ceux dans l'intérêt desquels le mandataire avait agi. En effet, il n'y a pas dettes respectives, puisque ceux qui ont fait négocier les traites ne sont pas débiteurs de celui qui en a touché le montant, et que celui-ci, créancier du mandataire, ne lui devait rien, mais bien à ceux dans l'intérêt et pour le compte desquels le mandataire avait agi, et auxquels appartenaient les traites négociées. La règle en vertu de laquelle la compensation ne peut être admise qu'entre deux personnes à la fois créancières et débitrices l'une de l'autre, a été appliquée par un arrêt de la chambre des requêtes du 31 janvier 1828 (J. P. 3º édit.; D. P. 28. 1. 115) dans une espèce assez remarquable. Deux navires avaient été armés par les mêmes armateurs, mais avaient chacun une cargaison différente appartenant à des intéressés différents. Le chargement de l'un fut vendu à une maison qui cessa ses paiements; celui de l'autre fut réalisé au comptant. Le consignataire nanti des fonds recut des armateurs l'ordre d'en appliquer le montant à les couvrir de leur intérêt sur les deux navires. Mais la réclamation des intéressés de celui des deux navires de la cargaison duquel provenaient les fonds réalisés, a été accueillie par le motif qu'il s'agissait de deux opérations distinctes dans leur origine et leurs résultats; qu'elles étaient l'objet de deux commissions confiées séparément au même individu dans des intérêts différents; qu'en considérant cet individu comme comptable envers des intéressés différents, et en écartant le système de compensation mis en avant, la cour n'a pas violé la loi, puisqu'il faut que le même individu soit à la fois créancier et débiteur.

27. Le plaideur qui, ayant perdu son procès, a été condamné aux dépens avec distraction au profit de l'avoué de la partie adverse, peut-il opposer à ce dernier la compensation d'une créance antérieure sur lui avec le montant de ces dépens dont il est débiteur? — V. Avoué, n° 36.

Le cessionnaire d'un billet au porteur pourrait-il opposer au porteur la compensation du chef de son cédant? — V. Billet au porteur, n° 6; Commissionnaire, n° 84, 85, 218.

§ 3. — Des dettes pour lesquelles la compensation est ou n'est pas admise.

28. Il n'y a pas de compensation quand il n'y a pas deux dettes respectives. M. Merlin (vº Compensation, § 2, nº 15) examine si une dette susceptible de compensation peut être compensée avec une donation faite par le débiteur à son créancier; et il cite un arrêt du parlement d'Aix qui aurait jugė qu'une pareille donation était censée avoir été faite en compensation des sommes dues. L'article 1023 du Code civil consacre, en matière de legs, une doctrine contraire. Mais cette question paraît en quelque sorte étrangère aux règles sur la compensation, et se rattache plutôt soit à la novation, soit à l'interprétation des donations ou testaments. En effet, comment les rapporter au système légal de la compensation? Il n'v a ni deux dettes respectives ni deux personnes à la fois créancières et débitrices l'une de l'autre. Nous ne nous arrêterons donc pas plus longtemps à une hypothèse qui s'éloigne du sujet qui nous occupe.

29. Les deux dettes doivent être certaines et reconnues par la loi; il n'est pas nécessaire qu'elles soient égales quant à leurs quotités. Les deux dettes s'éteignent jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives (C. civ., 1290), quoiqu'aux termes de l'art. 1244 du Code civil, le débiteur ne puisse pas forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible, et que la compensation ne soit qu'un mode de paiement. Entre deux dettes inégales, la compensation a lieu parce que nul ne peut être créancier d'un autre que sous la déduction de ce qu'il doit à son débiteur, et vice versa, nul ne peut être débiteur que sous la déduction de ce que lui doit son créancier.

30. Nous avons dit que les deux dettes doivent être certaines. Le législateur, dit M. Jaubert, orateur du tribunat, n'exige nulle part qu'elles soient reconnues par les parties; car si l'une des parties se permettait de faire une mauvaise contestation et de soutenir, contre toute évidence, qu'elle n'est pas débitrice, et que la dette fût certaine, le tribunal ne pourrait refuser de déclarer la compensation; c'est ce qui sera plus amplement développé quand il s'agira d'apprécier la portée des principes suivant lesquels les deux dettes doivent être liquides. Mais si la loi n'exige pas que les parties reconnaissent

respectivement l'existence des deux dettes, il faut du moins que la légitimité n'en puisse être utilement contestée. Ainsi l'on ne peut opposer en compensation les dettes souscrites par des incapables, tels que les interdits, les mineurs, les condamnés à des peines afflictives et infamantes, les femmes mariées non autorisées; les dettes purement naturelles et pour lesquelles la loi n'admet aucune action en justice, telles, entre autres, que celles mentionnées dans l'art. 1965 du Code civil; celles dont remise aurait été faite par un concordat, et sans le paiement desquelles un failli ne serait pas admis à la réhabilitation. On conçoit, en effet, qu'en pareil cas, le paiement de la dette pouvant être contesté et refusé, la compensation, qui n'est qu'un mode de paiement, doit nécessairement être écartée : quæcumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt (1. 14, ff. De compensationibus).

Ces principes, qui ne peuvent être l'objet d'un débat sérieux, ont été formellement consacrés par un arrêt de la cour de Dijon du 27 décembre 1328, rapporté sous l'arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 1831 (S.-V. 31. 1. 277; J. P. 3° édit.; D. P. 31. 1. 218), dans une espèce où il s'agissait de l'obligation d'une femme mariée non autorisée, et par un arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 1841 (S.-V. 42. 1. 80; J. P. 1841. 2. 726), qui a déclaré que le créancier d'un failli ne peut compenser sa dette avec les sommes dont il a fait remise dans le concordat.

31. Une dette prescrite n'est pas reconnue par la loi, et ne peut par conséquent entrer en compensation avec une dette légalement reconnue, si le débiteur de cette dette prescrite s'oppose à la compensation. En effet, quand une dette est prescrite, si le débiteur provoque la prescription, l'obligation est éteinte, et aux yeux de la loi il n'y a plus de dette. (Merlin, Répert., v° Compensation, § 2, n° 9.) Cependant ceci n'est vrai qu'au cas où le temps de la prescription était accompli lorsque le créancier est à son tour devenu débiteur; car, si la prescription a été acquise seulement depuis que le créancier est devenu aussi débiteur, au moment où il y a eu concours des deux dettes non alors prescrites, la compensation s'est opérée par la seule force de la loi. (C. civ., 1290.)

32. La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une

somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, et qui sont également liquides et exigibles. (C. civ., 1291.)

Il faut donc que les deux dettes soient mobilières. Pothier propose un cas où une dette immobilière serait, selon lui, susceptible de compensation: c'est celui où l'acquéreur d'une part indivise dans un immeuble serait devenu. comme héritier d'un tiers, obligé à livrer à son vendeur, qui ne lui aurait pas encore fait délivrance de la chose vendue, une part indivise égale dans le même immeuble. Mais la vente est parfaite par le seul consentement des parties; et le retard dans la délivrance. qui ne consiste (C. civ., 1605) que dans la remise des clefs ou des titres de propriété, ne suspend pas l'exercice du droit même de propriété résultant du fait seul de l'acquisition. Du jour même de la vente, l'acquéreur exerce sur la chose à lui vendue tous les droits de propriétaire; et si, plus tard, il est, par l'effet d'une disposition de l'homme ou de la loi, tenu de délivrer à son vendeur une part indivise dans le même immeuble, c'est une obligation qu'il doit exécuter, mais qui ne peut détruire le fait désormais irrévocable de la propriété par lui acquise, fait qui a pu et dû produire, dans l'intervalle, toutes ses conséquences légales, c'est-à-dire toutes les conséquences qui se rattachent à la transmission du droit de propriété par le fait seul du consentement des parties. L'idée de compensation est inconciliable avec le principe que la propriété ne peut rester un moment incertaine, et qu'elle est transmise avant la délivrance réelle. Au surplus, cette discussion n'a pas d'importance réelle. En effet, bien que ce ne soit point par l'effet de la compensation, le vendeur d'un tiers ou d'un quart indivis dans un immeuble, devenu ensuite légataire d'un tiers ou d'un quart indivis dans le même immeuble, dont son acquéreur est tenu de lui faire délivrance, recouvre absolument la même chose qu'il avait auparavant.

33. Nous avons vu que les deux dettes doivent avoir également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce : Res fungibiles sic dicuntur, quia una vice alterius fungitur. Puisque les deux dettes doivent être d'une somme d'argent, ou d'une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, il faut qu'elles soient identiques dans leur objet : en

effet, le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que ce qui lui est dû, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande (C. civ., 1243). La loi ne pouvait donc permettre aux débiteurs de se libérer par la compensation en livrant, contre le gré du créancier, une chose au lieu d'une autre; ce qui arriverait si le débiteur d'une chose fongible d'une certaine espèce, avait la faculté de se libérer en opposant la compensation d'une chose fongible d'une autre espèce: Aliud pro alio invito creditori solvi non potest. (L. 16, Cod. De solut.) — V. Choses fongibles.

34. Toutefois, l'article 1291 consacre luimême une exception au principe général de l'identité des deux dettes : il porte que les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes d'argent. Cet article est général, et son application ne doit pas être restreinte au cas où il s'agirait de prestations annuelles. La discussion qui a eu lieu au Conseil d'état prouve que l'on a voulu faire jouir de la même faveur toutes les dettes de denrées dont le

prix est fixé par les mercuriales.

35. La disposition de l'art. 129 du Code de procédure civile a fait naître une dissiculté: aux termes de cet article, les jugements qui condamnent à une restitution de fruits, ordonnent qu'elle sera faite en nature pour la dernière année. Ces mots, en nature, ont sait penser à Toullier que la compensation ne pouvait jamais avoir lieu pour la dernière année de prestations en grains, puisque, selon le vœu du même article, la restitution en argent ne peut avoir lieu qu'autant que le paiement en nature est impossible. M. Duranton ( Cours de dr., t. 12, nº 390) n'adopte point cette opinion, et pense que l'article 129 doit être restreint au cas qu'il prévoit spécialement. Cette dernière solution paraît préférable : quand il s'agit d'une restitution de fruits, la dette consiste, non pas en une certaine quantité de grains ou denrées d'une qualité déterminée, mais dans la restitution même des fruits d'un immeuble désigné, fruits qui, pour la dernière année, peuvent n'avoir pas encore été consommés, du moins entièrement, par celui qui est condamné à les restituer, et dont la restitution en nature peut être plus équitable, soit dans l'intérêt de celui qui fat la restitution, soit dans l'intérêt de celui à qui

elle est due. Quand il s'agit d'une dette ou d'une prestation en grains ou denrées, le dernier paragraphe de l'article 1291 du Code civil est général et absolu, parce que le créancier pouvant, au moyen de la somme qu'il est supposé recevoir par l'effet de la compensation, se procurer les grains et denrées dont la prestation lui est due et qui ne doivent pas nécessairement être les produits d'un immeuble déterminé, il ne peut éprouver aucun préjudice. Mais, sauf cette exception partieulière, le principe de l'identité des deux dettes doit être religieusement respecté.

36. Pothier établit que les dettes de choses indéterminées d'un certain genre sont susceptibles de compensation. Il donne pour exemple le cas où deux personnes sont respectivement obligées l'une envers l'autre de livrer un cheval indéterminaté, sans spécifier quel cheval. Il n'y a pas lieu de s'arrêter à une pareille hypothèse ou à des hypothèses analogues : car il arrivera bien rarement, il n'arrivera peutêtre jamais qu'on s'oblige de livrer à un autre une chose non déterminée par son espèce, et qu'avant la livraison, le créancier de cette chose devienne obligé de livrer à son débiteur une chose également indéterminée du même genre. Revenons donc à des points d'une application plus réelle.

13

ėl

ès

fib

K1

33

12

31

2

41

(H

徳

113

Lit.

W

1

tx

12)

衛

31

的

in

Oi;

in

1/E

髄

(6)

12

37. Quoique les deux dettes soient de la même quantité de choses fongibles, il n'y a pas lieu à la compensation si l'une des deux dettes est celle d'un corps certain et déterminé. En esfet, vainement Paul, débiteur de Pierre d'une certaine quantité de pièces de vin provenant de sa récolte, deviendrait-il, à son tour, créancier de Pierre de la même quantité de pièces de vin, sans qu'il fût spécifié de quelle récolte; il est évident que Paul ne pouvant livrer à Pierre, sans le consentement de celui-ci, que des pièces provenant de sa récolte, ne peut, par la voie de la compensation, éteindre son obligation autrement qu'il ne pourrait l'éteindre par un paiement effectif; et si l'on forçait Pierre à reconnaître la compensation, on le forcerait à recevoir autre chose que ce qui lui serait dû.

38. Il n'en serait pas ainsi, selon Pothier, dans le cas où la compensation serait opposée par celui qui doit six pièces de vin in genere, à celui qui lui doit six pièces de vin de sa récolte, parce que si ce dernier eût livré ce qu'il devait, l'autre pourrait s'acquitter en lui livrant à son tour les mêmes pièces de vin, puis-

que, d'après son obligation, il avait la faculté de se libérer avec des pièces de vin quelconques, et par conséquent avec des pièces de vin de la récolte de son débiteur, s'il pouvait s'en procurer, comme avec des pièces de vin d'une toute autre source. Cette solution de Pothier n'est pas complétement satisfaisante, et fléchira nécessairement dans beaucoup de circonstances. En effet, aux termes des articles 1022 et 1246 du Code civil, le débiteur d'une chose indéterminée, s'il n'est pas obligé de la donner de la meilleure qualité, ne peut l'offrir de la plus mauvaise. Si donc les vins provenant de la récolte de l'une des parties étaient de la plus mauvaise qualité, le débiteur d'une certaine quantité de vins dont la qualité n'a pas été déterminée, ne pourrait offrir en compensation la même quantité de vin provenant de la récolte de son créancier. parce qu'alors il forcerait celui-ci à recevoir en paiement, ou ce qui est la même chose, à garder, par l'effet de la compensation, du vin de la dernière qualité, lorsqu'il avait droit d'en exiger qui ne fût ni de la meilleure ni de la plus mauvaise qualité. Il faut donc reconnaître que, dans cette hypothèse et dans des hypothèses semblables, les règles ne peuvent être abstraites et absolues, et que c'est aux tribunaux à discerner, en pareil cas, si les dettes sont de la même espèce.

39. Du principe du concours de deux dettes ayant le même objet, il résulte que le créancier de sommes d'argent ne peut être admis à les offrir en compensation contre la réclamation d'immeubles d'une valeur indéterminée: c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par un arrêt du 17 août 1829 (S.-V. 29. 1. 416; J. P. 3° édit.; D. P. 29. 1. 335).

40. Il n'est pas nécessaire que les deux dettes proviennent de la même cause (C. civ., 1293): compensatio debiti ex pari specie, licet ex causà dispari, admittitur (Paul, sentent. II, v, 3). Il n'est pas non plus nécessaire qu'elles résultent de deux titres de même nature : ainsi, une créance fondée sur un titre exécutoire peut être compensée avec une créance justifiée par un titre non-exécutoire; ainsi, une créance chirographaire peut être compensée avec un créance hypothécaire ou privilégiée; car la nature des titres ou les sûretés accessoires attachées à la créance n'empêchent point qu'il n'y ait concours de deux dettes ayant également pour objet une somme d'argent, et qu'au moment où les deux parties se trouvent respectivement créancières et débitrices, elles ne soient censées se payer chacune leurs dettes réciproques. M. Merlin (v° Compensation, § 2, n° 1) cite un arrêt de la Cour de cassation du 28 messidor an XIII, qui a consacré la compensation du montant d'un billet à ordre avec la somme due en vertu d'un titre exécutoire (S.-V. 6. 1. 73; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 620).

41. Si l'une des deux dettes est alternative, la compensation ne peut être opposée à celui auquel le choix appartient, mais elle peut être opposée par lui. En effet, tant que le choix n'est pas fait, on ne sait pas précisément en quoi consiste la créance : or, si le créancier d'une dette pure et simple, d'une somme d'argent, par exemple, l'offre en compensation à celui envers lequel il a contracté une obligation alternative et auguel en même temps il a réservé le choix, il lui offre autre chose que ce qui lui est dû, puisqu'au lieu d'une somme d'argent, le créancier a, d'après le contrat, la faculté de réclamer autre chose. Mais si, faute de stipulation contraire, le choix appartient au débiteur, le créancier de l'obligation alternative, débiteur d'une somme d'argent, ne pourrait offrir cette somme en compensation, parce qu'il ne peut forcer le débiteur de l'obligation alternative à payer autre chose que ce qu'il doit, et que ce débiteur a la faculté de ne pas payer une somme d'argent. Si c'est le débiteur de l'obligation alternative, dans le cas où le choix n'est pas réservé au créancier, ou, dans le cas contraire, le créancier d'une obligation de cette nature, qui oppose la compensation, elle doit inévitablement être admise, parce qu'en l'opposant, le débiteur ou le créancier de l'obligation alternative fait assez connaître son choix pour celle des deux choses qui est identique dans son objet avec la dette qu'il s'agit de compenser. Toutes ces solutions ne sont que des déductions logiques et rationnelles de la nécessité de l'identité des deux dettes. Il n'est pas besoin d'ajouter que lorsqu'une des deux choses promises ne peut être le sujet de l'obligation, ou vient à périr, la dette devenant pure et simple, l'application de la règle générale ne peut souffrir de difficulté (C. civ., 1192, 1193).

42. Nous avons dit (n° 40) qu'il n'était pas nécessaire que les deux dettes provinssent de la même cause; l'article 1293 indique, par exception, plusieurs cas où la disparité des causes exclut la compensation; et d'abord, | celui de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé: Spoliatus ante omnia restituendus. La morale s'oppose à ce qu'un individu profite en définitive d'un fait illicite et répréhensible, et retienne, même par voie de compensation, une chose dont il n'a jamais pu se considérer comme possesseur légitime, ou même la valeur de cette chose; car la possession de cette valeur ne peut avoir d'autre caractère que celui de la possession de l'objet dont elle est la représentation. M. Merlin (Rép. vº Compensation, § 2, nº 11) cite un arrêt du parlement de Flandre, du 12 mai 1780, qui repoussa la compensation dans une espèce assez singulière: le créancier d'un huissier, instruit que ce dernier avait en caisse une somme provenant d'une vente par suite de saisie-exécution, avait obtenu de lui, à force d'instances, la remise d'une partie de cette somme, en promettant de la rétablir en caisse dans les vingt-quatre heures. A l'expiration de ce délai, il opposa la compensation; elle fut écartée parce qu'on ne pouvait consacrer les movens illégaux, et en quelque sorte frauduleux, à l'aide desquels il aurait ainsi obtenu son paiement, malgré son débiteur et avec des deniers ayant une destination déterminée. En matière de spoliation, l'individu spolié a pu être empêché de faire de la chose spoliée, qu'il ne destinait pas au paiement du spoliateur, l'emploi qu'il se proposait d'en faire. Les choses doivent être remises dans le même état où elles auraient été si la spoliation n'avait pas eu lieu, et le spoliateur ne peut se payer, par voie de compensation, avec ce que l'individu spolié n'aurait pas affecté à cette destination, s'il eût conservé la possession de ce qui lui a été enlevé.

43. Le second cas prévu par l'art. 1293 comme exclusif de la compensation, est celui de la demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage. Cette disposition n'est pas une exception aux principes généraux sur la compensation; elle n'en est au contraire que la conséquence nécessaire. D'après l'art. 1915, le dépôt est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature. D'après l'art. 1932, le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue. A la vérité l'article 1930 prévoit qu'il peut se servir de la chose déposée avec la permission du dépo-

sant; mais si la permission a été donnée et qu'il s'agisse d'une somme d'argent ou d'une chose qui se consomme par l'usage, le contrat a été dénaturé, et le dépôt a été converti en prêt de consommation. Si la permission n'a pas été donnée, alors le dépositaire n'est pas seulement tenu de représenter une somme d'argent égale à celle qui lui a été remise, ou une chose fongible de la même espèce, il est tenu de rendre exactement l'argent même ou la chose déposée. Si le dépôt a été d'une chose qui ne se consomme pas par l'usage, et que le dépositaire ait obtenu la permission de s'en servir, le contrat devient un prêt à usage : c'est la dette d'un corps certain qu'on ne peut compenser.

14

W.

1

謝

10

11

i

6

gli

M

3

Pothier parle d'un dépôt irrégulier, tel que celui d'une somme d'argent pour la mêler avec d'autres sommes déposées par d'autres personnes, et la rendre non en mêmes espèces, mais en même valeur. Cette manière d'expliquer une prétendue exception, qui n'est que l'application des principes généraux à un cas particulier, n'est pas complétement satisfaisante, car on ne dépose pas de l'argent pour le mêler avec d'autres deniers. La seule chose possible, c'est que le déposant ait gardé le silence à cet égard, ou n'ait pas fait spécifier en quelles espèces la somme était déposée; que même il ignore en quelle monnaie le dépositaire a reçu pour lui une somme quelconque. Dans ces divers cas, il n'en est pas moins du devoir du dépositaire qui n'a pas la permission de se servir de la somme déposée, de la séparer pour la distinguer des autres valeurs qu'il peut avoir, afin de la représenter en nature. En définitive, tout se réduit au point de savoir si le dépositaire peut ou ne peut point se servir de l'argent déposé. Au premier cas, s'il use de la permission, le dépôt est converti en un prêt de consommation sans intérêts; au second cas, ou lorsqu'il ne s'en sert pas, c'est l'argent même qui a été déposé qui doit être rendu. Il ne peut donc y avoir de compensation.

44. Les principes sont les mêmes pour le prêt à usage : c'est la chose même que doit rendre l'emprunteur (C. civ., 1875, 1885). Au lieu de reconnaître simplement que le législateur a voulu, par une disposition expresse, appliquer les principes généraux à quelques cas particuliers, et, par exemple, à la compensation les conséquences légales de la nature

des contrats de dépôt et de prêt à usage, les commentateurs ont donné à l'art. 1293 un but et une portée qu'il n'a pas. Suivant M. Delvincourt (t. 2, p. 578), on aurait prévu le cas où la chose ayant péri par la faute du dépositaire ou du commodataire, il est tenu d'en rembourser la valeur. L'article 364 du Code prussien contient une disposition contraire, prise de cette règle de Brunnemann: Si dolo debita res perierit, et ità agatur ad æstimationem, non tamen locum habebit compensatio, tum ob fidem quæ hic exuberat, tum ne depositarius suo dolo vel latá culpá sibi jus compensandi acquirat. Suivant M. Toullier, l'art. 1293 s'appliquerait au prêt à usage de choses fongibles, quoique la loi (art. 1874, 1878) porte que ces choses ne peuvent être l'objet que du prêt de consommation; il se fonde sur la loi romaine, qui reconnaît qu'elles peuvent être prêtées ad pompam et ostentationem: non votest commodari id quod usu consumitur, nisí forte ad pompam et ostentationem quis accipiat. (L. 3, § 6, ff. commod.) On cite comme exemple le cas où un huissier ou un comptable emprunteraient une somme d'argent, le premier, pour faire des offres réelles qu'il sait positivement ne pas devoir être acceptées, le second, pour couvrir un déficit dans sa caisse, qui doit être vérifiée. Ces exemples ne sont pas concluants; car il est impossible d'admettre que le législateur ait prévu le cas d'emprunts dont la cause et le but ne peuvent être légitimement avoués.

Pour nous, il nous semble évident que l'art. 1293, quant à la restitution du dépôt ou du prêt à usage, ne fait que combiner les principes établis par l'art. 1291, avec ceux inhérents aux contrats de dépôt et de prêt à usage. Ainsi que nous l'avons déjà expliqué, le dépositaire ou le commodataire ne doit pas à son créancier une somme d'argent quelconque ou une chose fongible de la même espèce, quelle qu'elle soit; il doit identiquement la chose même déposée ou prêtée à usage, et il ne s'acquitterait pas de sa dette par la compensation, puisqu'il paierait autre chose que ce qu'il doit. Le dépositaire ne peut pas même compenser les dépenses nécessitées par le dépôt, jusqu'à due concurrence; l'art. 1948 ne lui donne pas le droit de s'attribuer la propriété du dépôt, mais seulement de le retenir jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû. C'est une espèce

de gage qu'il a entre les mains et dont on ne peut le forcer à se dessaisir avant d'être payé, mais dont il ne peut pas disposer.

45. Un arrêt de la cour de Paris, du 7 mai 1832 (S.-V. 32. 2. 552; J. P. 3º édit.; D. P. 33. 2. 21), a, dans ses motifs, consacré le principe que la somme touchée par un agent de change pour prix de vente réelle d'effets publics, était entre ses mains un dépôt à la restitution duquel il ne pouvait se soustraire en opposant, en compensation, des créances contre celui pour le compte duquel les effets publics avaient été vendus.

46. L'article 1293 exclut encore la compensation par une disposition formelle dans le cas où l'une des deux dettes a pour cause des aliments déclarés insaisissables. Cette disposition est fondée, d'une part, sur l'indispensable nécessité des aliments pour l'existence de celui auquel ils sont dus, et, de l'autre, sur le principe que les aliments ne pouvant être saisis par des tiers, le débiteur desdits aliments ne doit pas pouvoir se faire paver par la compensation plus que des tiers par une saisie. Cette exception s'étend aux dons et legs annuels faits aux hospices et autres établissements de charité. Ce sont, en effet, de véritables aliments destinés aux indigents. (Voët, ad Pandectas; Duranton, t.12, nº 452.)

47. Avant le Code, plusieurs auteurs, d'après Mornac, pensaient que les termes courants et à échoir des pensions alimentaires étaient seuls insaisissables, et que les termes arriérés pouvaient être compensés, parce que le créancier ayant été nourri et ayant vécu, nonobstant le défaut de paiement, ce qui peut lui être dû de sa pension alimentaire n'a plus pour cause la nécessité de sa subsistance. et ne mérite plus la même faveur. M. Merlin (Rép., v° Comp., § 2, n° 12) fait remarquer que le Code ne fait aucune distinction entre les arrérages échus et à échoir. Cette opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, du 17 mai 1831 (S.-V. 31. 1. 209; J. P. 3º édit.; D. P. 31. 1. 239), qui porte, en termes exprès, que le paragraphe 3 de l'art. 1293 est sans exception et doit s'appliquer même aux arrérages de pensions alimentaires échus antérieurement à la demande.

48. Les seuls cas où, en matière d'aliments, la compensation puisse et doive être admise, sont ceux prévus par l'article 582 du Code de procédure civile, c'est-à-dire ceux où

il s'agit de compensation de créances ayant pour cause des aliments avec des provisions alimentaires adjugées par justice, ou de compensations invoquées par des créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs d'aliments, et encore, dans cette hypothèse particulière, seulement en vertu de la permission du juge et pour la portion qu'il détermine. On conçoit pourquoi le principe qui exclut la compensation ne subsiste plus: c'est que la loi elle-même déclarant que les aliments, en ce cas, ne sont plus insaisissables, il n'y a plus lieu à l'application de l'art. 1293, qui ne parle que des aliments déclarés insaisissables. — V. Aliments, n° 31.

L'exception établie par l'article 1293, nº 3, ne s'applique du reste qu'au cas de compensation forcée résultant de la seule force de la loi, et non au cas d'une compensation volontairement consentie. Ainsi, la Cour de cassation, en décidant, par arrêt du 1er avril 1844 (S.-V. 44. 1. 468), que le pensionnaire pouvait céder les arrérages à échoir d'une pension alimentaire déclarée insaisissable, mais non déclarée incessible, a jugé que par suite la compensation pouvait en un tel cas avoir lieu : « Attendu, porte cet arrêt . que si la pension alimentaire dont il s'agit ne pouvait, aux termes de l'article 1293 du Code civil, être l'objet d'une compensation forcée, les arrérages en ont pu cependant être cédés par le demandeur, et conséquemment être compensés avec les avances qu'il avait recues pour satisfaire à ses besoins. »

49. Le principe de l'inaliénabilité et par suite de l'insaisissabilité de la dot de la femme marice sous le régime dotal, s'oppose aussi à la compensation des dettes personnelles à la femme, et payées par le mari avec la dot dont la restitution doit toujours être faite intégralement à la femme. Celle-ci ne peut, pendant le mariage, contracter aucune dette dont on puisse utilement poursuivre le paiement sur ses biens dotaux, et qui puisse compromettre en tout ou en partie sa dot, même mobilière. Toutes les fois donc que le mari aura pavé, à la décharge de sa femme, des dettes ayant une cause postérieure à la constitution de dot, il ne pourra y avoir lieu à compenser le montant de ces dettes payées avec la dot qui doit, après la dissolution du mariage ou la séparation de biens, revenir intacte à la femme. (Toulouse, 29 mars 1827, S.-V. 27. 2. 206; J. P. 3 édit.)

50. Outre les conditions déjà mentionnées comme prescrites par la loi pour que la compensation soit admise, l'article 1291 exige encore que les deux dettes soient également liquides. Une dette est liquide lorsqu'il est certain qu'il est dû et combien il est dû : cum certum est an et quantim debeatur. Ainsi une dette litigieuse, un droit incertain, une prétention douteuse et non réglée, un compte non arrêté, ne doivent pas empêcher l'exécution et les poursuites que ferait un créancier pour une dette claire et liquide, et ne pourraient valablement se proposer en compensation: c'est au juge devant lequel on oppose la compensation à discerner la dette claire et liquide d'avec celle qui ne l'est pas; c'est là une question de fait entièrement abandonnée à son appréciation (Cass., 29 mars 1841, S.-V. 41. 1. 581; J. P. 1841. 2. 140; D. P. 41. 1. 195.). Autrefois, lorsque la dette non actuellement liquide pouvait être facilement et promptement liquidée, on admettait la compensation: Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex quà compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum præstare. (L. ult., Cod. De compens.) « Dans plusieurs tribunaux, dit M. Bigot de Préameneu, orateur du gouvernement, le désir de prévenir les actions judiciaires avait introduit l'usage de regarder comme liquides les dettes d'une facile liquidation; mais il était impossible qu'il n'y eût pas de l'arbitraire, et l'on a fait, pour prévenir l'inconvénient des procédures, ce que peut le maintien respectif des droits des parties, en décidant que des prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des objets liquides et exigibles.» M. Bigot exprimait la pensée des rédacteurs du Code; car les procès-verbaux du Conseil d'état constatent qu'on avait proposé d'étendre l'article 1291 aux créances faciles à liquider et qui peuvent l'être promptement, et que cette proposition fut rejetée comme contraire aux principes de la matière : « La compensation de droit, est-il dit dans ces procès-verbaux, ne doit pas être confondue avec la compensation judiciaire, que des motifs d'équité pourraient faire admettre en justice. » (V. Fenet, t. 13, p. 89.)

接

mi gff

13

10

10

3

10

加

15

118

160

B

pr.

12

48

10

31

321

at:

4%

le:

12

51. Au surplus, le juge a le pouvoir d'accorder des délais et de donner ainsi à la

compensation le temps de s'accomplir, lorsque l'équité lui paraît l'exiger. Le compte que les procès-verbaux rendent de cette discussion, suffira pour faire connaître au juge qu'il a ce pouvoir. L'espèce d'hésitation des auteurs et de la jurisprudence à cet égard tient, selon nous, à ce qu'on n'a pas toujours distingué la compensation légale et de plein droit, de la compensation judiciaire résultant d'une demande reconventionnelle, et qu'on s'est trop préoccupé du mot compensation, sans s'arrêter suffisamment aux effets hien différents de la compensation légale et de la balance judiciairement établie entre deux dettes respectives, seulement à l'époque où le juge reconnaît la coexistence de ces deux dettes et les déclare liquides. La compensation légale et de plein droit, dont les effets principaux, ainsi que nous le verrons plus au long dans la suite, sont : 1° de faire cesser les intérêts de la créance qui en produit; 2º d'interrompre ou d'empêcher la prescription; 3º de rendre sans effet les saisies-arrèts ou cessions postérieures à l'époque où les deux dettes ont coexisté, ne saurait être admise et produire tous ses effets dans le cas où l'une des deux dettes serait liquide, et où l'autre ne le serait pas, quoique pouvant être facilement et promptement liquidée: car, tant que la liquidation n'est pas consommée, il serait impossible de faire un paiement effectif avec des valeurs non liquides, non réalisables immédiatement, et l'on ne peut saire par la voie de la compensation ni plus ni moins qu'on ne pourrait faire par un paiement effectif. Sans doute, ainsi que nous l'avons déjà dit, il n'est pas nécessaire que les deux dettes soient reconnues par les parties; il ne peut dépendre de l'une des parties, en élevant une contestation absurde ou dénuée de toute espèce de fondement, de détruire le bénéfice d'une compensation acquise et établie par la loi; il ne pourrait, par exemple, dépendre d'un débiteur, en alléguant qu'il était mineur lorsqu'il a contracté l'obligation, d'écarter la compensation. Comme la preuve de la fausseté du fait serait facile à faire immédiatement par l'une ou par l'autre des parties, une pareille allégation ou toute autre analogue, qui d'ailleurs n'ôte pas à la dette son caractère de dette liquide, ne serait pas un obstacle à la compensation avec tous ses effets légaux. Mais si une instruction est nécessaire pour établir la dette

opposée en compensation, elle ne peut être regardée comme certaine, elle ne peut servir de fondement qu'à une demande reconventionnelle (1).

52. Si le créancier auquel la compensation est opposée agit en vertu d'un titre exécutoire non contesté, titre dont l'exécution doit difficilement être suspendue par le juge, ou s'il agit pour le paiement d'une lettre de change non contestée, cas auquel, d'après l'article 157 du Code de commerce, les tribunaux ne peuvent accorder aucun délai, il est du devoir des magistrats de ne point suspendre, sous le prétexte d'une compensation qu'ils ne peuvent immédiatement admettre, les poursuites dans le premier cas. la condamnation et l'exécution dans le second. Mais s'il s'agit d'un titre non exécutoire même non contesté, en vertu duquel on sollicite une condamnation pour l'exécution de laquelle les juges, aux termes des articles 1244 du Code civil et 122 du Code de procédure, peuvent user de la faculté d'accorder des délais, rien ne s'oppose à ce qu'avant de prononcer la condamnation, ils ordonnent une instruction pour liquider la dette qui forme, sous le nom d'une exception de compensation, l'objet d'une demande reconventionnelle, et qu'après la liquidation, prononcant par un seul et même jugement, ils admettent la compensation, mais sans donner à cette compensation un effet rétroactif. Ainsi, si la créance de celui auquel la compensation était opposée, était productive d'intérêts, s'il s'agissait, par exemple, d'un billet à ordre dont les intérêts courent du jour du protêt, ou d'une reconnaissance portant stipulation expresse d'intérêts, ces intérêts auront couru jusqu'au jour de la compensation judiciairement prononcée, et la somme admise en compensation sera d'abord imputée sur les intérêts, subsidiairement seulement sur le capital.

53. Nous ne pouvons adopter l'opinion de M. Delvincourt (t. 2, p. 574 et 581), qui

<sup>(1)</sup> Cependant la Cour de cassation a décidé, par arrêt du 17 juillet 1832 (S.-V. 33. 1. 76; J P. 3° édit.; D. P. 32. 1. 352), qu'une Cour royale pouvait, après avoir déclaré la compensation admissible, renvoyer les parties à compter devant l'avoué le plus ancien, si, d'ailleurs, en ordonnant cette mesure préparatoire, elle a réservé aux parties tous leurs droits respectifs.

pense que la compensation reste en suspens jusqu'au jugement sur l'instruction, et que si elle est admise, elle est censée s'ètre opérée des le principe. Cette doctrine nous paraît formellement contraire au texte de l'article 1291 et à l'esprit de la loi manifesté par l'expose des motifs de M. Bigot de Préameneu. et par les procès-verbaux du Conseil d'état. Au surplus, malgré quelques tâtonnements inévitables et amenés, dans des espèces particulières, par un sentiment d'équité qui s'exagère quelquefois, la jurisprudence peut nous éclairer sur ce point. Il ne faut pas opposer l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 1811 (D. P. 2. 567; J. P. 3º édit.; D. A. 9. 666). Cet arrêt décide que la Cour royale n'a pas violé la loi en ordonnant que les parties contesteraient plus amplement sur demandes provisoire et reconventionnelle; qu'en effet, des juges auxquels des demandes respectivement formées par les parties ne paraissent pas suffisamment éclaircies, ont incontestablement le droit d'ordonner une plus ample instruction. Que résulte-t-il de cet arrêt? Non pas que la compensation légale et de plein droit avec tous ses effets pourra être ultérieurement et rétroactivement admise, mais seulement qu'il n'y a lieu d'admettre de suite aucune des deux demandes. Il est même formellement dit que les deux demandes ne sont pas suffisamment éclaircies, ce qui s'applique à la demande de celui auquel on oppose la compensation, comme à celle du débiteur qui l'oppose; la créance du demandeur lui-même n'est pas liquide. Ajoutons qu'il s'agissait de fermages d'une part, et de l'autre d'indemnités réclamées et d'avances répétées par le fermier. Or, en citant un autre arrêt rendu en semblable matière, il nous sera facile de démontrer qu'en pareil cas les décisions des tribunaux, fondées sur des principes autres que ceux de la compensation, peuvent consacrer les résultats d'une compensation proprement dite.

54. Les art. 1724, 1726, 1768, 1769, prévoient les cas du droit à une diminution proportionnelle du loyer ou du fermage. Si donc le locataire ou fermier oppose en compensation des répétitions d'une nature telle qu'elles doivent amener cette diminution, la compensation peut être admise de fait, jusqu'à due concurrence, avec tous ses effets légaux, parce que la compensation n'est alors autre chose que la diminution du loyer ou des fermages. C'est

sur ce fondement que, par arrêt du 28 janvier 1831, rapporté sous celui de rejet de la Cour de cassation du 29 novembre 1832, la cour de Rouen avait admis une compensation proposée devant elle : « Le propriétaire, dit cet arrêt, s'est soumis à livrer toutes les parties qu'il a louées et à faire jouir son locataire. Si celui-ci a été interrompu dans sa jouissance, il ne serait pas équitable d'appliquer le principe de droit qu'il n'y a de compensation qu'entre dettes liquides. » En rejetant le pourvoi contre cet arrêt, le 29 novembre 1832 (S.-V. 33. 1. 18; J. P. 3° édit.; D. P. 33. 1. 108), la Cour de cassation a reconnu que la cour de Rouen avait seulement déterminé la manière dont le bail devait être exécuté, et statué sur les obligations réciproques du locateur et du locataire. En effet, le locataire ne doit pas ses loyers purement et simplement, et d'une manière absolue; il ne les doit que comme prix de sa jouissance, et toutes les fois que le locateur ne peut le faire jouir de tout ou partie de la chose louée, il n'a plus de titre subsistant intégralement, puisque la condition sans laquelle le paiement ne doit pas avoir lieu vient à défaillir. Ainsi, les arrêts qui ont, en pareil cas, admis la compensation ne contredisent point le texte de l'art. 1291 et l'interprétation qu'il doit, selon nous, généralement recevoir. Toutes les fois au contraire qu'il y a eu jouissance complète de la chose louée, on a rejeté la compensation fondée sur des répétitions du locataire. Ainsi un arrêt de la cour royale de Rennes, du 3 janvier 1826 (J. P. 3e édit.; D. P. 26. 2. 188), décide que les poursuites dirigées par un propriétaire contre son fermier, en vertu d'un bail authentique, ne peuvent être arrêtées par une offre de compte; que la compensation ne s'opère que de liquide à liquide, et ne peut être admise entre des fermages dont le montant est déterminé et de prétendues améliorations qui, en les supposant constantes, avaient besoin d'être appréciées par experts.

55. L'arrêt de la chambre des requêtes, du 17 juillet 1832 (S.-V. 33. 1.76; J. P. 3° édit.; D. P. 32. 1. 358), dans l'affaire de Rohan, a bien soin de réserver dans ses motifs la question des effets légaux de la compensation, notamment quant au cours des intérêt à l'égard de la partie des sommes dont la liquidation restait à faire. L'arrêt de la Cour de cassation, du 3 février 1819 (S.-V. 19. 1. 279; J. P. 3° édit.; D. P. 19. 1. 243), ne contredit point,

dans sa première partie, la doctrine que nous avons exposée, et la confirme dans la seconde. « Attendu, dit cet arrêt, que le jugement déclare constant en fait que la créance du médecin pour le paiement de ses visites et soins n'est pas contestée au fond; qu'elle était liquide et exigible sans procès et sans autre retard que celui du règlement du mémoire par le jury médical; qu'ainsi il y a eu compensation de plein droit jusqu'à due concurrence, ce qui écarte l'application de l'article 2272. » Le débat s'agitait hors la présence de tiers: il n'y avait ni saisie-arrêt ni transports; le débiteur du médecin ne pouvait opposer efficacement la prescription, puisqu'il ne contestait pas la créance, et qu'en pareil cas le serment peut être déféré. La rédaction de l'arrêt prouve que la Cour de cassation, loin de s'écarter des principes, les a au contraire proclamés en ayant soin de constater que la dette du médecin était liquide et exigible. Mais la seconde partie du même arrêt le démontre encore mieux. Le médecin poursuivi, outre ce qui lui était dû pour soins et visites, opposait en compensation le prix d'un cheval par lui vendu à celui qui le poursuivait. La Cour de cassation a cassé, sur ce chef, l'arrêt attaqué, parce que cette créance étant contestée, n'était ni liquide ni exigible, et ne pouvait le devenir qu'après le jugement de contestations dont la durée était indéterminée et le résultat incertain.

56. Un arrêt de la cour de Paris du 13 mai 1830 (S.-V. 30. 2. 352; J. P. 3º édit.; D. P. 30. 2. 252) semble étendre un peu loin la compensation. Deux entrepreneurs avaient fait des travaux l'un pour l'autre; l'un d'eux tombe en faillite, et ses syndics assignent l'autre en paiement. La compensation a été admise par le motif que les travaux avaient été exécutés respectivement en même temps par les deux parties; que les prix étaient dus simultanément, et que si le montant définitif n'était pas arrêté entre les parties, il était facile à connaître par le règlement des travaux. Cet arrêt est difficile à justifier, sous le point de vue légal, en matière de compensation; mais tout porte à croire qu'il est juste au fond et appuyé sur les conventions formelles ou présumées des parties. Quand deux entrepreneurs ont simultanément exécuté des travaux pour le compte l'un de l'autre, on peut admettre entre eux l'existence d'une convention expresse ou tacite, en vertu de laquelle ils doivent se payer respectivement en travaux au lieu d'argent; et si l'arrêt de la cour de Paris peut prêter à la critique, c'est plutôt dans la rédaction des motifs que dans son dispositif.

En résumé, nous persistons à penser que la compensation légale avec tous ses effets ne peut exister qu'entre deux dettes également liquides; que le droit des tribunaux d'ordonner des instructions sur des demandes reconventionnelles qualifiées d'exception de compensation, ne peut pas aller jusqu'à donner à la compensation ultérieurement admise un effet rétroactif. C'est ce que décide formellement un arrêt de la cour de Bordeaux du 5 mai 1830 (S.-V. 30. 2. 348; J. P. 3e édit; D. P. 30. 2. 231), dont les motifs sont remarquables: « Considérant que si la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs, elle n'a cependant lieu qu'entre deux dettes également liquides et exigibles; que les fruits dont la restitution était due n'ont été liquidés que par le jugement du....; que par conséquent ils n'ont pu se compenser qu'à cette époque, soit avec les intérêts échus de la créance de celui qui les devait contre les créanciers de ces fruits, soit avec les capitaux; qu'aucune loi n'autorise à faire remonter cette compensation à des époques antérieures à la liquidation de la dette et à diminuer, par cet effet rétroactif, le montant des intérêts que la créance avait produits pendant le litige sur la liquidation. »

Cette doctrine est formellement consacrée par deux arrêts de la Cour de cassation des 9 novembre 1836 (S.-V. 36. 1. 803; D. P. 37. 1. 31) et 16 janvier 1837 (S.-V. 37. 1. 234; D. P. 37. 1. 150). Aux termes de ces arrêts, le débiteur qui prétend avoir payé des intérêts excédant le taux légal, et qui demande la restitution de cet excédant, ou la réduction du principal jusqu'à due concurrence, ne peut faire rétroagir la compensation à une époque antérieure à la condamnation par lui obtenue, parce qu'il n'avait qu'une créance facultative, qui ne devient liquide que par le jugement autorisant la restitution ou la réduction.

57. Il suit des principes ci-devant exposés que des dommages-intérêts accordés par jugement, mais non liquidés, ne peuvent être opposés en compensation; car, s'il y a une dette certaine de dommages-intérêts, la quotité de cette dette n'est point déterminée.

58. Si la dette, claire et liquide dans la plus grande partie de son chiffre, n'était contestée

que pour une somme peu importante, cette contestation devrait-elle être considérée comme mettant en doute la quotité de la dette entière, et comme la rendant, d'une manière absolue, non susceptible de compensation, ou bien l'exclusion devrait-elle se borner à la quotité contestée, le surplus restant compensé de plein droit? La question s'est présentée dans l'espèce suivante:

Une personne se trouvait créancière de 43.958 fr.: le débiteur, créancier à son tour de sommes liquides et exigibles, prétendait avoir pavé à la première un à-compte de 19,062 fr. 47 cent.; mais celle-ci soutenait que la somme payée ne s'élevait qu'à 13,427 fr. 50 cent.; en même temps la compensation était opposée entre la somme qui restait due et la créance de l'autre débiteur. Dans cet état, il s'agissait de savoir si cette exception était admissible pour la somme qui resterait certainement due, en supposant le paiement du plus fort à-compte; ou bien, si elle devait être rejetée comme portant sur une dette non liquide dans son ensemble. La Cour de cassation a admis la compensation partielle. Elle s'est fondée sur la considération qu'il n'y avait d'incertain que la dissérence de 13,427 fr. 50 cent. à 19,062 fr. 47 cent.; que, pour le surplus, la dette était parfaitement claire et certaine, et dès lors parfaitement compensable (17 juillet 1832, S.-V. 33. 1. 76; D. P. 32. 1. 358).

59. Aux termes de l'article 1296, lorsque deux dettes ne sont pas payables au même licu, on ne peut opposer la compensation qu'en faisant offre des frais de remise. Suivant M. Toullier (t. 7, nº 400), la compensation ne produit, en pareil cas, son effet que du jour où elle est opposée avec offre d'une somme pour frais de remise. Suivant M. Duranton, au contraire (Cours de droit, nº 386), la compensation doit s'opérer de plein droit, parce que la diversité des lieux où les deux dettes sont payables est une circonstance qui ne tient point à la nature des choses dues, et que le code n'exige pas d'autres conditions, pour que la compensation s'opère de plein droit, même à l'insu des débiteurs, si ce n'est que les deux dettes soient d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, également liquides et exigibles. Il est vrai qu'il y a encore à régler les frais de la remise; mais cela n'empêche pas que la compensation n'ait lieu, pas plus

que la nécessité de calculer les intérêts n'y fait obstacle. Cette dernière opinion nous paraît plus conforme aux principes sur la compensation, et nous n'hésitons pas à l'adopter, avec d'autant plus de raison que l'inégalité des sommes dues n'empêche pas la compensation jusqu'à concurrence des quotités respectives; et que, quelque soit le règlement des frais de remise, il n'y a pas moins coexistence de deux dettes respectives, liquides et exigibles, se balançant dans une certaine proportion.

60. Nous avons vu qu'entre autres conditions prescrites pour que la compensation ait lieu, l'art. 1291 du Code civil veut que les deux dettes soient également exigibles. Quod in diem debetur non compensabitur antequam dies venit (1. 7, ff. De compens.). La raison en est évidente : la compensation étant un paiement, le débiteur de la dette dont le terme de paiement n'est pas échu, n'étant pas encore tenu de la payer, ne saurait être tenu d'en admettre la compensation contre sa créance exigible. Mais si le terme n'est pas stipulé en faveur du créancier, le débiteur d'une dette non exigible peut l'opposer en compensation à la dette exigible qu'a contractée envers lui son créancier. En effet, en droit commun et sauf stipulation contraire, le débiteur a droit de se libérer avant le terme, et il peut le faire évidemment par la voie de la compensation comme par un paiement effectif.

61. Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation (1292): Aliud est diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratid tempus indulgeri solutionis (l. 16, ff. De compens.). Les délais accordés par le juge sont fondés sur l'impossibilité présumée de se libérer immédiatement; cette impossibilité ne peut être opposée au créancier qui, débiteur lui-même, peut se payer par ses propres mains et sans user des voies de contrainte que les juges, en accordant des délais, ont pour but de suspendre.

62. Les sursis accordés par des lois à certaines classes de débiteurs, par exemple, aux colons de Saint-Domingue, doivent-ils être regardés comme des termes de grâce qui n'empêchent point la compensation? Cette question qui maintenant n'a plus l'intérêt qu'elle a pu avoir, qui cependant pourrait s'agiter à l'occasion de toute autre loi qui accorderait des sursis avec les mêmes qualités et effets, a

été résolue affirmativement par divers auteurs ( Toullier, t. 7, nº 373; Duranton, Traité des contrats, nos 938 et suiv.). Cependant elle nous paraît susceptible de controverse dans le cas où le créancier du colon de Saint-Domingue pour vente d'habitation, de maisons et de nègres à Saint-Domingue, ou pour avances faites à la culture dans la colonie, est devenu, postérieurement aux lois et arrêtés de sursis, débiteur de ce colon, surtout postérieurement à celui de ces arrêtés aux termes duquel les saisies-arrêts ont été exclues du nombre des actes conservatoires que ces créanciers étaient autorisés à faire. On pourrait dire que ce n'est pas purement et simplement un terme de grâce; qu'il ne s'agit point d'une application du droit civil. Dans des circonstances graves et en dehors du droit commun, le législateur a fait une équitable appréciation de la position d'un débiteur qui, par une force majeure des effets de laquelle il n'a pu se garantir, est dépossédé de la propriété même pour laquelle la dette a été constituée. Sans doute le principe res perit domino est favorable au créancier; mais le législateur a dû, dans un cas exceptionnel, faire fléchir la règle absolue dont l'application rigoureuse pourrait être funesté. Si le colon, au lieu d'être créancier de celui auquel il doit, eût été créancier d'un tiers, celui dont il serait débiteur pour l'une des dettes que nous avons mentionnées ci-dessus, n'aurait pas eu le droit, aux termes des arrêtés de sursis, de saisir-arrêter, entre les mains de ce tiers, les sommes dues par celui-ci au colon de Saint-Domingue. Il est difficile d'admettre que le créancier du colon, devenu son débiteur depuis les arrètés de sursis, ait plus de droit que tout autre créancier du même colon à se saisir, par la voie de la compensation, d'une partie de l'actif de son débiteur. L'opinion des auteurs par nous cités peut donc être contestée.

63. Le débiteur, aux termes de l'art. 1188, ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. Occuponsnous d'abord du cas de faillite. L'art. 444 du Code de commerce dispose que l'ouverture de la faillite rend exigibles les dettes passives non échues; cette exigibilité entraîne-t-elle, comme conséquence légale, le droit pour celui dont la créance n'est devenue exigible que par l'ouverture de la faillite, de se prévaloir de la

compensation pour se dispenser de payer sa dette échue avant la faillite? La question ne peut s'agiter entre le failli et un créancier particulier, puisqu'aux termes de l'art. 443 du Code de commerce, à compter de la faillite, le failli est dessaisi de plein droit de l'administration de ses biens; elle ne peut donc être débattue qu'entre la masse des créanciers du failli et celui qui oppose la compensation. D'une part, suivant l'art. 446 du même Code, toutes sommes payées, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, pour dettes commerciales non échues, sont rapportées. D'autre part, les droits des créanciers sont irrévocablement fixés à l'époque de l'ouverture de la faillite. Le créancier particulier d'une dette non échue ne pourrait, au moment de la faillite, se prévaloir de la compensation ; il ne peut, dans le fait même de la faillite, puiser le droit de rendre sa position meilleure et de se créer un privilège au détriment de la masse des créanciers. C'est dans ce sens que la question a été résolue par plusieurs arrêts, et notamment par deux arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation, des 12 février 1811 (S.-V. 11. 1. 141; J. P. 3e édit.; D. A. 8. 70) et 17 février 1823 (S.-V. 24. 1. 82; J. P. 3° édit; D. P. 23. 1. 402); et par arrêts des cours de Lyon, du 25 janvier 1825 (S.-V. 25. 2. 126; J. P. 3º édit.; D. P. 25. 2. 127.), de Cassation (chambre des requêtes), du 9 janvier 1838 (S.-V. 38. 1. 518; D. P. 38. 1. 50) et de Rouen, du 13 déc. 1841 (S.-V. 42. 2. 56).

Il n'y a pas de distinction à faire entre les dettes commerciales ou non commerciales. La loi, en rendant exigibles (C. com., 444) les dettes passives non échues, ne les a rendues telles qu'avec la condition simultanée de la fixation irrévocable de la position et des droits des créanciers, dont la situation doit être privilégiée ou non, spéciale ou non, suivant qu'elle l'était ou qu'elle ne l'était pas au moment de la faillite. Quelque fondée que puisse être, hors le cas de fraude aux droits de la masse, la prétention du créancier pour dettes non commerciales de ne point rapporter les sommes à lui payées, soit réellement, soit par convention de compensation, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite (C. com., 447), il n'en résulte pas que la dette non commerciale qu'on n'est pas convenu de compenser avant la faillite, qui n'était pas à échéance lorsque cette faillite a été

ouverte, et qui n'est devenue exigible qu'en vertu de la loi et par le fait de la faillite, puisse entrer en compensation, contrairement au principe qui maintient sur le pied d'une égalité absolue les créanciers non nantis, privilégiés ou hypothécaires.

64. La décison doit-elle être la même dans le cas où le débiteur a, par son fait, diminué les sûretés stipulées par le contrat? M. Merlin (Rép. vº Compensation, § 2, nº 4) s'exprime ainsi : « Si le créancier à terme prouvait que le créancier dont la dette est échue a éprouvé, depuis la création de la dette à terme, un dérangement notable dans sa fortune, il pourrait opposer la compensation en offrant de déduire les intérêts ou l'escompte de sa créance à terme. » Le principe, en pareil cas, n'est pas le même qu'en matière de faillite; chaque créancier conserve le droit d'agir individuellement, et la masse n'est pas représentée par des administrateurs légaux, chargés de faire respecter l'égalité des droits à une époque déterminée. Si le fait, soit de la déconfiture, soit de la diminution des sûretés, n'est pas reconnu et donne lieu à une contestation réelle, la simple allégation du créancier à terme ne peut motiver la compensation légale. C'est seulement lorsque le juge aura constaté le fait, que, comme conséquence du fait reconnu, il admettra la compensation, mais sans rétroactivité à une époque antérieure. Autrement, ce serait admettre la compensation entre deux créances dont l'une n'était pas exigible et ne l'est devenue qu'au moment où les juges ont prononcé. Peu importe qu'il résulte du jugement que la déconfiture a existé, ou que les sûretés ont été diminuées antérieurement; le créancier à terme ne pouvait obtenir son paiement effectif, et par conséquent son paiement par la voie de la compensation, avant la décision des tribunaux sur le fait contesté: elle n'était donc pas exigible avant cette décision. — V. Duranton, Cours de dr., 3e édit., t. 12, no 411.

65. Si l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la compensation ne peut s'opérer jusqu'à l'événement de la condition : car jusque-là la créance n'est point exigible. La Cour de cassation, par arrêt du 20 décembre 1837 (S.-V. 38. 1. 46; J. P. 1838. 1. 56; D. P. 38. 1. 142), a décidé que des acceptations de traites à découvert ne constituaient au profit de l'accepteur qu'une créance éventuelle et soumise à une condition suspensive,

celle du paiement par l'accepteur en l'acquit du tireur; que, dès lors, elles ne pouvaient constituer en sa faveur une créance exigible, susceptible de faire la matière d'une compensation, tant qu'il n'est pas justifié que ledit accepteur les a payées.

66. Si l'obligation a été contractée sous une condition résolutoire, la compensation pourra être opposée, car cette condition ne suspend point l'exécution de l'obligation (C. civ., 1183).

67. Les arrérages échus de deux rentes perpétuelles respectivement dues peuvent être l'objet de la compensation; mais les capitaux de pareilles rentes, hors le cas où elles seraient l'une et l'autre devenues exigibles, notamment pour défaut de service des arrérages pendant deux ans (C. civ., 1912), ne peuvent se compenser, soit entre eux, soit avec une dette exigible: car, puisqu'on ne peut en exiger le paiement effectif, il est impossible d'en obtenir le paiement fictif qui résulte de la compensation.

68. Du principe établi qu'on ne peut compenser que les dettes exigibles, il résulte qu'on ne peut compenser une dette saisie avec une dette libre; c'est la disposition formelle de l'article 1298, qui ne fait que l'application du principe consacré par l'articlé 1242. Il en est de même de l'acquéreur d'un immeuble, qui ne peut payer et par conséquent compenser le prix par lui dû au préjudice des créanciers hypothécaires. Mais lorsqu'un créancier ayant hypothèque légale ou judiciaire, est devenu acquéreur de l'un des immeubles de son débiteur, et qu'il est le premier en ordre de recevoir, la compensation s'opère, et l'on ne peut le forcer à renoncer à cette compensation légale pour se faire colloquer sur d'autres biens de son débiteur. La compensation est un véritable paiement qui éteint la créance et l'hypothèque qui en est l'accessoire, en sorte qu'aucun des créanciers ne peut valablement demander à être subrogé aux droits de l'acquéreur dont la créance et l'hypothèque n'existent plus. Bordeaux, 7 juillet 1820 (D. P. 20. 2. 281).

# § 4. — Comment s'opère la compensation et quels en sont les effets.

69. La compensation s'opère de plein droit, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives (C. civ.,

1290). Compensatio solutioni aquiparatur et tollit ipso jure actionem. (1, 4, ff., qui potiores in pignore.)

70. La compensation a lieu par la seule force de la loi avant qu'elle n'ait été prononcée par le juge ou opposée par les parties; sans doute elle ne peut être sanctionnée par les tribunaux sans que la partie intéressée ait mis sous les yeux des juges les titres sur lesquels elle est fondée: car les juges ne peuvent deviner s'il y a une compensation acquise, et ne doivent statuer que secundum allegata et probata. ( Pothier, Des obligations, part. 3, chap. 4, nº 599; Merlin, Rép., vº Compensation, § 1, nº 4.) Ainsi, il est vrai de dire que les tribunaux ne peuvent suppléer d'office la compensation, en ce sens qu'ils ne peuvent attribuer d'office à l'une ou à l'autre des parties des créances non produites ou alléguées; mais ils peuvent la prononcer d'office, en ce sens que, lorsque deux créances respectives sont réclamées par les parties, si elles réunissent tous les caractères légaux qui motivent la compensation, ils peuvent et doivent admettre la compensation, quand bien même les parties s'abstiendraient de la proposer ou prétendraient l'une et l'autre qu'il n'y a pas lieu à l'admettre. Ce n'est pas là statuer sur choses non demandées; car, du moment où deux parties poursuivent des condamnations réciproques, il est du devoir des juges de n'admettre la demande de l'une qu'avec la déduction de ce qu'elle doit à l'autre. Les auteurs graves qui se sont occupés de confirmer cette doctrine par des discussions approfondies, nous paraissent s'être livrés à une dissertation à peu près sans but, du moins sans application utile. Il est bien évident, d'une part, que jamais aucun tribunal ne se trouvera dans le cas d'attribuer à une partie une créance qu'elle ne réclamera pas, et de l'autre, que celui qui, repoussant la demande de son créancier par des moyens étrangers à la compensation, prétend, en outre, que ce dernier est son débiteur, tout en ne proposant pas expressément la compensation, en cherchant même d'abord à écarter la demande de son adversaire par des moyens indépendants de la compensation, confère au juge le droit et lui impose le devoir de la prononcer, si celui-ci reconnaît que la demande, vainement repoussée par les moyens principaux, doit être, en raison de la créance du défendeur, écartée en tout ou en partie par la compensation.

71. Au reste, comme toutes les exceptions péremptoires du fond, la compensation peut être opposée en tout état de cause, même pour la première fois en cause d'appel : c'est la disposition précise de l'art. 464 du Code de procédure. (V. Appel en matière civile, nº 147.) On peut même l'opposer après avoir été condamné par arrêt ou jugement définitif, parce que c'est une exception de paiement qui, par conséquent, se propose autant contre l'exécution du jugement et pour empêcher le paiement effectif de la condamnation prononcée, que contre l'action intentée. Quelques auteurs croient devoir ajouter qu'elle n'est plus proposable quand elle a été définitivement rejetée par le juge, et qu'elle peut encore être opposée quand la cause qui en a motivé le rejet a cessé. C'est encore un luxe de doctrine auquel il est peu utile de s'arrêter. Il est de toute évidence que s'il a été jugé, par exemple, qu'une créance opposée en compensation était prescrite, on ne peut, ultérieurement et après le jugement, en vertu de la même créance, se prévaloir de l'exception de compensation; car il est irrévocablement décidé qu'on n'a pas de créance utile et reconnue par la loi à opposer en compensation. De même, il n'est pas moins manifeste que si la créance opposée en compensation n'a été écartée que par une cause purement temporaire ou accidentelle, par exemple, parce qu'elle n'était pas alors liquide ou exigible, cette créance devenant liquide ou exigible avant l'exécution de la condamnation, on ne viole pas l'autorité de la chose jugée en opposant la compensation de nouveau; car il a été jugé seulement qu'elle ne pouvait être admise immédiatement au moment où elle a été opposée, mais non pas qu'elle ne pût l'être ultérieurement. De même qu'on peut paralyser l'exécution d'une condamnation en se prévalant d'une créance compensable acquise postérieurement à la condamnation, on peut évidemment arriver au même résultat à l'aide d'une créance antérieure qui ne réunissait pas d'abord, mais qui a réuni depuis tous les éléments requis pour la compensation.

72. Quant aux effets de la compensation, il faut les apprécier à l'égard des parties entre elles et à l'égard des tiers.

Entre les parties : du jour où les deux dettes ont coexisté avec tous les caractères légaux qui légitiment la compensation, les intérêts cessent de courir, encore que l'une des deux dettes seulement fût susceptible d'en produire; car, dès que la compensation éteint les dettes, une créance éteinte ne peut plus produire d'intérêts. Il faut observer toutefois que si l'une des deux dettes n'étant pas d'abord reconnue et avant été contestée, n'est devenue compensable qu'après l'examen du juge et en vertu de sa décision, les deux dettes n'ayant, en ce cas particulier, coexisté qu'au moment du jugement, celle dont l'existence était certaine et n'était pas méconnue a dû continuer à produire des intérêts jusqu'au jour où le juge a statué: il n'est pas au pouvoir des tribunaux de donner un effet rétroactif à une compensation qui n'était pas admissible dans le principe, et qui n'a eu de base que dans la décision même. - V., dans ce sens, Bordeaux 5 mai 1830 (S.-V. 30. 2. 348; J. P. 3e édit.; D. P. 30. 2. 231), et deux arrêts de la Cour de cassation des 9 nov. 1836 (S.-V. 36. 1. 803; D. P. 37. 1. 31) et 16 janvier 1837 (S.-V. 37. 1. 234; D. P. 37. 1. 150). Mais revenons à la compensation légale et de plein droit.

73. Elle empêche le cours de la prescription: la compensation étant un paiement opéré par la seule force de la loi, on ne peut être admis à prétendre qu'une créance payée soit réellement, soit par la compensation, a pu être prescrite depuis. Quand on réclame le paiement d'une créance, si le débiteur poursuivi justifie qu'avant l'accomplissement du temps requis pour prescrire, il avait à opposer à son créancier une créance liquide et exigible, susceptible enfin d'ètre admise en compensation, il établit suffisamment que la loi a pour lui éteint, en temps utile, par la compensation, la créance pour laquelle on le poursuit. Puisque c'est du jour de la coexistence des deux dettes compensables qu'elles se sont, en vertu de la loi, éteintes réciproquement par la compensation, cette extinction étant antérieure à l'époque à laquelle la prescription aurait eu lieu, l'une des parties ne peut plus, par une poursuite ultérieure, faire revivre une créance irrévocablement éteinte. Il n'est pas nécessaire qu'avant le temps requis pour la prescription, on l'ait interrompue par une mise en demeure, ou une demande judiciaire en reconnaissance de la compensation acquise; le paiement légal par la compensation produit le même effet que le paiement effectif. C'est ce qui résulte

de l'arrêt du 3 février 1819, cité nº 55, aux termes duquel la compensation d'une créance contre un médecin avec ce qui lui était dû pour soins et visites a été admise, sans demande du médecin, à l'époque de la coexistence des deux dettes, bien qu'au moment où. actionné en justice, le médecin opposait la compensation, le temps pour la prescription de sa créance personnelle aurait été accompli. C'est aussi ce qui a été décidé par un arrêt de la cour de Bordeaux, du 28 janvier 1828 (V. cet arrêt rapporté sous celui de cassation du 24 août 1831), où on lit ce qui suit : « Attendu qu'il importe peu que la compensation soit opposée dans un temps où l'une des deux dettes serait prescrite; qu'il suffit. suivant tous les auteurs, que la compensation se soit opérée avant la prescription. » Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la chambre civile de la Cour de cassation, le 24 août 1831 (S.-V. 31. 1. 316; J. P. 3º édit.; D. P. 31. 1. 293), sans qu'il apparaisse, soit par l'exposé de l'arrêtiste, soit par les motifs de la Cour de cassation, qu'on ait même révoqué en doute devant cette cour cet effet légal de la compensation. — V. aussi un arrêt de la cour de Rennes, du 1er avril 1841. (J. P. 1841. 2. 495.)

74. Le principe de la compensation légale a l'insu des débiteurs a été appliqué par la chambre des requêtes, le 11 février 1829 (S.-V. 29. 1. 151; J. P. 3° édit.), dans une espèce qu'il peut être utile de faire connaître.

La dame Verdonnet s'était, en l'an x, reconnue débitrice de 1666 fr. envers un sieur Delolme; plus tard, elle prêta à ce dernier 1600 fr.; puis, le 24 août 1819, elle fit à la nièce dudit Delolme donation du droit de recouvrer les 1600 fr. dus par son oncle. Les héritiers Delolme réclamèrent les 1666 fr. que la dame Verdonnet avait reconnu devoir à leur auteur. La compensation acquise avant la donation fut opposée, et la cour de Riom l'admit par arrêt du 17 mai 1827, rapporté sous celui de rejet du 11 février 1829, cité ci-dessus. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par le motif que la cour de Riom ayant reconnu que les deux dettes étaient justifiées et liquides, elle a pu décider qu'elles s'étaient compensées de plein droit dès le moment qu'elles étaient devenues exigibles, et qu'à l'époque de la donation, la dame Verdonnet n'était plus débitrice que de la dissérence.

75. Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensa-

bles dues par la même personne (C. civ., 1297), on suit pour la compensation les règles établies pour l'imputation par l'article 1256, bien entendu que ce principe reçoit son application absolue seulement à l'égard des dettes respectives ayant coexisté en même temps, et non pas à l'égard de celles qui n'auraient été créées ou liquidées qu'après l'époque à laquelle la loi aurait opéré la compensation. En un mot, ce n'est pas le moment où la compensation est opposée devant le juge qu'il faut considérer, mais l'époque à laquelle les dettes compensables ayant coexisté, la loi en opérait l'extinction réciproque. Ainsi l'article 1256 doit être scrupuleusement observé à l'égard des diverses dettes déjà contractées par un débiteur lorsqu'il est devenu créancier d'une somme compensable. Mais s'il a contracté postérieurement une nouvelle dette, lors même qu'elle serait pour lui plus onéreuse et qu'il aurait plus d'intérêt à l'acquitter que les dettes antérieures, la compensation ne pourrait être admise à l'égard de cette dette nouvelle, parce qu'on ne peut faire revivre une créance, éteinte de plein droit avant l'existence de cette nouvelle dette, par la compensation avec les dettes qui existaient déjà lorsqu'il est devenu créancier. (Pothier, Traité des oblig., part. 3, chap. 4, nº 600.)

76. S'il n'est pas justissé qu'au moment où le créancier a reçu des à-compte, les intérêts de la dette fussent liquides et exigibles, les à-compte peuvent et doivent être imputés sur le capital, et les capitaux dus se compensent avec les à-compte payés, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, au fur et à mesure qu'ils se trouvent exister à la fois, et par suite, l'imputation sur les intérêts peut et doit être restreinte aux intérêts des sommes restant dues après cette compensation. (Cass. 18 janv. 1832, S .- V. 33. 1. 74; J. P. 3º édit.;

D. P. 32. 1. 30.)

77. Maintenant nous devons considérer les effets de la compensation relativement aux tiers. Les articles 1295, 1298 et 1299 établissent et déterminent ces effets.

Quand le débiteur dont la loi a éteint la dette par la compensation accepte la cession que son créancier a, depuis cette compensation, faite de ses droits à un tiers, il contracte par son acceptation une obligation formelle de payer le cessionnaire, qu'autrement il aurait induit en erreur et qui était de bonne foi; et quelle que soit la nature ou quel que soit

le mode de répétition qu'il aura à faire valoir contre le cédant, soit qu'il prétende faire revivre ses créances, soit qu'il agisse par réclamation de sommes payées et non dues, il n'en est pas moins personnellement et expressément obligé envers le cessionnaire. Ce n'est point une atteinte au principe d'après lequel la compensation s'opère de plein droit en vertu de la loi, c'est la consécration du principe en vertu duquel celui qui contracte une obligation doit l'acquitter. Le législateur entend si peu modifier les règles sur la compensation légale, qu'il en fait, par le même article (1295), l'application immédiate la plus directe. En effet, cet article porte que la cession, même antérieure à l'époque où les deux dettes ont coexisté, n'empêche ou ne détruit pas la compensation, si la cession n'a été signifiée que postérieurement à cette époque : car tant que les tiers n'ont pas acquis de droits, ou que, pour sûreté de leurs droits, ils ne se sont pas opposés, notamment par une signification de transport, au paiement de ce qui était dû à leur cédant, il n'y avait aucun obstacle à la libération du débiteur; et puisqu'il pouvait se libérer par un paiement effectif, il a pu obtenir de la loi sa libération par le mode de paiement qu'elle a introduit ou consacré sous le nom de compensation. Les effets de la saisie-arrêt sont les mêmes, quant à la compensation, que ceux de la signification de transport (C. civ., 1298); suivant que le tiers avait ou non déjà pris des mesures conservatoires de ses droits au moment où la loi aurait admis la compensation, elle peut ou ne peut pas être opposée. (Cass. 14 août 1809, S.-V. 9. 1. 425; J. P. 3e édit.; D. A. 10. 631; id., 10 mars 1818, S.-V. 18. 1. 218; D. A. 9. 65; id., 24 déc. 1834, S.-V. 35. 1. 141; D. P. 35, 1. 119; id., 19 mai 1835; S.-V. 35. 1. 715; D. P. 35. 1. 245. - Bordeaux, 12 mai 1827, S.-V. 27. 2. 159; D. P. 27. 2. 151; id., 14 avril 1829, S.-V. 29. 2. 220; D. P. 29. 2. 209.)

78. M. Delvincourt (t. 2, p. 577, note 7) se demande si les cautions ou ceux qui ont hypothéqué leurs biens pour un autre, sont libérés par la compensation que le débiteur eût pu opposer et qu'il n'a pas opposée avant l'acceptation de la cession. Il se prononce pour l'affirmative, par suite de l'extinction légale et de plein droit des deux dettes prononcée par l'article 1290. Cette doctrine se concilie parfaitement avec l'explication par nous donnée des motifs qui font, dans le cas

de l'article 1295, subsister l'obligation de l'acceptant vis-à-vis du tiers. Elle subsiste parce que l'acceptant a contracté un engagement direct envers ce cessionnaire; mais la loi n'en avait pas moins opéré la compensation, et il n'a pu, par son fait personnel, nuire à ceux qui auraient pu comme lui opposer la compensation ou en profiter. M. Delvincourt s'appuie même sur le texte de l'article 1295, qui ne dit pas que la compensation ne peut plus être opposée, mais que le débiteur ne peut plus l'opposer.

79. Le même auteur (loc. cit., et page 576, note 6) cherche à établir que le débiteur peut opposer la compensation de créances devenues exigibles depuis la saisie-arrêt ou la signification du transport, mais acquises auparavant : autrement, dit-il, un débiteur de mauvaise foi, en même temps créancier, ferait, pour frauder celui qui pourrait opposer la compensation lors de l'échéance de sa créance, un transport de ses droits avant l'exigibilité.

Si la cession était faite en fraude des droits d'autrui, les tribunaux n'y auraient aucun égard; mais la question doit être envisagée indépendamment d'un pareil point de vue, toujours exceptionnel. Or, la doctrine de M. Delvincourt nous paraît contraire aux principes de la compensation; car il n'y a de dettes compensables que celles exigibles. Si donc la saisie-arrêtou la signification detransport est antérieure à l'exigibilité de la créance, elle est antérieure à l'époque où la compensation pouvait avoir lieu. Ainsi quand les articles 1295 et 1298 parlent de créances antérieures ou postérieures à la saisie-arrêt ou à la signification du transport, ils n'entendent évidemment parler que des créances réunissant les conditions requises pour que la compensation ait lieu, par conséquent des créances exigibles.

80. Nous avons vu que l'acquéreur d'un immeuble ne peut compenser avec ce qui luiest dû par l'ancien propriétaire, le prix de la vente, au préjudice des créanciers inscrits. C'est un des cas d'application du principe consacré par l'article 1298, portant que la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des droits acquis à des tiers; c'est aussi d'ailleurs l'application de cet autre principe, que la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes également exigibles: or, l'ancien propriétaire ne peut exiger le paiement du prix, puisqu'il est affecté à ses créanciers hypothécaires. La cour

de Paris a jugé, le 23 avril 1824 (S.-V. 25. 2. 202; D. A. 9. 420), que, du moment où, soit par la forclusion, soit par la main levée ou la nullité des inscriptions, la suspension de l'exigibilité de la part du vendeur est levée, la compensation a lieu.

81. Suivant l'article 1299, celui qui a payé une dette éteinte de droit par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.

La modification que la dernière partie de cet article apporte, dans le cas prévu, aux effets légaux de la compensation, tels qu'ils sont établis par l'article 1290, se justifie par de graves raisons d'équité. Pothier, à qui les rédacteurs du Code ont emprunté cette disposition, s'exprime ainsi (Traité des obligations. part. 3, chap. 4, nº 603): « La compensation étant une fiction de la loi, établie en faveur des parties, ne doit avoir lieu qu'autant qu'elle ne leur serait pas préjudiciable et ne les induirait pas en erreur : beneficium legis non debet esse captiosum. On ne doit pas supposer, en ce cas, qu'il y a eu une compensation, car elle serait préjudiciable à celui qui, ayant ignoré sa créance, a payé sa dette, et lui aurait, sans sa faute, fait perdre une créance pour laquelle il avait une hypothèque ou un privilége.

Mais cette exception confirme la règle; et toutes les fois qu'il n'y a pas eu juste cause d'ignorer la créance compensable, la compensation de plein droit aura produit tous ses effets. Ainsi celui qui, malgré la compensation légale, aura payé la créance éteinte par la compensation, répétera la somme payée et non due par l'action appelée condictio indebiti: si quis compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto (L. 10, § 1, ff. De compens.; C. civ., 1235, 1376.); mais sa créance, avec les priviléges, hypothèques ou cautionnements qui y étaient attachés, demeurera éteinte et ne pourra revivre que dans le cas particulier dont nous avons parlé et qui est prévu par la dernière partie de l'article 1299. Un arrêt de la cour de Pau, du 10 mai 1826 (S.-V. 27, 2, 126; J. P. 3º édit.; D. P. 27. 2. 107), par application du principe de la compensation légale, a décidé qu'un débiteur qui avait pavé la dette éteinte 'de plein droit par la compensation, ne pouvait réclamer le paiement de sa créance, qu'il ne pouvait que répéter les sommes non dues par lui payées depuis l'extinction de sa dette par la compensation; que, par conséquent, s'il a payé en assignats, il ne peut exercer son action en répétition que suivant la valeur réduite d'après l'échelle de dépréciation.

82. MM. Toullier et Delvincourt examinent si l'on peut renoncer d'avance à la compensation, et si l'on peut au moins renoncer à la compensation acquise. M. Toullier (t. 7, nos 393 et 525) dit qu'on ne peut y renoncer d'avance, mais que la renonciation à la compensation acquise est licite et efficace. Il regarde, par exemple, comme valable, la stipulation par laquelle le débiteur d'une somme pour argent prêté vend un bien quelconque à son créancier, moyennant un prix qu'il stipule non compensable avec la somme par lui due. M. Delvincourt (t. 2, p. 579 et 580) exprime la pensée qu'on peut renoncer à la compensation acquise; qu'on peut également renoncer d'avance à la compensation.

Cette doctrine absolue ne nous paraît pas admissible. La compensation, comme la prescription, est une exception péremptoire; la compensation, comme la prescription, éteint l'action : on ne peut d'avance renoncer à la prescription (C. civ., 2220); pourquoi n'en serait-il pas de même et à plus forte raison de la compensation? Vainement dirait-on que la dette stipulée non compensable n'aurait pas été contractée sans cette condition; la même objection pourrait être présentée en matière de prescription, et l'on pourrait dire que la dette stipulée non prescriptible n'aurait pas été contractée sans cette condition. Maintenant qu'il n'y a plus de rente perpétuelle non remboursable, on ne pourrait stipuler que le capital ne serait pas rembourse même après trente ans; de même, on ne doit pas pouvoir stipuler qu'il ne serait pas, après cette époque, remboursable par la voie de la compensation. Tout ce qu'on peut faire pour écarter l'époque de la compensation, c'est de reculer l'époque de l'exigibilité. On peut renoncer à se libérer immédiatement ou dans un temps donné d'une dette exigible, puisque la loi permet de stipuler le terme en faveur du créancier; on peut par conséquent renoncer à la compensation pour le moment, ou jusqu'à une époque prévue. Mais cherchons à appliquer la question, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers.

83. Entre les parties : comment concevoir qu'un débiteur poursuivi en paiement, qui a contre son créancier une créance liquide et exigible pour le paiement de laquelle il a immédiatement à sa disposition toutes les voies de contrainte, puisse être empêché d'user contre lui de ces diverses voies de contrainte. et soit obligé à un circuit d'action, lorsqu'il est si simple d'opérer une libération respective par la compensation? Dans quel but. sous quel prétexte se prévaloir d'une renonciation anticipée à la compensation? Nul ne peut avoir une créance liquide et exigible sans pouvoir exiger le paiement; tous les biens de son débiteur en sont le gage, à moins qu'il ne s'agisse d'un actif insaisissable; on ne peut renoncer à se libérer lorsque la dette sera échue; quel que soit le mode de libération, il ne peut être interdit.

84. Si l'on examine la question relativement aux tiers, on ne peut pas plus renoncer d'avance, d'une manière indéfinie et générale, au paiement par la compensation, qu'au paiement réel; et la renonciation d'avance. soit au paiement effectif à l'échéance, soit à la compensation, n'est possible que dans des circonstances données, jusqu'à une époque déterminée, ou en faveur de personnes désignées. Mais la renonciation d'avance à la compensation, lorsque cette renonciation ne doit profiter à aucune personne désignée et n'est point limitée à un cas prévu, ne saurait produire d'effet. Tout ce que nous pouvons dire, c'est que l'infinie variété de la combinaison des faits peut amener telle espèce où cette renonciation aura constitué un droit dont on pourra se prévaloir en vertu d'un intérêt acquis. Mais il nous semble impossible d'admettre la doctrine absolue, qui permet de renoncer d'avance à se libérer par la compensation.

85. Quant à la compensation acquise, il n'y a pas encore possibilité d'adopter une solution absolue et généralement applicable. Lorsque la compensation est acquise, la loi a prononcé l'extinction des deux dettes, et il n'est plus possible à l'une des parties, même aux deux, d'y renoncer, du moins au préjudice des tiers. Nous avons vu que l'acceptation de la cession depuis la coexistence des deux dettes compensables, par conséquent

depuis la compensation, ne pouvait nuire à la libération des cautions, priviléges ou hypothèques; et nous avons vu également que le paiement effectif par l'une des parties, depuis la même époque, ne pouvait empêcher l'extinction au profit des tiers des priviléges et hypothèques attachés à sa créance, extinction qui résultait de la compensation opérée par la loi. Cette acceptation et ce paiement sont évidemment une renonciation tacite à la compensation acquise. Si la compensation a produit ses effets à l'égard des tiers, malgré cette renonciation tacite, pourquoi une renonciation expresse serait-elle plus esficace contre eux? L'arrêt du 11 février 1829, cité nº 74, a jugé que la donation faite par l'une des parties de sa créance, postérieurement à la coexistence de cette créance liquide et exigible avec une dette également liquide et exigible, n'avait pas anéanti les effets de la compensation légale opérée antérieurement. Quoique la donation pût bien être considérée comme une renonciation à la compensation acquise, la donatrice ou ses héritiers ont été, malgré cette donation, admis à conserver le bénéfice de la compensation.

En dernier résultat, s'il peut y avoir des cas particuliers dans lesquels, sous des conditions déterminées, ou pour un temps ou au profit de personnes désignées, il soit possible de renoncer à la compensation, on ne peut admettre, en général et en thèse de droit commun, qu'on puisse renoncer d'avance à la compensation, ou renoncer, soit expressément, soit tacitement, à la compensation acquise.

# § 5. — De la compensation relativement au fisc et aux dettes communales.

86. La loi 1 Cod., De compensat., admet la compensation contre le fisc, pourvu néanmoins que les deux dettes dépendent l'une et l'autre de la même régie et du même bureau : Rescriptum est in causa fiscali locum esse compensationi, si eadem statio quid debeat, quæ petit. La loi 3, au même titre, excepte certaines espèces de dettes dues soit à l'état, soit aux villes, dettes contre lesquelles elle ne permet pas d'opposer la compensation.

87. En France, et suivant la jurisprudence antérieure à 1789, il était de principe que les impositions, soit générales, soit municipales, ne pouvaient être détournées de leur destination et de leur affectation spéciale, et que, par leur nature et leur usage, elles ne pouvaient être compensées avec des dettes quelconques qui ne doivent, sous aucun prétexte. arrêter ou retarder le recouvrement des impôts. Toutefois, les contributions dues par les particuliers se compensaient de droit avec les sommes portées à leur profit dans le même rôle (Merlin, Rép., vº Compensation, § 3. nº 3). Suivant l'usage de la chambre des comptes, ce qui était dû par le fisc à un officier comptable devait se compenser avec ce qu'il devait lui-même au fisc, pourvu néanmoins que ce fût envers le même bureau, et pour les affaires de la même généralité. Toutefois un comptable, créancier pour avances et débiteur de droits spécialement affectés à un service public, ne pouvait se prévaloir de la compensation.

Dans les successions dévolues à titre de deshérence ou de droit d'aubaine, la compensation avait lieu lorsque l'hérédité était créancière et débitrice des mêmes personnes : il n'y avait en effet, en pareil cas, aucun motif de dérogation à la règle générale.

88. La plupart de ces principes doivent recevoir leur application sous la législation actuelle. Ainsi l'on ne peut, par la compensation, détourner de leur destination spéciale ni les impositions au profit du trésor, ni les impositions départementales ou communales; on ne peut, sous prétexte de compensation, se refuser au paiement des droits d'octroi, de place ou autres, dus aux communes.

89. On peut opposer à la régie, dans une succession qu'elle recueille par deshérence, la créance qu'on a contre la succession dont on est débiteur. En effet, l'état est soumis au droit civil lorsqu'il doit à la manière des particuliers, c'est-à-dire lorsque la dette naît de contrats que ce droit régit (*Procès-verbaux* du Conseil d'état sur l'art. 1291); mais il en est autrement lorsqu'il ne s'agit pas de faits ou d'actes réglés par le droit commun.

90. Une loi du 21 décembre 1792 porte qu'aucun comptable ou dépositaire de deniers publics ne sera admis à compenser le montant du débet provenant de son compte ou dépôt, avec les sommes qu'il pourrait prétendre lui être dues par l'état à raison de la finance de son office, charge ou cautionnement.

91. Par un arrêté du 3 floréal an XI, on avait admis la compensation des créances de l'état contre les émigrés rayés, éliminés ou amnistiés, avec ce que le trésor avait recu par le versement du prix des biens vendus, ou par la valeur des bois ou autres propriétés affectées à un service public. L'héritière d'un émigré s'étant mise en possession de biens non vendus appartenant à son auteur, opposait à la demande qui lui était faite des droits de mutation dus par le décès, la compensation autorisée par l'arrêté précité. Par arrêt du 8 vendémiaire an XIV (Devillen. et Car. 2. 1. 164; J. P. 3º édit.; Merlin, Rép., vº Compensation, § 3, nº 3), la Cour de cassation, considérant que le gouvernement a entendu compenser ce qui pourrait lui être dû en vertu de contrats ordinaires; qu'on ne peut, sans forcer les expressions de l'arrêté, étendre la compensation qu'il autorise à des droits d'enregistrement dus par décès; que ces droits d'enregistrement forment un impôt indirect et qui ne rentre pas dans la classe des créances ordinaires établies par des contrats synallagmatiques, et sont assimilés par leur destination aux contributions directes; que la compensation des créances sur le trésor public avec les contributions directes n'ayant jamais été. admise, on ne peut non plus l'admettre à l'égard des contributions indirectes, dont la destination est essentiellement la même.

92. Toutes les questions relatives aux comptes entre l'état et les comptables publics sont de la compétence de la juridiction administrative. Un avis du Conseil d'état, du 20 juillet 1808, porte que toutes les contestations qui s'élèvent entre l'administration de l'enregistrement et ses préposés, relativement à leur comptabilité, doivent être soumises à la décision du ministre des finances, sauf le recours au Conseil d'état, et que cette disposition est applicable à toutes les administrations et régies des contributions directes. Les contestations relatives aux marchés faits avec l'état sont aussi attribuées à la juridiction administrative. Il s'ensuit que c'est devant cette juridiction que la compensation, en pareil cas, peut être opposée. Deux décrets, des 8 janvier et 24 novembre 1810 (J. P. Jurisp. adm.), ont admis la compensation opposée par un particulier détenteur d'une manufacture d'armes appartenant à l'état, et qui était créancier et débiteur de la même caisse ministérielle.

93. Une autre décision du Conseil d'état, du 29 décembre 1819 (J. P. Jurisp. adm.), a consacré le principe que la compensation ne pouvait avoir lieu lorsque les créances n'apparte-

naient pas à la même caisse qui était débitrice. Le sieur Juval, débiteur envers le département du Haut-Rhin, avait fait des fournitures soit pour l'approvisionnement des places fortes, soit pour l'habillement des gardes nationales. Il a été décidé que ces deux créances rentrant l'une dans les dépenses du ministère de la guerre, l'autre dans celles du ministre de l'intérieur, ne pouvaient être compensées avec ce dont il était redevable envers le département du Haut-Rhin.

94. Nous avons dit que la compensation pouvait, devant l'autorité judiciaire, aux termes de l'article 464 du Code de procédure civile, être opposée en tout état de cause, et notamment pour la première fois devant la cour royale. Il n'en est pas de même dans les matières soumises à la juridiction administrative; et quant au fisc, elle ne peut être proposée de plano devant le Conseil d'état. Une ordonnance du 30 août 1814 a décidé qu'on ne pouvait opposer devant le Conseil d'état une compensation non opposée soit devant le préfet, soit devant le ministre, et a renvoyé la partie intéressée devant le préfet pour procéder à cet égard. (J. P. Jurisp. adm.)

Quand un expert a été nommé par l'autorité administrative pour une opération qui rentrait dans les attributions de cette autorité, c'est au conseil de préfecture à vérifier et régler les honoraires de cet expert, et à statuer sur l'opposition de la partie intéressée à ce règlement et sur les frais auxquels donne lieu le débat sur le règlement d'honoraires. Mais si le débiteur du montant de ce règlement et des frais qu'il a occasionnés oppose à l'expert la compensation des sommes qui lui sont dues par celui-ci, c'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de prononcer sur les compensations alléguées et sur les offres de paiement par suite desdites compensations. ( Décision du Conseil d'état du 3 décembre 1817; J. P. Jurisp. adm.).

95. Lorsqu'en matière de contributions indirectes, un redevable contre lequel une contrainte est décernée puise le fondement d'une action en dommages-intérêts dans les poursuites mêmes dirigées en vertu de la contrainte dont il demande la nullité, on doit admettre, en compensation de la créance de la régie, les dommages-intérêts liquidés par le même jugement qui constate et liquide la créance de la régie à raison de laquelle la contrainte était décernée (Cass. 26 mai 1830. S.-V. 30. 1. 258;

[30]

J.P. 3°éd.; D.P. 30.1.253). Les motifs de cet la rrêt sont remarquables: « Considérant que la contrainte étant nulle, la créance de la régie n'a pu être liquidée et constatée que par le jugement même, et qu'en déduisant du montant des droits de la régie les dommages-intérêts qu'il a adjugés à ceux contre lesquels la contrainte avait été décernée, ce jugement n'a fait qu'arrêter un compte et n'a porté aucune atteinte au principe qui ne permet pas aux redevables de se défendre, par des compensations, du paiement des contributions exigibles. »

96. Nous avons dit en général qu'on ne pouvait opposer en compensation une dette non reconnue par la loi, une dette prescrite, par exemple. La Cour de cassation a fait, le 5 juillet 1820 (S.-V. 21. 1. 101; J. P. 3º édit. D. P. 21. 1. 24), application de ce principe en faveur de la régie. Une perception irrégulière avait eu lieu; mais le temps accordé par la loi pour former la demande en restitution était expiré lorsque celui qui aurait eu le droit d'obtenir cette restitution, a été assujetti à la perception d'un droit proportionnel pour un nouvel acte soumis à l'enregistrement. La compensation par lui proposée a été rejetée, parce que son action en restitution, et par conséquent sa créance, était prescrite. Mais si, avant l'expiration du délai pour la demande en restitution, la compensation a été acquise, la prescription ne peut plus être invoquée, bien que la compensation soit opposée.

#### MILLER.

COMPÉRAGE. — C'est le rapport existant entre deux personnes qui ont tenu ensemble un enfant sur les fonts de baptême. Ce rapport, purement religieux, ne peut produire aucun effet ou empêchement civil quelconque entre le parrain et la marraine. — V. ces mots; V. aussi Baptême et Mariage.

low Pouls intragentia Journey

COMPERSONNIER. — On appelait autrefois ainsi les individus qui vivaient en commun et en société au même pain et au même feu, comme cela se pratiquait dans quelques provinces. (Guyot.)

On désignait également sous ce nom celui qui tenait une terre avec un ou plusieurs autres, à la charge de payer une redevance pour laquelle ils étaient tous obligés solidairement. Ce terme a cessé d'être en usage dans ce sens depuis l'abolition de la solidarité dans

les rentes foncières prononcée par la loi du 20 août 1792, et la suppression des redevances seigneuriales par la loi du 17 juillet 1793.

COMPETENCE. — 1. Ce mot a plusieurs acceptions.

Pris d'une manière générale, il signifie la mesure du pouvoir attribué par la loi à chaque fonctionnaire public. Dans un sens plus restreint, la compétence est le droit que la loi défère au juge d'exercer sa juridiction sur certaines matières spécifiées par elle et dans des limites qu'elle détermine.

On voit par là en quoi diffèrent entre elles ces deux expressions, compétence et juridiction, qui cependant sont souvent employées indistinctement pour exprimer la même idée. Dans le langage rigoureux du droit, la juridiction est le pouvoir donné au juge d'exercer ses fonctions, et la compétence est la mesure dans laquelle ces fonctions peuvent être exercées. Ainsi on a défini avec autant de justesse que de concision l'une et l'autre expression, lorsqu'on a dit que la juridiction est le pouvoir de juger, et la compétence, la mesure de la juridiction. (V. Carré, Lois de la compétence, t. 1, p. 465.)

Nous expliquerons, en traitant des pouvoirs de l'état, et spécialement du pouvoir judiciaire, les caractères et les principes de ce pouvoir de juger; nous étudierons la nature de cette fonction si importante qu'elle a été considérée par quelques-uns comme un pouvoir spécial, comme le troisième pouvoir de l'état.

V. Pouvoirs de l'état, Pouvoir judiciaire, Pouvoir exécutif.

2. La compétence judiciaire a pour objet les contestations qui s'élèvent entre les intérêts privés; elle statue sur les difficultés relatives à l'état des personnes, au droit de propriété, aux contrats et conventions de toute nature; elle est chargée enfin de l'application des lois pénales. On comprend, dès lors, que les principes en matière de juridiction et de compétence sont nécessairement liés au développement de l'état et aux progrès de la civilisation. Simples et faciles dans un état peu étendu, où un petit nombre de magistrats suffit pour la décision des différends qui s'élèvent au sein d'une population restreinte, ils se compliquent, au contraire, lorsque l'agrandissement du territoire oblige à instituer des juges nouveaux, et que, d'une autre part, l'accroissement des richesses et le développement de la civilisation, en multipliant les relations de l'état avec les citoyens, des citoyens entre eux ou avec les étrangers, font sentir la nécessité d'affecter à des tribunaux spéciaux les litiges d'une certaine classe

C'est ainsi que chez le peuple de l'antiquité où le droit parvint à son expression la plus savante, la question de compétence ne présente pas de difficulté sérieuse, lorsqu'on se reporte à l'époque où l'état était encore resserré dans d'étroites limites, et où la juridiction n'était exercée que par les magistrats peu nombreux de la ville de Rome. Au contraire, si l'on envisage l'époque où la cité s'agrandit, où les Romains fondèrent des colonies et conquirent des états, on voit la question de compétence surgir avec toutes ses complications de l'accroissement successif des juridictions et des règles diverses qu'il fallut nécessairement établir. — V., sur ce point, le Traité des actions chez les Romains, de Zimmern, traduit par M. Étienne (p. 67 et suiv.).

- 3. Maintenant que les juridictions sont plus variées qu'elles ne paraissent l'avoir été, à aucune époque, dans le monde romain, les difficultés de la matière sont, on le conçoit, plus sérieuses encore. Nous nous proposons de les examiner; seulement nous nous bornerons à exposer ici quelques règles générales de compétence et de juridiction, réservant pour les articles suivants, où il sera traité spécialement des compétences diverses, les particularités et les détails dont la matière est susceptible.
- 4. Deux grands pouvoirs dominent toute société libre, le pouvoir de faire la loi et celui de l'exécuter. « Il n'y a point de liberté, a dit Montesquieu, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative. » En effet, la liberté, la vie des citoyens seraient manifestement livrées à l'arbitraire, si le pouvoir chargé d'appliquer la loi avait en même temps la faculté de la modifier et de la changer à son gré. Quelque nécessaire que soit le principe, il en est peu cependant qui aient été plus méconnus. Sans parler de ce qui se pratiquait dans la société romaine où il fut constamment violé, soit par les préteurs qui changeaient incessamment la loi qu'ils avaient mission d'appliquer, soit par les empereurs qui se firent souvent juges après s'être attribué le pou-

voir législatif, on peut dire qu'en France il n'existait, avant 1789, qu'à l'état de pure théorie. La séparation entre la puissance judiciaire et la puissance législative était reconnue et proclamée en droit; mais, en fait, elle avait complétement disparu sous les usurpations répétées des parlements, qui ne se bornèrent pas seulement à accorder ou à refuser, à leur gré, l'enregistrement des lois, mais qui, en outre, s'arrogèrent le droit de faire, chacun dans sa province, des règlements obligatoires.

5. Il a été donné à l'assemblée constituante de faire définitivement sortir du domaine de la théorie et de traduire en fait le grand principe de la séparation des pouvoirs. Repris d'abord dans la constitution de 1791, ce principe a été successivement formulé dans les constitutions ultérieures, et enfin il a été déposé par les rédacteurs du Code dans les premières dispositions de leur œuvre impérissable, sous la forme d'une défense aux juges de s'immiscer dans les fonctions du législateur. « Il est défendu aux juges, porte l'article 5 du Code civil, de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises. » Et cette défense est sanctionnée par le Code pénal, dont l'article 127 déclare coupables de forfaiture et frappe de la dégradation civique les juges qui y contreviendraient.

Ainsi la limite qui sépare le pouvoir judiciaire du pouvoir législatif est une règle fondamentale de la compétence et de la juridiction des juges; la jurisprudence l'a fréquemment consacrée. Indiquons ici, à titre d'exemple, les cas les plus notables qui ont été soumis à son examen.

6. Ainsi, un tribunal ne pourrait, sans excès de pouvoir et sans usurper la puissance législative, prendre un arrêté ayant pour objet de réglementer la procédure à suivre dans son ressort (Cass. 24 prairial an ix, Devillen. et Car. 1. 1. 478; D. A. 3. 162); il ne pourrait pas davantage prendre des arrêtés autres que ceux qui seraient relatifs à l'ordre et à la police de ses audiences; et spécialement, il ne pourrait, en délibérant sur des matières d'enregistrement, déclarer fiscale telle prétention de la régie, ordonner l'impression d'un ouvrage qui tend à propager cette doctrine, et en prescrire l'envoi à tous les tribunaux (Cass. 4 pluv. an XII, Devillen. et Car. 1. 1. 924). Pareillement, il v aurait

excès de pouvoir dans l'arrêt qui déciderait que le ministère public ne pourra pas, à l'avenir, assister aux assemblées de créanciers et aux opérations des faillites; qu'il ne pourra prendre communication, avec déplacement, des livres et papiers du failli, qu'en cas de poursuite en banqueroute (Cass. 20 août 1812, Devillen. et Car. 4. 1. 173; D. A. 3. 163). Une telle disposition, lorsqu'elle ne s'applique pas à telle ou telle faillite individuelle, mais qu'elle est au contraire générale et s'applique indéfiniment à toutes les espèces qui présenteront à l'avenir les mêmes questions à résoudre, forme évidemment un de ces arrêts de règlement qui sont formellement proscrits par l'article 5 du Code civil. Il en est ainsi de l'arrête en forme d'acte de notoriété, par lequel un tribunal détermine le sens d'un article de loi, par voie de disposition ou décision générale, et sans application à aucune contestation existante entre parties et soumise au tribunal (Cass. 14 avril 1824, Devillen. et Car. 7. 1. 434; D. A. 3. 165); ainsi encore de l'arrêt par leguel une cour royale dispose par voie de mesure générale, même en rappelant un ancien arrêté de règlement de la province, que les huissiers du ressort qui se transporteront hors de leur résidence, ne pourront exiger que le salaire qui serait passé à l'huissier le plus prochain, et que les huissiers seront obligés de numéroter chaque jour leurs exploits, et de répartir le voyage entre les différentes commissions pour lesquelles ils l'auront fait (Cass. 22 mars 1825, Devillen. et Car. 8. 1. 84; D. P. 25. 1. 221). De même, il y a excès de pouvoir dans le jugement qui, en ordonnant à une administration de restituer des droits par elle percus, lui ordonne aussi de prendre des mesures pour que semblable restitution ait lieu désormais, sans obstacle, en pareille circonstance (Cass. 7 juin 1830, Devillen. et Car. 9. 1. 534; J. P. 3º éd.). Ainsi, ensin, un tribunal ne peut, sans excès de pouvoir, défendre aux avoués de son ressort, par voie de disposition générale et réglementaire, d'assister aux interrogatoires en matière d'interdiction (Cass. 26 janv. 1841, S.-V. 41. 1. 134; D. P. 41. 1. 96), etc., etc.

7. Le pouvoir judiciaire, tel qu'il est constitué aujourd'hui, ne doit pas seulement s'abstenir de tout empiétement sur le pouvoir législatif, il doit encore respecter les a ctes de l'autorité administrative; sa séparation prosonde de l'administration constitue encore une règle fondamentale de la juridiction et de la compétence. Sous l'ancienne monarchie, il en était tout autrement : le contentieux de l'administration se confondait avec les matières civiles. Il y avait seulement pour les matières mixtes, telles que les eaux et forêts, les finances, les impôts. certaines juridictions exceptionnelles dont les décisions pouvaient être réformées par la section du Conseil d'état, connu sous le nom de Conseil des parties. L'assemblée constituante a également fait cesser cet état de choses; et dépouillant les tribunaux des matières administratives contentieuses, elle en a attribué la connaissance à l'administration elle-même. Les fonctions judiciaires se sont trouvées ainsi distinctes et séparées des fonctions administratives; la difficulté sérieuse a été de tracer la limite entre les deux autorités. A défaut d'une loi qui ait établi d'une manière bien nette la ligne de démarcation, l'administration a quelquefois usurpé une partie des attributions des tribunaux. Mais la jurisprudence a fini par poser, sur ce point, quelques règles assez précises. - V., au surplus, Compétence administrative.

8. Ainsi séparée du pouvoir législatif et de l'administration, l'autorité judiciaire se meut dans une sphère qui lui est propre. Mais il importe d'indiquer les éléments dont elle est formée; c'est en la décomposant qu'on parvient à classer les divers tribunaux, suivant le degré d'autorité qui leur a été attribué. —V. Conslit.

9. Considérée en elle-même, l'autorité judiciaire, comme l'a établi M. Henrion de Pansey, dont on ne saurait mieux faire que d'emprunter les idées (V. De l'aut. jud., ch.6), se compose de deux éléments bien distincts: la juridiction et le commandement. La juridiction, c'est le pouvoir conféré par le législateur d'appliquer les lois générales aux cas particuliers, par des décisions dont il règle la forme et qu'il prend l'engagement de faire exécuter. Ainsi, la juridiction commence au moment où le juge prend connaissance de l'affaire qui lui est soumise, et finit au moment où il a définitivement prononcé. Le pouvoir juridictionnel suppose donc le droit d'ordonner tout ce qui est nécessaire pour éclairer la religion du magistrat, notio, et ce droit comprend nécessairement celui d'appeler en cause tous ceux dont l'assis-

tance peut, en concourant à ce résultat, être utile au bien de la justice, vocatio. Mais le jugement, résultat de la juridiction, ne serait rien sans moyens d'exécution. C'est pour cela que le commandement a été joint à la juridiction comme un second élément indispensable à la constitution de l'autorité judiciaire. Le commandement, expression qu'il ne faut pas prendre ici dans son sens absolu et comme caractérisant éminemment la souveraineté, se divise en deux branches : d'abord le pouvoir, qui appartient à tout magistrat, de punir par des peines légères, telles qu'une amende peu considérable ou un emprisonnement de peu de durée, les injures qui lui seraient faites dans l'exercice de ses fonctions : c'est la coercitio qui, de tous les temps, a été accordée aux juges, et que les lois romaines leur ont constamment assurée (V. 1. 2, ff. De jurisdictione; l. ult., De off. ej. cui...; l. 19, De off. præs.); et ensuite le commandement proprement dit, le merum imperium, c'est-à-dire une portion de la force publique, telle qu'elle puisse assurer l'exécution de tous les ordres, de toutes les ordonnances, de tous les jugements, en un mot, de tous les décrets de la justice. Ainsi, en résumant cette théorie, on peut dire avec M. Henrion de Pansey (loc. cit.), que « la juridiction est concentrée dans le double droit de connaître des procès et de les terminer par des jugements; et que, par son union avec la juridiction, le commandement se modifie de manière que tous ses mouvements sont réglés par la loi, et qu'il ne peut agir que pour faire exécuter les décrets de la justice. En dernière analyse, tout cela s'explique par les mots suivants : notio, vocatio, coercitio, judicium, executio. »

10. Disons-le cependant, la juridiction implique, dans la pratique, quelque chose de plus que cette idée restreinte qui lui est assignée dans la théorie que nous venons de rappeler. Au rapport de M. Henrion de Pansey lui-même (loc. cit., ch. 13), l'usage s'est établi de comprendre sous ce mot juridiction, et le droit de juger et celui de faire exécuter les jugements. C'est ce qui a été expliqué par Noodt, en ces termes : « Jus dicere est pronunciare id quod omnibus vel pluribus in civitate utile habetur. At quia ea utilitas, sive id jus, parùm intelligi solet, præterquam causa cognita; etiam frustrà dici, nisi jurisdictioni cogendi vis potestas-

que insit, facile obtinuit, ut jurisdictionis appellatione non tantum juris pronunciatio, sed cognitio quoque atque executio, contineri viderentur (Tr. de Jurisp. et imper., lib. 1, cap. 1). C'est aussi dans cette acception plus étendue, que M. Carré, rapprochant la juridiction de la compétence, deux choses essentiellement corrélatives et qu'il est impossible de séparer, a défini la première, le pouvoir de juger, et la seconde, la mesure de la juridiction.

11. La juridiction et la compétence doivent être envisagées sous quatre aspects principaux qu'il est essentiel de retenir, parce qu'ils sont comme une introduction nécessaire à la compétence de chaque tribunal pris isolément.

La juridiction est propre ou déléguée; elle est ordinaire ou extraordinaire; elle est encore naturelle ou prorogée; elle est enfin de premier ou dernier ressort.

12. 1º La juridiction est propre ou déléguée. — Cette première distinction n'implique plus, dans l'état actuel de la législation, l'idée qu'elle présentait dans les anciens principes. La délégation proprement dite était fréquemment usitée dans la constitution romaine. C'était une maxime du droit public romain, que la juridiction propre était. dans la main du magistrat qui en était investi, une véritable propriété. De là on tirait cette conséquence, que la magistrature pouvait être cédée et déléguée tant qu'on en était revêtu. Quæcumque jura magistratus jure competunt, mandari possunt, dit la loi 5, De jurisp. Cela n'était vrai cependant que de la juridiction propre; quant à la juridiction déléguée, il en était autrement : il était de principe que le juge délégué était un simple dépositaire de la puissance qui lui avait été transmise, et qu'il devait, par suite, l'exercer personnellement, au nom et comme mandataire de l'autorité d'où était émanée la délégation (l. 1, ff. De officio ejus cui, etc.).

13. Ces usages passèrent dans les Gaules, et nos premiers rois les tolérèrent. De là les lieutenants que se donnèrent les comtes et les ducs, qui, se regardant comme propriétaires de leurs offices, finirent par les rendre patrimoniaux et héréditaires, et firent de leurs lieutenants eux-mêmes de véritables officiers. Cet abus s'aggrava en se continuant; bientôt ces lieutenants des ducs et des comtes, que dans la suite on appela baillis, dédai-

gnèrent cux-mêmes l'exercice de leurs fonctions. Hommes d'épèc plus que de lettres, comme les ducs et les comtes qui se les étaient substitués, et aussi ignorants que ceux-ci, ils se firent remplacer à leur tour, dans l'administration de la justice, par des lieutenants instruits des formes judiciaires et du fond des lois, en sorte que, vers le treizième siècle, les lieutenants eurent eux-mêmes des lieutenants. Dans cet état de choses, on aperçoit nettement la distinction entre la juridiction propre et la juridiction déléguée.

14. Mais cet état de choses cessa sous Francois Ier. Alors non-seulement on réserva au roi seul le droit de nommer les lieutenants des baillis, mais encore on ôta à ceux-ci l'exercice de leurs charges, qui furent ainsi réduites à des titres purement honorifiques. (V. Loyseau, Des offices, liv. 1, ch. 5, nº 57.) Ainsi, dans le dernier état de la jurisprudence antérieure à 1790, il n'était pas permis à un juge de déléguer son pouvoir à un particulier. Le juge pouvait, à la vérité, être remplacé en son absence par le plus ancien avocat du siège; mais la délégation ne venait pas du juge, elle émanait directement de la loi, si bien que le magistrat n'aurait pas pu commettre tel ou tel avocat pour le remplacer.

15. La loi du 24 août 1790 et celles qui l'ont suivie, en substituant un nouvel ordre judiciaire à l'ancien, loin de contredire le principe que la juridiction ne peut être déléguée par le magistrat qui en est investi, l'ont maintenu, au contraire, et lui ont même donné plus d'extension qu'il n'en avait auparavant. Enfin, la charte constitutionnelle a consacré le principe, en proclamant que toute justice émane du roi et s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue (art. 48). Ainsi, il n'y a plus de juridiction propre aujourd'hui entre les mains du juge, dans le sens absolu où elle existait autrefois. L'autorité judiciaire, comme tous les autres pouvoirs, réside dans les mains du souverain; et, simples dépositaires de cette autorité, les juges n'ont pas le droit de la déléguer.

Du moins, ils n'ont pas ce droit d'une manière absolue, car il existe encore en principe, mais pour des cas particuliers dans lesquels il eût été impossible de l'interdire sans nuire, en pure perte, à l'expédition des affaires, et sans entraîner les parties à des frais considérables. Ainsi, par un tempérament fort sage à la règle de l'indélégabilité, il a été établi que le juge saisi d'une affaire, toujours obligé de la juger lui-même, pourra déléguer, non à ceux qu'il lui plaira de choisir, mais à des hommes déjà revêtus du caractère de juge, les actes d'instruction qui exigeraient son transport dans des lieux trop éloignés. — V. Commission rogatoire.

On voit en quoi consiste aujourd'hui notre première distinction de la juridiction en propre et en déléguée, et en quoi elle diffère de ce qu'elle était autrefois. La juridiction est propre, non plus en ce sens que le magistrat soit propriétaire d'une autorité dont le dépôt seulement lui est confié, mais en ce sens qu'il agit avec une indépendance dont l'inamovibilité est la première garantie, et que, sa mission accomplie, il ne doit compte à personne, pas même au souverain qui l'a institué. La juridiction est déléguée, lorsqu'elle a seulement pour objet un acte que le magistrat accomplit comme mandataire d'un autre magistrat dont cet acte éclairera la conviction.

16. Ajoutons que ces observations ne sont pas applicables à la juridiction du Conseil d'état. Le gouvernement, dans l'ordon, du 18 sept 1839 et dans la loi votée par les chambres en 1845, a conservé au Conseil d'état les fonctions purement consultatives qui lui ont toujours appartenu. Même en matière contentieuse, il n'a aucun pouvoir, aucune juridiction qui lui soit propre; ses actes ne sont que de simples avis. Il est vrai qu'en fait, le souverain les a adoptés toujours et leur a conféré le caractère de décisions; mais en droit, rien ne l'oblige à les suivre, ct cela est formellement reconnu dans le projet de loi qui vient d'être voté. - V. Compétence administrative et Conseil-d'état.

traordinaire. — Cette seconde distinction de la juridiction est plus particulièrement celle à laquelle s'appliquent les observations par lesquelles nous avons commencé cet article. C'est de celle-ci surtout qu'il est vrai de dire que l'agrandissement de l'état et les progrès de la civilisation en sont la cause et le fondement. Lorsqu'un tribunal unique dans l'état suffit à l'expédition de toutes les affaires, lorsque tous les citoyens sont ses justiciables, et que ses attributions embrassent tous les genres d'affaires, il n'y a pas de prétexte encore à la création de tribunaux extraordinaires. Il n'y

en a pas encore lorsque l'état venant à s'agrandir, le nombre des affaires s'accroît au point qu'un seul tribunal ne puisse plus suffire. Alors on peut concentrer l'autorité de ce tribunal sur un point de l'état, et établir sur d'autres points des tribunaux nouveaux qui ont, dans leur circonscription, un pouvoir égal et semblable à celui qu'y exerçait auparavant le tribunal unique qui avait été institué. Mais si les relations sociales se multiplient de manière à rendre nécessaires des lois qui règlent spécialement les objets les plus nombreux et les plus variés, il faudra, pour faire l'application de ces lois, suppléer à l'insuffisance de l'esprit humain, qui ne saurait tout embrasser, par la création de juges spéciaux : de là, la juridiction extraordinaire.

18. Cette distinction de la juridiction en ordinaire et en extraordinaire est donc inhérente au développement même des sociétés. Elle a été formellement établie en France par une ordonnance du 28 mars 1355, et les jurisconsultes l'ont constamment reconnue. « Nous tenons en France, dit Loyseau (Des offices, liv. 1, ch. 6, nº 48), qu'outre les officiers des cours souveraines extraordinaires, il n'y a d'ailleurs que ceux de la justice ordinaire qui soient vrays magistrats, ayans seuls puissance ordinaire, juridiction entière et vray détroit ct territoire, qui est à nous la marque de la juridiction et magistrature. Et quant aux officiers des justices extraordinaires, ils ont plutôt une simple notion ou puissance de juger, qu'une vraye jurisdiction. Des éleus sont juges des aydes et tailles; les grenetiers, juges du sel; les maistres des eaux et forests, des rivières et des arbres; les prévosts des maréchaux, des vagabonds, et les juges consuls, du fait de marchandises; mais les juges ordinaires sont juges des lieux et du territoire, ubi tanguam magistratus, jus terrendi habent, et ont justice régulièrement et universellement sur toutes les personnes et les choses qui sont dans iceluy : de laquelle justice ces autres justices extraordinaires et extravagantes sont démembrées; et extrà ordinem utilitatis causá constitutæ. » C'est aussi ce ce qu'on voit dans Dumoulin, au Code, liv. 3, tit. 13; dans Heineccius, Ad. pand., liv. 2, tit. 1, nº 251; dans Domat, De pub., part. 2, liv. 2, tit. 1er, sect. 2, § 15, etc., etc.

19. Cette distinction est reconnue par la nouvelle organisation judiciaire; elle résulte virtuellement de la loi du 24 août 1790, dont l'article 4, titre 4, dispose : « Les juges de district connaîtront en première instance de toutes les affaires personnelles, réelles et mixtes en toutes matières, excepté seulement celles qui ont été déclarées de la compétence des juges de paix, les affaires de commerce dans les districts où il y aura des tribunaux de commerce établis, et le contentieux de la police municipale. » Ainsi, d'après ce texte, les tribunaux de district étaient les seuls qui eussent une juridiction entière; et par cela même, les justices de paix, les tribunaux de paix et de commerce dont il y est fait mention, n'y apparaissaient que comme tribunaux extraordinaires et d'exception. C'est encore, sauf le changement de dénomination, ce qui existe aujourd'hui.

Dans notre organisation actuelle, la juridiction ordinaire est, comme autrefois, celle qui est conférée à titre universel et avec droit de territoire, c'est-à-dire celle qui tient de la loi la plénitude de l'autorité judiciaire, dans une circonscription déterminée. La juridiction extraordinaire est celle qui, sévèrement restreinte dans le cercle de ses attributions, ne peut connaître que des affaires qui lui sont spécialement et formellement attribuées par la loi.

20. D'après cela, la juridiction ordinaire appartient aujourd'hui, pour les matières civiles, aux tribunaux de première instance et aux cours royales, et la juridiction extraordinaire, aux tribunaux de commerce, aux conseils de prud'hommes et aux juges de paix. En matière criminelle, la juridiction ordinaire, c'est-àdire la plénitude de juridiction, est dévolue aux cours d'assises; les tribunaux de simple police, de police correctionnelle, les conseils de guerre, les tribunaux maritimes et généralement tous ceux qui sont bornés à un certain genre de délits, n'exercent qu'une juridiction exceptionnelle, tellement qu'ils ne pourraient connaître d'une affaire qui leur aurait été renvoyée, si elle était en dehors de leur compétence, tandis que les cours d'assises peuvent, dès qu'elles sont légalement saisies, statuer, quelles que soient la nature et la qualification du délit. (V. au surplus, Compétence criminelle, Cour d'assises, etc.) Enfin, en matière administrative, tous les tribunaux, les préfets, les conseils de préfecture, le ministre et le Conseil d'état lui-même, sont des tribunaux d'exception, en ce qu'ils ne connaissent que des matières qui leur sont formellement dévolues. Cependant ils diffèrent des autres tribunaux d'exception, en ce que les tribunaux ordinaires sont frappés d'une incompétence absolue pour connaître d'une contestation administrative, tandis qu'au contraire les attributions des autres juridictions exceptionnelles pourraient être exercées par le tribunal ordinaire ayant droit de territoire.

— V. Compétence administrative, Conseil de prefecture, Conseil d'état.

21. Comme on le voit, la distinction entre la juridiction ordinaire et la juridiction extraordinaire embrasse l'ordre judiciaire tout entier; mais elle est importante, sous un autre rapport, en ce que c'est à elle que se rattache la division de l'incompétence en personnelle et matérielle. Le droit de territoire règle en effet l'application de cette division. qui exerce la plus grande influence sur l'organisation judiciaire. Sans pénétrer ici dans les détails que comportent l'incompétence à raison des personnes, ratione personarum, et l'incompétence à raison des choses, ratione materia, détails qui trouveront leur place ailleurs (V. Compétence civile et Exception), indiquons que la première, établie en faveur des citoyens, dépend du domicile, et que le seconde, qui constitue une disposition d'ordre public, dépend de la nature de l'objet en litige. En conséquence, lorsqu'un citoyen est cité devant un tribunal autre que celui de son domicile, il peut en décliner la compétence ou la juridiction; mais comme ce n'est là qu'une prérogative personnelle, il est censé y renoncer s'il garde le silence, et le juge statue légalement. Au contraire, lorsque l'incompétence dérive de la nature de l'objet en litige, elle est indépendante de la volonté des parties; établie par des motifs d'ordre public, elle doit être déclarée par le juge, soit que le déclinatoire ait été opposé, soit que les parties négligent de le faire. D'après cela, on comprend comment c'est le droit de territoire qui règle l'application de ces principes. Comme le dit M. Henrion de Pansey ( De l'aut. jud., ch. 17), « Il existe une dissérence très-notable entre les tribunaux extraordinaires et les juges ordinaires. Les premiers n'ayant qu'une autorité partielle et d'excetion, et sans influence directe sur les personnes, ne peuvent statuer que sur les contestations dont la connaissance leur est déférée nominativement et par une loi spéciale; et toutes les fois que l'objet litigieux n'est pas dans leurs attributions, ils doivent se déclarer incompétents; et cela, quand même les parties se soumettraient volontairement à leur juridiction. Le juge ordinaire et territorial a bien une autre sphère d'activité: investi d'un droit universel, tout. dans son territoire, est soumis à sa juridiction. et son autorité pèse également sur les personnes et sur les choses; un domicile étranger peut seul le rendre incompétent à raison des personnes. Quant aux choses, son pouvoir n'a d'autres limites que celles de l'autorité judiciaire elle-même; et s'il n'a pas le droit de connaître des affaires administratives, ce n'est pas qu'à cet égard sa compétence soit restreinte, c'est qu'elle ne s'est jamais étendue jusque-là. En un mot, juge naturel et universel de son territoire, il ne connaît pas d'incompétence ratione materia; et il connaîtrait légalement d'une affaire de commerce ct de toute autre attribuée aux tribunaux extraordinaires, qui serait portée devant lui et dont le renvoi ne lui serait pas demandé. » (1)

22. Enfin, sous le rapport de l'exécution des sentences, la distinction de la juridiction en ordinaire et extraordinaire doit encore être remarquée. Le droit de territoire qui appartient au tribunal investi de la première de ces juridictions lui confère une prérogative essentielle: c'est qu'il connaît des difficultés qui peuvent s'élever pour l'exécution nonseulement de ses propres sentences, mais même de celles rendues par les tribunaux extraordinaires et d'exception. Cette doctrine a été admise de tout temps. « Suas sententias, a dit d'Argentré ( Cout. de Bretagne, art. 19, note 1, nos 4 et 7), exequi non possunt qui territorium non habent, ut præfecti mercatorum, nisi quatenus novissimis legibus obtinuerant. » Elle a été aussi largement développée par Loyseau (Des offices, liv. 1er,

<sup>(1)</sup> Ce dernier point, à savoir que les tribunaux civils connaîtraient légalement d'une affaire commerciale dont le renvoi ne leur serait pas demandé, est très-vivement controversé. M. Henrion lui-même a fait pressentir, à la suite du passage ci-dessus transcrit, l'opinion contraire, qu'il a, en effet, nettement formulée dans sa Compétence du juge de paix. Mais la jurisprudence s'est prononcée dans le sens de la compétence des tribunaux civils, et plusieurs auteurs ont appuyé cette doctrine par des considérations qui, à notre avis, doivent la faire prévaloir. V., au surplus, l'examen de la question au mot Compétence commerciale, n° 5.

ch. 6, nos 51 et suiv.), et elle est passée dans les principes qui nous régissent aujourd'hui. Il y en a deux raisons décisives : l'une, qu'en général les contestations qui s'élèvent sur l'exécution des sentences, exigent que l'on ait recours à des règles compliquées dont il n'est possible de faire une saine application qu'à l'aide d'études spéciales, étrangères ordinairement aux juges d'exception, et auxquelles ont dû se livrer les juges ordinaires; l'autre, que tous les actes relatifs à l'exécution des décrets de la justice appartiennent au pur commandement, et que les tribunaux extraordinaires n'ont pas le commandement, à moins, comme le dit d'Argentré, qu'il ne leur soit conféré par une loi spéciale.

23. Remarquons-le cependant; c'est seulement l'exécution de leurs sentences qui est interdite aux juges extraordinaires et d'exception; mais interpréter un jugement n'est pas connaître de son exécution; et par conséquent, si un jugement rendu par un tribunal d'exception présentait quelque ambiguité, ce serait à ce tribunal lui-même et non à aucun autre qu'il appartiendrait de l'expliquer. (Sic Caen. 17 mai 1826, Devillen. et Car. 8. 2. 234; J. P. 3e édit.; D. P. 27. 2. 56.)

24. 3º La juridiction est naturelle ou prorogée. — La juridiction naturelle est celle que confère la loi. La juridiction est prorogée lorsqu'elle s'exerce sur une affaire qui sort du cercle dans lequel la loi a circonscrit la compétence du tribunal auquel cette affaire est soumise. Dans ce cas, ce sont les parties ellesmêmes qui confèrent la juridiction; il se forme alors entre elles un consentement qui investit le juge d'une puissance qu'il n'avait pas. « Si se subjiciant aliqui jurisdictioni, dit la loi 1 (ff. De judiciis, et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali praest vel aliam juridictionem habet, est jurisdictio. » La prorogation peut avoir pour objet soit de saisir le juge d'un différend entre parties domiciliées hors de l'enclave de son territoire, soit de lui soumettre une contestation qui excède la somme jusqu'à laquelle il lui est permis de juger. Indépendamment de cette prorogation qui, dans la pratique, est qualifiée de prorogation volontaire, il en est une autre qui procède de la loi, et que par suite on désigne sous la dénomination de prorogation légale; elle est connue aussi sous le nom de reconvention. L'une et l'autre prorogation présentent des disficultés sérieuses; elles feront l'objet d'un article séparé. - V. Prorogation de juridiction.

25. 4° Enfin, la juridiction est de premier ou de dernier ressort. - La juridiction de dernier ressort est celle qui consère au juge qui en est investi le droit de terminer les affaires qui lui sont soumises; celle de premier ressort est celle qui, une fois exercée, laisse encore ouvert le recours à un tribunal supérieur. Ainsi le juge de premier ressort est celui qui statue le premier sur une contestation. Toutefois, dans certains cas, ce premier juge prononce en dernier ressort, c'est-à-dire que sa décision est inattaquable, si ce n'est pour vice de forme ou violation expresse de la loi. — V. Cassation.

Le premier et le dernier ressort forment les deux degrés de juridiction ; la Cour de cassation, instituée pour venger la violation de la loi, ne forme point un troisième degré. — V. Appel, Cassation, Degré de juridiction.

Cette quatrième distinction de la juridiction est susceptible, comme la précédente, de très-graves difficultés. Il en sera traité au mot Degré de juridiction. - V. aussi Appel.

## COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE (1).

- 1. Le mot Compétence s'entend ordinairement du pouvoir de juger; c'est en ce sens qu'il a été pris dans les articles qui précèdent et qui suivent. Il aura dans cet article une signification plus étendue, et exprimera la mesure du pouvoir départi par la loi à l'autorité administrative (2).

La raison de cette différence se tire de la nature des choses. L'autorité judiciaire n'a d'autre pouvoir que celui de juger. L'autorité administrative a des pouvoirs complexes, d'un ordre différent, beaucoup plus étendus, et parmi lesquels celui de juger sigure seulement pour une part. Nous avons à étudier ces différents pouvoirs, à déterminer ainsi la nature et les caractères de l'autorité administrative, et, après avoir fait connaître ses attributions, à préciser les règles principales auxquelles son exercice est assujetti.

2. La loi positive ne crée pas, à proprement parler, les différents pouvoirs dont se com-

<sup>(1)</sup> Article de M. Foucart, professeur de droit administratif, doyen de la faculté de droit de Poi-

<sup>(1)</sup> C'est en ce sens qu'il est employé par M. de Cormenin. - V. Quest. de Droit admin., passim.

pose la puissance publique. Ces pouvoirs sont de l'essence de la société et coexistent avec elle. Mais avant qu'on ait dégagé le droit du fait, ils sont répartis souvent sans intelligence et remis aux mains d'agents qui tantôt les détournent de leur destination, tantôt en neutralisent l'action par les obstacles mutuels qu'ils s'opposent. La science vient ensuite, qui montre le véritable but du pouvoir et en répartit les attributions, de telle sorte que, loin de se nuire, ses différents organes concourent au bien public par un effort harmonieux.

Ainsi, dans toute société organisée, il y a des lois d'intérêt public à exécuter, des choses communes dont il faut régler la jouissance, des charges qu'il faut répartir, des services publics auxquels il faut pourvoir, une fortune publique à gérer, des impôts à percevoir, des améliorations à préparer. Tout cela constitue l'administration.

§ 1er. — Historique.

- § 2. Pouvoirs qui constituent la compétence administrative. - Action. - Juri-
- § 3. Caractères de la compétence administrative.
- § 4. Attributions générales.
- § 4. Déclassements.
- § 6. Pouvoir de statuer sur les réclamations que soulèvent les actes administratifs.
- § 7. Exercice de la compétence administrative.

## \$ 1er. - Historique.

3. L'organisation administrative antérieure à 1789 avait un caractère d'incohérence et de morcellement résultant de la juxta-position de provinces longtemps indépendantes, qui, en s'unissant à la France, avaient stipulé la conservation de leurs priviléges, et du mélange des différentes institutions féodales, communales et judiciaires, dont les attributions mal définies étaient sans cesse en lutte au sein de la société. Cependant la royauté suivant avec une habile persévérance le plan qui devait lui assurer la suprématie politique et fondre tant d'intérêts divers dans l'unité nationale, avait saisi toutes les occasions de créer des institutions générales qui la rendissent présente partout. Ainsi, des prévôts, baillis ou sénéchaux, étaient envoyés par le roi non-seulement dans ses propres domaines, mais encore dans les

pays réunis à la France, pour y représenter l'autorité royale, en y exerçant ses attributions judiciaires, administratives, militaires, fiscales.

4. L'administration, la police et l'exploitation des forêts domaniales étaient consiées aux maîtres des eaux et forêts, qui étaient chargés aussi de tout ce qui concerne les fleuves et rivières, les moulins, écluses, chaussées, etc.

Les besoins financiers avaient donné naissance à des institutions spéciales, qui étaient revêtues d'attributions fiscales et administratives. Les trésoriers de France, institués pour veiller à la conservation, à la rentrée. à la distribution des revenus du domaine, étaient chargés, par une conséquence naturelle, de quelques services auxquels on pourvoyait à l'aide des revenus qu'ils avaient mission de percevoir : c'est ainsi qu'ils avaient en général dans leurs attributions tout ce qui concernait la grande voirie. La taille et les aides étaient répartis et percus par des élus : des receveurs généraux, créés en 1542, étaient chargés, dans des circonscriptions appelées généralités, de recevoir les deniers du roi: des bureaux de finance, composés de trésoriers de France, étaient établis dans toutes les généralités, et tenaient de l'ordonnance de 1635 des attributions fiscales et administratives; des commissaires envoyés dans chaque généralité, sous le nom de commissaires départis, pour y représenter l'autorité royale avec des attributions étendues, mais mal déterminées, étaient devenus plus tard les intendants, et avaient recu des ordonnances de Louis XIV des attributions très-vastes, en harmonie avec le pouvoir souverain dont elles étaient émanées.

- 5. Des tribunaux et des cours souveraines statuaient sur le contentieux des matières administratives. Ainsi les tribunaux d'élection, composés des élus, jugeaient le contentieux des aides et des tailles; des cours des aides prononçaient comme cours d'appel des juridictions financières; une cour des comptes jugeait la comptabilité générale, etc.; les greniers à sel punissaient les contraventions sur la gabelle; les grueries, les maîtrises et la juridiction dite de la table de marbre, réprimaient les délits commis dans les bois, le braconnage, etc., etc., etc.
- 6. L'action administrative, malgré la tendance unitaire de la royauté, n'était, en 1789, ni homogène ni complète; elle recontrait partout des obstacles résultant des anciennes insti-

tutions féodales, communales ou provinciales, qui n'étaient point encore entièrement détruites; elle s'arrêtait ou se modifiait devant les priviléges locaux; puis, la répartition des pouvoirs entre les organes de l'autorité n'étant pas le résultat d'un plan arrêté d'avance, mais d'usurpations ou de délégations successives, ces différentes autorités, dont les attributions n'étaient pas fixées, s'entravaient quelquefois dans leurs mouvements. Les plus grands obstacles à l'action du pouvoir central provenaient des parlements, qui intervenaient dans les affaires politiques et administratives avec toute la force que leur donnaient le respect des peuples et l'inamovibilité de leurs membres: tantôt faisant des règlements généraux de police, tantôt s'opposant aux règlements de l'autorité centrale, évoquant et jugeant les affaires qui n'avaient qu'un caractère purement administratif, ou bien ajournant et même décrétant les intendants. Cette juridiction que les parlements s'attribuaient sur les agents de l'autorité royale, les agents de l'autorité royale se l'attribuaient aussi sur le parlement. Le conseil du roi opposait évocation à évocation; il suspendait l'exécution des arrêts, ou bien annulait les arrêts euxmêmes; les ministres exilaient les magistrats par des lettres de cachet, ou supprimaient les parlements par des édits.

7. La révolution de 1789 a porté la lumière dans le chaos du droit public. Désormais les pouvoirs sont distincts et leurs attributions limitées. Les deux branches du pouvoir exécutif, l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, fonctionnent chacune dans leur sphère et ne peuvent plus entraver réciproquement leur action (1. 16 août 1790, tit. 2, art. 13). L'autorité administrative est organisée de la manière la plus propre à remplir sa mission; elle est placée assez haut pour embrasser d'un coup d'œil l'ensemble des besoins de la France et tenir la balance entre tous les intérêts légitimes; elle est assez puissante pour se faire partout obéir; enfin elle a, dans la sphère de ses attributions, une indépendance complète, sous la responsabilité de ses agents. - V. Pouvoir, Roi, Souveraincté.

- § ?. Pouvoirs qui constituent la compétence administrative. Action. Juridiction.
- 8. Nous ne traiterons pas ici des attributions générales du pouvoir exécutif. Bien que

ces deux mots, administration et pouvoir exécutif, soient dans certains cas employés l'un pour l'autre, nous en parlerons séparément. Nous prenons ici le mot administration dans un sens restreint, et voici nos motifs:

Tantôt le pouvoir exécutif représente l'état, le pays tout entier, comme il arrive dans les relations extérieures, dans les déclarations de guerre, les traités de paix, de commerce, etc.; tantôt sa mission se borne à exécuter les lois, à compléter leur action. Dans le premier cas, il exerce en quelque sorte une souveraineté déléguée; ses actes sont affranchis de tout contrôle; il est souverain, sauf l'intervention des chambres pour la question des subsides et la responsabilité des ministres. Dans le second cas, il est en quelque sorte le mandataire de la loi; il l'applique, il la complète au besoin.

C'est sous les mots Pouvoir exécutif, Roi, Souveraineté, qu'on trouvera l'ensemble de toutes ces attributions et la classification de tous les actes du pouvoir exécutif. Nous y renvoyons également la subdivision du pouvoir exécutif en autorité administrative et autorité judiciaire, et le parallèle entre ces deux branches du même pouvoir. Nous n'indiquerons dans le cours de cet article quelques-unes des différences qui les séparent, que pour mieux faire sentir la nature et les caractères de la compétence administrative.

9. On peut, de prime abord, distinguer dans la compétence administrative deux pouvoirs différents: l'un qui ordonne et dispose, au moyen de règlements généraux ou de prescriptions particulières; l'autre qui statue sur les réclamations soulevées par les actes administratifs.

Le premier constitue l'administration proprement dite. Exercé en vertu d'une délégation, soit spéciale, soit générale, du pouvoir législatif, tantôt il crée une législation secondaire qui règle les détails dont celui-ci n'a pu s'occuper : c'est ainsi que l'ordonnance du 1er août 1827, rendue pour l'exécution du Code forestier, sert de complément à ce Code. Tantôt il prescrit une mesure à laquelle les particuliers sont obligés de se soumettre: c'est ainsi qu'il détermine les propriétés qui doivent être soumises à l'expropriation pour cause d'utilité publique, qu'il fixe l'alignement sur le bord des grandes routes. Les actes administratifs de ce genre sont des actes de commandement.

Le second est « une juridiction spéciale, établie au sein de l'administration, pour statuer par voie de jugement sur le litige que les actes de l'administration font naître » (Macarel, Elém. de dr. pol., 417): c'est le pouvoir judiciaire administratif ou la juridiction contentieuse.

Action, juridiction, tels sont les deux éléments principaux du pouvoir administratif, éléments dont la nature et les différences ont été parfaitement appréciées par la loi de pluviôse an VIII: « administrer est le fait d'un seul; juger est le fait de plusieurs. » (Exp. des motifs.) De là, l'administration unitaire et les tribunaux administratifs. — V. Autorité administrative (1).

- 10. Mais, ainsi qu'on le verra au mot contentieux, le pouvoir de statuer sur les réclamations n'appartient pas exclusivement à la juridiction. Celle-ci n'est compétente qu'autant qu'une réclamation se fonde sur la violation d'un droit. S'agit-il d'un intérêt froissé, l'administration active apprécie seule le mérite de la réclamation. L'action ici semble se confondre avec la juridiction. Mais on verra au mot Contentieux que la confusion est impossible.
- 11. Il ne faut pas non plus considérer comme un troisième élément de la compétence administrative, le pouvoir qu'a l'administration active de statuer sur les réclamations non contentieuses. Ce pouvoir est une partie essentielle de l'action administrative. Il n'est pas précisément l'action même, puisqu'il a pour objet de réparer le préjudice causé aux intérêts privés par la marche imprimée à l'intérêt général. Mais il est encore moins la juridiction, puisque ses décisions n'apprécient pas le droit, mais le fait; qu'elles sont libres, discrétionnaires, et peuvent être des actes de commandement.

Ce n'est que par opposition à la juridiction contentieuse, qu'on parle d'une juridiction volontaire ou gracieuse. Mais le mot juridiction ainsi employé est inexact, ainsi qu'on vient de le voir.

12. En résumé, donner le mouvement au corps social, et faire dominer l'intérêt général sur tous les intérêts privés dans la limite tracée

(1) L'administration a encore un pouvoir de tutelle qui a un caractère particulier dont il est parlé au § 4, nº 25. par les lois, telle est la fonction principale de l'administration, fonction qui comporte toute la puissance nécessaire pour commander et se faire obéir, imperiunt.

Si, dans sa marche, l'administration rencontre des obstacles, des plaintes, des réclamations, elle distingue les intérêts et les droits. Elle apprécie librement les premiers, et sans leur sacrifier jamais une parcelle de l'intérêt général, elle maintient ou modifie à leur égard ses règlements généraux. Aux seconds, elle donne pour garantie l'appareil des formes judiciaires; elle répond par des actes qui ont l'autorité de jugement.

13. L'action administrative se manifeste par des ordonnances royales, des arrêtés des ministres, des arrêtés des préfets, des arrêtés des maires, des instructions, des circulaires, etc. —V. ces différents mots.

Les actes de la juridiction contenticuse sont, au premier degré, les arrêtés des conseils de préfecture, et, exceptionnellement, les arrêtés des préfets et des ministres dans les cas spéciaux où ils décident comme juges; et au second degré, les ordonnances royales, renducs en Conseil d'état sur le rapport du comité du contentieux, appelées dans la pratique arrêts du conseil. — V. ces mots.

## § 3. — Caractères de la compétence administrative.

- 14. Les caractères de l'administration active peuvent se résumer en quelques principes qui non-seulement en signalent la nature, mais constatent encore les différences qui la séparent du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire.
- 15. 1º L'action administrative a pour but l'intérêt général. Chargée de régler les rapports des citoyens avec l'état, c'est l'intérêt de l'état que l'administration doit assurer d'abord, parce qu'il renferme l'intérêt de tous les citoyens. Elle n'est pas la tutrice de chacun, mais de tous, et son influence suprême a pour but de détruire et non de protéger l'antagonisme des individus et de l'état.

2º L'administration s'occupe des intérêts à venir. L'administration active, agissant en vertu d'une autorité discrétionnaire, doit, avant tout, s'inspirer de l'étude et des prévisions de l'avenir. Elle dirige la marche des intérêts publics; elle prévoit les dangers et les chances favorables, afin d'écarter les uns

et d'assurer les autres. L'horizon est plus étroit pour la juridiction contentieuse: elle doit justice aux droits acquis et protection aux intérêts légitimes; elle prononce, ainsi que les tribunaux, en raison de ce qui est, non en raison de ce qui pourrait ou devrait être.

3º L'administration ordonne et dispose; car elle est la partie active du pouvoir exécutif et possède la puissance nécessaire pour commander et contraindre à obéir, tandis que les décisions du pouvoir judiciaire ne sont que déclaratives.

ratives.

4º Son action est libre et spontanée; elle peut s'exercer ou s'abstenir; car, appelée à diriger à la fois tous les intérêts, elle doit tenir compte de leur indépendance et de leur allure naturelle comme d'un élément actif et souvent favorable. Souvent aussi elle doit savoir attendre et laisser au temps le soin de mûrir les questions. Elle doit enfin étudier beaucoup de faits accessoires, desquels ressortent plusieurs partis à prendre, et quelquefois la nécessité de revenir sur une détermination prise ou même exécutée, excepté quand elle a conféré des droits. Mais la juridiction administrative, de même que les juridictions ordinaires, ne peut refuser justice à qui la demande.

5° Enfin, les actes administratifs sont en général des mesures variables relatives aux circonstances ou aux objets qui les ont fait naître; elles peuvent se modifier avec eux. Ce caractère de mobilité est ce qui distingue le pouvoir administratif du pouvoir législatif; (V. Macarel, Élém. de dr. pol., p. 33, 36) cependant il ne faut pas le chercher dans tous les actes administratifs. Certains règlements destinés à compléter la législation participent jusqu'à un certain point de sa permanence. (V. n° 9.) Les décisions rendues en matière contentieuse ont toute la fixité des jugements.

## § 4. — Attributions générales.

16. La mission de l'autorité administrative, considérée sous le point de vue le plus général, est de donner la vie au corps social, ce qui comprend la conservation et le progrès.

17. A l'extérieur, elle défend les intérêts politiques, agricoles, industriels et commerciaux de la France; elle fait dans ce but les traités de paix et de commerce; elle protége les Français, partout où ils se trouvent. — V. Pouvoir exécutif, Roi, Souveraineté.

18. A l'intérieur, elle veille à la défense de l'état en le munissant contre les attaques des ennemis du dehors, en garantissant partout la liberté, la sûreté des personnes et l'inviolabilité des propriétés. Elle organise dans ce but la force publique et la répartit comme elle le juge convenable; elle établit partout où il lui paraît nécessaire des moyens matériels de défense, auxiliaires de la force armée.

19. Elle étudic tous les besoins de la société pour les satisfaire : savoir, les besoins religieux et intellectuels, par la création d'églises, de temples et d'établissements consacrés à l'instruction publique; les besoins physiques. par l'ouverture de routes et de canaux qui donnent des débouchés aux produits du sol. augmentent la production et la circulation, et développent ainsi, pour le plus grand bien de tous, l'agriculture, l'industrie et le commerce: par l'établissement de bourses, de marchés, de foires, où le producteur et le consommateur se rapprochent; par la création d'établissements de biensaisance qui recueillent les enfants abandonnés et les vicillards sans famille, qui procurent aux pauvres des secours et des soins dans leurs maladies.

20. Elle règle « les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre, que l'intervention de la puissance législative qui institue et qui crée. » (Portalis.) Tels sont les tarifs d'octroi, les règlements de police pour les lieux où doivent se faire de grandes réunions, les ordres à donner en cas de calamités publiques, d'accidents imprévus, etc., etc. Elle réglemente, dans un but de police, l'usage des choses qui sont restées dans la communauté, telles que l'air et l'eau, qui ont été créées pour un profit commun, telles que les routes, les chemins de fer, les canaux et autres voies publiques, les marchés, etc.

21. Elle pourvoit à tous les services publics en nommant ou en destituant, sauf quelques exceptions, les agents de l'autorité; en leur donnant des instructions ou des ordres; en passant des marchés avec les fournisseurs ou les entrepreneurs de travaux publics.

22. Elle fait exécuter les lois d'intérêt général: celles, par exemple, qui sont relatives aux élections des différents degrés; celles qui imposent des charges sur les personnes ou sur les biens. Elle procure l'exécution des jugements des tribunaux, soit en matière civile, soit en matière criminelle.

28. Elle gère la fortune publique en tirant le meilleur parti possible des biens qui composent le domaine de l'état, tels que les forêts, les corps de ferme, les usines, etc.

Elle poursuit devant les tribunaux les empiétements commis sur le domaine de l'état, et réprime, à l'aide d'une juridiction qui lui est propre, ceux qui sont commis sur le domaine public. Elle exerce toutes les actions de l'état en matière domaniale.

- 24. Elle fait toutes les opérations relatives à la répartition et à la perception de l'impôt; elle effectue toutes les recettes, poursuit les débiteurs, liquide les créances de l'état, en opère le paiement, et constate toutes ces opérations par une comptabilité soumise à un contrôle supérieur.
- 25. Dans un autre ordre d'idées, l'autorité administrative agit comme tutrice des personnes morales, telles que les départements, les communes, les hospices, les fabriques; elle intervient pour valider, par son autorisation, les actes d'acquisition, d'aliénation ou de gestion de leurs biens
- 26. Pour mieux préciser les limites de ces attributions de l'autorité administrative, il convient de rappeler sommairement les fonctions qui lui sont interdites et sur lesquelles elle ne doit jamais empiéter. Nous ne parlerons pas des fonctions du pouvoir législatif (V. Pouvoirs de l'état), mais seulement des éléments de celles de l'autorité judiciaire.

A l'autorité judiciaire sont confiés :

- 1º L'état des personnes, c'est-à-dire le jugement des questions relatives à la nationalité, à la jouissance des droits politiques ou civils, et à la position des individus dans la famille.
- 2° Les questions relatives au droit de propriété et à ses démembrements, tels que usufruit, servitudes, etc.; celles qui s'élèvent à l'occasion des rangs de divers créanciers sur les biens de leurs débiteurs par suite de priviléges et hypothèques.
- 3° La solution des difficultés qui naissent à l'occasion des contrats et de la transmission des biens par successions légitimes ou testamenfaires, et par donations entre-vifs.
- 4º Ensin l'application des lois pénales. Telles sont les règles générales qui établissent la ligne de démarcation entre les deux autorités; mais, comme toute règle, celles-ci admettent quelques dérogations que nous expliquerons dans le paragraphe suivant.

#### § 5. - Déclassements.

27. Il est des cas où la compétence administrative, en raison de l'intérêt public, s'étend sur le domaine judiciaire; il en est d'autres où, l'intérêt public n'en souffrant pas, l'autorité judiciaire est saisie de questions qui rentreraient, d'après la rigueur des principes, dans la compétence administrative. Il importe de connaître ces déclassements.

28. Nous parlerons d'abord de l'extension donnée à la compétence administrative.

On sait que l'autorité judiciaire statue entre particuliers sur l'existence et l'étendue des servitudes qui peuvent grever leurs biens. Cependant la détermination des servitudes et des charges de toute nature que les lois imposent aux biens des particuliers, dans l'intérêt des services publics, est laissée à l'autorité administrative. Ici, c'est l'intérêt public qui domine.

- 29. Ainsi la détermination des zônes de défense autour des places fortes, et par conséquent l'application aux propriétés qui y sont comprises des servitudes qui en résultent, appartiennent à l'autorité administrative. Il en est de même de la détermination de la zône frontière en matière de douanes; de l'indication de la rive du fleuve sur laquelle portera le chemin de halage; de la désignation des propriétés sur lesquelles les ingénieurs des ponts et chaussées ou leurs agents feront des études de routes ou de canaux, de celles d'où l'on extraira les matériaux nécessaires aux travaux publics, ou sur lesquelles on établira des chantiers.
- 30. Lorsque, dans un but d'utilité publique, une propriété est enlevée à un individu, l'indemnité qui lui est due est appréciée par un jury sous la direction d'un membre du tribunal civil; mais, lorsqu'il s'agit de dommages causés à une propriété par suite de l'exécution de travaux d'utilité publique, l'indemnité est appréciée par l'autorité administrative. (L. du 28 pluv. an VIII, art. 4.)
- 31. L'autorité judiciaire est en général compétente pour connaître des questions de propriété, même vis-à-vis du domaine, et pour résoudre les difficultés résultant des contrats. Deux grandes exceptions ont été apportées à ce principe: la première est relative aux biens nationaux vendus par l'état en vertu des lois révolutionnaires dont le contentieux a été

attribué à l'administration par des motifs tout politiques. On craignait que les tribunaux ne se montrassent trop faciles pour accueillir les demandes en nullité des actes de vente nationale, ou les revendications de tout ou partie des biens vendus; aussi toutes les questions de cette nature ont-elles été attribuées aux conseils de préfecture et au Conseil d'état (l. du 28 pluy, an VIII, art. 4). Mais lorsque la question ne peut avoir d'influence sur l'acte de vente nationale, par exemple, s'il s'agit de faire l'application de titres antérieurs à cette vente, la compétence de l'autorité judiciaire renaît (arrêts du Conseil d'état, du 31 août 1837 [Brienne]). L'autorité judiciaire reste aussi compétente pour statuer sur les difficultés qui s'élevent à l'occasion des actes de vente postérieurs à la vente nationale, pourvu qu'il ne soit pas nécessaire d'interpréter le titre primitif. - V. Biens nationaux.

32. L'autre exception s'applique aux contrats administratifs, c'est-à-dire passés avec un agent de l'autorité pour un service public; elle se fonde sur le principe que l'administration, dans les matières qui concernent la marche générale de l'état, doit connaître des difficultés qui naissent à l'occasion de l'exécution de ses actes (V. nº 11). Par suite de ce principe, l'autorité administrative a seule le droit de juger les questions qui s'élèvent à l'occasion des marchés faits avec des entrepreneurs ou des fournisseurs pour des services publics; de liquider les créances de l'état; de statuer, en thèse générale, sur la validité des paiements administratifs, excepté quand il s'agit de paiements faits au préjudice d'oppositions valablement formées ( Cass. 8 mai 1833, S.-V. 33. 1. 576; J. P. 3e édit.; D. P. 33. 1. 212); car alors il s'agit d'apprécier un acte qui est réglé par le droit commun. L'intérêt public veut que ces sortes de questions soient jugées par l'autorité administrative elle-même, et jusqu'ici sa double qualité de juge et de partie n'a pas diminué le nombre de ceux qui traitent avec elle. (V. la loi du 12 vendém, an viii et son préambule.)

33. Toutefois, lorsqu'un fournisseur a fait des marchés particuliers pour l'exécution de son obligation, les difficultés qui s'élèvent entre les sous-traitants et lui sont de la compétence de l'autorité judiciaire : le fournisseur, en effet, est seul obligé vis-à-vis de l'état, et les difficultés qui naissent entre lui

et les sous-traitants n'ont plus qu'un intérêt particulier (1).

34. II ne sussit pas qu'un contrat soit passé avec l'administration pour que les questions que son exécution soulève soient administratives, il faut encore qu'il ait pour objet un service public. Ainsi, la gestion des biens du domaine de l'état, c'est-à-dire des biens que l'état administre comme le ferait un particulier, ne constitue pas à proprement parler un service public, quoique les revenus de ces biens entrent dans le trésor; par conséquent les difficultés auxquelles peuvent donner lieu les baux des biens de l'état, sont en général de la compétence de l'autorité judiciaire. Ce principe, longtemps méconnu, a été enfin admis par la jurisprudence, sauf quelques exceptions. (V. le mot Baux administratifs.) On le trouve même écrit dans l'article 4 de la loi du 15 avril 1829, relativement aux baux des droits de pêche dans les rivières navigables.

35. C'est par suite du même principe que les questions de propriété, de priviléges. d'hypothèques, de servitudes, autres que celles d'utilité publique, qui intéressent l'état considéré simplement comme propriétaire des biens du domaine national, sont soumises au jugement des tribunaux ordinaires. L'intérêt général, en effet, ne peut être compromis, parce qu'un tribunal appréciant ces titres privés, faisant l'application des lois du droit commun, aura adjugé au particulier qui plaide contre l'état la propriété d'un terrain; car l'état pourra toujours l'acquérir, si l'utilité publique l'exige; il pourra même le conserver s'il l'a déjà employé, sauf à payer une indemnité. Le rang qu'une loi ou une con-

(1) V. notamment arrêts du conseil des 5 novembre 1828 [Marion]; 8 avril 1829 [Rigal].

Un arrêté du directoire, cité sans date par M. Dalloz (Rec. Alp., t. 3, p. 176), établit une distinction entre le cas où l'entrepreneur de fournitures agit sous les ordres immédiats et avec les fonds du gouvernement et pour son compte, et celui où il agit en qualité de fournisseur, avec ses propres fonds et à ses risques et pér dans le premier cas, il est agent du gouvernement et ne peut être traduit de les tribunaux par ceux avec lesquels il a trante: la demande est administrative. Dans le second cas, il n'est pas agent de l'administration, et les sous-traitants peuvent le poursuivre devant les tribunaux ordinaires.

vention attribue à l'état comme créancier sur les biens d'un débiteur, doit aussi être réglé par les tribunaux, quelque préjudice qui puisse en résulter pour le trésor. Dans ces deux cas, il n'y a pas, à proprement parler, de déclassement; l'état étant assimilé à une personne morale, il est juste que ses droits soient réglés par la loi commune et appréciés par les tribunaux ordinaires.

36. Enfin, bien qu'en général l'application des lois pénales appartienne à l'autorité judiciaire, même lorsqu'il s'agit de la violation des règlements administratifs, dans certains cas cependant où la pénalité se lie étroitement à la conservation des choses d'intérêt public, l'administration elle-même est appelée à prononcer des amendes. Mais ici la juridiction administrative est exceptionnelle; elle n'existe que dans les cas formellement prévus par la loi, et elle doit laisser pour tont le reste un libre cours à l'autorité judiciaire. Ainsi, le conseil de préfecture réprime les contraventions en matière de grande voirie, et prononce contre les délinquants des amendes. (L. du 28 pluv. an VIII, art. 4; 29 floreal an x, et decr. du 16 dec. 1811, art. 113 et 114.) Cette attribution toute spéciale lui a été donnée comme conséquence de l'obligation imposée à l'administration, d'empêcher l'usurpation des routes et de faire disparaître tous les obstacles qui pourraient s'opposer à la viabilité. Mais dès qu'il s'agit de contraventions ou de délits qui, bien que commis sur la route, n'ont pas l'un ou l'autre de ces résultats, le conseil de préfecture cesse d'être compétent; c'est ainsi que le décret du 16 décembre 1811 renvoie, par son article 114, les violences, voies de fait et vols de matériaux qui ont lieu sur les grandes routes, devant l'autorité judiciaire. Cette conséquence résulterait des principes généraux, lors mème qu'elle ne serait pas écrite dans la loi.

C'est en vertu du même principe que l'on décide que les lois attributives de compétence aux conseils de préfecture en matière de grande voirie, ne parlant que d'amendes, ces conseils n'ont pas le droit d'appliquer les peines corp retres qui peuvent être prononcées conjointement avec l'amende, mais qu'ils doivent, pour l'application de tte partie de la prine, renvoyer le prévenu devant les tribunaux ordinaires. (Décis. du ministre de la justice, du 28 vendém. an x1; — circul. du

directeur général des ponts et chaussées, du 13 frim. an XI.) Il n'y a pas là, comme on l'a dit à tort, violation de la règle non bis in idem.

37. Réciproquement, quelques matières. administratives de leur nature, ont été déclassées et attribuées à l'autorité judiciaire, parce que la solution des difficultés qu'elles font naître ne peut nuire ni directement ni indirectement à la marche de l'administration. Telles sont celles qui résultent de l'application des tarifs en matière d'enregistrement, de contributions indirectes, de douanes. d'octroi, de perception de droits de péage sur les ponts, canaux, rivières. (V. ces différents mots.) Nous disons qu'il y a ici déclassement. car, d'après le principe posé nº 7, l'administration est chargée de la perception des impôts sans distinction; mais il y a, entre les impôts directs et les impôts indirects, cette différence que les premiers sont percus d'après des rôles dont la confection est une opération administrative, opération que les tribunaux pourraient troubler, s'ils étaient appelés à statuer sur les réclamations auxquelles elle donne lieu. Quant aux autres impôts, au contraire, un tarif est arrêté d'avance, et il ne s'agit plus pour le receveur que de l'appliquer aux faits qui donnent lieu à la perception. Les difficultés, s'il s'en élève, sont résolues par l'application, et, en cas de doute, par l'interprétation doctrinale du tarif, opération qui peut, avec beaucoup d'avantage, être consiée à l'autorité judiciaire. - V. infrà, nº 48.

Quant à la punition des contraventions, elle appartient aussi aux tribunaux, non par l'effet d'un déclassement, mais par suite du principe qui attribue la pénalité à l'autorité judiciaire, sauf quelques rares exceptions.

38. D'après l'article 6 de la loi du 5 février 1817 sur les élections des députés, les dissicultés relatives à la jouissance des droits civils ou politiques étaient jugées par les cours royales; celles qui concernaient les contributions ou le domicile politique étaient jugées par le Conseil d'état. La loi du 2 juillet 1828, article 18, et après elle la loi du 19 avril 1831, article 33, ont renvoyé, sans distinction, devant la cour royale les réclamations élevées contre les décisions rendues par le préfet en conseil de préfecture; et cette disposition s'applique aux réclamations relatives aux listes du jury et aux listes supplémentaires

dressées en vertu de la loi du 25 juin 1833 pour les élections départementales. La loi du 21 mars 1831, relative aux élections municipales, attribue aussi au tribunal de première instance, qui prononce sauf l'appel, la connaissance des difficultés relatives aux attributions de contributions, à la jouissance des droits civiques ou civils, au domicile politique ou réel (V. Elections). Quelques auteurs ont cru voir dans cette attribution un déclassement; nous n'y voyons qu'un retour aux véritables principes, car il s'agit ici de droits politiques dont la jouissance est mise sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire. Celle-ci n'a point à discuter les actes administratifs dont elle doit seulement faire l'application; et quand elle prononce, ce n'est pas, ainsi qu'on l'a dit aussi par erreur, comme statuant sur l'appel d'une décision du préfet, car l'appel contre une décision émanée d'un agent administratif ne peut ètre porté que devant un agent du même ordre, mais comme jugeant une difficulté de sa compétence, qui s'est élevée entre l'administration et un particulier.

39. D'après le décret du 16 septembre 1807, l'administration avait le droit de prendre, en les payant à dire d'experts, les terrains nécessaires à des travaux d'utilité publique. C'est là, en effet, un acte administratif qui est éminemment empreint du caractère discrétionnaire de l'administration. Toutesois, la loi du 3 mai 1841 fait intervenir l'autorité judiciaire pour opèrer la translation de propriété de l'individu à l'état; mais elle le fait avec toutes les précautions qui rendent son intervention sans danger. Ainsi le tribunal ne peut statuer ni sur l'utilité de l'entreprise, ni sur le plan des travaux; il doit se borner à examiner si les formalités protectrices des droits des particuliers prescrites par la loi ont été observées; il apprécie les actes administratifs, quant à la forme et non quant au fond; et, lorsque tout est en règle, il prononce l'expropriation. — V. Expropriation.

§ 6. - Pouvoir de statuer sur les réclamations que soulèvent les actes administratifs.

40. C'est dans l'exercice de ces attributions diverses, que l'administration rencontre les réclamations sur lesquelles elle a le droit de statuer. (V. suprà, nº 11.)

contre des actes administratifs se divisent en deux classes, suivant qu'ils sont fondés sur des intérêts ou sur des droits.

Le recours est fondé sur un intérêt lorsque le réclamant, bien que froissé par la mesure qu'il attaque, est cependant tenu de la souffrir d'après les principes du droit administratif. Il demande alors que l'administration prenne une mesure différente, qui la conduira au même résultat sans lui causer autant de préjudice; il s'adresse à l'autorité discrétionnaire de l'administration.

Le recours est fondé sur un droit, quand celui qui réclame invoque en sa faveur une disposition de loi, d'ordonnance, ou de contrat passe avec l'administration. C'est alors sculement qu'il y a contentieux dans la véritable acception de ce mot. L'autorité à laquelle s'adresse le réclamant ne peut plus statuer discrétionnairement; mais elle est obligée de tenir compte des droits invoqués, quand leur existence est établie. - V. pour les développements de ce principe, Contentieux administratif.

42. En statuant sur les recours fondés sur un intérêt, l'administration, ainsi que nous l'avons vu, exerce un pouvoir plus étendu que celui de juger. Elle n'est, pour l'instruction de l'affaire, assujettie à aucune forme: elle peut statuer comme il lui plait, dans le temps qu'elle choisit, et admettre ou rejeter la réclamation. Il y a plus, un principe essentiel de toute justice est que le juge ne prononce pas au delà de ce qui lui a été demandé; l'administration n'est pas soumise à ce principe, parce que, dans ce cas, ce n'est pas justice qu'on lui demande, mais protection ou condescendance pour un intérêt froissé. Elle peut faire beaucoup plus qu'admettre la réclamation, c'est-à-dire accorder à l'intérêt froissé les satisfactions qu'il demande; elle peut réformer l'acte administratif attaqué, le modifier, l'anéantir, le remplacer par un autre. A elle appartient, en pareil cas, le droit formellement enlevé aux tribunaux de procéder par voie de disposition générale et réglementaire. Ainsi, par exemple, un riverain d'un cours d'eau non navigable sollicite de l'administration la suppression d'un barrage établi par un autre riverain. Les intérêts opposés s'appuient de part et d'autre sur un acte administratif. L'autorité, au lieu de statuer sur cette diffi-41. Les recours formés par des particuliers | culté isolée, peut faire pour tous les riverains

du même cours d'eau un règlement général qui remplacera tous les actes anciens, et qui pourra même avoir pour effet de modifier les droits des propriétaires vis-à-vis les uns des autres, sauf, dans ce dernier cas, les recours en indemnité, recours qui sont portés devant les tribunaux (V. arrêts du conseil, des 23 août 1836 [Laperche]; 18 juillet 1838 [Millet]).

#### § 7. — Exercice de la compétence administrative.

- 43. L'autorité administrative étant, comme nous l'avons déjà dit, la représentation de la société dans ses rapports avec les individus, elle a un caractère d'intérêt général qui doit faire prédominer son action sur celle de l'autorité judiciaire, dans toutes les circonstances où il serait à craindre que cette dernière ne portât une atteinte même indirecte à son indépendance. De ce principe combiné avec les principes généraux sur la compétence, dérivent les règles suivantes:
- 1° L'autorité administrative et l'autorité judiciaire ne doivent statuer que sur les matières qui rentrent dans leurs attributions respectives;
- 2º L'une des autorités doit appliquer les actes émanés de l'autre;
- 3º L'une des autorités ne doit pas interpréter les actes émanés de l'autre;
- 4° Les difficultés et les réclamations auxquelles l'exécution des actes administratifs donne lieu sont jugées par l'autorité administrative elle-même;
- 5° Dans les cas de conflit entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, la question de compétence est jugée par cette dernière:
- 6° Les agents de l'administration ne peuvent être traduits devant les tribunaux, sans son autorisation, pour des actes relatifs à leurs fonctions. Développons rapidement chacune de ces propositions.
- 44. 1° L'une des autorités ne doit pas statuer sur des matières réservées à l'autre.

Mais il arrive quelquefois que, dans la même affaire, se trouvent mêlées et dépendantes l'une de l'autre des questions administratives et des questions judiciaires.

Lorsque, dans sa sphère d'action, l'une des autorités rencontre une question qui est de la compétence de l'autre, elle doit s'abstenir de la juger, et surseoir jusqu'après décision de l'autorité compétente.

Ainsi, lorsqu'en révisant les listes électorales ou en procédant aux opérations du recrutement, le préfet rencontre une question de nationalité, il ne peut la résoudre, mais il doit la renvoyer aux tribunaux. Lorsque plusieurs individus se disputent la qualité d'héritier d'un fournisseur créancier de l'état. le ministre des finances peut bien opérer la liquidation, mais il doit surseoir à payer jusqu'à ce que les tribunaux aient déclaré le véritable héritier. Ainsi encore, les questions de propriété qui s'élèvent entre un particulier et l'état sont jugées par les tribunaux. quand même il s'agirait de terrains qu'on voudrait attribuer ou qui seraient déjà attribués à une grande route, à un canal. En cas de vente des biens d'un individu insolvable. le trésor ne vient sur ses biens, même pour le paiement des contributions, qu'au rang que lui attribuent les lois spéciales sur la matière; et les contestations relatives au rang de la créance, aux biens sur lesquels portera le privilége ou l'hypothèque, doivent être renvoyées aux tribunaux.

45. Réciproquement, l'autorité judiciaire doit s'arrêter devant la prescription d'une mesure qui rentre dans les attributions de l'autorité administrative. Ainsi, le tribunal qui a reconnu la qualité de Français chez l'individu appelé à satisfaire à la loi de recrutement, lequel soutient, pour s'y soustraire. qu'il est étranger, ne peut pas ordonner qu'il sera porté sur les listes de recrutement, parce que son rôle se borne à statuer sur la question d'état, et que les opérations du recrutetement sont de la compétence de l'administration. Lorsque deux individus se disputent un immeuble, le tribunal en l'adjugeant au demandeur, ne peut prescrire le changement de nom de propriétaire sur le rôle de la contribution foncière, parce que ce rôle ne peut être établi et modifié que par l'administration. Lorsqu'un individu réclame comme lui appartenant un terrain dont l'administration s'est mise par erreur en possession et qu'elle a englobé dans une grande route, le tribunal ne peut ordonner la destruction des travaux et la restitution du terrain lui-même, car il nuirait à une opération administrative; il doit se contenter de déclarer le droit de propriété et renvoyer pour le règlement de l'indemnité devant qui de droit (V. arrêts du

conseil du 29 juin 1842 [Carol]; 3 sept. 1842 [Pannetier]).

Un tribunal saisi d'une demande de dommages-intérêts pour préjudice causé à des propriétés situées sur le bord d'une rivière par une usine autorisée, peut bien prononcer ces dommages-intérêts, mais il doit s'abstenir d'ordonner des modifications aux barrages, vannes, etc. de l'usine; de telles modifications ne peuvent être faites que par l'autorité administrative. (Arrêt du conseil, 18 juillet 1838 [Millet]).

46. 2° L'une des autorités doit appliquer les actes émanés de l'autre; sinon, chacune d'elles pourrait détruire, à son gré, ce que l'autre aurait fait. Ainsi l'administration doit prendre comme constants les points précèdemment jugés par les tribunaux; et les tribunaux, de leur côté, doivent, quand ils en sont requis, appliquer les actes administratifs.

47. Cette règle, toutefois, est susceptible d'une distinction importante. Divers organes de l'autorité administrative ont le droit, en vertu d'une délégation du pouvoir législatif, de réglementer certaines matières par des actes qui ont la même force que la loi, et qui sont obligatoires soit pour la généralité des citoyens, comme les ordonnances royales; soit pour tous les habitants d'un département, comme les arrêtés des préfets; soit pour les habitants d'une commune, comme les arrêtés des maires. Les infractions à ces règlements sont punies d'une peine qui, à défaut d'une disposition de loi spéciale, est prescrite par l'article 471, § 15 du Code pénal, et est prononcée par les tribunaux. Mais les tribunaux ne sont obligés de prononcer une peine pour infraction à ces règlements, qu'autant qu'ils ont été rendus dans la limite des attributions du roi, du préfet ou du maire; toutefois ils ne peuvent prononcer la nullité des règlements illégaux, soit d'office, soit sur la plainte du ministère public ou d'un particulier; car ils empiéteraient aussi sur l'autorité administrative. Leur droit se borne à refuser de les appliquer comme dépourvus du caractère de légalité qui seul leur donne force obligatoire. (Cass., 14 mars 1832, S.-V. 32. 1. 226; J. P. 3º édit.; — id., 4 déc. 1839, S.-V. 40. 1. 505; J. P. 1840. 1. 164.) Lorsqu'il s'agit, au contraire, d'un acte individuel d'administration ou d'un jugement, en thèse générale, quels que soient les vices dont on

soutient qu'il est infecté, cet acte doit être respecté et appliqué, s'il y a lieu, par l'autorité devant laquelle il est produit, et il ne peut être réformé ou annulé que par l'autorité compétente. Ici, en effet, les inconvénients de l'examen seraient plus grands que ceux de l'exécution.

48. 3º Lorsqu'un acte présente de l'obscurité, s'il n'émane pas de l'autorité qui est appelée à l'appliquer, il serait dangereux qu'elle en fît l'interprétation, parce qu'elle pourrait en méconnaître le sens, et substituer son esprit à celui dans lequel il a été fait; il est donc parfaitement raisonnable de surseoir à son application jusqu'après l'interprétation qui en est donnée par l'autorité qui l'a rendu. Tel est le principe général que l'on a quelquefois étendu trop loin, et qui ne doit être appliqué qu'avec une distinction analogue à celle dont nous avons parlé dans le numéro précédent. Les actes réglementaires faits légalement par l'autorité administrative ont force de loi : or les tribunaux sont obligés d'interpréter la loi en cas d'obscurité; ils ne peuvent en référer au législateur pour demander une interprétation. Il doit en être de même pour les actes faits en vertu d'une délégation du pouvoir législatif. qui statuent, comme la loi, pour l'avenir, d'une manière générale, et qui sont, comme elle, obligatoires pour tout le monde. Cette conséquence, longtemps méconnue, a été proclamée plusieurs fois et notamment le 8 février 1845 (D. P. 45. 1. 156) par un arrêt de la Cour de cassation rendu à propos de l'interprétation d'un tarif d'octroi. La règle ne s'applique donc qu'aux actes d'administration proprement dits, qui prescrivent des mesures individuelles; ceux-ci ne peuvent être interprétés que par les administrateurs qui les ont rendus. Cette distinction, parfaitement fondée. est sans inconvénient pour l'administration, qui peut toujours, si les tribunaux interprètent mal les règlements généraux, expliquer ce qu'elle a voulu par d'autres règlements qui n'auront effet que pour l'avenir.

49. Lors donc qu'un tribunal rencontre dans les débats d'une affaire qui lui est soumise un acte administratif non réglementaire, il a le droit d'en faire l'application aux intérêts particuliers des parties; et c'est seulement lorsque cette application présente des difficultés qu'il doit surseoir au jugement jusqu'à ce que l'autorité administrative ait donné son interprétation; cette autorité, de son côté,

après avoir indiqué le sens de l'acte, doit s'arrêter et en renvoyer l'application au tribunal. Réciproquement, l'autorité administrative, si elle est appelée à faire l'application d'une décision de l'autorité judiciaire, doit, en cas de difficulté, surseoir à cette application jusqu'après l'interprétation du jugement, qui est donnée par le tribunal dont il émane. Il est évident que, sans cette précaution, l'acte pourrait recevoir une interprétation contraire à son esprit. Il faut observer que, de part et d'autre, il n'y a lieu à interprétation qu'autant qu'il s'agit d'une difficulté réelle, et non par cela seul que les parties élèvent des doutes qui n'ont aucun fondement. (Cass. 4 janvier 1843, S.-V. 43, 1, 326; J. P. 1843. 1. 489.)

Les règles que nous venons d'expliquer s'appliquent à l'interprétation des traités, qui ne peut émaner que de l'autorité qui les a faits.

— V. Contentieux administratif.

50. 4º L'autorité a le droit de statuer ellemême sur les réclamations que soulèvent ses actes. Cette attribution est, comme la précédente, une conséquence de son indépendance, et les inconvénients qu'elle peut avoir sont corrigés par le principe de la responsabilité de ses agents. Si le recours n'était pas porté devant l'autorité administrative supérieure, il ne pourrait l'être que devant l'autorité judiciaire; alors cette autorité en réformant ou en modifiant les actes d'administration, exercerait elle-même le pouvoir administratif, et elle l'exercerait sans contrôle et sans responsabilité. Les recueils d'arrêts du Conseil d'état renferment un grand nombre d'ordonnances rendues d'après ces principes, dans diverses espèces. Nous signalerons ici, comme étant de nature à faire apprécier l'importance et l'étendue de la règle que nous avons formulée, 1º un arrêt du Conseil, du 12 mai 1824 (Pfaffenhoffer), qui déclare les tribunaux civils incompétents pour connaître d'une action en indemnité intentée contre l'état pour cause d'une saisie prétendue arbitraire de papiers, opérée par ordre de l'administration; 2º un arrêt du Conseil, du 21 septembre 1827 (Lemercier), lequel dispose que l'autorité administrative peut scule connaître d'une demande en indemnité formée contre l'administration de la marine, pour retard apporté par ordre ministériel au départ d'un navire que l'on avait faussement soupconné de faire la traite des noirs; 3º enfin un autre arrêt du 8

août 1844 (Duprat), qui décide que l'autorité administrative est seule compétente pour statuer sur une demande en indemnité formée par un particulier contre la directrice d'un bureau de poste, pour retard prétendu dans la remise d'une lettre. — V. sup. § 6, et Contentieux administratif.

51. 5º L'autorité administrative est juge de toutes les questions de compétence : ce qui doit s'entendre d'abord des questions qui s'élèvent entre ses différents organes. C'est au roi, sous l'autorité duquel ils agissent, c'est au ministre dans lequel se résume la responsabilité de tous leurs actes, à maintenir entre eux une exacte répartition des pouvoirs (l. des 7-14 oct. 1790, nº 3). Mais c'est encore au roi qu'il appartient de résoudre les questions de compétence qui s'élèvent entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire (1. du 21 fruct. an III, art. 27). En effet, si l'autorité judiciaire avait le dernier mot sur ce point, il pourrait y avoir de sa part invasion systématique et progressive dans les attributions administratives. Rien de semblable n'est à craindre dans le système contraire, car toute décision du roi donne lieu non-seulement à la responsabilité morale, mais encore à la responsabilité réelle du ministre qui la contresigne. Ainsi il ne peut y avoir tout au plus que des actes isolés d'empiétement faciles à réprimer, et qui, une fois condamnés, ne se renouvellent pas.

52. Lorsqu'un tribunal, malgré le déclinatoire proposé par le préfet, ne s'est point dessaisi dans une matière réservée à l'autorité administrative, son action peut être suspenduc par un arrêté du préfet, pris avec l'accomplissement de certaines formes, qui l'oblige à surseoir jusqu'après le jugement de la question de compétence par le roi en Conseil d'état. Mais il importe essentiellement d'observer, à cet égard, que ce n'est que dans les formes déterminées et par la voie de conslit que l'autorité administrative peut s'emparer de la connaissance d'un litige porté devant l'autorité judiciaire. Tant que le conflit n'a pas été élevé, c'est devant les tribunaux supérieurs seulement que l'on peut demander la réformation des jugements et arrêts qui auraient statué même incompétemment sur des matières appartenant à la juridiction administrative. (Arrêts du Conseil, des 12 et 22 déc. 1811 [ de Lubersac et Cuisinier]; 17 mars 1812 [Bayle]; 6 novembre 1813 [Brisac]; 20 nov. 1815 [veuve Troyes]; 18 avril 1816 [de Lauzière]). A plus forte raison, on ne pourrait déférer au Conseil d'état un arrêt de la Cour de cassation pour prétendue incompétence. (ordon. du 10 sept. 1817 [de Siran].) —V. l'ordonn. du 1er juin 1828. — V. aussi Conslit.

53. 6º Enfin l'indépendance de l'autorité administrative exige encore que ses agents soient à l'abri des poursuites que pourrait exercer, et des condamnations que pourrait prononcer contre eux l'autorité judiciaire pour des actes relatifs à leurs fonctions, puisque ces poursuites et ces condamnations troubleraient l'administration et ne laisseraient pas aux fonctionnaires la liberté d'action dont ils ont besoin. De là, les dispositions de l'article 75 de la constitution de l'an viii, qui veut que les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne puissent être poursuivis pour des actes relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'état. -V. Garantie des fonctionnaires publics, Mise en jugement (1).

FOUCART.

COMPÉTENCE CIVILE. — 1. D'après ce qui a été dit de la compétence en général, la compétence civile s'entend de la mesure d'attribution dévolue aux tribunaux qui jugent en matière civile.

La compétence des tribunaux en matière civile doit être envisagée sous divers points de vue. En effet, avant d'engager une action, il faut examiner d'abord, parmi les juridictions d'un ordre différent, quelle est celle à laquelle la connaissance du litige est attribuée par la loi; c'est la nature de l'affaire qui détermine, dans ce cas, la juridiction, et la compétence est désignée, alors, sous le nom de compétence ratione materiæ, ou compétence d'attribution. En second lieu, et lorsque la juridiction est déterminée parmi celles d'un ordre différent, il faut examiner quelle est, parmi toutes celles du même

ordre, celle qui doit être choisie exclusivement aux autres. Dans ce cas, c'est du domicile ou de la situation de l'objet litigieux que découle le pouvoir de juger, et la compétence prend alors le nom de compétence ratione personæ, ou compétence territoriale. La règle générale, dans ce deuxième aspect de la compétence, est résumée dans l'ancienne maxime: actor sequitur forum rei. Mais dans l'application, cette règle a été modifiée par la division des actions en réelles, personnelles et mixtes. — V. d'ailleurs les observations qui suivent.

Il existe un troisième aspect sous lequel la compétence se présente encore: il consiste à déterminer si le tribunal qui a été d'abord saisi, a jugé souverainement, ou bien si sa décision est susceptible d'être déférée, par la voic de l'appel, à un juge supérieur. Mais ce point de vue est moins général; la nature même des choses indique qu'il est absolument étranger aux tribunaux qui, comme les cours royales, sont principalement institués pour juger les appels. Nous en ferons donc l'objet d'observations distinctes. — V. Degrés de juridiction.

2. Dans le système actuel de l'organisation judiciaire, le pouvoir de juger, en matière civile, est attribué par la loi, suivant certaines mesures que nous allons indiquer, aux juges de paix, aux tribunaux de première instance, également appelés tribunaux civils ou d'arrondissement, aux cours royales, et enfin à la Cour de cassation, pouvoir suprême dans l'ordre judiciaire, et qui, dans la pensée du législateur, a eu pour mission, en assurant l'exécution de la loi, de ramener la jurisprudence de tous les tribunaux à l'unité de la loi elle-même. Chacune de ces dénominations fera naturellement l'objet d'un article séparé; c'est donc à ces divers articles qu'il faut recourir pour tout ce qui concerne les applications sans nombre des règles de la compétence. Nous nous bornons ici à une classification générale pour l'intelligence et l'exactitude de laquelle il importe de parcourir successivement les divers ordres de juridiction.

SECT. 1re. — Juges de paix.

<sup>(1)</sup> V. Question de Droit administratif, de M. de Cormenin; Principes de compétence et de juridiction administratives, de M. Ad. Chauveau; Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, par M. Serrigny; Jurisprudence administrative, par M. Th. Chevalier, et les Traités de MM. Macarel, Laferrière, Dufour, Trolley, sur l'ensemble du droit administratif.

<sup>§ 1</sup>er. — Compétence d'attributions ratione materiæ.

<sup>§ 2. —</sup> Compétence territoriale, ratione personæ.

- SECT. 2. Tribunaux civils ou d'arrondissement.
  - \$ 1er. Compétence d'attribution, ratione materiæ.
  - § 2. Compétence territoriale, ratione personæ. Actions personnelles, réelles, mixtes (29). Matières de succession, société, —faillite (30). Actions en garantie (38). Élection de domicile (40). Paiement de frais (41).
  - § 3. Compétence de premier et dernier ressort.
  - § 4. Compétence des diverses chambres d'un tribunal.
  - § 5. Compétence du président.

SECT. 3. — Cours royales.

Sect. 4. — Cour de cassation.

### SECT. 1re. - Juges de paix.

- 3. Les attributions conférées aux juges de paix sont très-nombreuses et fort variées : les principales consistent à présider les assemblées de famille, à recevoir les actes d'adoption et d'émancipation, à faire les appositions et les levées de scellés; à juger divers procès civils, à exercer, dans d'autres, les fonctions de juge conciliateur; à remplir, comme officier auxiliaire du procureur du roi, des fonctions de police judiciaire; à statuer sur la plupart des contraventions de police, sur les contraventions en matière de douane et sur certaines contestations en matière d'octroi, etc. De ces diverses attributions, pour lesquelles il faut consulter les articles Juge de paix, Conciliation, Douane, Octroi, etc., nous n'avons à envisager ici que celles qui constituent le juge de paix juge en matière civile.
- 4. Rappelons d'abord que, comme juge civil, le juge de paix appartient à cette classe de juridictions qui, instituées pour juger un certain genre de procès, ne sont que des dérivés de la juridiction ordinaire. Tribunal exceptionnel ou extraordinaire, la justice de paix n'a donc pas la plénitude de juridiction qui est l'attribut de la justice ordinaire, c'està-dire, en matière civile, des tribunaux d'arrondissement et des cours royales.

De là, une conséquence importante à constater: c'est que les juges de paix, comme les autres tribunaux d'exception, ne peuvent pas, en principe, connaître de l'exécution de leurs

jugements. La règle a été cependant contestée: M. Locré, notamment, (Esprit du Code de procédure civile) rappelle que, lors de la discussion du Code, on rejeta une disposition que le tribunal proposait d'ajouter après l'art. 31, et qui était ainsi conçue : « Les juges ne connaîtront point de l'exécution de leurs jugements même entre les mêmes parties; » et M. Locré conclut du rejet que les juges de paix peuvent, comme les tribunaux de première instance, connaître de l'exécution de leurs jugements. Mais il a été généralement reconnu que la disposition n'avait été rejetée que parce qu'elle consacrait un principe incontestable, qu'il était dès lors très-surabondant d'exprimer; et la doctrine d'accord avec la jurisprudence ont écarté l'opinion de M. Locré (V. Turin, 6 mai et 30 juill. 1813, Devillen. et Car. 4. 2. 304 et 349; J. P. 3e édit.; D. A. 3. 275). Ajoutons que cette solution emprunte aujourd'hui une force nouvelle aux circonstances qui ont accompagné la discussion de la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix; car le projet de loi contenait une disposition, l'art. 9, qui tendait à accorder aux juges de paix la connaissance de l'exécution de leurs jugements, et cette disposition avait été admise en principe par la commission (Rapp. du 2 avr. 1835). Mais la loi du 25 mai 1838 n'a pas reproduit cette innovation, en sorte que l'ancienne doctrine s'en est trouvée d'autant plus confirmée, et qu'en principe, aujourd'hui, plus encore qu'avant la loi du 25 mai 1838, il faut reconnaître que la connaissance de l'exécution de leurs jugements n'appartient pas aux juges de paix.

5. Nous disons en principe, parce qu'il y a, sous ce rapport, lieu de faire une distinction : c'est l'exécution proprement dite qui doit être refusée à la connaissance du juge de paix; mais il n'en est pas ainsi de tout ce qui n'est que le complément ou l'interprétation de leurs jugements. Par exemple, qu'un juge de paix condamne une partie à des dommages-intérêts, à des restitutions de fruits, de dépens, dont il ne fixe pas le chiffre, il est clair qu'il pourra déterminer ce chiffre plus tard; il ne fera en cela que compléter son jugement. Mais qu'une mesure d'exécution forcée soit pratiquée en vertu de la sentence d'un juge de paix, celuici sera absolument incompétent, quels que soient les moyens de nullité dirigés contre cette mesure: il s'agirait là de l'exécution proprement dite.

6. Suivant les distinctions que nous avons ci-dessus indiquées, les juges de paix ont une compétence d'attribution et une compétence territoriale. Indiquons successivement la mesure de ces compétences diverses.

# § 1er. — Compétence d'attribution, ratione materiæ.

- 7. A l'égard du juge de paix, comme, du reste, à l'égard des tribunaux de première instance, le Code de procédure garde le silence sur la compétence d'attribution; les règles en sont écrites dans des lois spéciales. Celle qui fixe les attributions des juges de paix, comme juges civils, est la loi déjà citée du 25 mai 1838. La matière avait été règlée d'abord par la loi des 16-24 août 1790; mais elle a été reprise à nouveau par la loi de 1838, et les attributions des juges de paix ont été considérablement étendues par cette loi, qui est devenue la loi organique de la matière.
- 8. On peut ranger sous quatre catégories les actions qu'embrasse la compétence ratione materiæ des juges de paix;

Ce sont: 1° les actions dont ils connaissent en dernier ressort jusqu'à 100 fr., et à charge d'appel, jusqu'à 200 fr.;

2º Les actions dont ils connaissent en dernier ressort jusqu'à 100 fr., et en premier ressort, jusqu'à 1,500 fr.;

3° Les actions dont ils connaissent en dernier ressort jusqu'à 100 fr., et à charge d'appel, à quelque somme que la demande puisse s'élever;

4° Enfin les actions dont ils ne connaissent jamais qu'en premier ressort.

9. 1º Les actions de la première catégorie sont déterminées par l'art. 1er de la loi du 25 mai 1838: ce sont, aux termes de cet article, « toutes actions purement personnelles ou mobilières. » Mais cette disposition doit être entendue suivant les règles d'après lesquelles les actions ont été définies et divisées dans le droit français. On sait que l'action, même personnelle, peut être mobilière ou immobilière, et réciproquement, que l'action réelle peut avoir pour objet, soit un immeuble, soit un meuble. (V., à cet égard, Actions, nos 57 et suiv.) D'après cela, le juge de paix serait incompétent pour connaître d'une action qui aurait un immeuble pour objet, fût-elle personnelle par sa nature, en ce sens qu'elle dériverait d'une obligation exclusivement relative au défendeur: par exemple, l'action par laquelle l'acquéreur d'un immeuble ou d'un droit immobilier acheté à un prix inférieur à 100 fr., demanderait au vendeur la libre jouissance de l'objet vendu. Ainsi, l'art. 1er de la loi du 25 mai 1838 doit être lu comme s'il disait: Le juge de paix connaîtra (dans les limites indiquées) des actions mobilières, soit personnelles, soit réelles; il ne connaîtra jamais des actions immobilières.

10. Remarquons que toutes les actions même pures personnelles, c'est-à-dire les actions personnelles mobilières, ne rentrent pas dans la compétence des juges de paix. Il faut en excepter, entre autres, comme cela a été reconnu dans la discussion de la loi, celles qui rentrent dans la juridiction des prud'hommes, et celles qui ont un caractère commercial, et doivent, par ce motif, être portées devant les tribunaux de commerce. (V. le Moniteur des 3 et 19 avril 1835 et du 25 juin 1837.) Il faut en excepter également les actions en dommages-intérêts, dirigées contre les huissiers à raison d'un fait relatif à leurs fonctions, une telle action étant de la compétence exclusive des tribunaux de première instance (Cass. 29 juin 1840, S.-V. 40. 1.892; D. P. 40. 1. 255).

11.2° Les actions comprises dans la deuxième catégorie, c'est-à-dire celles sur lesquelles les juges de paix prononcent, sans appel, jusqu'à la valeur de 100 fr., et à charge d'appel, jusqu'au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance (1,500 fr.), sont déterminées par les art. 2 et 4 de la loi du 25 mai 1838. Ce sont, aux termes de l'art. 2, « les contestations entre les hôteliers, aubergistes ou logeurs, et les voyageurs ou locataires en garni, pour dépenses d'hôtellerie et perte ou avarie d'effets déposés dans l'auberge ou dans l'hôtel; entre les voyageurs et les voituriers ou bateliers, pour retards, frais de route et perte ou avarie d'effets accompagnant les voyageurs; entre les voyageurs et les carrossiers ou autres ouvriers, pour fournitures, salaires et réparations faites aux voitures de voyage. »

C'est là une innovation, car les contestations dont il s'agit étaient soumises, avant la loi de 1838, aux règles de la compétence ordinaire. Mais il y a dans ces diverses contestations un caractère d'urgence qui en a fait attribuer la connaissance aux juges de paix. Toutes les fois donc que cette urgence n'existe pas, il y a lieu de rester dans le droit commun, l'action fût-elle d'ailleurs analogue à celles que l'art. 2 énumère. Il en serait ainsi de l'action formée par un aubergiste contre un habitant de la même ville pour le prix de la nourriture qui aurait été fournie à ce dernier.

12. Sont encore comprises dans la même catégorie, aux termes de l'article 4 précité, « 1° les indemnités réclamées par le locataire ou fermier pour non jouissance provenant du fait du propriétaire, lorsque le droit à une indemnité n'est pas contesté; 2º les dégradations et pertes, dans les cas prévus par les art. 1732 et 1735 du Code civil. Néanmoins le juge de paix ne connaît des pertes causées par incendie ou inondation que dans les limites posées par l'art. 1er de la présente loi, » Ici la compétence des juges de paix est basée sur ce que ce magistrat est mieux à même qu'aucun autre de régler ces contestations, qui exigent d'ordinaire un transport sur les lieux. Aussi voit-on que la règle fléchit, en ce qui concerne les pertes causées par incendie ou par inondation, lesquelles étant en général plus considérables, s'apprécient mieux au moyen d'une expertise. Le principe de la loi ne reprend son empire, dans ce cas, que lorsque le demandeur se borne à réclamer une indemnité qui ne dépasse pas deux cents francs.

13. 3º Les actions de la troisième catégorie, déterminées par les art. 3 et 5 de la loi de 1838, font en général l'objet d'articles spéciaux. Ces actions, dont les juges de paix connaissent sans appel jusqu'à la valeur de cent francs, et à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse s'élever, sont d'abord, aux termes de l'art. 3, « les actions en paiement de loyers ou fermages, les congés, les demandes en résiliation de baux fondées sur le seul défaut de paiement de loyers ou fermages, les expulsions de lieux et les demandes en validité de saisie-gagerie; le tout lorsque les locations verbales ou par écrit n'excèdent pas annuellement, à Paris, quatre cents francs, et deux cents francs partout ailleurs. » Cette attribution, qui n'a été faite aux juges de paix que par la loi de 1838, constitue une innovation dont l'objet principal a été l'intérêt des propriétaires, auxquels il importe de faire juger avec célérité et économie les différends nombreux qu'ils peuvent avoir avec des fermiers ou des locataires, à l'occasion de baux très-modiques. Dans l'application, des diffi-

cultés sérieuses sont nées de cette attribution, soit sur le point de savoir si la disposition de la loi embrasse toute espèce de baux, comme ceux qui contiennent une aliénation ou un démembrement de la propriété (baux à rente ou à locatairies perpétuelles, à complant, à domaine congéable, emphytéoses perpétuelles ou temporaires), soit sur les congés, les expulsions de lieux, soit enfin sur la fixation du prix des baux pour déterminer la compétence du juge de paix, lorsque le prix du bail consiste, en tout ou en partie, en denrées ou prestations. Ces difficultés sont examinées aux mots Congé, Juge de paix, Louage.

14. L'art. 5 de la loi de 1838 range encore dans la même catégorie 1º les actions pour dommages faits aux champs, fruits et récoltes, soit par les hommes, soit par les animaux, et celles relatives à l'élagage des arbres ou haies, et au curage soit des fossés, soit des canaux servant à l'irrigation des propriétés, lorsque les droits de propriété ou de servitude ne sont pas contestés (V. Dommages aux champs, Elagage, Servitude); 2º les réparations locatives des maisons ou fermes mises par la loi à la charge du locataire (V. Louage); 3º les contestations relatives aux engagements respectifs des gens de travail au jour, au mois et à l'année, et de ceux qui les emploient; des maîtres et des domestiques ou gens de service à gage; des maîtres et de leurs ouvriers ou apprentis, sans néanmoins qu'il soit dérogé aux lois et règlements relatifs à la juridiction des prud'hommes (V. Louage d'ouvrage ou d'industrie); 4º les contestations relatives au paiement des nourrices, sauf ce qui est prescrit par les lois et règlements d'administration publique à l'égard des bureaux de nourrices de la ville de Paris et de toutes les autres villes (V. eod.); 5° enfin les actions civiles pour diffamation verbale et pour injures publiques ou non publiques, verbales ou par écrit, autrement que par la voie de la presse; les mêmes actions pour risques ou voies de fait: le tout lorsque les parties ne se sont pas pourvues par la voie criminelle. - V. Outrage, Diffamation.

15. Cette nomenclature, empruntée à la loi de 1790, étendue sous quelques rapports par celle de 1838, complète la troisième catégorie des actions dont la connaissance appartient aux juges de paix. Comme le législateur de 1790, celui de 1838 a pensé, relativement aux dommages causés aux champs, fruits et

récoltes, que la quotité en serait mieux appréciée par le juge de paix de la localité que par tout autre juge; de là l'attribution qui lui a été faite par l'une et l'autre loi. Seulement, celle de 1838 a étendu, à cet égard, le cadre de la loi de 1790, en soumettant à la même juridiction les actions relatives à l'élagage des arbres ou haies et au curage des fossés ou canaux, qui, étant également d'un intérêt minime et susceptibles d'être bien appréciées par le juge de la localité plutôt que par aucun autre, se placaient tout naturellement sur la même ligne que les actions relatives aux dommages aux champs. Quant aux contestations entre maîtres et gens de travail, domestiques et ouvriers, la loi de 1838 a reproduit à peu près la disposition de celle de 1790. La pensée de l'une et l'autre loi, en attribuant la connaissance de ces contestations à une juridiction plus rapide dans son action, a été que tout homme qui vit au jour le jour doit obtenir promptement son salaire. De ce motif même de la loi, il résulte que la disposition n'en est pas applicable aux individus qui sont chargés, dans la maison de la personne qui les emploie, de fonctions intellectuelles: tels sont les bibliothécaires, les secrétaires et intendants, qui, ayant en général plus de ressources que les serviteurs employés à un travail manuel, ont moins besoin que ceux-ci du paiement immédiat de ce qui leur est dû (V. Moniteur des 25 juin 1837 et 7 avril 1838). Relativement aux actions civiles pour diffamations, injures, rixes et voies de fait, la compétence des juges de paix est aujourd'hui beaucoup plus étendue qu'elle ne l'était sous la loi de 1790. Cette dernière loi ne leur déférait que la connaissance des actions relatives aux injures purement verbales. Mais l'ancien principe a été maintenu, en ce qu'aujourd'hui, comme auparavant, l'exercice de l'action criminelle rend non recevable plus tard l'exercice de l'action civile. Toutefois il a été décidé que la partie lésée peut, après avoir intenté l'action criminelle, revenir à l'action civile tant que la première n'a été suivie d'aucun jugement sur le fond. (Cass. 21 nov. 1825, S.-V. 26. 1. 85; D. P. 26. 1. 49.) Enfin, en ce qui concerne les réparations locatives des maisons ou fermes, la disposition de la loi de 1790 a été reproduite par celle de la loi de 1838, qui s'est bornée seulement à ajouter ces mots : mises par la loi à la charge du locataire. Par là, le législateur de 1838 a fait cesser une

controverse qui s'était élevée sur le point de savoir si le juge de paix était compétent pour connaître des difficultés de tout genre entre les bailleurs et les locataires au sujet des réparations. L'opinion à peu près générale s'était fixée en ce sens, que la compétence des juges de paix ne s'étendait pas au delà des réparations mises par la loi à la charge des locataires: c'est la doctrine que la loi nouvelle a sanctionnée.

Les diverses actions qui viennent d'être énumérées ont donné lieu à bien des difficultés de détails; l'examen en trouvera place dans les divers articles auxquels nous avons renvoyé.

16. 4º L'art. 6 de la loi du 25 mai 1838 détermine les actions de la quatrième catégorie qui rentrent dans la compétence des juges de paix. Ces actions, dont les juges de paix ne connaissent jamais qu'en premier ressort, sont : 1º les entreprises commises, dans l'année, sur les cours d'eau servant à l'irrigation des propriétés et au mouvement des usines et moulins, sans préjudice des attributions de l'autorité administrative dans les cas déterminés par les lois et par les règlements; les dénonciations de nouvel œuvre, complaintes, actions en réintégrande et autres actions possessoires fondées sur des faits également commis dans l'année; 2º les actions en hornage et celles relatives à la distance prescrite par la loi, les règlements particuliers et l'usage des lieux pour les plantations d'arbres ou de haies, lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés; 3º les actions relatives aux constructions et travaux énoncés dans l'article 674 du Code civil, lorsque la propriété ou la mitoyenneté du mur ne sont pas contestées; 4º enfin les demandes en pension alimentaire n'excédant pas cent cinquante francs par an, et seulement lorsqu'elles sont formées en vertu des art. 205, 206 et 207 du Code civil.

17. Les actions comprises dans le premier paragraphe de cet article sont, de toutes celles qui ont été attribuées aux juges de paix, les plus importantes en même temps que les plus difficiles: ce sont toutes des actions qui n'ont trait qu'à la possession, et qui, à ce titre, ont pris la dénomination d'actions possessoires par opposition à l'action pétitoire, qui n'a trait qu'à la propriété. Cette matière, si complexe et si hérissée de difficultés, est traitée spécialement au mot Possessoire. V. aussi Actions,

nº 57. Il en est ainsi encore des actions comprises dans le § 2 du même article, c'est-àdire des actions en bornage. Elles font l'objet d'un examen spécial au mot Bornage, art. 4, nos 73 et suivants. A l'égard des actions énoncées dans le § 3, remarquons que l'attribution faite ici par la loi aux juges de paix est une innovation, qui se justifie très-bien par cette considération, que l'article 674 du Code civil renvoie à des usages et règlements particuliers que le juge de paix peut mieux connaître que personne (V. Mitovennété). Il faut remarquer, en outre, que la loi n'attribue compétence aux juges de paix que lorsque la propriété ou la mitoyenneté du mur ne sont pas contestées, expressions restrictives qu'il faut préciser. Il en résulte que si un individu, actionné pour qu'il ait à faire des travaux pour préserver un mur, soutient que le mur est sa propriété exclusive, et qu'il peut le dégrader si bon lui semble, la compétence du juge de paix est paralysée dans son action, et ce magistrat doit renvoyer les parties à se pourvoir, à moins que la prétention du défendeur ne soit évidemment mal fondée et n'ait été mise en avant que pour éluder la compétence du juge de paix. Enfin, quant aux demandes alimenmentaires dont s'occupe le § 4 de l'article, elles ne sont de la compétence du juge de paix que tout autant qu'elles n'excèdent pas cent cinquante francs, et qu'elles sont basées sur les art. 205, 206 et 207 du Code civil. Ajoutons. sur cette dernière condition, que les demandes alimentaires entre les pères et enfants adoptifs, lorsqu'elles n'excèdent pas cent cinquante francs, rentrent aussi dans la compétence du juge de paix, bien que la loi de 1838 ne renvoie pas à l'art. 349 du Code civil, qui établit les droits respectifs des pères et enfants adoptifs à des aliments. Ceux-ci méritent autant de faveur que les pères et enfants naturels. à l'égard desquels on admet sans difficulté la compétence des juges de paix : l'esprit de la loi, sinon le texte, milite donc en faveur des premiers.

\$ 2. — Compétence territoriale, ratione personæ, des juges de paix.

18. A la différence de la compétence d'attribution à l'égard de laquelle le Code de procédure garde un silence absolu, la compétence territoriale des juges de paix est fixée par ce code. Les principes et les règles d'application sont écrits dans les art. 2 et 3 du Code de procédure civile. « En matière purement personnelle ou mobilière, porte l'art. 2. la citation sera donnée devant le juge du domicile du défendeur; s'il n'a pas de domicile. devant le juge de sa résidence. » L'article 3 ajoute : « La citation sera donnée devant le juge de la situation de l'objet litigieux, lorsqu'il s'agira 1º des actions pour dommages aux champs, fruits et récoltes; 2º des déplacements de bornes, des usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commis dans l'année : des entreprises sur les cours d'eau, commises pareillement dans l'année. et de toutes autres actions possessoires; 3º des réparations locatives; 4° des indemnités prétendues par le fermier ou locataire pour non jouissance, lorsque le droit ne sera pas contesté; et des dégradations alléguées par le propriétaire. » Ainsi la loi investit le juge du domicile pour les matières purement personnelles, et celui de la situation pour les actions réelles ou tout au moins mixtes.

19. Cette classification n'eût pas laissé de place au doute si la compétence du juge de paix fût restée telle qu'elle était lors de la promulgation du Code de procédure ; du moins les difficultés qui auraient été suscitées n'eussent pas été sérieuses. Mais la loi de 1838 a étendu, comme on l'a vu, les attributions du juge de paix, et elle n'a point déterminé, entre le juge de paix du domicile et le juge de paix de la situation, celui qui serait compétent pour connaître de ces attributions nouvelles. De là, la question de savoir devant quel juge doivent être portées soit les actions relatives à l'élagage des arbres ou haies, au curage des fossés ou canaux, au bornage, à l'observation des distances pour les plantations, aux constructions ou travaux énoncés dans l'art. 674 du Code civil, soit les demandes alimentaires. les contestations entre maîtres et domestiques ou gens de travail, et les contestations entre les hôteliers ou logeurs et les locataires, etc., soit enfin les actions en paiement de loyers ou fermages, les congés, les expulsions de lieux et validité de saisie-gagerie. Nous nous bornons à indiquer ici ces questions dont la solution se trouve au mot Juge de paix.

20. Ajoutons, comme une règle de compétence, que l'art. 2 du Code de procédure doit être complété par l'article 59 du même code. Ainsi, s'il y a plusieurs défendeurs en matière personnelle, le demandeur pourra les assigner tous devant le juge de paix du domicile

de l'un d'eux, à son choix; et s'il y a eu élection de domicile, il pourra citer devant le juge du domicile élu.

21. Telles sont les règles générales de la compétence des juges de paix ; les détails d'application, ainsi que nous l'avons dit, se trouveront ailleurs. Il reste seulement à faire observer ici que la juridiction des juges de paix peut être prorogée. La prorogation est, en effet, expressément autorisée par l'art. 7 du Code de procédure dont la disposition est ainsi conçue: « Les parties pourront toujours se présenter volontairement devant un juge de paix; auquel cas il jugera leur différend, soit en dernier ressort, si les lois ou les parties l'y autorisent, soit à la charge de l'appel, encore qu'il ne fût le juge naturel des parties, ni à raison du domicile du défendeur, ni à raison de la situation de l'objet litigieux. La déclaration des parties qui demanderont jugement sera signée par elles, ou mention sera faite si elles ne peuvent signer. » Il résulte de là que le juge de paix ne peut décliner la juridiction que les parties lui attribuent, l'art. 7 étant conçu, à son égard, en termes impératifs. Quelques auteurs se prononcent cependant en sens contraire. (V. Pigeau, t. 1, p. 17, et Thomine-Desmasures, t. 1, p. 62.) Il en résulte encore que les parties peuvent couvrir l'incompétence du juge de paix lorsqu'elle existe à raison de la personne ou de la situation de l'objet. Mais peut-on conclure de l'art. 7 que les parties soient autorisées à soumettre volontairement au juge de paix un litige à l'égard duquel il est incompétent ratione materia? Sur cette question, que des auteurs ont considérée comme susceptible de distinction et de sous-distinction, que d'autres, au contraire, ont résolue négativement, d'une manière absolue, — V. Juge de paix et Prorogation de juridiction.

Sect. 2. — Tribunaux civils ou d'arrondissement.

22. Les tribunaux civils ou d'arrondissement, qu'on nomme aussi tribunaux de première instance, sont ceux qui, en matière civile, ont, avec les cours royales, la plénitude de juridiction. Ils constituent ce qu'on appelle la juridiction ordinaire, par opposition aux justices de paix et aux tribunaux de commerce, qui constituent ce qu'on nomme la juridiction extraordinaire ou exceptionnelle. De ce caractère qui appartient aux tribunaux civils ou d'arrondissement, il résulte qu'à l'inverse de ce qui a lieu pour la juridiction extraordinaire, la compétence de ces tribunaux est générale, et leur incompétence, relative.

Comme la compétence des juges de paix, celle des tribunaux civils doit être déterminée au point de vue de l'attribution et au point de vue du territoire. Seulement il convient d'ajouter à cette division les règles relatives à la compétence des diverses chambres d'un tribunal et aux pouvoirs spéciaux qui ont été attribués au président du tribunal pour certaines affaires ou certains cas déterminés.

§ 1er. — Compétence d'attribution, ratione materiæ, des tribunaux civils.

23. Les tribunaux civils ou d'arrondissement sont à la fois juges de second degré et juges de premier degré.

Comme juges de second degré, ils connaissent 1° des appels dirigés contre les jugements des juges de paix, lorsque ces jugements sont sujets à l'appel, suivant les règles que nous avons indiquées dans les observations qui précèdent; 2° des appels formés contre les sentences arbitraires rendues sur des matières qui, si les parties n'eussent pas convenu de se faire juger par des arbitres, eussent été de la compétence du juge de paix soit en premier, soit en dernier ressort.

Comme juges de première instance, les tribunaux civils ou d'arrondissement connaissent de toutes les actions qui ne rentrent pas dans les attributions de l'autorité administrative et qui n'ont pas été attribuées formellement soit aux justices de paix, soit aux tribunaux de commerce, soit aux conseils de prud'hommes. La règle générale, sur ce point, consiste en ceci que les tribunaux civils, saisis comme juges de premier degré, ne statuent sur le procès qu'à la charge de l'appel. Toutefois des exceptions assez nombreuses ont été faites à cette règle.

24. La plus importante de toutes résulte de la loi du 11 avril 1838, dont l'article 1er, étendant la limite fixée au dernier ressort par la loi des 16-24 août 1790 (tit. 4, art. 5), dispose : « Les tribunaux civils de première instance connaîtront, en dernier ressort, des actions personnelles et mobilières, jusqu'à la valeur de 1500 fr. de principal, et des actions immobilières jusqu'à 60 fr. de revenu déterminé, soit en rente, soit par prix de bail. » A cette exception, il faut en ajouter

d'autres également déterminées par le législateur. Ainsi, les tribunaux connaissent, en premier et en dernier ressort, de toutes les contestations relatives à la perception des droits de timbre et d'enregistrement (l. 22 frim. an vII, art. 65) (V. Enregistrement); de toutes les actions civiles relatives à la perception des contributions indirectes, quelle qu'en soit la valeur (l. 11 sept. 1790, tit. 14, art. 2); de celles en rétablissement de productions communiquées à des avoués (V. Instruction par écrit); dans certains cas, des actions disciplinaires dirigées contre des officiers ministériels (V. décr. du 30 mars 1808, art. 103; - V. aussi Discipline); enfin de la taxe des dépens, s'il n'y a pas appel sur le fond (V. décr. 16 fév. 1807, art. 6; -V. aussi Frais et dépens).

25. Telles sont les règles générales de la compétence qui a été attribuée aux tribunaux de première instance. Mais cette compétence peut encore être étendue par la voie de la prorogation. Ainsi, on a reconnu que des parties capables et majeures peuvent autoriser un tribunal civil à juger en dernier ressort un différend dont il ne doit cependant, d'après les règles ordinaires, connaître qu'en premier ressort. La loi des 16-24 août 1790, autorisait même formellement cette prorogation de juridiction, et l'on admet que, bien que la disposition n'ait pas été reproduite par le Code de procédure, le principe n'en doit pas moins être encore appliqué.

26. De même qu'elle peut étendre la limite du dernier ressort, de même aussi la prorogation de juridiction peut couvrir l'incompétence; et elle produit cet effet nonsculement lorsqu'elle est expresse, mais encore lorsqu'elle résulte de la présentation de défenses ou d'exceptions qui, aux termes de l'article 169 du Code de procédure, auraient dû être présentées après l'exception d'incompétence. (V. Exception.) Seulement, il faut remarquer que le principe n'est pas applicable dans le cas où il s'agit de l'incompétence à raison de la matière. La volonté des parties ne peut jamais couvrir une telle incompétence. Mais la difficulté consiste à reconnaître dans quel cas il y a incompétence à raison de la matière. Ainsi l'incompétence matérielle, qui atteint incontestablement le tribunal civil relativement aux affaires administratives ou à celles qui sont attribuées aux cours royales, existe-t-elle également à l'é-

gard des procès de la compétence des tribunaux de commerce ou des justices de paix? — V. sur cette difficulté et sur d'autres qui se présentent encore dans cette matière, Tribunal de première instance et Prorogation de juridiction.

- § 2. Compétence territoriale, ratione personæ, des tribunaux civils. Actions personnelles, réelles, mixtes (29). Matières de succession, société, faillite (30). Actions en garantie (38). Élection de domicile (40). Paiement de frais (41).
- 27. Compétence territoriale. La répartition des affaires civiles entre les différents tribunaux de première instance constitue la compétence territoriale. Les principes, en cette matière, prennent leur source dans la législation romaine, que la loi moderne a cependant étendue et complétée. La règle fondamentale était que le défendeur devait être assigné devant le juge de son domicile, actor sequitur forum rei, et cela s'appliquait. selon quelques auteurs, aux actions même réelles, en ce sens, du moins, que le demandeur avait le choix entre le domicile du défendeur et celui de la situation de l'objet litigieux (V. Vinnius, sur le § 1 De actionibus, Inst.). Dans notre ancienne jurisprudence française, il n'avait pas été fixé de règle de compétence par la loi; on s'en était remis, sur ce point, à la doctrine des jurisconsultes; et dans le silence de l'ordonnance de 1667, il avait été reçu par la généralité des auteurs, que toute action personnelle devait être intentée devant le juge du domicile du défendeur; que toute action purement réelle devait être portée devant le juge de la situation des biens; que l'action mixte, celle qui tient à la fois du personnel et du réel, devait être intentée devant le juge du domicile du défendeur, la personne étant plus noble que la chose, et devant à ce titre déterminer la compétence; enfin que, dans le cas où il y avait plusieurs défendeurs, il y avait lieu de se pourvoir devant le tribunal supérieur ou en règlement de juges. (V. Rodier, sur l'art. 1er, tit. 6 de l'ord.) Ces principes ne souffraient exception que dans les cas, du reste, assez communs, où, en vertu de ces priviléges qu'on désignait sous le nom de committimus, une des parties pouvait faire juger sa cause dans un tribunal ou une cour déterminés. Il est surabondant, pour ainsi dire, de rappeler

que le privilège de committimus n'existe plus depuis la loi du 7 septembre 1790 (V. art. 13). Mais les principes ont subsisté en partie, car, ainsi qu'on va le voir, les articles 59 et 60 du Code de procèdure n'ont fait que les confirmer, les corriger ou les étendre.

28. Ces articles comprennent les actions personnelles et mobilières, immobilières et mixtes, les actions en matière de société, de succession et de faillite, les actions en garantie, les actions relatives à l'exécution d'un jugement, les actions formées contre plusieurs défendeurs, le cas où il y a élection de domicile, et les actions des officiers ministériels en paiement de frais. Relativement à ces différentes actions, le législateur s'est déterminé tantôt par la situation des biens litigieux, tantôt par le domicile de l'une des parties, et exceptionnellement, par la nature de la contestation ou la qualité des parties. Voyons comment la matière a été mise en œuvre.

29. Actions personnelles, réelles et mixtes. - « En matière personnelle, dit l'article 59 du Code de procédure, le défendeur doit être assigné devant le tribunal de son domicile; s'il n'a pas de domicile, devant le tribunal de sa résidence; s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur. » Pour ce dernier cas, la loi, comme on le voit, n'impose plus au demandeur la nécessité de se pourvoir en règlement de juges. Après cette première catégorie d'actions, dans laquelle c'est exclusivement le domicile ou la résidence du défendeur qui est pris en considération, la loi passe à une seconde catégorie, qui est celle des actions réelles. « En matière réelle, continue l'article 59, le défendeur sera assigné devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux, » ce qui ne saurait s'entendre que des matières réelles immobilières, les immeubles ayant seuls une assiette fixe. Enfin, après cette seconde catégorie, dans laquelle c'est la situation qui détermine la compétence, la loi en établit une troisième pour les actions mixtes. En matière mixte, en effet, et d'après ce même article, le désendeur doit être assigné devant le juge de la situation, ou devant le juge de son domicile. La loi nouvelle modifie encore, sous ce rapport, les anciens principes d'après lesquels c'était le domicile du défendeur qui l'emportait. Mais la grande difficulté consiste ici à distinguer quelles sont les matières qui doivent aujourd'hui être considérées comme mixtes. — V. sur ce point, *Actions*, nos 53 et suivants.

30. Matières de société, de succession, de faillite. — En matière de société, le défendeur doit être assigné, tant que la société existe, devant le juge du lieu où elle est établie (C. pr., 59). Cette règle s'applique, à cause de sa généralité même, aux sociétés civiles, aussi bien qu'aux sociétés commerciales (Cass. 18 pluv. an XII, S.-V. 4. 2. 103; D. A. 3. 319). Seulement il faut remarquer, quant aux sociétés civiles, que si elles n'ont pas de siège connu, ce qui n'est pas rare, il y a lieu d'en revenir à la règle qui attribue compétence au juge du domicile de l'un des défendeurs, au choix du demandeur.

31. Une société, quoique dissoute, est réputée exister encore tant qu'elle n'est pasl iquidée. Par conséquent la contestation qui s'élèverait entre les associés, dans ce cas, devrait être jugée, non par le tribunal du domicile des associés, mais par le tribunal du lieu où la société était établie, puisque, d'après la loi, la compétence appartient à ce tribunal, tant que la société existe. (Cass. 16 nov. 1815, S.-V. 18. 1. 82; D. A. 3. 320; id., 18 août 1840, S.-V. 40. 1. 836; J. P. 1840. 2. 293; D. P. 41. 1. 182.) Il en est ainsi de la société qui se trouve en liquidation, laquelle doit être actionnée en la personne de son liquidateur, devant le tribunal du lieu où elle est établie (Douai, 18 juillet 1833, S .- V. 33. 2. 565; D. P. 34. 2. 140). Mais, lorsque la société est liquidée, ou bien encore lorsque les associés se séparent sans établir des liquidateurs, les règles ordinaires de compétence reprennent leur empire, sauf cependant les actions en rescision de partage et en garantie de lots, qui appartiennent encore au tribunal du lieu où la société a existé. (Sic, Carré, nº 269, et Thomine-Desmasures, sur l'art. 59.)

32. En matière de succession, il faut porter devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte: 1° toutes les demandes entre héritiers jusqu'au partage inclusivement; 2° celles intentées par les créanciers du défunt avant le partage; 3° celles relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort, jusqu'au jugement définitif (C. pr., 59). Il faut encore ajouter les demandes relatives à la garantie des lots entre copartageants et celles à rescision de partage, qui sont attribuées au même tribunal par l'article 822 du

Code civil, dispositions que le Code de procédure n'a certainement pas entendu abroger.

33. L'article 59 comprend trois objets distincts dans la disposition qui concerne les successions : ce sont d'abord les demandes entre héritiers; le tribunal de l'ouverture de la succession est compétent à cet égard jusqu'au partage inclusivement. Ainsi, ce tribunal devra être saisi de la demande en pétition d'hérédité; de celle de l'enfant naturel en réclamation de ses droits (Cass. 25 août 1813. Devillen. et Car., 4.1. 427; J. P. 3e éd.); de la demande dirigée contre l'héritier pour qu'il ait à accepter ou à répudier (Bruxelles, 25 mars 1808, Devillen. et Car. 2. 2. 367; J. P. 3º édit.; D. A. 1. 133), etc. Mais le partage une fois consommé, le tribunal de l'ouverture de la succession cesse d'être compétent; et il ne pourrait pas même être saisi, à moins que sa compétence ne fût établie en vertu des règles ordinaires, de la demande en partage de quelques objets déterminés qu'on aurait laissés dans l'indivision.

34. En second lieu, l'article 59 comprend dans sa disposition relative aux successions, les demandes intentées par les créanciers du défunt, et il en attribue encore la connaissance au tribunal de l'ouverture de la succession, lorsqu'elles sont intentées avant le partage. Le motif de la loi a été d'abord de centraliser toutes les opérations relatives à la liquidation de la succession, et, en outre, la réunion probable au lieu où la succession s'est ouverte de tous les titres qui peuvent servir à repousser les demandes formées contre elle. Par cela même on est amené à conclure que la disposition de la loi cesse d'être applicable lorsqu'il n'y a qu'un seul héritier. Alors, en effet, il n'y a lieu ni à liquidation ni à partage; et d'un autre côté, l'héritier peut avoir transporté les titres à son domicile aussitôt après le décès. Les règles ordinaires devraient donc reprendre leur empire dans cette hypothèse, et le tribunal du domicile de l'héritier serait compétent pour connaître de la demande formée par le créancier. Cette doctrine admise sans difficulté lorsque l'héritier acceptant est un héritier pur et simple, a été étendue par la jurisprudence, même au cas où l'acceptation de l'héritier unique n'a eu lieu que sous bénéfice d'inventaire (Cass. 18 juin 1807, Devillen. et Car. 2. 1. 402; J. P. 3e édit.; D. A. 3. 300;id., 20 avril 1836, S.-V. 36. 1. 264; D. P. 38. 1. 388; — Bourges, 2 mai 1831, S.-V. 32. 2. 272; D. P. 31. 2. 225). Il faut cependant reconnaître qu'il y a quelques difficultés à l'égard de ce dernier héritier, dont la qualité suppose une liquidation à opérer, et que le Code de procédure, articles 986, 987 et 993, semble rendre justiciable, dans tous les cas, du tribunal de l'ouverture de la succession.

35. Enfin, les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort forment le troisième objet que comprend l'article 59 dans la partie relative aux successions. Dans ce cas, le tribunal de l'ouverture de la succession est encore compétent jusqu'au jugement définitif. Mais quel est le sens de ces dernières expressions? Elles ont été diversement interprétées. Suivant les uns, il faudrait entendre par là le jugement qui homologue le partage entre les héritiers; d'où il résulterait qu'après ce jugement ou le partage qui en tiendrait lieu, les légataires ne pourraient plus se pourvoir devant le tribunal de l'ouverture de la succession (V. Boitard, t. 1, p. 226, et M. Bioche, vo Comp. des trib. civ., nº 111). D'autres estiment que par ces mots, jugement définitif, le législateur a voulu dire qu'à la différence des cohéritiers ou des créanciers qui ne peuvent saisir le tribunal de l'ouverture qu'avant le partage, les légataires peuvent et doivent le saisir même après le partage, tant qu'un jugement définitif n'est pas venu produire une sorte de novation dans leur titre (V. Pigeau, t. 1, p. 157; et M. Rodière, Exp. rais. des lois de la comp. et de la proc., t. 1, p. 118). Ce dernier avis doit, ce nous semble, être préféré. Il est toujours convenable, dirons-nous avec ce dernier auteur, que les difficultés relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort soient tranchées par le tribunal de l'ouverture de la succession : si elles sont querellées dans la forme, pour éviter que des tribunaux différents ne décident la question en sens divers vis-à-vis des différents légataires; si la difficulté roule sur la véritable intention du testateur, ou la réductibilité du legs, parce que le tribunal du domicile qu'avait le défunt lors de son décès, est plus à même qu'aucun autre de découvrir ses intentions ou de constater les forces réelles de la succession.

36. En matière de faillite, le désendeur doit être assigné devant le juge du domicile

du failli (C. pr., 59). Le motif évident de la loi a été que ce juge est plus à portée d'apprécier les contestations d'après les connaissances personnelles qu'il a des opérations du failli.

37. Les règles de compétence en matière de société, de succession et de faillite, ont donné lieu à des applications diverses et nombreuses. Elles seront indiquées en leur lieu (V. notamment Compétence commerciale, Tribunal civil, Tribunal de commerce, Partage, Succession, Faillite, Société). Mais il se présente une question commune aux matières de succession, de société et de faillite.

C'est celle de savoir si les règles de compétence établies pour ces matières par les paragraphes 5, 6 et 7 de l'article 59 du Code de procédure, sont susceptibles de recevoir leur application aussi bien dans le cas où les personnes désignées dans ces paragraphes sont demanderesses, que dans celui où elles sont défenderesses. La négative a prévalu en doctrine et en jurisprudence, et l'on ne comprendrait pas qu'il en pût être autrement. Sans doute l'intérêt du cohéritier est d'être assigné au lieu où la succession est ouverte, parce qu'il lui est plus facile de fournir au juge de ce lieu les instructions nécessaires; il en est ainsi de l'associé, ainsi encore du failli. Mais lorsque c'est l'associé, le failli ou l'hèritier qui forment la demande, la partie contre laquelle ils agissent a plus d'intérêt et d'avantage à plaider devant le juge de son domicile. D'ailleurs c'est une règle de droit commun que nul ne peut être soustrait à ses juges naturels. Quelque générale que soit la rédaction des paragraphes 5, 6 et 7 de l'article 59, il n'en résulte pas d'exception à cette règle au préjudice du débiteur d'un héritier, d'un associé ou d'un failli; d'où il suit que la disposition de ces paragraphes est naturellement restreinte au seul cas où l'associé, l'héritier ou le failli sont débiteurs. (Sic Cass. 22 mars 1821, Devillen. et Car., 6.1. 402; J. P. 3º édit.; D. A. 3. 314; - id., 10 juillet 1837, S.-V. 37. 1. 732; D. P. 37. 1. 406; — Paris, 29 juillet 1826, S.-V. 27. 2. 196; D. P. 27. 2. 98; - Nancy, 28 janv. 1841, S.-V. 41. 2. 338; J. P. 1842. 2. 130; D. P. 41. 2. 81. - V. encore Boncenne, t. 2, p. 250; Boitard, t. 1, p. 227; Pardessus, t. 2, p. 33, Carré, Lois de la procéd. civ., quest. 264.)

38. Action en garantie. - En cette matière le défendeur doit être assigné devant le juge où la demande originaire est pendante (C. pr., 59), quelle que soit la partie qui exerce le recours. La demande en garantie doit, en effet, être jugée d'après les mêmes règles que l'action principale; il était donc naturel de la soumettre au même tribunal, afin de ne pas multiplier les frais et de ne pas exposer deux tribunaux différents à rendre des jugements opposés dans une même affaire. Toutefois, si la demande en garantie n'était formée qu'après le jugement de l'action principale, elle ne devrait plus être portée devant le tribunal qui aurait statué sur cette action, mais, conformément aux règles ordinaires, devant celui du domicile du garant.

39. Les règles de la compétence en matière de garantie trouveront leur complément aux mots Garantie, Exception. Disons seulement ici que l'exception faite, en cette matière, aux règles ordinaires, n'atteint que la compétence ratione personæ et non la compétence ratione materiæ. Ainsi le tribunal saisi de la demande originaire ne pouvait connaître de la question de garantie, s'il était incompétent, à raison de la matière, pour résoudre des questions de ce genre. C'est par application de ce principe qu'il a été décidé que l'action en garantie du porteur d'un effet de commerce. dont le protêt a été déclaré nul par la faute de l'huissier, ne peut être portée devant le juge de commerce, incidemment à la demande rescisoire contre l'endosseur. (Cass. 30 novembre 1813, S.-V. 14. 1. 16; D. A. 3. 363: -id., 19 juill. 1814, Devillen et Car. 4. 1. 596: J. P. 3° édit.; — id., 20 juill. 1815, S.-V. 15. 1. 379; D. A. 3. 249; - id., 2 janv. et 16 mai 1816, S.-V. 17. 1. 15; 16. 1. 341; D. A. 3. 364 et 365;—id., 2 juin 1817, S.-V. 17. 1. 275; D. A. 3. 364.)

40. Élection de domicile. — En cas d'élection de domicile pour l'exécution d'un acte, le demandeur peut citer, à son choix, devant le tribunal du domicile élu, ou devant le tribunal du domicile réel du défendeur, conformément à l'art. 111 du Code civil (art. 59). Toutefois, s'il résultait de la convention que l'élection de domicile a été faite dans l'intérêt du défendeur, il ne pourrait être cité que devant le tribunal de ce domicile. Remarquons qu'en général l'élection de domicile n'est attributive de compétence que lorsqu'elle

est le résultat d'une convention; il n'en est pas ainsi des élections de domicile commandées par la loi dans certains actes d'exécution forcée: celles-ci n'ont pas en principe le même effet.—V., au surplus, Domicile.

41. Paiement de frais. — Les demandes formées pour frais, par les officiers ministériels, doivent être portées au tribunal où les frais ont été faits (C. pr., 60). C'est ce tribunal qui peut, mieux qu'un autre, apprécier la demande de l'officier ministériel; et en outre, il importait que les officiers ministériels, dont le ministère est forcé, ne fussent pas détournés de leurs fonctions et exposés à poursuivre au loin et à grands frais des honoraires légitimement dus.

42. D'ailleurs, la règle de compétence établie par l'art. 60 s'applique aux huissiers et aux commissaires-priseurs, aussi bien qu'aux avoués. Elle s'applique même aux notaires par le motif que l'art. 173 du tarif des frais. en matière civile, confie la taxe des actes des notaires au président du tribunal de première instance de leur arrondissement, ce qui suppose qu'ils sont soumis, en cette matière, à l'autorité de ce tribunal. (Cass. 7 mai 1828, S.-V. 28. 1. 329; D. P. 28. 1. 241; — Toulouse, 7 août 1819, Devillen. et Car. 6. 2. 126; J. P. 3e édit.; — Orléans, 15 mars 1832, S.-V. 32. 2. 671; D. P. 32. 2. 131; - Dijon, 22 avril 1844.) Mais la règle ne s'appliquerait pas aux agréés, qui, n'étant pas des officiers ministériels reconnus par la loi, ne sont pas régis par l'art. 60 du Code de procédure. (Cass. 5 sept. 1814, S.-V. 14, 1. 266; D. A. 3. 362.) Il en serait de même pour frais exposés par un huissier devant un tribunal de commerce; ce tribunal ne saurait jamais connaître de la demande qui aurait ces frais pour objet, attendu qu'elle n'a rien de commercial. (Caen, 10 mai 1843, S.-V. 44. 2. 172; D. P. 44. 2. 194.) Quant aux avoués des cours royales, il est indubitable que c'est devant la cour à laquelle ils sont attachés que doit être portée, de plano, la demande par eux formée en paiement de leurs frais. (Caen, 30 déc. 1840. S.-V. 41. 2. 271; D. P. 41. 2. 100. - V. aussi Boncenne, t. 2, p. 252.)

43. Telles sont les règles de la compétence territoriale établies, pour les tribunaux civils d'arrondissement, par les art. 59 et 60 du Code de procédure. Mais indépendamment de ces règles générales, il en existe de particulières qui ont été fixées pour certaines ma-

tières. Il en est ainsi des redditions de compte (C. proc., 527), de l'exécution forcée des jugements, c'est-à-dire de celle qui s'opère par l'emprisonnement du débiteur ou par la saisie de ses meubles et de ses immeubles, des offres réelles, de la cession de bien, du désaveu, de la tierce opposition; il en est ainsi encore à l'égard de la compétence relativement aux différends entre Français et étrangers. Ces règles particulières sont indiquées dans les divers articles qui traitent des matières à l'égard desquelles elles ont été établies; nous y renvoyons le lecteur.

44. Mais rappelons, en terminant sur la compétence territoriale, qu'il n'est jamais permis à un tribunal de déléguer sa juridiction; il a seulement la faculté de donner commission pour faire certains actes d'instruction. — V. Commission rogatoire.

## § 3. — Compétence de premier et dernier ressort.

45. Des observations qui précèdent, il résulte que les juges de paix ne statuent, en dernier ressort, que jusqu'à 100 fr., et les tribunaux civils d'arrondissement que jusqu'à 1500 fr. de principal sur les actions personnelles et mobilières, et sur les actions immobilières, jusqu'à 60 f. de revenu déterminé, soit en rente, soit par prix de bail. Au delà de ces valeurs, les juges de paix, dans la mesure que nous avons déterminée, et les tribunaux civils d'arrondissement, ne statuent qu'à la charge de l'appel. Mais le chiffre d'une demande n'est pas toujours facile à déterminer. La question présente des difficultés dans le cas même où la demande porte directement sur une somme d'argent. Mais elle se complique surtout dans les demandes en remise d'objets mobiliers, dans les demandes immobilières, dans les incidents qui s'élèvent au cours d'un procès, dans les demandes reconventionnelles, dans les procédures d'exécution, dans les demandes divisibles, dans les demandes hypothécaires, dans celles qui intéressent plusieurs demandeurs ou défendeurs ayant des intérêts différents. Dans tous ces cas et d'autres encore, la fixation du chiffre du dernier ressort présente des difficultés multipliées et sérieuses, dont on trouvera la solution au mot Degré de juridiction.

§ 4. — Compétence des diverses chambres d'un tribunal.

46. Dans les tribunaux divisés en plusieurs

chambres, le président peut, en général, distribuer indifféremment les causes à l'une des chambres de son tribunal. Cependant les contestations relatives aux avis de parents, aux interdictions, à l'envoi en possession des biens des absents, à l'autorisation des femmes pour absence ou refus de leur mari, à la réformation d'erreurs dans les actes de l'état civil et autres de même nature, sont, ainsi que les affaires qui intéressent le gouvernement, les communes et les établissements publics, réservées à la chambre où siége habituellement le président (décret 30 mars 1808, art. 60). Les affaires relatives aux droits d'enregistrement, d'hypothèques et de timbre, et aux contributions, doivent être renvoyées à la chambre indiquée d'avance par le président (ibid., art. 56). Les homologations d'avis des chambres de discipline des officiers ministériels sont portées devant le tribunal entier, lorsqu'ils intéressent le corps de ces officiers (ibid., art. 64).

47. Mais une fois qu'une des chambres du tribunal a été régulièrement saisie d'une affaire, les autres chambres dumême tribunal ne peuvent en connaître. Toutefois, l'incompétence n'est pas absolue, et dès lors elle pourrait être couverte par les conclusions des parties consignées dans le jugement. (Carré, n° 467.)

48. Les tribunaux civils d'arrondissement, comme, du reste, les chambres civiles des cours royales et les chambres civile et des requêtes de la Cour de cassation, vaquent régulièrement du 1<sup>er</sup> septembre au 1<sup>er</sup> novembre de chaque année. Durant ce temps, on compose une chambre particulière appelée chambre des vacations, qui est uniquement chargée des matières sommaires et de celles qui requièrent célérité (décret précité, art. 44 et 78). Il sera spécialement traité de la mission et des attributions de cette chambre au mot Vacation.

# § 5. — Compétence particulière du président du tribunal.

49. Les présidents des tribunaux civils, ainsi que les juges commis pour diverses opérations, telles que les enquêtes, les expertises, les vérifications d'écritures, exercent diverses attributions qui seront spécialement traitées avec les matières auxquelles elles se rattachent. L'attribution la plus importante confiée au président est celle qui l'investit du

pouvoir de décider dans tous les cas d'urgence, ou bien lorsqu'il s'agit de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement. Pour les détails que comporte cette matière importante, V. Référé.

#### Sect. 3. — Cours royales.

50. Les cours royales sont principalement instituées pour juger les appels des jugements des tribunaux civils d'arrondissement, ou des tribunaux de commerce (l. 27 vent. an VIII, art. 22). Elles ne peuvent connaître des appels formés contre la sentence des juges de paix ou des conseils de prud'hommes, mais elles connaissent des appels des jugements des arbitres volontaires, lorsque le différend eût été de nature à être soumis aux tribunaux civils (C. proc., 1023), et, dans tous les cas, des jugements des arbitres forcés (C. com., 52). Elles connaissent encore, en matière électorale, des décisions rendues par les préfets en conseil de préfecture (l. 2 juill. 1828, art. 18).

vent pas connaître des affaires qui n'ont pas subi un premier degré de juridiction. Ce principe soussire cependant quelques exceptions. Nous avons déjà signalé celle qui résulte de l'art. 60 du Code de procédure, d'après lequel les demandes en paiement de frais formées par les avoués des cours royales doivent être portées directement devant la cour. Ajoutons qu'il en est ainsi des prises à partie dont la cour royale doit être saisie de plano, d'après l'art. 509 du Code de procédure (V. Prises à partie); du règlement de juges, dans certains cas déterminés (V. Règlement de juges); des actes de discipline (décret, 30 mars 1808).

52. Au surplus, l'incompétence des cours royales pour connaître des affaires qui n'ont pas subi un premier degré de juridiction est absolue: ainsi, elle ne saurait être couverte par le silence des parties. Le germe de la juridiction n'existe pas dans ce cas pour la cour royale, car, d'après la loi précitée du 27 ventôse an VIII, c'est seulement sur des appels qu'elles doivent statuer.

53. Mais lorsqu'elles sont déjà saisies, par appel, d'une affaire, les cours royales peuvent, dans nombre de cas, apprécier des demandes qui n'ont pas été décidées par les premiers juges. — V. à cet égard, Appel, Évocation, Demande nouvelle.

54. Les cours royales ne peuvent statuer que sur les appels des sentences rendues par des tribunaux de leur ressort; elles n'ont aucune autorité à exercer sur les tribunaux étrangers à leur ressort. Relativement aux appels des sentences arbitrales, ils rentrent dans la compétence de la cour dans le ressort de laquelle la sentence a été déposée.

55. Les cours royales jugent, en général, en audience ordinaire. Mais il est certaines affaires qui, à raison de leur importance, doivent être jugées, à peine de nullité, en audience solennelle. — V. à cet égard, Audience

solennelle, § 1er.

56. Le premier président de chaque cour rovale a quelques attributions particulières. Ainsi, il statue sur les requêtes en abréviation de délai présentées avant la distribution des causes (décr. 30 mars 1808, art. 18); sur les difficultés qui s'élèvent, soit sur la distribution, soit sur la litispendance ou la connexité des causes (ibid. art. 25); sur les réclamations d'un enfant détenu à fin de révocation ou de modification des ordres de détention donnés par les présidents des tribunaux civils (C. civ., 382); sur la demande en indication du jour où il sera prononcé sur un jugement de rectification d'actes de l'état civil, quand il n'y a pas d'autres parties en cause que le demandeur en notification (C. proc., 858). Le procureur général a également une compétence spéciale en certaines matières. - V. Discipline, Ministère public.

SECT. 4. -- Cour de cassation.

57. La Cour de cassation est principalement instituée pour statuer sur les demandes en cassation contre les arrêts des cours royales, ou les jugements en dernier ressort des tribunaux civils ou de commerce, des arbitres forcés, des conseils de prud'hommes et des justices de paix, sauf pour celles-ci la limitation qui a été faite par la loi du 25 mai 1838, art. 15, aux termes duquel la décision en dernier ressort des juges de paix ne peut être attaquée que pour excès de pouvoir. La Cour de cassation ne forme pas un degré de juridiction; car elle ne statue jamais sur le fond de la décision attaquée, qui, en cas d'annulation, doit être renvoyée à l'un des tribunaux voisins, s'il s'agit d'un jugement, ou à l'une des trois cours les plus voisines, s'il s'agit d'un arrêt. -V. au surplus, au mot Cour de cassation, tout ce qui concerne les attributions de cette Cour. COMPÉTENCE COMMERCIALE.— 1. On désigne, sous cette dénomination, la mesure d'attribution dévolue aux tribunaux qui jugent en matière commerciale.

Favoriser la rapidité des opérations commerciales par une prompte solution des dissicultés qu'elles peuvent faire naître, tel a été l'un des motifs de l'institution des juges de commerce. « Les affaires de commerce, a dit Montesquieu (Esprit des lois, liv. 20, ch. 18). sont très-peu susceptibles de formalités : ce sont des actions de chaque jour, que d'autres de même nature doivent suivre chaque jour: il faut donc qu'elles puissent être décidées chaque jour. Il en est autrement des actions de la vie qui influent beaucoup sur l'avenir. mais qui arrivent rarement... » A cette première cause de l'institution des juges de commerce, il s'en est joint une autre : c'est la nécessité d'assurer aux contestations commerciales une meilleure justice, en les soumettant à des hommes versés dans les usages commerciaux.

2. En France, le commerce jouit depuis plusieurs siècles du bienfait de cette utile juridiction. La trace s'en trouve dans un édit de 1549, par lequel Henri II créa une bourse de commerce à Toulouse, et permit aux marchands de cette ville « d'élire entre eux et faire chacun an un prieur et deux consuls pour connaître et décider, en première instance, de tous les procès qui, pour raison de marchandises, foires et assurances, seraient intentés entre les marchands et fabricants de Toulouse, au jugement desquels les prieur et consuls pourraient appeler telles personnes qu'ils jugeraient à propos. » Étendue ensuite, sous Charles IX, par les soins du chancelier l'Hospital à la plupart des grandes places de commerce du royaume, régularisée plus tard, sous Louis XIV, par la célèbre ordonnance de 1673, cette juridiction a été définitivement maintenue dans le nouveau système de l'organisation judiciaire fondé en 1790; et aujourd'hui elle est exercée, à des degrés différents, par les consuls, les prud'hommes, les arbitres et les tribunaux de commerce. Ajoutons que les cours royales statuent sur l'appel de ceux des jugements rendus par les tribunaux de commerce qui donnent ouverture à cette voie, et que la Cour de cassation apprécie, sous le point de vue du droit et de la loi, le mérite des arrêts rendus en cette matière par les cours royales, et celui des décisions en dernier ressort des conseils de prud'hommes, des arbitres et des tribunaux de commerce. — V. à cet égard, Compétence civile.

3. Nous n'aurons à nous occuper ici que des consuls, des conseils de prud'hommes, des arbitres et des tribunaux de commerce. Et même, comme chacune de ces dénominations fait l'objet d'un article spécial dans lequel sont indiquées les applications diverses des règles de la matière, nous nous bornerons à donner ici la mesure de chacune de ces juridictions distinctes.

Avant tout, il importe de fixer le caractère général de la compétence commerciale et d'en signaler les conséquences.

4. Les tribunaux consulaires sont, comme les justices de paix, des tribunaux d'exception, en ce sens qu'ils ne peuvent connaître que des affaires qui leur ont été expressément dévolues, tandis que les tribunaux civils, en premier ressort, et les cours royales, en dernier ressort, connaissent de toutes sortes d'affaires indistinctement, à l'exception de celles qui leur ont été formellement enlevées.

5. Ainsi les juges de commerce ne pourraient connaître d'une affaire civile, encore même que les parties y consentissent. Au contraire, les tribunaux civils, investis de la plénitude de juridiction, pourraient statuer sur une affaire commerciale, si elle leur était volontairement déférée par les parties; à la vérité ce dernier point a été contesté. « Les législateurs de 1790, dit Boncenne (Th. de la pr., t. 1, p. 322), détruisirent de fond en comble l'ancienne organisation judiciaire; en réédifiant, ils créèrent des tribunaux ordinaires pour connaître de toutes les causes personnelles, réelles et mixtes, excepté, entre autres, les affaires de commerce auxquelles il fut donné des juges spéciaux. On ne peut plus dire aujourd'hui, comme autrefois, que ces affaires ayant été distraites de la juridiction universelle, le retour à l'état primitif est toujours favorable; car l'état primitif de la juridiction actuelle ne remonte qu'à 1790; et lorsqu'on régla les attributions des tribunaux ordinaires, les matières commerciales n'y furent point comprises; bien plus, elles en furent très-formellement exclues. En disant ce dont ils pouvaient connaître, on désigna ce dont ils ne pouvaient pas connaître. L'incompétence est donc absolue; elle peut être proposée en tout état de cause, elle doit même être prononcée d'office.» (Sic Henrion de Pan-

sey, Comp. des juges de paix, p. 39.) Mais la jurisprudence a unanimement rejeté cette doctrine; et prenant en considération la plénitude de juridiction attribuée aux tribunaux civils, l'instruction que la loi suppose aux magistrats qui les composent, les garanties qu'elle exige d'eux et qu'elle ne demande pas aux juges d'exception, la jurisprudence a reconnu la compétence des tribunaux civils pour statuer sur les contestations commerciales que les parties veulent leur déférer, (Cass. 9 avril 1827, S.-V. 27. 1. 328; D. P. 27. 1. 165. -V. aussi Orillard, nos 126 et suiv.) D'ailleurs ce n'est là qu'une déduction naturelle de l'état de choses créé par la loi elle-même, qui a voulu que, dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunaux de commerce, les affaires commerciales fussent jugées par le tribunal civil. En ne renvoyant pas ces affaires au tribunal de commerce le plus voisin, comme il eût pu le faire, le législateur a lui-même tranché la difficulté dont il s'agit ici. Il faut donc reconnaître que le tribunal civil serait compétent pour statuer sur une affaire même commerciale, à la différence des juges de commerce qui, juges d'exception, ne pourraient pas incontestablement connaître d'une affaire civile.

6. Toutefois, quoique exceptionnelle, la juridiction commerciale s'étend à tous les incidents qui surgissent devant elle, quand la loi ne l'interdit pas expressément ou implicitement. Il découle comme conséquence de cette règle que la juridiction commerciale peut s'exercer sur toutes les exceptions proposées par le défendeur, les nullités d'enquêtes, les reproches de témoins, les nullités d'expertise. les récusations d'experts, les reprises d'instances, les demandes en péremption, les désistements, les récusations présentées contre les juges; elle pourrait même s'exercer sur des moyens de défense qui seraient fondés sur un contrat civil, lorsque ces moyens ne constituent pas une demande reconventionnelle. Car pourquoi, lorsqu'elle peut incontestablement apprécier des moyens de défense fondés sur le droit civil, par exemple, sur la prescription, sur la remise de la dette, sur la confusion, ne pourrait-elle pas apprécier aussi un contrat civil qui ne serait invoqué que comme moyen ordinaire de défense?

Mais les juges de commerce ne doivent jamais connaître des vérifications d'écritures et des faux incidents, car cela leur est interdit par un texte formel. (C. pr., 427.) Ils sont également incompétents, lorsque des veuves ou héritiers, assignés pour des causes commerciales, contestent les qualités qu'on leur attribue, pour statuer sur ces qualités. La loi leur impose l'obligation de renvoyer les parties devant les tribunaux ordinaires. (C. pr. civ., 426.)

7. Comme juges d'exception, les juges de commerce ne peuvent jamais connaître incidemment ni des questions d'état, ni des demandes reconventionnelles qui, par leur nature, sortent de leur compétence. Quant aux questions d'état, cela n'est établi par aucun texte; mais le principe n'est pas moins certain, car ces questions présentent encore plus de difficultés et plus de gravité que les vérifications d'écritures dont les juges de commerce ne peuvent pas-connaître. Quant aux demandes reconventionnelles, l'incompétence des juges de commerce résulte de l'article 8 de la loi sur les justices de paix, article qui ne permet pas aux juges de paix de retenir ces sortes de demandes, et qui doit s'appliquer à fortiori aux juges de commerce, qui sont, plus encore que les juges de paix, étrangers aux matières civiles ordinaires.

8. Enfin, comme juridiction exceptionnelle, la juridiction commerciale ne saurait, en principe, connaître de l'exécution de ses jugements. C'est ce qui est reconnu à l'égard de la juridiction également exceptionnelle des juges de paix; cela est plus incontestable encore pour la juridiction commerciale à l'égard de laquelle la règle a été nettement formulée par la loi. (C. pr. civ., 442.) Toutefois, l'incompétence des tribunaux de commerce, à cet égard, doit s'entendre avec la modification que nous avons signalée pour les juges de paix. — V. Compétence civile, nos 5 et 23.

Après ces observations générales, il nous reste à parler successivement des diverses autorités dont l'ensemble constitue la juridiction commerciale.

9. Consuls. — Comme moyen de protection dans les relations commerciales à l'extérieur, les gouvernements y entretiennent des agents connus sous le nom de consuls. L'institution des consuls n'est pas fort ancienne, parce que, dit Valin, le goût du commerce a été assez tardif en France. Leurs fonctions sont à la fois administratives et judiciaires: c'est de celles-ci seulement qu'il doit être question ici.

10. La juridiction dont les consuls sont

investis s'exercant sur un territoire étranger, il s'en suitque leurs attributions dépendent des conventions arrêtées entre les souverains. Aussi l'ordonnance de la marine de 1681 dispose-t-elle, dans son article 12, qui est encore aujourd'hui le fondement sur lequel repose le pouvoir judiciaire des consuls : « Quant à la juridiction, les consuls doivent se conformer à l'usage et aux capitulations faites avec les souverains des lieux de leur établissement. » Comme conséquence de cet état de choses, on reconnaît que les consuls doivent recevoir de la puissance étrangère toute assistance pour l'exercice de leur juridiction et pour l'exécution de leurs actes et décisions. (V. Valin, t. 1, p. 253, et Carré, t. 2, p. 692.) C'est par application de ce principe qu'il a été décidé, en matière de prise maritime, que les jugements rendus en pays étranger par le consul de la nation à laquelle appartient le capteur, doivent être exécutés sans révision par les juges du pays dans lequel est accrédité ce consul. (Cass. 29 mars 1809, S.-V. 9. 1. 188; J. P. 3e édit.; D. A. 11. 391; - Lyon, 10 avril 1810, Devillen. et Car. 3. 2. 249; J. P. 3º édit.)

11. La juridiction des consuls s'exerce sur les nationaux établis ou voyageant dans l'étendue du consulat, sur les maîtres et matelots des navires français qui y abordent pour leur commerce (ordonn. des 18 tév. 1687, 15 avril 1689, liv. 8, tit. 1er, art. 26, et 24 mai 1728, art. 31), et, par extension, sur les matelots étrangers qui montent les vaisseaux français; car, en prenant du service sur un navire français, ces matelots sont devenus de plein droit justiciables du pavillon (Valin, t 1, p. 252.).

12. Les consuls connaissent, en première instance, de toutes les contestations de quelque nature qu'elles soient, civiles ou commerciales, sommaires ou non, qui peuvent s'élever entre les personnes ci-dessus indiquées. Il est même défendu à leurs justiciables de porter leurs différends devant une juridiction de la puissance étrangère, sous peine de 1,500 fr. d'amende applicables à la chambre de commerce de Marseille pour les échelles du Levant et de Barbarie, et pour les autres consulats, aux chambres de commerce les plus proches des pays où les contraventions ont été commises (édit de juin 1778, art. 2; — V. aussi M. Pardessus, t. 5, nº 1452). L'appel des jugements des consuls établis aux échelles du Levant, aux côtes d'Afrique et de Barbarie,

ressortit à la cour royale d'Aix, autrefois au parlement de cette ville, et tous les autres à la cour la plus proche du consulat où les sentences ont été rendues (ordonn. de la marine, art. 18).

Les consuls ont aussi une juridiction en matière criminelle. Sur ce point, comme aussi sur leurs fonctions administratives, sur le mode d'après lequel ils rendent la justice, etc., V. Consul.

- 13. Conseil des prud'hommes. Les conseils de prud'hommes constituent une juridiction particulière, établie dans certaines villes manufacturières, principalement pour concilier, et juger, au besoin, les différends qui peuvent s'élever entre les fabricants et les ouvriers. La compétence de ces conseils avait été établie par la loi du 18 mars 1806, la première de nos lois nouvelles qui ait établi un conseil de prud'hommes. Cette loi, qui était spéciale pour la ville de Lyon, donnait, en outre, au gouvernement la faculté de créer de semblables juridictions dans toutes les villes où il le jugerait convenable. Le gouvernement a usé de cette faculté par plusieurs ordonnances relatives à diverses villes; et par une ordonnance du 20 décembre 1844, il a été établi à Paris un conseil de prud'hommes pour l'industrie des métaux et les industries qui s'y rattachent.
- 14. La loi du 18 mars 1806 n'autorisait les prud'hommes à juger les procès qui leur étaient soumis, qu'autant qu'ils n'excédaient pas soixante francs, et leur jugement, dans ce cas, devait être sans appel; au-dessus de soixante francs, les prud'hommes avaient seulement pour mission d'essayer de concilier les parties. Mais les attributions des prud'hommes ont été plus tard considérablement étendues par les décrets des 11 juin 1809 et 3 août 1810, dont les dispositions, quoique contraires à la loi précitée de 1806, ont été néanmoins exécutées sans opposition.
- 15. D'après ces décrets, les prud'hommes peuvent statuer, en premier ressort, sur les litiges qui doivent leur être soumis comme conciliateurs, à quelque somme que la demande puisse monter (décret du 11 juin 1809, art. 23); leur jugement est en dernier ressort, quand la condamnation n'excède pas 100 fr. en capital et accessoires; au-dessus de 100 fr., il y a lieu à l'appel devant le tribunal de commerce de l'arrondissement (décret du 3 août 1810, art. 2).

- 16. Nul n'est justiciable des conseils de prud'hommes s'il n'est marchand, fabricant, chef d'atelier, contre-maître, ouvrier, compagnon ou apprenti. Ceux-ci cessent de l'être dès que les contestations portent sur des affaires autres que celles relatives à la branche d'industrie qu'ils cultivent et aux conventions dont cette industrie a été l'objet ( décret du 11 juin 1809, art. 10). La juridiction des conseils de prud'hommes s'étend sur toutes les personnes qui viennent d'être désignées, travaillant pour la fabrique du lieu, ou du canton, ou de l'arrondissement. ou du département de la situation de la fabrique, suivant qu'il est exprimé dans les ordonnances particulières d'établissement de chacun de ces conseils à raison des localités. quel que soit l'endroit de la résidence desdits ouvriers (id., art. 11).
- 17. Les prud'hommes sont des magistrats domestiques investis par le seul choix de leurs pairs de fonctions administratives et judiciaires. Nous nous sommes bornés à indiquer ici la mesure de ces dernières fonctions. C'est à l'article *Prud'hommes* qu'on trouvera un ensemble sur cette matière, qui ne laisse pas de présenter d'assez graves difficultés.
- 18. Arbitres. Les arbitres exercent une véritable juridiction; il en est ainsi surtout de cette espèce d'arbitrage qui est imposé par la loi, et qui, puisé dans l'édit de François II, donné à Fontainebleau en 1560, a été maintenu successivement depuis par la législation et, en dernier lieu, par l'art. 51 du Code de commerce: nous voulons parler de l'arbitrage pour le jugement des contestations entre associés pour raison de la société commerciale. Les règles relatives à la compétence, en cette matière, et au pouvoir des arbitres, ont été exposés au mot Arbitrage, art. 2, et art. 4, § 3. Nous y renvoyons.

Ajoutons seulement ici que la loi a placé sur la même ligne la juridiction des arbitres et celle des tribunaux de commerce. Les arbitres remplacent les tribunaux de commerce pour les contestations entre associés pour raison de la société. Toutes les règles concernant les limites du premier ou du dernier ressort sont donc communes aux deux juridictions. Nous en renvoyons l'examen, afin d'éviter la répétition, aux développements concernant les tribunaux de commerce, dont il nous reste maintenant à parler.

19. Tribunaux de commerce. — Comme

les juridictions instituées pour la décision des affaires civiles, les tribunaux de commerce ont une compétence d'attribution et une compétence territoriale. Comme ces juridictions encore, celle des tribunaux de commerce peut être prorogée, et de plus, elle est tantôt de premier ou de dernier ressort seulement, tantôt de premier et de dernier ressort à la fois. Enfin, les tribunaux de commerce ont aussi, outre leur compétence judiciaire, une compétence extrajudiciaire. Ces divers objets doivent être successivement parcourus.

20. Compétence d'attribution des tribunaux de commerce. — La compétence d'attribution ou ratione materia des tribunaux de commerce est réglée par les art. 631 et suivants, jusqu'à l'article 639 du Code de commerce. D'après l'art. 631, les tribunaux de commerce connaissent : 1º de toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers; 2º entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce. Au premier cas, c'est la qualité de la personne jointe à la nature des faits, qui est attributive de sa compétence; au second cas, c'est la nature seule du fait. La compétence d'attribution des tribunaux de commerce se trouve ainsi embrasser, comme sous l'empire de l'ancienne législation, la connaissance de certains actes qui ont le caractère commercial pour toutes personnes, sans distinction de profession, et le jugement de tous procès et différends entre commerçants pour faits de commerce.

Cette théorie ainsi fondée en principe par l'art. 631 du Code de commerce, a été ensuite mise en œuvre par le législateur, qui, dans les art. 632 et 633, a donné l'énumération de tous les actes qui sont réputés actes de commerce. Nous sommes entrés à cet égard dans des développements fort étendus au mot Commerçant-Commerce (actes de). Toutes les applications dont ces articles sont susceptibles, en ce qui concerne la compétence, y sont indiquées avec soin; c'est l'objet du chapitre premier de cet article; nous ne pouvons donc qu'y renvoyer le lecteur.

21. Les tribunaux de commerce connaissent encore des actions contre les facteurs, commis ou serviteurs des marchands, pour le fait seulement du trafic du marchand auquel·ils sont attachés (C. com., 634). La disposition de la loi nouvelle diffère de celle de l'ordonnance de 1673, tit. 12, art. 5, qui

dit: « Les juges consuls connaîtront des gages. salaires et pensions des commissionnaires. facteurs ou serviteurs pour fait du trafic seulement: » par où l'on voit que l'action devant les juges consuls était expressément accordée aux commis et serviteurs pour leurs gages ou salaires, tandis qu'au contraire la loi nouvelle ne parle que des actions contre les facteurs, commis ou serviteurs. De là est née la question de savoir si la loi a entendu exclure aujourd'hui la réciprocité, tellement que le commis qui peut être traduit par son patron devant le tribunal de commerce, ne puisse pas y traduire celui-ci à son tour, pour avoir le paiement de son salaire. La jurisprudence est assez divergente sur ce point, et les auteurs sont également partagés. Les uns ont soutenu que l'action des commis ou facteurs contre leur maître ou patron, en paiement de leur salaire, doit toujours être portée devant le tribunal civil, à l'exclusion du tribunal de commerce; d'autres pensent, au contraire, que c'est toujours devant ce dernier tribunal que l'action doit être portée. (V. dans ce dernier sens, MM. Pardessus, t. 4, p. 20, et Orillard, Comp. comm., nº 479. V. aussi Cass. 15 dec. 1835, S.-V. 36. 1. 333; D. P. 36. 1. 67; V. en sens contraire, M. Delvincourt, Inst. com., t. 2, p. 487; Vincens, t. 1, p. 141; Favard, Rép., vº Trib. de com.; Dalloz, Rec. alph., t. 3, p. 322, nº 3; V. aussi Rouen, 26 mai 1828, S.-V. 29. 2. 19; D. P. 29. 2. 65; — Montpellier, 10 juill. 1830, S.-V. 30. 2. 237; D. P. 30. 2. 263; - Nîmes, 28 juin 1839, S.-V. 39. 2. 522; D. P. 39. 2. 243.) L'une et l'autre opinion nous semblent trop absolue; et, à notre avis, la véritable solution se trouve dans un arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1836 (S.-V. 37. 1. 412; D. P. 37. 1. 194), qui a décidé, en principe, que l'ouvrier ou le commis a la faculté d'assigner son maître devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal civil. Ce n'est là qu'une application d'un principe auquel ne résiste pas le texte de l'art. 634, principe que nous avons développé au mot Commerçant-Commerce (actes de), nº 21, et d'après lequel celui qui n'est pas commerçant, ce qui est le propre du commis ou serviteur, ne s'écarte pas des règles de l'équité, soit qu'il assigne le commerçant devant le tribunal de commerce, soit qu'il l'assigne devant le tribunal civil': dans le premier cas, parce que les juges consulaires sont les juges naturels du commercant : dans le second,

parce que traitant avec un non commerçant, celui qui fait le commerce n'a pas dû compter que le premier entendît consentir à plaider inévitablement devant le tribunal de commerce dont son engagement ne le rendait pas personnellement justiciable.

22. Aux termes du même art. 634, les tribunaux de commerce connaissent des billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics; et l'art. 638, complétant cette disposition, ajoute que les billets « des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics, seront censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y sera point énoncée.» On comprend sous la désignation de comptables tous ceux qu'une administration financière, créée par l'état, prépose aux recettes dont elle est chargée, et qui versent ces recettes dans les caisses publiques, encore même qu'ils n'aient pas, par la nature de leurs obligations, un compte à présenter. D'après cela, le fermier d'un octroi municipal rentre dans la classe des comptables qui, pour leurs billets, sont justiciables du tribunal de commerce, bien qu'il n'ait pas de compte à présenter, et qu'il n'ait à remplir d'autre obligation que celle de payer le prix de son bail. (Cass. 12 mai 1814, Devillen. et Car. 4. 1. 563; D. A. 3. 334.) En ce qui concerne la présomption attachée par l'art. 638 aux billets souscrits par les comptables, on a demandé si elle s'étendait également aux prêts verbaux faits à ces fonctionnaires, tellement qu'un prêt de cette nature les rendît justiciables du tribunal de commerce, s'il n'était prouvé qu'il eût eu pour cause tout autre objet que la gestion. A cet égard, nous nous référons à ce que nous avons dit relativement aux commerçants qui, pour leurs billets, sont placés sur la même ligne que les comptables, en ce qui concerne la présomption dont il s'agit ici. (V. Commercant-Commerce [actes de], nºs 206 et 207; - V. aussi les nos 167, 177, et les renvois indiqués.) Cette identité de position que la loi a faite aux commercants et aux comptables ne permet pas que l'on scinde, à leur égard, les effets de la présomption qu'elle a établie pour les uns comme pour les autres. - V. aussi Billet à ordre, Comptable.

23. Les tribunaux de commerce connaissent encore de tout ce qui concerne les faillites, conformément à ce qui est prescrit au liv. 8 du Code de commerce (C. com., 635). La loi s'est dispensée de faire l'énumération de toutes les attributions des tribunaux de commerce en matière de faillite, et de distinguer ainsi ces attributions de celles qui sont restées dans le domaine de la justice ordinaire. C'est au mot Faillite que cette énumération et le commentaire qu'elle comporte trouveront naturellement leur place.

24. En principe, le tribunal de commerce connaît, entre toutes personnes, des lettres de change (V. à cet égard, Commerçant-Commerce [actes de], nos 171 et suiv.). Quant aux billets à ordre, ils sont tantôt de la compétence des tribunaux de commerce et tantôt de celle des tribunaux civils. Les art. 636 et 637 du Code de commerce contiennent sur ce point des règles qui ont fait l'objet d'un paragraphe distinct au mot Billet à ordre.

— V. § 3.

25. Enfin, par les décrets des 11 juin 1809 et 3 août 1810, les tribunaux de commerce ont reçu le droit de statuer sur les appels des jugements rendus par les prud'hommes.

26. Remarquons, en terminant sur la compétence d'attribution des juges consulaires, que cette compétence ne s'étend pas seulement aux personnes qui sont directement justiciables du tribunal de commerce, mais encore à leurs veuves et héritiers, qui peuvent être assignés devant ce tribunal en reprise d'instance ou en instance nouvelle. L'ordonnance de 1673 s'en était formellement expliquée en disant, dans son art. 16, du tit. 12: « Les veuves et les héritiers de marchands, négociants et autres, contre lesquels on pourrait se pourvoir par devant les juges consuls, y seront assignés, ou en reprise ou par nouvelle action. » Cette disposition a été à peu près reproduite par l'art. 426 du Code de procédure, où il est dit : « Les veuves et héritiers des justiciables du tribunal de commerce y seront assignés en reprise ou par action nouvelle. » Les mots action nouvelle, ainsi que le dit M. Locré (Esprit du Code de commerce, t. 4, p. 257), sont évidemment employés par la loi « par opposition à ceux de reprise d'instance. Ils signifient l'action qui ne s'ouvre ou qui n'est exercée qu'après la mort de celui que la veuve ou les héritiers représentent. Le code a voulu embrasser les deux hypothèses: celle où le défunt avait été assigné, et celle où il ne l'avait pas encore été. » C'est aussi dans ce sens que la jurisprudence s'est prononcée. (V. Cass. 25 prairial

an x1, S.-V. 3. 1. 341; D. A. 3. 354; — id., 20 frim. an x111, S.-V. 5. 1. 152; D. A. 3. 356; — id., 1er sept. 1806, S.-V. 6. 2. 743; D. A. 3. 356; — Paris, 16 mars 1812, S.-V. 14. 2. 105; J. P. 3e édit.; D. A. 3. 357; — Liége, 11 avril 1821, Devillen. et Car. 6. 2. 401; J. P. 3e édit.; D. A. 3. 357.)

27. Compétence territoriale des tribunaux de commerce. — La compétence territoriale ou ratione personæ des tribunaux de commerce, est réglée tout à la fois par les principes généraux relatifs aux matières civiles, et par des principes spéciaux. Indiquons successivement les uns et les autres.

28. Une règle générale également applicable aux matières civiles et aux matières commerciales, c'est que la compétence appartient au tribunal du domicile du défendeur (C. pr., 59 et 420, n° 1), et lorsque le défendeur n'a pas de domicile, à celui de sa résidence (ibid., art. 59). La maxime, actor sequitur forum rei, ne doit pas moins, en effet, être respectée devant les tribunaux de commerce que devant les tribunaux civils.

Que si le procès s'agite contre plusieurs défendeurs, la compétence appartient alors, conformément aux règles du droit commun, au tribunal de l'un d'eux, au choix du demandeur (C. pr., 59), à moins toutefois, comme en matière civile, que l'action intentée contre l'un ou plusieurs des défendeurs ne soit pas sérieuse, et n'ait eu d'autre objet que de distraire les autres défendeurs de leurs juges naturels, cas auquel ils devraient, sans aucun doute, obtenir le renvoi devant le tribunal de leur domicile. Ainsi, sauf cette circonstance que nous venons d'indiquer, l'accepteur d'une lettre de change peut être assigné, avec l'un des endosseurs, devant le tribunal du domicile de celui-ci (Paris, 14 sept. 1808, S.-V. 14. 2. 177; D. A. 3. 381; Liége, 7 juin 1813, Devillen. et Car. 4. 2. 323; J. P. 3e éd.; D. A. 3. 381). Ainsi encore le souscripteur d'un billet à ordre peut être poursuiviavec les endosseurs devant le tribunal de commerce du domicile de l'un d'eux (Paris, 20 mai 1811, J. P. 3º édit.; D. P. 11. 2. 221).

29. En matière de société, tant qu'elle existe, c'est-à-dire tant qu'elle n'est pas liquidée conformément à ce que nous avons dit au mot Compétence civile (n° 30, 31), le tribunal compétent est celui du lieu où la société est établie, et si elle a plusieurs établissements, celui de l'établissement principal.

- V. à cet égard nos observations, loc. cit. 30. En ce qui concerne les contestations que soulève une faillite, nous nous référons aux explications que nous avons données sur ce point au mot Compétence civile (loc. cit.). Le tribunal compétent, comme nous l'avons dit, est celui du domicile du failli. Mais ce tribunal n'est pas compétent indistinctement pour statuer sur toutes les actions. Il y a des distinctions à faire, comme du reste à l'égard des sociétés, entre le cas où soit la société, soit la faillite, est demanderesse, et celui où elle est défenderesse. (V. aussi, sur ce point, Compétence civile, toc. cit.) Disons seulement ici, qu'en matière de faillite, il faut considérer comme se rattachant à ses opérations. la demande en nullité des actes commerciaux faits en fraude de la masse, soit depuis les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite, soit avant. Ces demandes doivent donc, quoiqu'elles soient formées par la faillite, être portées devant le tribunal du domicile du failli, et non devant celui du défendeur, qui est moins à même que le premier de statuer en connaissance de cause.

31. Enfin, en matière de garantie, une règle commune aux matières civiles et aux matières commerciales, c'est que l'action doit être portée, par exception à la maxime actor sequitur forum rei, devant le tribunal où la demande principale est pendante (C. pr., 59. - V. aussi Comp. civ., nº 38), pourvu toutefois que cette action principale soit sérieuse; car, s'il apparaissait qu'elle n'a été formée que pour traduire les appelés en garantie hors du tribunal de leur domicile, ce serait un devoir pour le tribunal de les y renvoyer sur leur demande. La jurisprudence a fait une application spéciale de cette doctrine dans un cas qui s'est assez fréquemment présenté, et où, pour éluder les prohibitions de la loi, on faisait traite sur son débiteur, et on l'appelait ensuite, au moyen d'une action en garantie, devant un juge qui n'était pas celui de son domicile, en paiement de la traite. Il a été jugé, en principe, que celui qui n'a ni créé, ni accepté, ni endossé une lettre de change, ni donné un aval pour en cautionner le paiement, ne peut, en dût-il même le montant au tireur, être assigné en garantie pour le paiement de cette traite devant le tribunal du domicile de ce dernier, ni devant tout autre tribunal qui ne serait pas celui de son domicile propre (Cass.

21 therm. an VIII, S.-V. 8. 2. 180; J. P. 3° éd.; D. P. 3. 382; — id., 22 frim. an IX, S.-V. 1. 2. 656; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 382; — id., 12 fév. 1811, S.-V. 11. 1. 265; D. A. 3. 398; — id., 17 juin 1817, S.-V. 17. 1. 299; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 383, etc.)

Telles sont les règles de compétence ratione personæ communes aux tribunaux civils et de commerce. Occupons - nous maintenant de celles qui sont spéciales à la juridiction commerciale.

32. L'ordonnance de 1673 (art. 17, tit. 12), qui elle-même avait pris sa source, sous ce rapport, dans l'édit de création de la première juridiction en faveur du commerce français (éd. de 1349, qui institua les gardes des foires de Brie et de Champagne), permettait au demandeur de citer le défendeur « au lieu auquel la promesse a été faite et la marchandise fournie, ou au lieu auquel le paiement doit être fait. » C'est cette disposition que l'article 420 du Code de procédure reproduit presque textuellement. « Le demandeur, ditil, pourra assigner à son choix devant le tribunal du domicile du défendeur; devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée; devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué. » Ainsi, dans l'état actuel de la législation, le demandeur a le choix entre trois tribunaux. Nous avons exposé tout ce qui concerne le premier, c'està-dire celui du domicile du défendeur. C'est la compétence attribuée aux deux autres qui constitue l'exception particulière au droit commercial, et dont il nous reste maintenant à parler.

33. En premier lieu, l'exception est établie en faveur du tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée. Remarquons que, dans ce cas, la loi exige la réunion de deux conditions, c'est-à-dire que le lieu où la promesse a été faite n'est pas attributif de compétence, si ce n'est point dans ce lieu même que la marchandise a été livrée, et vice versâ. Tel était le dernier état de la jurisprudence sous l'ordonnance de 1673 (Jousse, sur l'art. 17, tit. 12), et cette doctrine a été unanimement reçue sous l'empire des principes nouveaux. (Angers, 3 janv. 1810, S.-V. 14. 2. 199; D. A. 3. 385; — Cass. 13 nov. 1811 (1),

S.-V. 13. 1. 367; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 391; — id., 20 janv. 1818, S.-V. 18. 1. 211; D. A. 3. 385. — V. aussi Pardessus, t. 4, p. 32; Vincens, t. 1er, p. 162; Orillard, n° 607 bis.)

34. Mais il n'est pas toujours facile de déterminer le lieu où une promesse a été faite. La question ne présente pas de difficultés, sans doute, lorsque le marché a été conclu par les parties elles-mêmes en présence l'une de l'autre. Le lieu de la promesse est évidemment alors celui où la convention a été arrêtée (sic Carré, L. de la comp., t. 2, p. 664). Au contraire, la question présente, quoique à des degrés différents, des difficultés sérieuses, lorsque le marché a été conclu par correspondance, ou bien, ce qui est très-fréquent dans le commerce, par l'intermédiaire d'un commis voyageur.

35. Au premier cas, il était admis autrefois que le lieu de la promesse était celui du domicile du marchand qui avait accepté le marché, parce que c'était cette acceptation qui accomplissait la convention (V. Jousse, loc. cit.). Cela ne saurait être contesté, lorsque c'est de son domicile que le marchand accepteur a adhéré par lettre au marché. Mais la solution se modifie, si la lettre est datée d'un autre lieu où le négociant s'est trouvé même momentanément. Ce serait alors dans ce dernier lieu que la convention serait censée faite, et le tribunal compétent ne serait plus celui du domicile du marchand. Du reste, il en serait ainsi non-seulement dans le cas d'une acceptation expresse par lettres, mais encore d'une acceptation tacite, qui s'induirait d'un fait quelconque, par exemple, de l'expédition des marchandises demandées au marchand accepteur. (Douai, 24 mai 1835. J. P. 3e édit.; D. P. 36. 2. 90.)

36. Dans le second cas, lorsque le marché a été conclu par l'intermédiaire d'un commis voyageur, la question a été le sujet des plus graves difficultés. Quelques auteurs, notamment MM. Pardessus (t. 5, n° 1354) et Dalloz (Rec. alph., t. 3, p. 379), ont fait une distinction entre le cas où le commis voyageur est le mandataire de la maison pour laquelle il voyage et celui où il est simple solliciteur de commissions. Dans le premier cas, la promesse est censée intervenir au lieu où le voyageur, mandataire de la maison, a traité au nom de celle-ci; dans le second, la promesse n'intervient qu'au lieu où le commettant ratifie les commissions recueillies par le

<sup>(1)</sup> Et non du 4 décembre.

vovageur. Plusieurs arrêts ont formellement consacré cette doctrine (Montpellier, 21 déc. 1826, S.-V. 27. 2. 213; D. P. 27. 2. 198 et 24 déc. 1841, S.-V. 42. 2. 145; J. P. 1842. 2. 722; — Lyon, 28 mars 1827, S.-V. 28. 2. 41; D. P. 27. 2. 181; - Bordeaux, 16 nov. 1830, S.-V. 31. 2. 141; D. P. 31. 2. 10). D'autres auteurs plus absolus ont décidé, sans distinction aucune, que la promesse est toujours censée faite au lieu où le commis voyageur a traité pour la maison (V. Orillard, Comp. com., no 609), et cette opinion trouve aussi, dans la jurisprudence, le plus puissant appui. (V. Cass. 13 nov. 1811, S.-V. 13. 1. 367; D. A. 3. 391, et 16 déc. 1812, Devillen. et Car. 4. 1. 246; J. P. 3e édit.; -Bordeaux, 22 avril 1828, S.-V. 28. 2. 223; D. P. 28. 2. 210, etc.) Dans ce conflit d'opinions qui se présentent l'une et l'autre avec des autorités presque égales, nous pensons que la dernière doit l'emporter. Nous avons déjà établi, au mot Commis, nos 19 et suiv., que dans tous les cas les opérations d'achats et de ventes qui ont été faites par le commis voyageur, lient irrévocablement la maison de commerce pour laquelle il a traité, et que de telles opérations n'ont pas besoin, pour devenir valables et définitives, de la ratification ultérieure de la maison. A cette question est intimement liée celle dont nous nous occupons ici; elle se résout par les mêmes considérations, et nous persistons dans l'opinion que nous avons émise, d'autant plus que cette opinion a l'incontestable avantage de couper court aux difficultés sans nombre que présente, dans le système opposé, la nécessité d'établir des règles propres à faire connaître dans quels cas un commis voyageur a agi comme mandataire, et dans quels cas il n'a été qu'un simple solliciteur de commissions.

37. C'est d'après ces bases que pourra être déterminé le lieu dans lequel la promesse a été faite. Quant à celui de la livraison qui deit concourir avec la promesse pour fixer la compétence du tribunal, c'est évidemment, lorsqu'il n'y a pas de stipulation entre les parties, celui d'où les marchandises ont été expédiées: car c'est de là qu'elles ont été livrées pour être transportées au domicile de l'acheteur; tellement qu'aux termes de l'article 100 du Code de commerce, elles voyagent aux risques et périls de celui-ci.

38. La seconde exception spéciale aux matières commerciales est établie par la dispo-

sition finale de l'article 420 du Code de procédure, qui attribue compétence au tribunal dans l'arrondissement duquel le paiement doit être effectué. Le lieu du paiement n'est point douteux, lorsque la convention l'a fixé d'une manière expresse. Mais quel est-il, dans le cas où la convention est muette? Alors il faut distinguer entre les ventes censées faites au comptant et les ventes à terme. A l'égard des premières, le lieu du paiement est celui où la livraison doit se faire et où elle peut être demandée, en cas de retard. ( V. à cet égard, Vente, Vente de marchandises.) Quant aux ventes faites à terme, il est constant, en doctrine et en jurisprudence, que, lorsque la convention est muette sur le lieu du paiement, il doit être fait, conformément à l'article 1247 du Code civil, au domicile du débiteur. (V. Pardessus, t. 4, nº 1354; Merlin et Favard, Rép., vº Tribun. de comm. - V. aussi Cass. 13 nov. 1811, S.-V. 13. 1. 367; D. A. 3. 391; — id., 16 déc. 1812, Devillen. et Car. 4. 1. 246; D. A. 3. 392; — id., 14 juin 1813, S.-V. 13. 1. 353; J. P. 3e édit.; D. A. 3. 392; - id., 14 nov. 1821, S.-V. 22. 1. 152; J. P. 3e édit.; D. A. 3. 393, etc.)

39. Lorsqu'il a été convenu que le prix des marchandises vendues serait réglé par lettres de change ou en billets à ordre, le lieu du paiement, et par conséquent le tribunal compétent, sera celui de la remise des lettres de change, ou bien celui où les effets doivent être acquittés, suivant qu'il résultera de l'appréciation des circonstances que les effets ont été donnés et acceptés en paiement des marchandises vendues, et de manière à établir une novation par la substitution d'une dette à une autre, ou bien que les effets ont été simplement remis comme une garantie et non comme le paiement du prix des marchandises. Le tribunal dans l'arrondissement duquel les effets devront être payés compétent dans ce dernier cas; dans l'autre, ce sera celui dans l'arrondissement duquel les effets auront été donnés et acceptés. La jurisprudence présente, sur ce point, des décisions divergentes en apparence, mais que la distinction qui vient d'être indiquée tend à concilier.

40. Compétence de premier et de dernier ressort des tribunaux de commerce.— Comme les tribunaux civils, les tribunaux de commerce jugent tantôt en premier ressort seu-

lement, tantôt en premier et dernier ressort à la fois, tantôt en dernier ressort seulement.

Ils jugent, en premier ressort seulement, tous les différends qui leur sont attribués et dont nous avons parlé en traitant de leur compétence d'attribution, lorsque ces différends n'excèdent pas la somme de 1500 fr., d'après la loi du 3 mars 1840, qui a porté à 1500 fr. le chiffre de 1000 fr. qu'avait d'abord fixé l'article 639 du Code de commerce.

Ils jugent, en premier et dernier ressort à la fois, les différends commerciaux qui n'excèdent pas 1500 fr.

Ensin ils jugent, en dernier ressort seulement, les appels dirigés contre les sentences de prud'hommes, quand ces sentences sont sujettes à l'appel, et les demandes dans lesquelles leurs justiciables déclarent vouloir être jugés désinitivement et sans appel (C. comm., 639); ce qui rentre dans les règles relatives à la prorogation dont nous allons nous occuper.

Quant aux règles qui servent à déterminer les limites du premier et du dernier ressort, V. Degré de juridiction.

- 41. Prorogation de juridiction des tribunaux de commerce. — La compétence des tribunaux de commerce peut être prorogée comme celle des tribunaux civils. Toutefois, l'incompétence des tribunaux de commerce ne peut être couverte indistinctement et dans tous les cas par la prorogation expresse ou tacite des parties.
- 42. C'est seulement lorsque l'incompétence du tribunal n'est pas à raison de la matière, qu'elle peut être couverte par la prorogation. Ainsi, des parties pourront plaider devant un tribunal qui ne sera pas celui du domicile ou du contrat; et dans ce cas, elles étendront par la voie de la prorogation les bornes du ressort de ce tribunal. De même, elles pourront autoriser le tribunal, ainsi que nous l'avons déjà dit, à juger souverainement une affaire qui, par son importance, se trouvait naturellement soumise au double degré de juridiction (C. comm., 639); et par là, elles élargiront le cercle des attributions de ce tribunal.
- 43. On a vu au mot Compétence civile, que la prorogation de juridiction est obligatoire pour les juges de paix (C. pr., 7). La question s'est élevée de savoir si elle l'est également pour les tribunaux de commerce. La cour de Rennes, par arrêt du 22 mars 1838 (S.-V. 38. 2. 510; J. P. 18881 2. 632; D. P.

39. 2. 104), s'est prononcée pour la négative, en se fondant sur ce que l'article 7 du Code de procédure n'est qu'une exception aux principes généraux. —V., au surplus, le mot Prorogation de juridiction.

44. Compétence extra-judiciaire des tribunaux de commerce. — La compétence extrajudiciaire du tribunal de commerce s'exerce soit par le tribunal lui-même, soit par le président, soit par un juge-commissaire.

- 45. Quant au tribunal, il connaît de la procédure des faillites (V. ce mot); en matière de société, il fixe le délai pour le jugement des arbitres; il nomme les arbitres et le tiers arbitre, lorsque les parties ne s'accordent pas; il autorise la vente de marchandises neuves dans certains cas; il recoit à son greffe le dépât de la minute des sentences rendues par les arbitres forcés (C. comm., 61), et des extraits des contrats de mariage des commercants; il désigne les journaux destinés à recevoir l'insertion des exploits des actes de sociétés commerciales et règle le tarif de l'impression; it donne son avis sur l'aptitude et la moralité des candidats aux fonctions d'agent de change; il concourt avec la marine à la rédaction du tarif des droits de pilotage; il autorise le capitaine d'un navire à emprunter dans les cas prévus par l'art. 234 du Code de commerce; il règle l'augmentation de la prime d'assurance, dans le cas de l'article 343; en cas de jet et contribution, il nomme les experts pour fixer l'état des pertes et dommages, et rend exécutoire la répartition qu'ils en font (art. 414 et 416), etc.
- 46. Quant au président, il rend exécutoires les sentences arbitrales, en matière d'arbitrage forcé; il commet des experts pour constater l'état des objets transportés par un voiturier, en cas de refus ou de contestation sur leur réception; il donne des autorisations diverses dans les cas que prévoient les articles 151, 152, 172 et 233 du Code de commerce; il donne des renseignements sur les demandes en réhabilitation; il reçoit au greffe le rapport du capitaine sur les détails de son voyage et sa déclaration sur les causes de sa relâche, s'il aborde dans un port français; il arrête l'état des dettes d'un navire, etc.
- 47. Quant au juge commissaire, V. Faillite et les articles 451, 458, 461, 464, 466, 469, 470, 471 et suivants; 486, 496, 501, 503, 515 et suivants; 527 et suivants; 551 du Code de commerce.

compétence en matière criminelle est, en général, la mesure de pouvoir départie à chaque juridiction pour la poursuite et la répression des crimes, des délits et des contraventions.

Dans notre législation, elle prend sa base dans la classification des actions punissables. Les infractions sont qualifiées par la loi pénale, suivant le degré de leur gravité, crimes, délits et contraventions. Cette division a donné lieu à l'institution d'une triple juridiction criminelle pour le jugement de chaque classe de ces infractions: les cours d'assises sont les juges ordinaires des crimes, les tribunaux correctionnels, des délits, et les tribunaux de police, des contraventions.

Mais cette distribution des affaires criminelles n'a d'autre effet que d'indiquer à quelle espèce de juridiction appartient l'infraction. La compétence de chaque juridiction se détermine ensuite par d'autres éléments.

La compétence peut, en général, être considérée sous trois rapports distincts: relativement à la nature des faits poursuivis, ratione materiæ; à la qualité des personnes, ratione personæ; à la situation des lieux, ratione loci.

En effet, c'est la gravité, c'est la nature des faits incriminés qui fonde, en général, la compétence des tribunaux criminels; mais cette règle principale admet tantôt des exceptions qui sont motivées sur la qualité des prévenus, tantôt des restrictions qui prennent leur source dans la circonscription territoriale de chaque juridiction et dans les limites de la souveraineté du pays.

Cette matière doit donc se diviser en trois sections:

La première contiendra l'indication sommaire des attributions générales de chacune de nos juridictions criminelles;

La deuxième mentionnera les cas dans lesquels ces attributions sléchissent à raison de la qualité des inculpés;

Ensin, la troisième traitera de l'influence du lieu du délit sur la compétence, 1° en cas de concurrence ou de conslit entre plusieurs tribunaux français; 2° lorsque le crime ou le délit a été commis en pays étranger.

SECT. 1<sup>re</sup>. — De la compétence ratione materiæ.

SECT. 2. — De la compétence ratione personæ. SECT. 3. — De la compétence ratione loci.

- § 1er. De la compétence dans le cas de concours de plusieurs juges.
- § 2. De la compétence territoriale.

SECT. 1re. — De la compétence ratione materiæ.

- 2. Nous ne présentons ici qu'une énumération sommaire des juridictions criminelles et de leurs principales attributions. Ce tableau général est indispensable pour faire connaître les règles de la compétence, c'est-à-dire l'ordre dans lequel les affaires criminelles sont dirigées. Mais il est évident en même temps que ce n'est point ici le lieu de résoudre toutes les difficultés qui peuvent naître de l'étendue de ces attributions. Ces détails se placeront naturellement sous chacune de ces juridictions.
- 3. Une règle préliminaire, et qui domine toute cette matière, est que les tribunaux criminels ne peuvent être saisis de la connaissance d'un fait quelconque, qu'autant que ce fait est qualifié par la loi crime, délit ou contravention. C'est l'incrimination de la loi qui saisit le juge; c'est la qualification du fait qui fonde la compétence. On doit ajouter que cette division des faits punissables est bien moins une règle de pénalité qu'une règle d'ordre, un élément générateur de la compétence (Théorie du Code pénal, t. 1, p. 30); son but principal, en effet, était d'indiquer par la qualification du fait la juridiction qui devait le juger : les contraventions appartiennent aux tribunaux de police, les délits aux tribunaux correctionnels, les crimes aux cours d'assises. Mais cette classification, simple et claire, a cessé, dans certains cas, d'être exacte. La règle subsiste encore, mais avec d'assez nombreuses exceptions.
- 4. Les juridictions criminelles sont différentes, suivant qu'il s'agit de la poursuite ou du jugement. La poursuite est réglée par trois juridictions : le juge d'instruction, la chambre du conseil et la chambre d'accusation.
- 5. Le juge d'instruction a plénitude de juridiction pour instruire les procédures criminelles: il est donc compétent pour procéder contre toutes personnes, sauf les cas formellement exceptés; il dresse les procès-verbaux, interroge les inculpés, entend les témoins, décerne les mandats et fait tous les actes de l'information. (C. d'inst. crim., 59, 71, 91 8°.) V. Juge d'instruction.

- 6. La chambre du conseil entend le rapport du juge d'instruction sur la procédure, statue sur la prévention et règle la compétence. (C. d'inst. crim., 127.) V. Chambre du conseil, § 2.
- 7. La chambre d'accusation a plusieurs attributions: 1° elle statue sur les mises en prévention ordonnées par la chambre du conseil, lorsque le fait est passible d'une peine afflictive ou infamante (C. d'inst. crim., 135 et 218); 2° elle prononce sur les oppositions aux ordonnances rendues par les juges d'instruction ou les chambres du conseil; 3° elle provoque l'exercice de l'action publique, ordonne des poursuites et dirige les instructions. (C. d'inst. crim., 228 et 235.) V. Chambre d'accusation, § 2.
- 8. Les juridictions qui connaissent du fond des affaires criminelles sont générales ou spéciales. La seule juridiction générale est la cour d'assises : elle connaît 1° de tous les faits qualifiés crimes par la loi, sauf ceux qui ont été réservés à quelques juridictions spéciales (C. d'inst. crim., 231); 2º des délits commis par la voie de la presse (l. 8 oct. 1830, art. 1er); 3º des délits réputés politiques (ibid., art. 6 et 7). Mais elle est investie, en outre de ces attributions, de la plénitude de juridiction en matière criminelle: ainsi, lorsqu'elle est régulièrement saisie par un arrêt de la chambre d'accusation, elle ne peut se déclarer incompétente soit à raison de la nature des faits, soit à raison de la qualité des personnes. Sa compétence est générale : restreinte par les juridictions spéciales, elle reprend sa puissance même sur les faits spéciaux, dès qu'elle en est régulièrement saisie. (Cass. 25 avril 1816, J. P. 3º édit.; D. A. 4. 283; — id., 5 février 1819, J. P. 3e édit; D. A. 4. 373; — id., 29 avril 1825, J. P. 3º édit.; D. P. 25. 1. 371; id., 13 juillet 1827, S.-V. 27. 1. 527; D. P. 27. 1. 304; — id., 2 oct. 1828, S.-V. 29. 1. 23; D. P. 28. 1. 430; - id., 5 avril et 5 juillet 1832, S.-V. 32. 1. 511; D. P. 32. 1. 198 et 409.) - V. Cour d'assises.
- 9. Les juridictions spéciales sont toutes celles qui n'ont à statuer que sur une série spéciale de faits: tels sont, en matière ordinaire, les tribunaux de police, les tribunaux correctionnels et la cour des pairs; et en matière extraordinaire, les tribunaux militaires et les tribunaux maritimes. Les tribunaux de police sont compétents pour connaître de toutes les contraventions de police, 1° pré-

- vues et punies par les art. 471, 475 et 479 du Code pénal; 2° prévues et punies soit par les règlements de police pris en vertu de l'article 471, n° 15, du Code pénal, soit par les anciens règlements maintenus par l'art. 484. Les peines qu'ils prononcent ne peuvent excéder cinq jours d'emprisonnement et quinze francs d'amende. V. Tribunaux de police.
- 10. Les tribunaux correctionnels connaissent 1° de tous les délits dont la peine excède cinq jours d'emprisonnement et quinze francs d'amende (C. d'inst. crim., 179); 2° de toutes les contraventions matérielles commises en matière forestière (C. for., 171), en matière de presse (l. 18 juillet 1828), en matière de contributions indirectes (l. 5 ventôse an XII, art.90), en matière de règlements sur l'exercice de la médecine (l. 19 vent. an XI, art. 36), en matière de chasse (l. 3 mai 1844), etc. V. Tribunaux correctionnels.
- 11. La cour des pairs connaît, aux termes de l'art. 28 de la Charte, des crimes de haute trahison et des attentats à la sûreté de l'état. qui seront définis par la loi. Cette définition de la loi se trouve dans les articles du Code pénal qui ont énuméré plusieurs cas d'attentat à la sûreté de l'état (art. 86, 87 et suiv.); dans l'art. 4 de la loi du 10 avril 1834, qui attribue à la cour des pairs les attentats commis par des associations; dans les art. 1. 2 et 5 de la loi du 9 septembre 1835, qui qualifient attentats certaines provocations commises par la voie de la presse. Cette juridiction. au reste, n'est point exclusive de celle du jury; tant que la cour des pairs n'est pas saisie par une ordonnance du roi, la cour d'assises peut régulièrement statuer. — V. Cour des pairs.
- 12. Les délits des militaires sont soumis par la loi à des tribunaux spéciaux. Les conseils de guerre permanents connaissent 1° de tous les délits purement militaires, c'est-à-dire commis contre la discipline; 2° de tous les crimes et délits, même communs, commis par les militaires ou les personnes attachées à l'armée, au corps et sous les drapeaux (l. 13 brumaire an v; avis cons. d'état, 7 fruct. an XII). Les conseils permanents de révision sont appelés à vérifier la régularité des formes suivies par les conseils de guerre. Ces deux juridictions constituent toute l'organisation judiciaire de l'armée de terre. V. Tribunaux militaires.
- 13. L'armée de mer reconnaît un plus grand nombre de juridictions. Les tribunaux mari-

times, établis par le décret du 12 novembre 1806 dans les ports de Brest, Toulon, Rochefort et Lorient, connaissent de tous les délits commis dans les ports et arsenaux, relativement à leur police et à leur sûreté. Les conseils maritimes de révision, chargés de réviser les jugements des tribunaux maritimes, n'ont d'autre mission que d'examiner si les formes prescrites ont été violées et si les lois pénales ont été mal appliquées (décret 12 nov. 1806, art. 53). Les tribunaux maritimes spéciaux, maintenus nonobstant les prescriptions de la loi constitutionnelle, connaissent des crimes et délits commis dans les bagnes par les forçats (décret 12 novemb. 1806, tit. 8; ord. 2 janv. 1817). Les conseils de justice formés à bord des vaisseaux de l'état, connaissent de tous les délits commis par les marins embarqués, et passibles soit de la peine de la cale ou de la bouline, soit d'une peine inférieure. (V. l'article 21, sect. 1re, tit. 3 du décret du 22 juillet 1806.) Les conseils de guerre maritimes, constitués comme les conseils de justice à bord des vaisseaux, connaissent des crimes et des délits commis par les personnes embarquées, et qui sont passibles d'une peine supérieure à la cale ou à la bouline (l. 22 août 1790, tit. 2, art. 5; décret 22 juillet 1806, tit. 3, sect. 2). Ils connaissent aussi des délits commis à terre par les officiers, matelots et soldats, faisant partie de l'équipage d'un bâtiment, lorsque ces délits sont relatifs au service maritime, ou qu'ils sont commis entre personnes de l'équipage. Mais si les délits commis à terre ont été dirigés contre les habitants, la connaissance exclusive en appartient aux juges des lieux (décret 22 juill. 1806, art. 76;—Cass. 14 juill. 1827, S.-V. 27. 1. 522; D. P. 27. 1. 306). Enfin, les conseils de guerre maritimes permanents ont été institués par l'ordonnance du 22 mai 1816, en remplacement des conseils de guerre maritimes spéciaux, pour le jugement des militaires et marins appartenant au corps de la marine et prévenus de désertion. — V. Tribunaux maritimes.

14. Tel est l'ensemble des juridictions criminelles. Nous n'avons mentionné ni les conseils de discipline de la garde nationale, ni les conseils de prud'hommes, ni la juridiction de l'université, parce que ces institutions sont plutôt disciplinaires que répressives. Nous connaissons maintenant la distribution générale que subissent les faits punissables à l'instant où ils sont saisis par la justice, et

les principales attributions de chacun des tribunaux institués pour leur répression.

Sect. 2. — De la compétence ratione personæ.

- 15. Les règles qui viennent d'être exposées subissent plusieurs modifications en ce qui concerne la compétence, soit des juridictions chargées de régler la poursuite, soit des juridictions répressives, à raison de la qualité des personnes inculpées.
- 16. Aux termes de l'article 47 de la Charte de 1830, les ministres ne peuvent, en cette qualité, être mis en accusation que par la chambre des députés; prévenus de délits commis hors de l'exercice de leurs fonctions, et emportant une peine afflictive ou infamante, ils ne peuvent être poursuivis qu'après que cette poursuite a été autorisée par une délibération du Conseil d'état. (L. 22 frimaire an VIII, art. 70, 71.)
- 17. Les pairs de France ne peuvent être arrêtés que par l'autorité de la chambre des pairs, et jugés que par elle en matière criminelle. (Charte, art. 29.)
- 18. Les membres de la chambre des députés ne peuvent, pendant la durée de la session, être poursuivis ni arrêtés en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, qu'après que la chambre a permis la poursuite. (Charte, art. 44.)
- 19. Les membres du Conseil d'état ne peuvent, de même que les ministres, être poursuivis, pour un crime passible d'une peine afflictive ou infamante, qu'après une délibération du conseil. (L. 22 frim. an VIII, art. 70.)
- 20. Les agents du gouvernement ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'état. (L. 22 frim. an VIII, art. 75.) V. Fonctionnaires publics.
- 21. Les ministres du culte ne sont point agents du gouvernement; mais lorsqu'ils ne sont poursuivis que par la partie lésée et pour un fait qui rentre dans les cas d'abus prévus par la loi, la poursuite est subordonnée à la décision du Conseil d'état. (L. 18 germ. an x.)
- 22. La poursuite des juges de paix, des membres des tribunaux, des officiers du ministère public, des officiers de police judiciaire et des membres des cours royales, est soumise à des formes et à des conditions particulières, par les articles 479 et suivants

du Code d'instruction criminelle, à raison des délits et des crimes qu'ils commettent, soit hors de l'exercice, soit dans l'exercice de leurs fonctions. S'il s'agit d'un délit commis soit hors de ses fonctions, soit dans ses fonctions, par un juge de paix, un juge de première instance, ou un officier du ministère public, le procureur général fait citer directement le prévenu devant la cour (art. 479 et 483). Les officiers de police judiciaire jouissent du même privilége pour les délits commis dans l'exercice de leurs fonctions. Lorsqu'il s'agit d'un crime commis hors de ses fonctions par l'un des mêmes magistrats, le premier président désigne le juge qui doit remplir les fonctions de juge d'instruction. Si le crime a été commis dans les fonctions, le premier président remplit lui-même la charge de l'instruction ou la délègue spécialement (art. 480 et 484). Enfin, lorsque le crime est imputé, soit à un membre d'une cour royale, soit à un tribunal entier, l'affaire est dénoncéc à la Cour de cassation, qui désigne les juges qui doivent la suivre ou statuer sur la prévention (art. 481, 485 et suiv.). - V. Magistrat, Ordre judiciaire.

23. La qualité de militaire ou de marin n'est point un obstacle à l'action des juges ordinaires, lorsque le délit a été commis hors des drapeaux ou de complicité avec des individus non militaires. (Av. du Cons. d'état, 7 fruct. an XII.) En effet, la compétence des tribunaux militaires dérive surtout de la nature des faits. Ce n'est pas seulement à raison de leur qualité que les militaires sont leurs justiciables, car cette qualité ne les empêche pas d'être traduits devant les juges ordinaires. La juridiction militaire est fondée sur le caractère spécial des délits; elle revendique d'abord les délits purement militaires, et si elle saisit en même temps les délits communs, c'est parce que ces délits commis au corps et sous les drapeaux, sont considérés comme des infractions à la discipline, comme des délits militaires.

24. La compétence, quant au jugement des délits, n'est modifiée à raison de la qualité des personnes que dans les cas suivants: 1° à l'égard des ministres, lorsqu'ils sont accusés par la chambre des députés; la chambre des pairs est seule compétente pour les juger; 2° à l'égard des pairs, qui ne peuvent être jugés en matière criminelle que par la chambre des pairs (Charte, art. 29); 3° à

l'égard des juges de paix, des juges de première instance et des officiers du ministère public, qui sont jugés directement par la cour royale, à raison des délits correctionnels qu'ils commettent, soit en dehors, soit dans l'exercice de leurs fonctions. Le même privilége s'étend aux officiers de police judiciaire, mais seulement à raison des délits commis dans leurs fonctions (C. d'inst. crim., 479 et 483); 4º à l'égard des grands officiers de la Légion d'honneur, des généraux commandant une division et un département, des archevêques, des évêques, des présidents de consistoire, des membres de la Cour de cassation, de la cour des comptes et des cours rovales. et des préfets, qui sont prévenus de délits de police correctionnelle, la cour royale en connaît également directement et sans intermédiaire. (L. 20 avril 1810, art. 10.)

### SECT. 3. — De la compétence ratione loci.

25. Le lieu du délit exerce sur la compétence une influence directe dans deux cas: 1° lorsque plusieurs juges se trouvent à la fois saisis de la connaissance du même délit; 2° lorsque le lieu du délit est situé en dehors du territoire soumis à la juridiction française. Nous examinerons ces deux hypothèses dans deux paragraphes distincts.

## § 1<sup>er</sup>. — De la compétence dans le cas de concours de plusieurs juges.

26. La loi romaine reconnaissait la compétence des juges du lieu du délit de préférence aux autres juges : servos ibi puniendos. ubi deliquisse arguuntur; dominumque eorum, si velit eos defendere, non posse revocare in provinciam suam; sed ibi oportere defendere, ubi deliquerint (L. 7, § 4, ff. De accusat.). Si l'accusation comprenait deux crimes commis dans deux provinces différentes, l'accusé devait être successivement renvoyé dans ces deux provinces. Divus Pius Pontio Proculo rescripsit, postquam cognoverit de crimine in sua provincia admisso, ut reum in eam provinciam remitteret, ubi sacrilegium admisit (ibid., § 5). Cependant le lieu de l'arrestation était indiqué par quelques lois en concurrence avec le lieu du délit : Quæstiones eorum criminum, quæ legibus aut extrà ordinem coercentur, ubi commissa, vel inchoata sunt, vel ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere satis notum est (L. 1, Cod. Ubi de criminibus agi oporteat).

27. Dans notre ancien droit, le juge du domicile était, à l'époque féodale, le juge naturel du délinquant. Le seigneur revendiquait ses vassaux, les suivait hors de son territoire et prétendait avoir seul le droit de les juger. (Traité de l'instr. crim., t. 1er, p. 574.) Ce principe ne fut contesté que lorsque le juge royal prétendit punir le coupable qu'il avait saisi sur son territoire, nonobstant la réclamation de son seigneur. C'est alors que commença la lutte du juge du domicile contre le juge du lieu du délit. L'intérêt du pouvoir royal était au fond de la question. Aussi les ordonnances ne tardèrent pas à intervenir pour la trancher. L'ordonnance du 15 avril 1453 déclara, dans son article 29, que les crimes devaient être punis là où ils avaient été commis. L'ordonnance de janvier 1563 modifia un peu cette règle; il fallait que le délinquant eût été pris au lieu du délit, pour que le juge de ce lieu fût compétent. C'était un retour vers la première coutume; il appartenait au juge du domicile toutes les fois qu'il n'avait pas été arrêté. Mais l'article 35 de l'ordonnance de février 1566 effaça promptement cette disposition : « Voulons que la connaissance des délits appartienne aux juges des lieux où ils auront été commis, nonobstant que le prisonnier ne soit surpris en slagrant délit. Et sera tenu le juge du domicile de renvoyer le délinguant au lieu du délit, s'il en est requis.» Cette disposition fut maintenue par l'article 1er du titre 1 de l'ordonnance de 1670. (Tr. de l'inst. crim., t. 1, p. 578.)

28. Le Code du 3 brumaire an 1v déclarait également compétent pour instruire, le juge de paix du lieu du délit et celui de la résidence habituelle ou momentanée du prévenu (art. 76). En cas de concurrence, l'instruction demeurait à celui qui avait le premier délivré le mandat d'amener (art. 77). Si les deux juges avaient délivré le mandat d'amener le même jour, l'instruction demeurait au juge de paix du lieu de la résidence habituelle (art. 78).

29. Le Code d'instruction criminelle attribue concurremment juridiction, par ses articles 23, 63 et 69, au procureur du roi et au juge d'instruction du lieu du crime ou du délit, du lieu de la résidence du prévenu et du lieu de l'arrestation. Cette concurrence

existe entre les tribunaux des mêmes lieux, ainsi qu'entre les officiers de police judiciaire: « Les juges naturels d'un prévenu ne sont autres que ceux désignés par l'article 23, c'est-à-dire ceux de son domicile, du lieu où le crime a été commis, et du lieu où le prévenu a été arrêté. » (Cass. 10 février 1842, S.-V. 42. 1. 805; J. P. 1842. 2. 416.)

30. Mais le Code n'a point prévu le cas où les trois juridictions qu'il désigne seraient simultanément saisies. Quelle règle doit-on suivre dans ce cas? Par suite du principe de l'indivisibilité de la procédure, la poursuite et l'instruction d'une même affaire ne peuvent appartenir à deux tribunaux différents; il faut donc que deux des juges cessent et que le troisième continue l'instruction qu'ils ont commencée respectivement. Quel est celui qui doit continuer? M. Carnot (De l'inst. crim., t. 1, p. 205, nº 2) propose, dans le silence du Code, de recourir aux art. 77 et 78 du Code du 3 brumaire an IV; mais ces articles sont insuffisants pour décider la question, car ils ne désignent que le juge du lieu du délit et celui de la résidence; ils ne font pas mention du juge du lieu de l'arrestation. Ensuite, il y a lieu de présumer que le Code d'instruction criminelle, en instituant, dans ses articles 526 et 540, la voie des règlements de juges pour faire cesser les conslits entre les juges saisis des mêmes délits ou de délits communs, a voulu suppléer à la règle qu'il ne reproduisait pas.

31. M. Merlin (Quest. de droit, vº Délit, § 9) s'exprime en ces termes : « Le Code d'instruction criminelle ne contient là-dessus aucune disposition; mais il y a un principe de droit commun auquel il se réfère nécessairement et qui doit y être sous-entendu: c'est qu'entre deux juges également compétents pour connaître d'une même affaire, la préférence est due à celui qui a prévenu l'autre. Or, comment la prévention s'établit-elle en matière criminelle? S'établit-elle soit par un simple réquisitoire du ministère public, tendant à ce qu'il soit informé, soit par une simple ordonnance d'assigner les témoins? Non; les anciennes lois criminelles ne regardaient comme ayant prévenu que le juge qui avait non-seulement informé, mais encore décrété avant l'autre; en prenant pour guide l'esprit qui les avait dictées, on doit aujourd'hui tenir pour règle qu'il n'y a de prévention que lorsqu'il a été décerné contre le prévenu soit un mandat d'arrêt, soit un mandat de dépôt, soit au moins un mandat d'amener.»

32. M. Merlin semble, en émettant cette opinion, méconnaître, comme M. Carnot, les différences qui séparent, sur ce point, notre législation des législations antérieures. Il est très-vrai que, dans notre ancienne jurisprudence, la prévention ne s'acquérait point par l'information, mais par le décret (Chenu, en ses règlements, t. 2, tit. 12, chap. 12; Farinacius, Ouæst. 7, nº 56; Jousse, t. 1, p. 502); mais c'est que l'information précédait le décret: le décret était un véritable jugement préparatoire qui se rendait sur le vu des charges et informations et sur les conclusions de la partie publique (Traité de l'inst. crim., t. 1, p. 623). Et il ne suffisait même pas, pour acquérir la prévention, que le décret fût rendu; il fallait qu'il fût exécuté, soit par sa signification, si c'était un décret d'ajournement personnel ou d'assigné pour être ouï, soit par la capture, ou du moins par le procès-verbal de perquisition de l'accusé, s'il s'agissait d'un décret de prise de corps. « Car il n'y a, à proprement parler, dit Jousse, que cette exécution qui établit la vigilance du juge » (Traité des mat. crim., t. 1, p. 503). Sous notre droit actuel, le juge n'est point tenu de faire précéder le mandat d'une information; il peut, sur les premiers indices, le décerner. Comment donc prétendre que, par cela seul qu'il a fait cette délivrance, il est plus complétement saisi de l'assaire que celui qui a entendu les témoins, visité les lieux, recueilli les preuves et à qui il ne reste plus qu'à faire comparaître le prévenu pour l'interroger?

33. Il semble qu'on pourrait chercher la solution de ce débat de compétence dans les termes mêmes du Code. Les articles 23, 63 et 69, identiques dans leur formule, désignent successivement les magistrats du lieu du crime ou du délit, ceux de la résidence du prévenu, et ceux du lieu où il pourra être trouvé. Ainsi, les magistrats du lieu du délit sont placés avant ceux de la résidence, avant ceux du lieu de l'arrestation. Or cet ordre indiqué par la loi, l'est également par la nature des choses. C'est au lieu du délit que se trouvent ordinairement les moyens les plus puissants de découvrir la vérité : les témoins, les indices, l'inspection des lieux. C'est ensuite, après le lieu du délit, au lieu de la résidence habituelle du prévenu, que les moyens de preuves peuvent être réunis encore; car c'est dans ce

lieu que la vie du prévenu et sa moralité peuvent être plus facilement appréciés. Enfin, le lieu de l'arrestation, placé en troisième ligne, est aussi celui qui semble offrir le moins de ressources à la justice. C'est d'ailleurs au lieu du délit, c'est ensuite au lieu de la résidence du prévenu que le jugement peut produire le plus salutaire exemple. On peut donc penser que la loi elle-même, par l'ordre seul de ses termes, a tracé la règle qui doit résoudre la question.

34. Cette solution paraît avoir été indiquée par un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1830, qui, statuant par règlement de juges, renvoie un prévenu devant le juge du lieu du délit : « Attendu, en droit, que, d'après l'article 69 du Code d'instruction criminelle, les juges d'instruction, et, par une conséquence nécessaire, les tribunaux des lieux du crime ou délit, de la résidence du prévenu, ou de celui où il pourra être trouvé, sont également compétents; que, dès lors, il a été procédé compétemment par les juges d'instruction et les tribunaux saisis; mais attendu, en fait, que le juge d'instruction de Rouen et la chambre du conseil de ce tribunal ont exercé les premières poursuites; que, dans le lieu du délit les preuves seront plus facilement réunies, et que les témoins ne seront pas déplacés.» (J. P. 3º édit.; D. P. 30.1. 56.)

35. Toutefois, si le tribunal, soit du lieu de la résidence, soit du lieu de l'arrestation, est seul saisi, il ne pourrait renvoyer le prévenu devant le juge du lieu du délit; car, aux termes de la loi, il est compétent pour juger, et il n'existe aucun conflit qui puisse suspendre l'exercice de sa juridiction. C'est d'après cette règle que la Cour de cassation a annulé un jugement qui renvoyait un prévenu de vagabondage devant le lieu de son domicile, sous prétexte que le délit pourrait être plus facilement apprécié. (Cass. 20 sept. 1834. Journ. du droit crim., t. 7, p. 62; D. P. 34. 1. 426.)

#### § 2. – De la compétence territoriale.

36. Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire (C. civ., 3). Les étrangers sont donc, comme les citoyens, dès qu'ils se trouvent sur le territoire français, soumis à l'empire de nos lois criminelles, et les crimes et délits qu'ils y commettent, même à l'égard d'autres étrangers, sont poursuivis et punis comme s'ils avaient été commis par des Français. C'est le territoire qui fait la

compétence; la loi pénale le régit tout entier et elle ne s'arrête à aucune exception résultant de l'extranéité des personnes.

37. Cette règle n'admet aucune exception. Un étranger poursuivi en France pour dissamation envers un étranger résidant en pays étranger, soutenait que l'ordre public n'avait pu être troublé sur notre territoire par une publication qui n'attaquait que des étrangers placés sur le sol étranger; que les tribunaux français n'étaient donc pas compétents, puisque les lois de police françaises n'avaient pas été violées. La Cour de cassation déclara, en rejetant le pourvoi : « que la disposition de l'art. 3 du Code civil, portant que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, est générale et absolue; qu'elle s'applique aux étrangers résidant en France, comme aux Français d'origine; que les lois des 17 et 26 mai 1819, et 25 mars 1822, sont au nombre des lois de police et de sûreté; que, d'après l'art. 23 du Code d'instruction criminelle, comme d'après les anciennes lois, le juge du lieu du délit et celui du domicile du prévenu sont également compétents pour connaître du fait imputé; que, dans l'espèce, au moment où le fait a été commis, Wilson, Anglais d'origine, habitait en France à Saint-Omer; qu'il était prévenu d'avoir diffamé, par la publication faite à Saint-Omer et à Paris d'un écrit imprimé, les sieurs Nortchay et consorts, Anglais, habitant à Bruxelles; qu'à raison de ce fait, il était justiciable du tribunal de Saint-Omer, sous le double rapport de sa résidence et du lieu du délit; que, dès lors, en confirmant le jugement qui avait rejeté son déclinatoire, fondé sur ce qu'il était Anglais d'origine et que l'ouvrage par lui publié portait contre des Anglais non résidant en France, la cour rovale de Douai, loin d'avoir violé les règles de compétence, s'y est au contraire exactement conformée. » ( Cass. 22 juin 1826, S.-V. 27. 1. 200; J. P. 3e édit.; D. P. 26. 1. 387.)

38. Mais cette compétence, fondée sur le droit de souveraineté, s'arrête aux limites du territoire. C'est là qu'expire l'autorité de la loi française; c'est là aussi que cesse pour le pays l'intérêt direct de l'ordre à la répression des crimes. Sans doute il existe entre toutes les nations une espèce de solidarité dans la distribution de la justice, et nous en signalerons quelques effets en traitant de l'extradition. Mais il ne faut pas confondre cette

solidarité qui sollicite la répression générale des crimes, avec le droit de les punir; ce droit ne peut appartenir, en thèse générale, qu'au souverain sur le territoire duquel le crime a été commis; car le jugement est un acte de souveraineté, et la souveraineté ne s'étend point au delà des frontières.

Tel est le principe qui domine notre code. Les art. 5, 6 et 7 le reconnaissent et le pro. clament par les modifications mêmes qu'ils y apportent; ils y créent plusieurs exceptions. mais en dehors de ces exceptions, ils le maintiennent. M. Treilhard, dans l'exposé des motifs du Code, disait, pour motiver ces exceptions : « Sans doute, la règle générale en cette matière est que le droit de poursuivre un crime n'appartient qu'au magistrat du territoire sur lequel il a été commis, ou du territoire sur lequel le crime s'est prolongé. Mais il est des attentats qui attaquent la sûreté et l'essence même de tous les états. dont l'intérêt commun des nations doit provoquer la poursuite, lorsque le coupable a l'audace de se montrer dans le sein du gouvernement qu'il a voulu détruire. » (Locré. t. 25, p. 235.)

39. La première exception au principe de la compétence territoriale est formulée par l'art. 5 du Code d'instruction criminelle, qui porte: « Tout Français qui se sera rendu coupable, hors de France, d'un crime attentatoire à la sûreté de l'état, de contrefaçon du sceau de l'état, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi, pourra être poursuivi, jugé et puni en France, d'après les dispositions des lois françaises. » Cet article, en énumérant les crimes qui, commis hors de France, peuvent être poursuivis en France, limite par là même cette faculté. Il est à remarquer, au reste, qu'il ne subordonne point la poursuite au retour du Français inculpé de l'un de ces crimes; de sorte qu'il peut être jugé, quoique absent, et condamné par contumace.

40. Toutefois cette exception, quoique en général elle doive, comme toute exception, être rigoureusement renfermée dans ses termes, n'a pas prévu tous les cas où la justice doit nécessairement s'écarter de la règle générale. Ainsi, lorsqu'une armée française occupe un territoire étranger, les crimes commis par les auxiliaires peuvent être poursuivis et jugés en France. (Cass. 18 oct. 1811, S.-V. 12. 1. 122; D. A. 8. 321; Merlin, Quest. de droit, v° Dé-

lit, § 8, nº 2.) Mais la raison de cette décision est dans cette fiction, que le pays occupé par une armée française est censé faire partie du territoire français, et que le militaire qui est sous le drapeau doit être considéré comme s'il était en France (Théorie du Code pénal, t. 3, p. 216). Ainsi encore, les agents du gouvernement qui prévariquent dans l'exercice de leurs fonctions en pays étranger, peuvent être poursuivis en France. C'est ce que la Cour de cassation a jugé par arrêt du 23 fructidor an XIII ( Devillen. et Car. 2. 1. 162). Mais cette décision se fonde également sur un motif étranger à l'art. 5. Le Français, agent du gouvernement en pays étranger, n'a pas perdu son domicile en France; il peut donc, s'il se rend coupable en pays étranger d'un délit contre l'état, être poursuivi devant les juges du lieu de son domicile; car la poursuite appartient concurremment aux juges du lieu du délit, et aux juges du domicile. (Merlin, Rép., vº Compétence, \$ 2, nº 8; Legraverend, Législ. crim., liv. 1, chap. 1, sect. 7, § 2.)

41. L'art. 6 autorise à étendre aux étrangers les dispositions de l'art. 5, lorsqu'ils se sont rendus auteurs ou complices des crimes prévus par cet article, à la condition cependant que ces étrangers auront été arrêtés en France, ou que le gouvernement aura obtenu leur extradition. Cette disposition est la seule qui autorise les tribunaux français à poursuivre et à juger les étrangers, à raison des crimes qu'ils ont commis hors de France. Il suit de là que cette poursuite est circonscrite dans le cercle tracé par cet article, et que, par conséquent, un étranger ne pourrait être poursuivi en France pour un assassinat, par exemple, commis par lui en pays étranger sur un Français, lors même qu'il se trouverait sur notre territoire, qu'il y aurait plainte de la partie lésée et qu'il aurait même un Francais pour complice. Ce point a été reconnu par la Cour de cassation dans une espece où trois Espagnols étaient accusés d'avoir, de complicité avec un Français, commis un assassinat sur un Français sur le territoire espagnol. La chambre d'accusation déclara que les tribunaux français étaient incompétents pour les juger, et la Cour de cassation rejeta le pourvoi: « Attendu que la juridiction de chaque étatest nécessairement bornée par les limites du territoire; que les lois françaises n'admettent que deux exceptions à cette règle, savoir, lorsqu'il s'agit de crimes attentatoires à la sûreté de l'état, etc., ou de crimes commis par des Français contre des Français; que, dans la première de ces hypothèses, le droit de légitime défense et de sa propre conservation proroge la juridiction de chaque souverain sur les étrangers qui rentrent dans leur territoire, après avoir commis, hors de ce territoire, le crime prévu par l'art. 5 du Code d'instruction criminel e; que la deuxième est la conséquence de ce principe de droit public, que les Français qui voyagent ou habitent en pays étranger, quoiqu'ils soient sujets à temps du souverain dans les états duquel ils se trouvent, ne cessent pas pour cela d'être sujets du roi de France, et, comme tels, protégés par la loi française; d'où il suit qu'ils demeurent justiciables des tribunaux français lorsqu'ils rentrent en France, quand ils ont violé les lois en attentant à la sûreté ou à la propriété de leurs compatriotes, quel que soit le lieu où le crime a été commis ; que dès lors l'arrêt, en jugeant que des Espagnols qui ont attaqué des Français sur le territoire espagnol, ne sont pas justiciables des tribunaux français quand ils sont arrêtés en France, lors même qu'ils auraient des complices Français qui seraient justiciables de ces tribunaux, n'a ni méconnu les règles de sa compétence, ni violé aucune disposițion de la loi. » (Cass. 2 juin 1825, Devillen. et Car. 8. 1. 130; J. P. 3° édit.)

42. Les tribunaux français sont-ils compétents pour connaître des délits commis par des gens de mer étrangers à bord de leurs navires, dans un port français? Un avis du conseil d'état du 28 octobre 1806, approuvé le 20 novembre suivant, a déclaré: « Qu'un vaisseau neutre ne peut être indéfiniment considéré comme lieu neutre, et que la protection qui lui est accordée dans les ports français ne saurait dessaisir la juridiction territoriale pour tout ce qui touche aux intérêts de l'état; qu'ainsi le vaisseau neutre admis dans les ports de l'état est de plein droit soumis aux lois de police qui régissent le lieu où il est recu; que les gens de son équipage sont également justiciables des tribunaux du pays pour les délits qu'ils y commettraient, même à bord, envers des personnes étrangères à l'équipage: mais que si, jusque-là, la juridiction territoriale est hors de doute, il n'en est pas ainsi à l'égard des délits qui se commettent à hord du vaisseau neutre, de la part d'un homme de l'équipage envers un autre homme du même équipage; qu'en ce cas, les droits de la puissance neutre doivent être respectés, comme s'agissant de la discipline intérieure du vaisseau, dans laquelle l'autorité locale ne doit pas s'ingérer, toutes les fois que son secours n'est pas réclamé ou que la tranquillité du port n'est pas compromise. » Il suit de ces principes mêmes que la décision serait différente si le délit était dirigé contre la France. (V. Cass. 7 septemb. 1832, S.-V. 32. 1. 577; J. P. 3° édit.; D. P. 32. 1. 417.)

43. La troisième exception au principe que les lois criminelles sont essentiellement territoriales est consacrée par l'article 7 du Code d'instruction criminelle portant que: « Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du territoire du royaume, d'un crime contre un Français, pourra, à son retour en Françe, y être poursuivi et jugé, s'il n'a été poursuivi et jugé en pays étranger, et si le Français

offensé rend plainte contre lui. »

44. Il résulte de ce texte 1° que la répression d'un crime commis en pays étranger par un Français contre un étranger, ne peut être poursuivie en France; 2° que la répression d'un crime commis par un Français contre un Français, ne peut être poursuivie qu'autant que le Français inculpé est de retour, c'est-à-dire qu'il est librement et volontairement revenu en France; 3° que la poursuite ne peut avoir lieu qu'autant que l'inculpé n'a pas été poursuivi et jugé en pays étranger : le jugement, quel qu'il soit, d'un tribunal étranger, épuise l'action criminelle; 4° que la poursuite ne peut avoir lieu que sur la plainte du Français offensé ou de ses représentants. (V. Carnot, De l'inst. crim., t. 1, p. 124; Mangin, Traité de l'act. publ., t. 1, p. 130, et Cass. 17 août 1832, S.-V. 32. 1. 486; J. P. 3º édit.; D. P. 33. 1. 29.)

45. L'art. 7 ne prévoit que la perpétration d'un crime hors du territoire du royaume; la question s'est élevée de savoir si la poursuite pouvait avoir lieu à raison d'un simple délit. La raison de douter est tirée de l'article 24 qui règle le mode de la poursuite, lorsqu'il s'agira de crimes ou de délits commis hors du territoire français. Legraverend (Législ. crim., 1. 1, p. 98) et Bourguignon (Jurispr. du Code crim., t. 1, p. 70) s'appuient sur ce texte pour étendre la compétence aux délits aussi bien qu'aux crimes. (V., dans ce sens, Colmar, 23 août 1820, S.-V. 20. 2. 336; D. A. 3. 409; et Metz, 29 août 1827, J. P. 3° édit.) Mais il résulte des procès-verbaux du Conseil d'état

que le mot délit avait été introduit dans le projet de l'art. 7, et qu'il en fut supprimé par la commission du corps législatif; il y a donc lieu de présumer que le législateur a voulu réserver l'exception qu'il établissait pour des faits graves, et l'énonciation de l'art. 24 doit être considérée comme une négligence de rédaction. (V., dans ce sens, Carnot, De l'inst. crim., t. 1, p. 122; Mangin, Traité de l'action publ., t. 1, p. 126, et Cass. 26 sept. 1839, S.-V. 40. 1. 64; J. P. 1840. 1. 438; D. P. 40. 1. 374.)

\$46. Une question importante doit encore être examinée. Les tribunaux français sont-ils compétents pour juger les crimes qui, commencés sur leur territoire, se sont accomplis en pays étranger, ou qui, commencés en pays étranger, n'ont été achevés que sur leur territoire? Il faut considérer, pour résoudre cette difficulté, le caractère des actes commis sur le territoire français; car c'est à raison de ces actes seuls que la compétence de nos tribunaux peut être revendiquée; leur puissance expire aux limites de ce territoire. Ils sont donc compétents ou incompétents suivant que ces actes constituent par eux-mêmes un fait punissable, indépendamment de leur commencement ou de leur prolongement sur le territoire étranger. Cette distinction a été exprimée avec beaucoup de clarté par M. Mangin : « Quand un délit, qui s'est consommé en pays étranger, a été préparé en France par des faits auxquels nos lois infligent une peine; quand un délit, commencé ou achevé sur un territoire étranger, s'accomplit ou se perpétue en France à l'aide de faits que nos lois réputent criminels, la compétence de nos tribunaux n'est pas douteuse, et elle doit s'étendre non-seulement aux actes qui se sont passés sur leur territoire, mais encore à ceux qui se sont passés chez l'étranger, lorsqu'ils sont inséparablement liés aux autres. Mais cette compétence ne me paraît pas exister lorsque les faits commencés en France, et qui ont servi à préparer, achever ou perpétrer le crime commis sur le territoire étranger, sont en euxmêmes des faits innocents aux yeux de nos lois; car ces lois n'ont point été offensées; le principe de la compétence manque; il devient conséquemment impossible de la proroger aux faits qui se sont passés sur le territoire étranger. » (Traité de l'act. publ., t. 1, p. 137.) La Cour de cassation avait déjà établi cette distinction par ses arrêts des 21 novembre 1806 (Devillen. et Car. 2. 1.310; J. P. 3° édit.) et 1° septembre 1827 (S.-V. 28. 1. 80; J. P. 3° édit.; D. P. 27. 1. 493).

47. Nous terminons ici l'examen des questions qui nous ont paru se rattacher le plus étroitement à la compétence en matière criminelle; mais cette matière est loin d'être épuisée. Nous avons dû nous borner à en tracer ici les règles générales: toutes les difficultés secondaires sont examinées soit sous les différentes juridictions à la compétence desquelles elles se rattachent, soit sous les matières spéciales auxquelles elles sont intimement liées. — V. Acquittement, Connexité, Échelles du Levant, Effet rétroactif, Extradition, Jugements (exécution des), Règlement de juges, Renvois après cassation, Tribunaux de police.

COMPÉTENCE MILITAIRE. — V. Conseil de guerre, Délit militaire, Tribunaux militaires.

COMPÉTENCE ( BÉNÈFICE DE ). — V. Bénéfice de compétence.

COMPLAINTE ou COMPLAINTE POS-SESSOIRE. — C'est l'action par laquelle celui qui est troublé en sa possession demande d'y être maintenu et gardé, et que défenses soient faites à la partie adverse de l'y troubler. — V. Possessoire.

COMPLANT - COMPLANTERIE. — V. Bail à complant.

COMPLICITÉ. — 1. La complicité à un crime ou à un délit est, en général, la participation aux actes qui l'ont préparé ou accompli.

Cette matière, soit à raison de la difficulté de constater la part de chacun des coupables dans l'exécution du crime et de graduer les peines entre eux, soit à raison des faits nombreux dont la complicité peut dériver, est l'une des plus abstruses et des plus embarrassées du droit pénal. Les règles simples que notre Code a posées n'ont point empêché les questions de naître de toutes parts; toutes les subtilités du droit semblent avoir été employées pour lutter contre les termes absolus, mais évidemment trop rigoureux, de la loi pénale.

Nous diviserons cette matière en trois sections : dans la première, nous exposerons les dispositions des principales législations sur la complicité; dans la deuxième, nous ferons connaître le système de notre législation; dans la troisième, nous examinerons successivement les différents modes de complicité et les questions qui se rattachent à chacun d'eux.

Sect. 1<sup>re</sup>. – Exposé des principales législations sur la complicité.

SECT. 2. - Système du Code pénal.

Sect. 3. — Examen des différents actes de complicité.

§ 1<sup>er</sup>. — De la complicité par provocation. — De ce qu'on a appelé la complicité morale.

§ 2. — De la complicité résultant de la fourniture d'armes ou d'instruments.

§ 3. — De la complicité par aide ou assistance.

§ 4. — De la complicité résultant du recélé des coupables.

§ 5. — De la complicité résultant du recélé des choses enlevées.

Sect. 4. — Des peines applicables aux complices.

Sect. 1<sup>re</sup>. — Exposé des principales législations sur la complicité.

2. La législation romaine avait des règles très-simples sur cette matière. Les complices étaient confondus avec les auteurs principaux et frappés de la même peine. Ulpien pose ce principe à plusieurs reprises : Nihil interest occidat quis, an causam mortis prabeat: mandator cædis pro homicida habetur (1. 15, ff. ad leg. Corn. de sicariis). Il répète dans un autre fragment : Utrum, qui occiderunt parentes: an eliam conscii, pænå parricidii adficiantur, quæri potest? et ait Macianus, etiam conscios eadem pana adficiendos non solum parricidas : proinde conscii etiam extranei eadem pæna adficiendi sunt (1. 6, ff. de leg. Pomp. de parricidiis). La loi réputait ensuite complices tous ceux qui avaient fourni une aide ou une assistance quelconque à l'exécution du crime : Furti tenetur qui ipse furtum non fecit; qualis est is cujus ope et consilio furtum factum est. Ope el consilio ejus quoque furlum admitti videlur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furlum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas, ut fencstris supponerentur, commodaverit, sciens cujus rei gratid commodaverit (Instit., lib. 4, tit. 1. De oblig. quæ ex delic. nasc. § 11). A ces modes divers d'assistance matérielle, Ulpien ajoutait la provocation: Si alius servo fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furi tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio ejus furtum factum sit (1. 36, ff. Si furtis). Les empereurs Valens et Valentinien ajoutaient encore le recélé des coupables : Eos qui secum alieni criminis reos occultando, eum eumve sociarunt, par ipsos et reos pana expectet (1.1, Cod. De his qui latrones). Enfin Marcien plaçait dans la même classe et confondait avec les auteurs mêmes du crime les recéleurs des choses volées : Pessimum genus est receptatorum, sine quibus nemo latere diù potest. Et præcipitur ut perindè puniantur atque latrones. In pari causà habendi sunt, quia cum apprehendere latrones possent, pecunià acceptà, rel subreptorum parte, demiserunt (1. 1. ff. De receptat.). La loi ne faisait d'exception à cette incrimination générale qu'à l'égard de ceux qui n'avaient pas concouru directement au crime, ou qui n'avaient pas donné l'assistance matérielle et morale, opera et consilium, exigée par les textes. Ainsi, les conseils, les exhortations ne suffisaient pas pour constituer la complicité : Certè qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, algue hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti (Inst., lib. 4, tit. 1, § 11). Ainsi, celui qui avait prêté les instruments employés à commettre le crime, sans connaître l'usage auquel ils devaient servir, n'était pas réputé complice (1. 54, § 4, ff. De furtis). Ainsi, celui qui avait favorisé la f ite du coupable sans lui donner asile, jouissait de la même exception (1. 62, ff. De jurtis). Telles étaient les principales dispositions de la législation romaine sur cette matière; il était d'autant plus important de les reproduire, que la plupart, ainsi que nous le verrons plus loin, ont passé dans notre Code et nous régissent aujourd'hui.

3. Le principe qui punit, en général, de la même peine les auteurs principaux et les complices, continua de régner dans notre ancienne législation. On le retrouve dans les Etablissements de saint Louis, liv. 1, § 32; dans l'art. 177 de la constitution criminelle de Charles-Quint, et enfin dans l'art. 4 du titre 16 de l'ordonnance de 1670. Cependant

les légistes, en énonçant les différents actes de complicité, faisaient quelques réserves pour des actes secondaires. En général, ils placaient sur la même ligne que les auteurs principaux tous ceux qui avaient provoqué, qui avaient coopéré, qui avaient porté secours, qui n'avaient pas révélé les préparatifs, qui avaient pris part aux produits du crime, qui avaient recélé les coupables ou les objets volės: Si ex conventione expres à simul cum alio delictum patrat, si alteri mandat, si speciale consilium dat, si opem fert, si sciens, volens, non impedit sceleratum quem tamen impedire de jure debebat, si de criminis quastu participat, si criminosum receptat (Kressius, Comm. in const. crim., p. 643). Mais, après cette règle générale posée, plusieurs distinctions avaient été établies en faveur des complices secondaires, par exemple, en faveur de ceux qui n'avaient donné qu'un simple conseil, ou qui n'avaient fait que recéler les coupables après la perpétration du crime, ou qui avaient favorisé leur évasion. - V. Julius Clarus, quest. 90, nos 1 et 2; Farinacius, quest. 130, nº 42 et 5, et quest. 135, nº 1; Jousse, Traité de just. crim., t. 1, p. 23; Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 10.

4. L'assemblée constituante, en décrétant le titre 3 du Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791, ne fit donc que reproduire exactement les dispositions de la législation antérieure. Les quatre articles qui composent ce titre sont ainsi concus: «Art. 1er. Lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir, par dons, promesses, ordres ou menaces, provoqué le coupable ou les coupables à le commettre; ou d'avoir sciemment, et dans le dessein du crime, procuré au coupable ou aux coupables les moyens, armes ou instruments qui ont servi à son exécution; ou d'avoir sciemment, et dans le dessein du crime, aidé et assisté le coupable ou les coupables, soit dans les faits qui ont préparé ou facilité son exécution, soit dans l'acte même qui l'a consommé, sera puni de la même peine prononcée par la loi contre les auteurs dudit crime. — Art 2. Lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir provoqué directement à le commettre, soit par des discours prononcés dans les lieux publics, soit par placards ou bulletins affichés ou répandus dans lesdits lieux, soit par des écrits rendus publics par la voie de l'impression, sera puni de la même peine prononcée par la loi contre les auteurs du crime. — Art. 3. Lorsqu'un vol aura été commis avec l'une des circonstances spécifiées au présent article, quiconque sera convaincu d'avoir reçu gratuitement, ou acheté ou recélé tout ou partie des effets volés, sachant que lesdits effets provenaient d'un vol, sera réputé complice et puni de la peine prononcée par la loi contre les auteurs dudit crime. — Art. 4. Quiconque sera convaincu d'avoir caché et recélé le cadavre d'une personne homicidée, encore qu'il n'ait pas été complice d'homicide, sera puni de la peine de quatre années de détention. »

5. Cependant ces règles absolues, cette incrimination générale n'ont point été adoptées par les législations modernes qui régissent les autres peuples. La législation anglaise admet plusieurs classes parmi ceux qui ont coopéré à un crime: les auteurs principaux au premier degré: ce sont ceux qui ont pris une part immédiate et directe à l'exécution; les auteurs principaux au second degré: ce sont ceux qui ont aidé ou assisté cette exécution; les adhérents avant le fait : ce sont ceux qui l'ont ordonné, conseillé ou préparé; les adhérents après le fait : ce sont les recéleurs. Les trois premières catégories sont, en général, passibles d'une peine égale; toutefois la peine capitale se transforme, à l'égard des auteurs au second degré et des adhérents avant le fait, en celle de transportation ou d'emprisonnement aux travaux de force. La quatrième classe est passible d'une peine inférieure. (Blakstone, Crim. laws, t. 1, p. 14.)

6. La loi prussienne sépare les auteurs immédiats et les auteurs secondaires : ceux-ci sont punis de la peine immédiatement inférieure à celle dont sont atteints les premiers. Sont rangés dans cette classe tous ceux qui n'ont pas pris à l'exécution une part immédiate, qui, sans concert préalable, ont donné assistance ou porté secours aux coupables, qui ont donné des instructions ou des conseils pour la perpétration, ou enfin qui ont partagé les profits de l'attentat, avec la connaissance de son exécution (Code prussien, art. 64 et suiv.). Le Code des états autrichiens fait la même distinction: la participation au crime est directe ou indirecte; et la participation indirecte n'est punie que d'une peine inférieure. Elle comprend tous ceux qui, par mandat, par des instructions ou des conseils, ont fourni occasion ou fourni les movens de commettre le fait; elle comprend encore le recélé des choses volées et l'assistance donnée au délinquant pour favoriser sa fuite (Code pen. général d'Autriche, art. 5, 6, 105, 119, etc.).

7. Il résulte de ces différentes dispositions, que plusieurs législateurs, sérieusement préoccupés de la distance qui, dans certains cas, sépare les coopérateurs à un même crime, ont essayé d'introduire quelques distinctions entre eux. Déjà, et sous les législations mêmes qui confondent tous les coupables dans une même peine, les légistes et la jurisprudence avaient exprimé pour quelques-uns des réserves et pour d'autres avaient élevé de véritables exceptions. Il semble qu'on doive conclure de cet apercu général que la coopération de tous ceux qui prennent part à un crime n'étant pas matériellement la même, leur cu!pabilité peut différer, et que, dès lors, l'application à chacun d'eux d'une peine rigoureusement égale peut n'ètre pas toujours juste.

8. Mais comment distinguer les diverses espèces de complicité? Comment apprécier la criminalité relative de chacune d'elles? Comment tracer des règles générales et multiples à la fois dans une matière où les faits présentent incessamment des circonstances et des nuances nouvelles? Ces distinctions, si elles doivent être faites, seraient pleines de difficultés; mais il n'entre point dans notre plan d'entreprendre cette tâche purement théorique. Nous nous bornerons à rappeler que ce travail, objet des méditations de la plupart des criminalistes, a été successivement entrepris par M. Rossi (Traité de droit péna, t. 2, p. 28 et suiv.) et par MM. Chauveau et Faustin Hélie (Théorie du Coie pénal, t. 1, p. 423, 2e édit.). Ces derniers auteurs résument leur opinion en ces termes : « Une justice rigoureuse exigerait que les divers coopérateurs d'un crime pussent être distribués en de nombreuses classifications, suivant toutes les nuances qui modifient leur culpabilité; quelques criminalistes ont essavé cette division, et nous avons vu plusieurs législateurs former trois ou quatre catégories parmi les mêmes accusés. Mais ces distinctions, lorsqu'elles se multiplient, soit par des définitions qu'elles nécessitent, soit par la difficulté de saisir les différences qui les séparent, peuvent empreindre la foi de confusion et d'obscurité. Il suffirait, suivant nous, de reconnaître que toute participation, qu'elle soit antérieure ou concomitante au fait, morale on matérielle.

est de deux espèces, principale et secondaire. Les coupables par participation principale seraient les auteurs; les coupables par participation secondaire, les complices. Les premiers seraient ceux qui auraient été la cause ou l'une des causes du crime; les autres seraient ceux qui lui auraient prêté leur aide ou leur assistance, mais sans que leur concours en eût déterminé l'exécution. On devrait considérer comme auteurs principaux ou co-auteurs: ceux qui donnent l'ordre d'executer le crime à des personnes qui sont soumises à leur autorité; ceux qui, à l'aide de dons, de promesses ou de menaces, provoquent une autre personne à le commettre; ensin ceux qui participent d'une manière directe et immédiate à son exécution. On devrait considérer comme complices : ceux qui provoquent au crime, mais sans employer les dons, les promesses et les menaces; ceux qui ont préparé les armes et les instruments nécessaires pour le commettre, sans participer à son exécution; ceux même qui participent à cette exécution, mais d'une manière indirecte et accessoire. Enfin, on devrait considérer, non comme complices, mais comme coupables d'un fait nouveau, d'un crime distinct, ceux qui donnent asile aux coupables, ceux qui sciemment recèlent ou partagent les objets volés. Ces distinctions simples semblent suffisantes pour constater les principales nuances de criminalité qui se trouvent entre les divers coupables d'un crime. Les co-auteurs seuls scraient punis de la peine infligée par la loi au crime; les complices subiraient la peine immédiatement inférieure; enfin les adhérents après le crime, c'est-à-dire les recéleurs, seraient passibles d'une peine distincte, celle du vol, s'il s'agit du recel d'objets volés. Ainsi, la mesure de la peine serait en rapport avec la gravité du crime, et cette gravité dépendrait de la culpabilité de l'agent et du mal causé par le délit. »

## SECT. 2. — Système du Code pénal.

9. L'article 59 du Code pénal est ainsi conçu : « Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement. » Le principe général posé par la première partie de cet article résume la théorie de notre Code sur cette matière : l'application

d'une peine égale aux auteurs principaux et aux complices. L'un des rédacteurs du Code, M. Target, justifiait ce principe en ces termes: « Tous ceux qui ont participé au crime par provocation ou par complicité, méritent les mêmes peines que les auteurs ou coopérateurs. Quand la peine scrait portée à la plus grande rigueur par l'effet des circonstances aggravantes, il paraît juste que cet accroissement de sévérité frappe tous ceux qui, ayant préparé, aidé ou favorisé le crime, se sont soumis à toutes les chances des événements et ont consenti à toutes les suites du crime.» (Locré, t. 29, p. 32.)

10. Cette règle a reçu toutefois quelques exceptions que l'article 59 signale par ces expressions: « Sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement. » Les cas où la peine qui frappe les auteurs et les complices n'est pas la même, sont prévus dans les articles 63, 67, 100, 102, 107, 108, 114, 116, 138, 144, 190, 213, 267, 268, 284, 285, 288, 293, 415, 438 et 441 du Code pénal.

11. L'article 60 énumère les différents actes de complicité: « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action, ou donné des instructions pour la commettre; ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir; ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée, sans préjudice des peines qui seront spécialement portées par le présent Code contre les auteurs de complots ou de provocations attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'état, même dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs ou des provocateurs n'aurait pas été commis. » Le rapporteur du corps législatif expliquait en ces termes les différences qui séparent cet article de la législation de 1791 : « Les provocations au crime par dons, promesses, ordres ou menaces, l'administration des moyens ou des armes, l'aide et l'assistance dans les faits qui ont préparé ou facilité l'exécution, et dans ceux qui l'ont consommée, caractérisent dans le Code de 1791 les divers genres de complicité. A la même énuméra-

tion des moyens de participation, l'article 60 ajoute les abus d'autorité et de pouvoir, les machinations et artifices coupables, dont les effets sont aussi dangereux que le concours personnel des agents directs du crime. Le mot ordres, inséré dans la loi de 1791, ne comprend point suffisamment les abus d'autorité et de pouvoir; ceux-ci peuvent avoir lieu sans émaner d'ordres précis et être colorés sous des prétextes spécieux dont il est possible de parvenir à découvrir et punir la connexité avec le crime commis. Il en est de mème des machinations et artifices coupables, trop indirectement compris dans la classe des faits par lesquels l'exécution a été préparée et facilitée. Il est des combinaisons si éloignées, des machinations si compliquées, l'art et l'astuce ont tant de moyens de voiler leur action, que des juges et des jurés, quoique convaincus de leur existence, ne se permettraient pas de les prendre en considération, si la loi ne leur en fait un devoir spécial. » (Locré, t. 29, p. 273.)

12. L'article 61 porte : « Ceux qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exercant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'état, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion, seront punis comme leurs complices. » L'orateur du corps législatif a expliqué les motifs de cette disposition: « L'article 61 remplira une lacune importante du Code de l'assemblée constituante; désormais la classe dangereuse des individus dont l'habitation sert d'asile à des malfaiteurs et qui leur fournissent habituellement logement, retraite ou point de réunion, sera assimilée aux complices. Si les malfaiteurs épars ne trouvaient pas ces repaires où ils se rassemblent, se cachent, concertent leurs crimes, en déposent les fruits, la formation de leurs bandes et leurs associations seraient plus difficiles ou plus promptement découvertes. On ne peut les recevoir habituellement sans connaître leurs projets et leur conduite, et sans y participer. Une hospitalité qui entraîne la connivence n'est point suffisamment comprise dans la disposition de la loi de 1791, qui désigne ceux qui ont facilité ou préparé l'exécution. Ces expressions ne doivent être considérées applicables qu'aux facilités directes de commettre l'acte criminel lui-même, et il importait de désigner positivement les individus dont il s'agit ici. » (Locré, t. 29, p. 276.)

13. L'article 62 s'applique au recelé des choses volées : « Ceux qui sciemment auront recélé, en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront aussi punis comme complices de ce crime ou délit. » L'orateur du corps législatif a signalé le sens de cette disposition : « On a évité dans l'article 62, où se trouve la définition du recélé, les inconvénients de celle de la loi de 1791, relativement au cas où les effets volés auraient été recus gratuitement ou achetés par un individu instruit qu'ils provenaient d'un vol. Le besoin, le bon marché, peuvent déterminer à un bénéfice illicite; il est punissable sans doute, mais la peine de l'auteur, infligée par le Code qui va être remplacé, a dû déterminer une nouvelle rédaction dont les termes généraux puissent embrasser tous les cas et conduire, s'il y a lieu, à une gradation de peine. » (Locré, t. 29, p. 275.)

14. Mais, à côté de cette disposition qui place parmi les complices tous les recéleurs des choses volées à l'aide d'un crime ou d'un délit, le Code pénal a posé une restriction. L'article 63, dont les dispositions ont été atténuées encore par la loi du 28 avril 1832, est ainsi conçu : « Néanmoins, la peine de mort, lorsqu'elle sera applicable aux auteurs des crimes, sera remplacée, à l'égard des recéleurs, par celle des travaux forcés à perpétuité. Dans tous les cas, les peines des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, lorsqu'il y aura lieu, ne pourront être prononcées contre les recéleurs qu'autant qu'ils seront convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi attache les peines de mort, des travaux forcés à perpétuité et de la déportation; sinon, ils ne subiront que la peine des travaux forcés à temps. L'exposé des motifs du Code expliquait ainsi cette disposition: « Lorsque le vol, disait M. Faure, ne donne lieu qu'à des peines temporaires, il faut, quelque rigoureuses qu'elles soient, que le recéleur subisse la même peine; il s'est soumis à ce risque dès qu'il a bien voulu recevoir une chose qu'il savait provenir d'un vol. Mais lorsque le crime est accompagné de circonstances si graves qu'elles entraînent la peine de mort, ou toute autre peine perpétuelle, on peut croire que si, au temps du recèlé, ces circonstances eussent été connues du recéleur, il eût mieux aimé ne pas recevoir l'objet volé que de s'en charger avec un si grand risque. Il convient donc, en pareil cas, pour condamner le recéleur à la même peine que l'auteur du crime, qu'il y ait certitude qu'en recevant la chose, il connaissait toute la gravité du crime dont elle était le fruit; à défaut de cette certitude, la sévérité de la loi doit se borner à prononcer contre. lui la peine la plus forte parmi les peines temporaires. » (Locré, t. 29, p. 263.)

15. Telles sont les dispositions du Code pénal sur cette matière. Elles sont pour la plupart puisées dans le Code de 1791, qui luimème les avait empruntées à la loi Romaine et à notre ancienne jurisprudence. Ces dispositions trop absolues, et qui renferment, dans une incrimination uniforme, trop d'espèces diverses et de faits différents, contiennent cependant, si on les rapproche des législations antérieures, plusieurs améliorations. La deuxième partie de l'article 59 et l'article 63 sont deux innovations importantes. Voici en quels termes MM. Chauveau et Faustin Hélie expriment leur jugement sur cette partie de notre Code: « Le système du Code pénal se résume dans une règle générale et uniforme : c'est la réunion de tous les participants à un même crime dans un même châtiment. S'il distingue les auteurs principaux et les complices, cette distinction n'a aucune influence sur la pénalité. Cependant cette règle n'est point absolue, plusieurs exceptions y ont été admises; le recélé en offre un premier exemple; la peine fléchit à l'égard des recéleurs, bien qu'ils soient réputés complices par une fiction de la loi, lorsque cette peine est capitale ou même perpétuelle. Il est à regretter que cette exception ne soit pas descendue jusqu'aux peines temporaires. Du reste, une classification assez nette, en général, des différentes catégories de complices, tempère la sévérité des principes, en définissant les caractères principaux de la complicité et en posant quelques sages limites aux incriminations. » (Theorie du Code pénal, t. 2, p. 454, 2e édit.)

SECT. 3. — Examen des différents actes de complici é.

16. Après avoir exposé la théorie générale de la complicité et le système du Code pénal, nous allons rechercher les éléments constitutifs de chaque acte de complicité et examiner les questions qui se rattachent à chacun de ces faits. Mais il est nécessaire de poser d'abord plusieurs règles qui dominent toute cette matière.

17. La première de ces règles est que la complicité n'est punissable qu'en matière de crimes et de délits. Les contraventions n'admettent point de complices; cette règle résulte formeliement du texte des articles 59 et 60 du Code pénal, lesquels ne s'occupent que des complices des crimes et des délits, et ne font aucune mention des complices des simples contraventions. La raison de cette restriction a été expliquée par M. Faustin-Hélie: « La complicité, a dit ce criminaliste, suppose une certaine préparation du fait que l'on commet de concert, une intention commune dans l'auteur et ses complices. Quels sont ces complices? Ce sont ceux qui provoquent le délit, ceux qui fournissent des instruments pour le commettre, ceux qui aident à son exécution. Leur concours suppose donc nécessairement un délit moral, c'est-à-dire un fait commis avec l'intention de le commettre. Et comment admettre des complices dans un fait commis sans intention, dans une négligence, dans une imprudence, dans une inobservation d'un règlement, dans une omission quelconque d'actes ou de formes? Une telle infraction ne suppose ni préparatifs ni concours; elle est nécessairement individuelle; elle peut être commise par plusieurs, mais chacun des contrevenants est auteur principal: il y a autant d'infractions que d'individus. » (Revue de législ., 1845, t. 1, p. 77.) Il est pourtant une exception à cette règle; nous l'avons fait connaître au mot Bruits ou tapages, nos 18, 19 et suiv.

18. Une deuxième règle est que la disposition de la loi qui énumère les circonstances constitutives de la complicité, est essentiellement limitative. L'article 60, en effet, ne procède point par voie démonstrative; il pose les éléments de la complicité, et par conséquent ses termes sont restrictifs. La Cour de cassation a souvent consacré cette règle en déclarant : « que la complicité est un fait moral qui ne peut exister que par les faits matériels et particuliers que le Code pénal a déterminés. » (Cass. 2 juillet 1813, S-V. 13. 1. 298; D. A. 3. 621.) De là il suit, 1° que lous les actes qui ne rentrent pas dans les

termes précis de la loi pénale ne sont point des actes de complicité Nous ferons tout à l'heure plusieurs applications de cette règle; 2º qu'il est nécessaire que toutes les circonstances constitutives de la complicité, telles qu'elles sont déterminées par la loi, soient déclarées par le jury, puisque ces faits sont les éléments indispensables de la culpabilité. Ce dernier point, après quelque hésitation, est aujourd'hui nettement consacré par la jurisprudence (V. Cass. 2 juillet 1813, arrêt cité ci-dessus; — id., 15 déc. 1814, S.-V. 15. 1. 87; D. A. 3. 652; - id., 5 fév. 1824, S.-V. 24. 1. 288; J. P. 3º édit.; D. A. 3. 623.) Toutefois, cette constatation des faits élémentaires de la complicité cesse d'être nécessaire lorsque les accusés sont déclarés, non pas complices, mais co-auteurs du crime; car l'article 60 ne prévoit que les faits de complicité; il ne s'applique pas aux faits de coopération des auteurs. Cette distinction peut être importante dans la pratique (V. Cass. 31 juillet 1818, S.-V. 19. 1. 116; D. A. 2. 96; - id., 19 janv. 1821, Devillen. et Car. 6. 1. 369; J. P. 3e édit.; D. A. 3. 624).

19. Une troisième règle est qu'il ne peut y avoir de complices sans un crime ou un délit principal à l'exécution duquel ils se rattachent. Il est évident, en effet, que s'il n'y a pas de crime ou de délit, il ne peut y avoir des complices de ce crime ou de ce délit. Ainsi, lorsqu'un délit a été effacé par une amnistie, les complices ne peuvent être poursuivis (Cass. 6 janv. 1809, S-V. 9. 1. 223; D. A. 1. 424). Mais il n'est pas nécessaire que l'auteur principal soit présent, soit connu, soit poursuivi même pour que les complices puissent être mis en cause; car il est visible que la présence ou l'absence de cet agent n'ajoute ou n'ôte rien à la culpabilité des complices : son décès ou sa fuite ne peut donc ni assurer l'impunité de ceux-ci, ni anéantir l'action publique à leur égard (Cass. 19 août 1819, S.-V. 20. 1. 32; D. A. 3. 614; - id., 13 août 1829, Devillen. et Car. 9. 1. 355; D. P. 29, 1. 334; -id., 4 juin 1835, S.-V. 35. 1. 934; D. P. 35. 1. 328).

20. La question s'est élevée de savoir si les complices peuvent être condamnés quand l'auteur principal, mis en cause avec eux, a été acquitté. « Cette question délicate, disent MM. Chauveau et Faustin-Hélie, semble devoir se résoudre par une distinction. Si l'acquittement de l'auteur principal est motivé

sur sa bonne foi, sur son ignorance du crime dont il n'était qu'un instrument, il est évident que le bénéfice de cette exception toute personnelle ne peut s'étendre au prévenu de complicité. Mais si l'acquittement, au contraire, est motivé sur ce qu'il n'y a pas de crime, sur ce que l'accusation est dénuée de fondement, il serait contradictoire de condamner les complices. » (Théorie du C. pén., t. 2, p. 119 et 120.) Cette distinction se trouve virtuellement consacrée par la jurisprudence. La Cour de cassation a, en effet, plusieurs fois déclaré : « que, pour qu'un complice soit poursuivi et puni de la peine prononcée par la loi contre l'auteur principal, il n'est point nécessaire qu'il y ait eu condamnation ou poursuite contre cet auteur principal, dans le fait dont il est l'auteur; qu'il suffit que le fait matériel du crime principal existe; que ce fait matériel du crime soit jugé et reconnu avec celui qui est accusé d'en avoir été le complice, et que les faits de complicité aient un caractère moral criminel.» (Cass. 24 avril 1812, Devillen et Car. 4. 1. 84; D. A. 3. 611.) Il suit de là que si la déclaration du jury, relative à l'auteur principal, a fait disparaître le crime même, il ne peut plus y avoir de complices. La même distinction doit être appliquée au cas où l'auteur principal a été absous. Si la cause de cette absolution est un fait personnel à l'auteur, elle ne profite pas aux complices; si elle est motivée, au contraire, sur ce que le fait ne constitue ni crime ni délit, il est visible que les complices ne sont passibles d'aucune peine (Cass. 20 fructidor an xII, J. P. 3º édit.: D. A. 5. 90; - id., 12 sept. 1812, S.-V. 13. 1. 156; D. A. 1. 77; - Merlin, Quest. de droit, vo Suppression de titres). -V. Chose jugée en matière criminelle, nº 23.

21. Ces premières règles posées, nous pouvons maintenant énumérer les différents actes de complicité, en les examinant successivement.

\$ 1<sup>er</sup>. — De la complicité par provocation.
 — De ce qu'on a appelé la complicité morale.

22. La provocation se manifeste par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables. Il faut, pour qu'elle puisse être incriminée, qu'elle soit accompagnée de l'une de ces circonstances; car, ainsi qu'on l'a vu plus haut, les termes de la loi sont restrictifs. Il im-

porte toutesois de remarquer que les lois des 17 mai 1819 et 9 septembre 1835 ont prévu plusieurs cas de provocation qui ne renserment pas ces caractères; mais ces cas de provocation constituent, non des actes de complicité, mais des délits principaux : ils sorment d'ailleurs des délits spéciaux.

- 23. Il suit de là que le simple conseil donné à un individu de commettre tel crime ou tel délit, n'est point un acte de complicité; car le Code pénal n'a point rangé les conseils parmi les actes de complicité. Ainsi la Cour de cassation a dû juger que le fait d'engager une personne, même avec intention de nuire, à commettre un faux, n'est point punissable lorsque l'agent n'a employé ni dons, ni promesses, ni ordres, ni menaces; car la loi n'a pas mis au rang des circonstances qui peuvent constater la complicité d'un crime, le fait simple d'engager à le commettre, sans qu'il ait été employé des dons, promesses, ordres ou menaces (Cass. 24 nov. 1809, Devillen. et Car. 3. 1. 125; D. A. 3. 618).
- 24. Il en est de mème de la simple provocation à commettre un crime, lorsque cette provocation n'a été accompagnée d'aucune des circonstances qui doivent la caractériser. La Cour de cassation a jugé, en conséquence: « qu'une simple provocation, sans aucune des circonstances déterminées par la loi pour caractériser la complicité, ne suffit pas pour autoriser l'application des peines portées contre l'auteur du crime et du délit, et qu'une pareille provocation n'est qualifiée crime ou délit par aucune loi. » (Cass. 3 sept. 1812, Devillen. et Car. 4. 1. 184; D. A. 3. 632.)
- 25. Le même principe a été consacré dans une troisième espèce. La question avait été soumise au jury de savoir si un accusé était coupable de s'être rendu complice d'un tiers, en provoquant celui-ci à commettre un crime, ou en l'aidant et l'assistant sciemment dans son accomplissement. La Cour de cassation a déclaré que la réponse affirmative du jury à cette question n'avait pu servir de base à l'application d'une peine : « Attendu que si des questions alternatives de complicité spécifiées en l'article 60 du Code pénal peuvent être réunies cumulativement et soumises au jury par une seule et même question, cela ne peut avoir lieu qu'autant que chacun des chess de complicité reunit les caractères légaux constitutifs de la complicité; que, dans

l'espèce, la première partie de la question a posé la question de complicité par provocation d'une manière incomplète et irrégulière, puisque l'article 60 du Code pénal ne caractérise la provocation complicité de crime que lorsque cette provocation a eu lieu par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables; qu'à la vérité la deuxième partie de la question renferme une nature de complicité légale et complète résultant de l'aide et assistance sciemment donnés dans l'accomplissement du crime, mais qu'il est impossible de savoir si la réponse affirmative du jury s'applique à la première ou à la seconde partie de la question dont il s'agit: d'où il suit que cette réponse ne peut servir de base à un arrêt de condamnation. » (Cass. 18 sept. 1840. D. P. 40. 1. 442.)

26. Une question grave se présente maintenant : est-il nécessaire qu'il y ait un lien personnel, un rapport direct entre le provocateur et l'auteur du crime ou du délit? En d'autres termes, lorsque la provocation résulte d'un écrit, d'un article de journal, l'auteur de cet écrit, le gérant du journal, peuvent-ils être considérés et poursuivis comme complices du crime ou du délit, lors même qu'il n'a existé aucuns rapports entre eux et ceux qui ont commis ce crime ou ce délit? La cour des pairs a jugé dans ce sens par un arrêt du 23 décembre 1841, rendu dans l'affaire Quénisset, et à l'égard du sieur Dupoty. Elle a décidé: « Que l'art. 1er de la loi du 17 mai 1819 a rangé parmi les faits ordinaires qui constituent la complicité toute provocation, suivie d'effet, à un crime ou délit, par des écrits ou des imprimés vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, qu'il y ait eu ou non rapport personnel entre l'auteur de la provocation et ceux qui ont commis ce crime. »

Ainsi, aux yeux de la cour, le rapport personnel et direct entre l'auteur de l'écrit qui provoque au crime et l'auteur même du crime, n'est pas nécessaire pour constituer la complicité. Voilà la théorie. Cette théorie est-elle vraie? Nous ne saurions l'admettre.

27. L'article 60 du Code pénal a défini la complicité. Or, dans tous les cas qu'il prévoit, cet article suppose toujours un rapport direct et personnel entre l'homme qui conseille le crime, le prépare ou donne les moyens de l'exécuter, et l'homme qui l'a exé-

cuté. Ce rapport seul peut en effet constituer cette association que l'on appelle complicité, et qui n'est autre chose que le concours de deux pensées, de deux volontés, de deux actions vers un but identique et parfaitement déterminé.

Ici donc rien de vague: les deux agents subissent la même responsabilité, parce qu'en effet ils ont sciemment, volontairement, avec une égale et identique intention de nuire, concouru aux mêmes actes d'où naît cette responsabilité. L'acte et ses conséquences pèsent également sur chacun d'eux, parce que, en effet, chacun d'eux a pu calculer et a calculé d'avance la portée morale, la portée criminelle de cet acte et de ses conséquences. La loi ne leur demande compte à l'un et à l'autre que de ce qu'ils ont voulu, dans les limites où ils l'ont voulu; cela est raisonnable et juste en morale aussi bien qu'en législation.

28. Voilà donc le principe général bien nettement posé. La loi spéciale du 17 mai y a-t-elle dérogé?

Pour que cette dérogation à un principe de droit criminel de cette vérité et de cette importance fût admise, il faudrait qu'elle fût bien claire, bien explicite. Dans le domaine de la législation criminelle, en esfet, l'induction n'est guère permise. Or, qu'on se reporte à l'article 1er de la loi du 17 mai 1819: sans doute cet article déclare complice d'un crime ou d'un délit, et punit comme tel, celui qui, par des discours, par des écrits, etc., aura provoqué l'auteur ou les auteurs à les commettre. Mais cet article contient-il cette disposition que l'arrêt y a ajouté, à savoir « qu'il y ait eu ou non rapport personnel entre l'auteur de la provocation et ceux qui ont commis le crime? Nullement, et cela est remarquable.

Textuellement donc, l'article 1er de la loi du 17 mai ne déroge pas à l'article 60 du Code pénal; textuellement, la loi exceptionnelle ne donne pas un démenti à la loi générale, tout à la fois si philosophique et si juste dans ses dispositions; textuellement, l'interprétation arbitraire du juge, et surtout du juge politique, n'est pas substituée à l'interprétation légale et protectrice que le Code pénal impose à toute juridiction.

29. Soit, dit-on; la dérogation n'est pas textuelle, mais elle est implicite.

Implicite! Nous le répétons, en matière criminelle cette expression est mal sonnante; elle l'est surtout sur le terrain des juridic-

tions exceptionnelles politiques. Quoi qu'il en soit, examinons: La dérogation est implicite, pourquoi? Parce que, dit-on, la loi de 1819 fait résulter la complicité, non comme la loi générale, de l'association directe des personnes, mais du rapport qui s'établit entre l'écrit ou l'imprimé provoquant à l'action, et le lecteur qui, provoqué par cet écrit et cet imprimé, se laisse aller à leur influence. Dans la loi de 1819, la complicité personnelle s'efface donc et fait place à cette autre espèce de complicité que l'on a appelée du nom de complicité morale.

Au premier aspect, cette interprétation paraît exacte, et l'on comprend que, l'esprit politique y aidant, elle ait pu séduire un instant; mais en y regardant de plus près, on voit qu'il n'y a là qu'une apparence trompeuse.

30. A nos yeux, la seule différence qu'il y ait entre l'article 1er de la loi de 1819 et l'article 60 du Code pénal est celle-ci : dans l'article 60, la provocation a lieu à l'aide de plusieurs moyens, la promesse, la menace, l'assistance, etc.; dans l'article 1er, la provocation a lieu à l'aide d'autres moyens, tels que l'écrit et l'imprimé, etc. Les moyens donc sont distincts, cela est incontestable; mais faut-il aller au delà? Non. En effet, aux termes de l'article 1er, comme aux termes de l'article 60, il faut toujours, pour que la complicité existe, trois choses, à savoir : Un agent provocateur, un agent provoqué, un moyen de provocation capable d'influencer et de décider l'action. Les moyens pourront changer; on pourra, dans des législations successives. ajouter des moyens nouveaux non prévus encore aux moyens prévus et existants; mais ce qui est et toujours avait été, c'est la nécessité de la présence et du rapport de deux agents, l'agent provocateur et l'agent provoqué.

Qu'on y prenne garde; ces trois choses, ces trois conditions constitutives de la complicité, doivent nécessairement concourir pour que la complicité existe. Ces trois conditions, pour former l'unité-complicité, doivent être unies entre elles par des rapports évidents et intimes: ce sont ces rapports, en effet, qui seuls créentle lien, l'association entre les deux criminels. Moralement, rationnellement, on pourrait bien admettre que le rapport n'existât pas quant au moyen, mais on ne saurait admettre qu'il n'existât pas quant aux agents.

Parmi les conditions de la complicité, en

**.** 

effet, deux sont intelligentes et actives, l'agent provocateur et l'agent provoqué; une est
inintelligente et passive, le moyen, l'instrument de la provocation. Eh quoi, on concevrait une responsabilité morale, une complicité là où le rapport manque entre les deux
agents intelligents et actifs, et où le rapport
existe entre l'instrument passif et l'un des
agents actifs seulement! La loi ne peut avoir
un pareil sens.

31. Et pourtant c'est bien là celui que l'on veut donner à la loi de 1819. L'écrit, l'imprimé, l'affiche, le moyen de provoquer, en un mot, mis en contact avec l'agent provoqué, voilà, dit-on, ce qui suffit pour constituer la complicité. L'agent provocateur n'a pas vu l'agent provoqué pour agir sur lui et avec lui à l'aide d'un moven provocateur, écrit ou parole, imprimé ou abus de pouvoir, etc. N'importe! les deux agents intelligents, actifs, qui seuls pouvaient s'unir, se concerter et marcher ainsi vers une responsabilité commune, ne se sont pas entendus, ne se sont pas même vus, n'importe! Comment? Mais pour que la responsabilité soit identique, il faut, la raison et la loi le disent, que l'intention soit la même, la volonté la même, le but le même; qu'il y ait, en un mot, entre les deux intelligences une telle unité de pensées, de vues, de sentiments, qu'elles s'absorbent l'une dans l'autre et qu'elles n'en forment qu'une seule. N'importe encore! La loi de 1819 a dérogé, dit-on, à toutes ces idées, renversé tous ces principes.

Nous disons, nous, qu'il n'en est rien. Son texte d'abord proteste, nous l'avons prouvé, contre une telle solution, et quant à son esprit, il ne proteste pas avec moins d'énergie. Toute l'erreur vient ici de ce que la loi de 1819 ayant ajouté les écrits et imprimés aux moyens provocateurs déjà prévus par le Code pénal, on en a tiré la conséquence que les autres conditions de la provocation étaient supprimées, et que là où il y avait un instrument provocateur mis en contact avec un agent provoqué, le lien entre celui-ci et l'agent provocateur devenait superflu et inutile. Cela n'est pas vrai.

32. Mais, ajoute-t-on, le rapport entre l'agent provocateur et l'agent provoqué existe. A la vérité, il n'est pas direct, mais indirect; il n'est pas matériel, mais moral; mais pourtant il existe. Ce qui le forme, c'est l'écrit, c'est l'imprimé; l'écrit, l'imprimé, moyen provocateur, est en même temps le lien qui unit les deux agents. La loi de 1819 a voulu cela, elle n'a voulu rien de plus.

Cela n'est pas exact. D'une part, en effet, la loi dit: « quiconque par des écrits, discours, etc., aura provoqué l'auteur ou les auteurs. » Il faut donc un discours, un écrit provoquant tel auteur ou tels au eurs, dès lors s'adressant directement à ceux-ci. Or, qu'est-ce que cela, sinon une communication directe entre l'agent provocateur et l'agent provoqué? Sans doute le moyen d'action c'est la parole, c'est l'écrit; mais ce moyen n'est pas moins employé de la personne à la personne, du provocateur au provoqué. Nous retrouvons donc ici les principes salutaires, les garanties impartiales de l'art. 60.

33. Dans ces termes, la loi se comprend : l'écrivain, l'orateur, qui provoque au crime, sait qu'il provoque tel ou tels individus; il sait que sa propocation, sans puissance peutêtre sur telle personne, sera avidement recueillie par telle autre; que l'exécution suivra de près la provocation; et cependant il s'engage dans cette voie, sachant bien que le crime va suivre, et voulant, en effet, qu'il en soit ainsi. Voilà bien la complicité.

Mais imposera-t-on la même responsabilité à un écrivain, à un orateur, qui ne s'adresse à personne en particulier; qui ne sait pas ce qui adviendra de ses écrits ou de ses paroles; qui a une mauvaise pensée, une mauvaise intention, sans doute, mais qui ignore encore si cette mauvaise pensée, si cette mauvaise intention, sera recueillie et passera, par suite, à des actes criminels; qui aurait reculé luimème devant sa mauvaise pensée, devant sa mauvaise intention, si, en l'exprimant, il se fût trouvé tout à coup placé en face d'une de ces organisations audacieuses pour lesquelles l'idée et la consommation du crime ne sont qu'une seule et même chose? Non, la même responsabilité ne saurait être imposée dans ce cas; et nous disons que cette distinction résulte manifestement du texte de la loi.

34. D'autre part, les conséquences d'une interprétation contraire seraient étranges. Pourquoi, en effet, ne condamnerait-on pas comme complices de tel ou tel adultère les écrivains licencieux qui, dans leurs livres, prêchent ou absolvent l'adultère? Il y a des écrivains qui ne croient pas à la propriété et qui l'écrivent; seront-ils complices de tous les vols commis? On n'oserait pas soutenir de pareilles

thèses. Et en voici la raison: c'est qu'en effet, pour établir la complicité légale, il ne suffit pas d'entrer en sympathie d'idées et de sentiments, par le moyen d'écrits et de discours, avec tels ou tels qu'on ne connaît pas; il faut encore qu'on ait l'intention arrêtée d'agir sur ces personnes, de les influencer; et non pas même de les influencer d'une manière générale et vague, mais par un acte déterminé, convenu.

35. Qu'on ne tire pas toutefois de ce qui précède la conséquence qu'il faille nécessairement entre l'agent provocateur et l'agent provoqué un rapport intimement personnel pour constituer la complicité. Ainsi, si dans une localité, sur une place publique, un homme se lève, provoque à la révolte et l'excite; si, sous le feu de cette parole, la révolte éclate, il est clair qu'il y aura là complicité. Pourquoi? c'est qu'il aura parlé aux auteurs, qu'il sera entré en communication avec eux, qu'il les aura influencés; que, témoin de cette influence par lui excitée, il n'aura pas reculé; que le but aura été déterminé; que le concours réel vers l'action aura également existé entre le provocateur et les provoqués. C'est là le fait que la loi de 1819 a voulu punir; et, à nos yeux, cette loi ne saurait avoir légitimement ni un autre sens, ni une autre portée.

36. La provocation prévue par l'art. 60 du Code pénal suppose nécessairement une supériorité de moyens, soit intellectuels, soit pécuniaires : « Ainsi, disent les auteurs de la Théorie du Code pénal, l'on ne pourrait raisonnablement la supposer de la part d'un domestique envers son maître, d'un soldat envers ses chefs; car ni le soldat, ni le domestique, ne peuvent avoir exercé une influence suffisante pour déterminer le crime» (t. 2, p. 112).

37. La provocation se manifeste encore, suivant les termes de l'art. 60, par des machinations ou artifices coupables. La Cour de cassation a jugé avec raison qu'il ne suffisait pas que l'accusé fût déclaré coupable d'avoir provoqué par des artifices, pour justifier l'application de la peine, car la loi n'incrimine que la provocation par artifices coupables; son arrêt porte: « que la jonction du mot coupables au mot artifices démontre que l'artifice n'est pas essentiellement et par lui-même un moyen coupable de provocation, et qu'il n'a ce caractère qu'autant que le jury le lui a expressément et formellement reconnu. » (Cass. 27

oct. 1815, Devillen. et Car. 5. 1. 105; J. P. 3° édit.)

38. La même décision doit-elle s'étendre aux machinations? Est-il nécessaire qu'elles soient, comme les artifices, déclarées coupables? La Cour de cassation a fait une distinction entre ces deux expressions: elle a décidé que, « dans le sens de l'art. 60, le mot machinations présente par lui-même une prévention de culpabilité sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter le mot coupables, qui se réfère au mot artifices pour caractériser le mode de provocation à ces crimes. » (Cass. 15 mars 1816, Devillen. et Car. 5. 1. 170: D. A. 3, 633; -id., 19 oct. 1832, J. P. 3e édit., Journ. crim., p. 301.) Carnot a pensé, au contraire, que ces deux expressions ont le même sens; que l'épithète coupables doit leur être appliquée à toutes deux pour caractériser une fraude condamnable, et que si, dans l'art. 60, cette épithète ne se trouve qu'après le mot artifices, c'est pour éviter une répétition inutile (Comm du C. pén., t. 1. p. 189). Les auteurs de la Théorie du Code pénal adoptent cette dernière opinion: « L'expression de machinations n'emporte pas avec elle une telle idée de criminalité qu'il soit inutile d'y ajouter la qualification de coupables. Les jurés seraient exposés à confondre de simples manœuvres avec des manœuvres criminelles, et ces dernières seules peuvent être un élément de la complicité » (t. 2, p. 113). Cette interprétation nous paraît également plus conforme au texte et à l'esprit

39. L'art. 60 assimile à la provocation les instructions données pour commettre le crime. Quel est le sens de ces expressions? Il ne s'agit ici ni d'un mandat, ni d'un ordre, ni d'une provocation à l'exécution, car la loi ne ferait que répéter ses prescriptions précédentes; il s'agit de renseignements donnés sur les lieux ou sur les personnes pour aider et faciliter l'exécution du crime. Une telle incrimination est tellement vague et pourrait s'étendre à des faits tellement indifférents, que l'on éprouve le besoin de la définir. M. Carnot a proposé d'ajouter à ses termes que l'accusé savait que les instructions devaient serv.r au crime. (Comm. du C. pén., t. 1, p. 189). La Cour de cassation a paru considérer cette addition comme inutile, dans un arrêt du 27 octobre 1815 (Devillen. et Car. 5. 1. 105; J. P. 3º édit; D. A. 3. 626). Mais cet arrêt ne décide point explicitement la question.

MM. Chauveau et Faustin Hélie disent sur ce
point : « Cette question est tout entière dans
les circonstances élémentaires du crime : il
ne suffit pas d'avoir indiqué les moyens par
lesquels on commettrait tel crime pour qu'on
puisse en être réputé complice; il faut que
ces instructions aient été données en vue du
crime qui va se commettre et pour en faciliter
l'exécution. Dès lors, l'addition proposée par
M. Carnot ne fait qu'exprimer la pensée de
la loi. » (Théorie du C. pén., t. 2, p. 113.)

40. Il n'est pas nécessaire que les instructions données aient été accompagnées de dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir. En effet, les instructions données ne sont point une provocation, mais un mode d'assurance et de concours moral; les instructions supposent le projet du crime concu; elles tendent seulement à en faciliter l'exécution. Les auteurs que nous venons de citer font la même distinction : « Le premier paragraphe de l'art. 60 renferme deux modes distincts de participation morale : la provocation par dons, menaces etc., et les instructions données pour commettre le crime. Les instructions supposent un projet arrêté, un concert préalable, et, pour ainsi dire, une provocation extérieure. Les circonstances qui rendent la provocation coupable ne peuvent donc s'appliquer aux instructions; d'ailleurs, la construction grammaticale de la phrase s'opposerait à ce rapprochement. » (Théorie du C. pén., t. 2, p. 114.)

41. Il reste à faire, sur cette matière de la provocation, une observation importante. Dans le système du Code pénal et dans la pensée générale de l'art. 60, la provocation, même directe, au crime n'est incriminée qu'autant qu'elle a été suivie d'effet. C'est ce qui résulte du dernier paragraphe de l'art. 60 : « sans préjudice des peines qui seront spécialement portées par le présent Code contre les auteurs de complots ou de provocations attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'état, même dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs ou des provocateurs n'aurait pas été commis. » Ce n'est donc pas par exception au droit commun que la provocation, non suivie d'effet, peut être incriminée. Le Code pénal n'avait établi cette exception qu'en matière de complot contre la sûreté de l'état. Les art. 1 et 2 de la loi du 17 mai 1819 et l'art. 1er de la loi du 9

septembre 1835, l'ont étendu, en général, aux provocations commises par la voie de la presse. Mais il importe de remarquer que tous les fois que la provocation est incriminée indépendamment de ses effets elle ne constitue plus un acte de complicité; elle forme un délit distinct, un fait principal, et la peine applicable est nécessairement inférieure à celle du crime provoqué.

#### § 2. — De la complicité résultant de la fourniture d'armes ou d'instruments.

42. Aux termes du § 2 de l'art. 60, on devient également complice de l'action en procurant des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action; mais seulement en sachant qu'ils devaient y servir. Il suit de là que la connaissance de l'emploi qui devait être fait des instruments ou des armes, est une circonstance élémentaire de la complicité; il faut donc que la déclaration du jury constate le fait matériel de la fourniture et la connaissance de la destination des choses fournies, c'est-à-dire le fait et l'intention criminelle. Cependant la Cour de cassation a jugé qu'il suffisait que l'accusé fût déclaré coupable d'avoir fourni des instruments pour commettre le crime, attendu qu'une telle déclaration « implique la connaissance exigée par l'art. 60. » (Cass. 2 juin 1832, D. P. 32. 1. 336; Journ. crim., t. 4, p. 160.) Nous ne pensons pas que cette jurisprudence doive être suivie. La Cour de cassation enlève à l'incrimination son principal élément, la relation du fait d'avoir livré des instruments avec l'exécution du crime, le rapport de cet acte d'assistance avec le fait principal. Or, si ce rapport n'est pas constaté, il n'y a plus de complicité. Les termes de la loi sont d'ailleurs si formels qu'on ne concoit pas que la question ait pu s'élever; sans doute, ils ne sont pas sacramentels, mais ils doivent du moins être remplacés par des expressions équipollentes. — V. Théorie du Code pénal, t. 2, p. 114.

43. Il résulte de ce qui précède que celui qui a fabriqué des fausses clefs pour la perpétration d'un vol, et qui les a remises à l'auteur de ce vol avec la connaissance de leur destination, est nécessairement complice du crime. (Cass. 13 juin 1811, Devillen. et Car. 3. 1. 360; D. A. 3. 634.) Il en résulte encore que le domestique qui a fourni à l'auteur d'un vol commis dans la maison de son maître

la clef à l'aide de laquelle il s'est introduit dans l'appartement, doit être également puni comme complice. (Cass. 1er fruct. an XI., Devillen. et Car., 1. 1. 853; D. A. 3. 650.)

### § 3. — De la complicité par aide ou assistance.

44. Le troisième mode de complicité est l'aide ou assistance donnée avec connaissance à l'auteur de l'action, dans les faits qui l'ont préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'ont consommée. La condition essentielle de cette espèce de complicité est le fait que l'accusé a agi avec connaissance. Sur ce point, la jurisprudence a sans cesse maintenu le principe posé par la loi. La Cour de cassation a déclaré que cette circonstance était essentiellement constitutive de la criminalité, que le jury devait donc être interrogé sur son existence, et que lorsqu'il ne l'a pas été, la condamnation manque d'un base légale. (V., dans ce sens, Cass. 4 février 1814, J. P. 3º édit.; D. A. 3. 641; - id., 10 octobre 1816, J. P. 3e édit.; D. A. 3. 641; - id., 26 septembre 1822, J. P. 3º édit.; D. A. 3. 637; - id., 16 juin 1827, J. P. 3º édit.; D. P. 27. 1. 421; - id., 2 juin 1832, J. P. 3° édit ; D. P. 32. 1. 336 ; - id., 4 janvier 1839, D. P. 40. 1. 355, et 13 juillet 1843.)

45. Toutefois, cette jurisprudence admet une exception en matière de viol : « Attendu qu'il est contre l'essence des choses de supposer qu'un accusé ait pu aider et assister les auteurs d'un viol dans les moyens de le commettre, sans qu'il sût qu'il prêtait aide et assistance pour commettre une action criminelle; que, de l'omission des mots avec connaissance, il est donc impossible de conclure que l'accusé n'est pas convaincu d'avoir agi dans des intentions coupables; qu'il est évident, au contraire, que dès qu'il a aidé et assisté les auteurs du crime dans les moyens de le commettre, il les a aidés et assistés avec connaissance; qu'il s'est donc rendu leur complice. » (Cass. 18 mai 1815, Devillen. et Car., 5. 1. 54; D. A. 2. 105.) « Cette exception, disent les auteurs de la Théorie du Code pénal, est-elle suffisamment justifiée? ne pourrait-on pas faire le même raisonnement à l'égard de tous les crimes commis avec violences, et, par exemple, de l'extorsion de signature? Même en matière de viol, les modes d'assistance sont-ils tellement uniformes qu'ils doivent tous également supposer la connais-

sance du crime? Il faut prendre garde d'enfreindre une règle générale dont la loi a voulu étendre la protection tutélaire à tous les accusés de complicité par aide ou assistance. L'article 60 n'a point fait d'exception; nous pensons qu'il n'en faut point créer. » (Théorie du Code pénal, t. 2, p. 116.)

46. La question posée au jury doit-elle, outre l'élément moral de la connaissance du but et l'élément matériel de l'aide ou de l'assistance, préciser les faits particuliers qui ont préparé ou consommé le crime? La loi ne l'exige pas; mais il est certain que cette énumération serait utile, en contraignant les jurés à se rendre compte des faits qui constituent l'aide et l'assistance, et qui entraînent la complicité.

### § 4. — De la complicité résultant du recélé des coupables.

47. Aux termes de l'art. 61 du Code pénal, les recéleurs des coupables sont réputés leurs complices, 1° lorsqu'ils ont connu la conduite criminelle des malfaiteurs; 2° lorsqu'ils leur ont fourni volontairement logement, lieu de retraite ou de réunion; 3° lorsqu'ils ont fourni ce lieu habituellement, et non pas accidentellement.

48. Le fait de fournir habituellement logement ou lieu de retraite est une circonstance essentielle de la complicité; un seul fait de recèlement ne sussit pas. En esfet, c'est cette habitude qui établit une sorte de solidarité entre les malfaiteurs et le recéleur; celui-ci s'associe aux actions en protégeant leurs auteurs. Eos qui secum alieni criminis reos occultando, eum eamve sociarunt, par ipsos et reos pæna exspectet (1. 1, Cod. De his qui latrones). « Ce que la loi a voulu atteindre, ce sont les repaires où se rassemblent les malfaiteurs épars; les individus qu'elle a voulu punir, ce sont ceux qui font métier de tenir ces lieux de retraite où se recrutent les associations criminelles. » (Théorie du Code pénal, t. 2, p. 131.) Il est donc nécessaire que le jury soit interrogé sur cette circonstance.

49. Le sens de l'art. 61 se trouve d'ailleurs clairement fixé par le rapprochement de cet article avec les art. 248 et 359 du Code pénal. L'art. 248 punit d'une peine correctionnelle ceux qui ont recélé des personnes qu'ils savaient avoir commis des crimes; l'art. 359 punit également d'une peine correctionnelle ceux qui ont recélé ou caché le cadavre d'une

personne homicidée. Dans ces deux espèces, il s'agit d'un fait accidentel et isolé et non d'un acte de participation au crime; ce fait forme donc un délit distinct et non un acte de complicité. La complicité ne peut naître que d'une relation formelle ou présumée entre le complice et les auteurs de l'action.

50. Est-il vrai, comme le prétend M. Carnot (Comment. du C. pén., t. 1, p. 194), que l'article 61 n'est applicable qu'au fait de donner retraite à une association de malsaiteurs saisant métier de brigandages ou de violences? Cette condition n'est nullement prescrite par la loi. Elle semble, à la vérité, résulter de ce que le recéleur doit avoir l'habitude de recéler les malfaiteurs; car comment aurait-il cette habitude, si ceux-ci ne commettaient habituellement des méfaits? Cependant l'idée d'un repaire toujours ouvert aux malfaiteurs ne suppose pas nécessairement l'association de ceux-ci; le recéleur peut avoir habitude de recéler les malfaiteurs, mais cette habitude peut s'exercer sur des malfaiteurs isolés les uns des autres et qui ne forment pas nécessairement une bande, une réunion. (V., dans ce sens, Théorie du Code pénal, t. 2, p. 132.)

### § 5. — De la complicité résultant du recélé des choses enlevées.

51. Le recélé fait sciemment de choses obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, est un acte de complicité de ce crime ou de ce délit. Cette assimilation des recéleurs aux auteurs mêmes du erime, déjà posée en principe, comme on l'a vu plus haut, par la loi romaine et par notre ancien droit, a été attaquée avec raison par la plupart des criminalistes; car il est étrange de considérer un acte postérieur au crime comme un acte de complicité de ce crime. Le recélé est un acte criminel et punissable; mais ce n'est que par une fiction de la loi, que les recéleurs sont classés parmi les complices. (V. Chauveau et Faustin Helie, Théorie du C. pén., t. 2, p. (02.)

52. La condition constitutive du recélé est qu'il ait été fait sciemment. Il est donc nécessaire que cette circonstance soit constatée par le jugement du tribunal correctionnel ou la déclaration du jury, car le recélé qui n'aurait pas été fait sciemment, ne constituerait ni crime ni délit. La Cour de cassation a souvent consacré cette règle en cassant des arrêts basés sur des déclarations dans les-

quelles ce mot avait été omis (Cass. 12 sept. 1812, S.-V. 13. 1. 156; D. A. 1. 77; — id., 29 mai 1813, Devillen. et Car. 4. 1. 361; J. P. 3° édit.; — id., 26 sept. 1817, Devillen. et Car. 5. 1. 374: J. P. 3° édit.). Les auteurs ont unanimement enseigné la même règle. (V. Carnot, Comm. du C. pén., t. 1, p. 233; Legraverend, Législ. crim., t. 1, p. 144; Merlin, Rép., v° Recéleur, n° 2; Chauveau et Faustin Helie, Théorie du C. pén., t. 2, p. 134.)

53. Néanmoins, le mot sciemment n'est point sacramentel; il peut être remplacé par des expressions équivalentes, pourvu qu'elles aient la même valeur et la même signification. La Cour de cassation a jugé que cette déclaration: Qui, l'accusé est coupable d'avoir recélé partie des objets volés nuitamment dans une maison habitée, à l'aide d'effraction, était insuffisante, parce que ni la culpabilité de l'accusé, ni la désignation des circonstances du vol ne peut remplacer la mention que l'accusé en a eu connaissance (Cass. 14 sept. 1832, J. P. 3e édit ; D. P. 32. 1. 412). En effet, « le mot coupuble ne se réfère qu'à l'action d'avoir recu la chose volée, tandis que c'est uniquement la connaissance acquise que cette chose provient d'une soustraction frauduleuse, qui constitue le recélé punissable. » (Théorie du C. pén., t. 2, p. 134.)

54. Est-il nécessaire que le recéleur ait profité de la chose qu'il a recue? La loi n'a point fait de cette circonstance un élément du crime; elle ne s'inquiète point de l'intérêt du recéleur; elle incrimine son action par cela seul qu'il cache des choses volées en sachant qu'elles sont le produit d'un vol. Ainsi peu importe qu'il les ait recues à titre de dépôt ou d'achat; peu importe qu'il ait agi à prix d'argent ou gratuitement; son action est la même aux yeux de la loi, parce que, dans les deux cas, il dérobe les traces du crime et lui assure ses bénéfices. Néanmoins, il existe dans l'ordre moral une certaine différence entre l'agent qui recèle gratuitement des effets volés et celui qui ne les recèle que pour en partager le produit : le premier peut n'être guidé que par un sentiment personnel envers les auteurs du crime; l'autre prend part au crime même et en assume la responsabilité. Il est donc évident que le juge, en distribuant la peine, doit tenir compte de cette circonstance qui, sans être un élément du crime; est un élément de la criminalité.

55. La connaissance du crime de la part du recéleur doit-elle précéder le moment où la chose a été reçue? M. Carnot se prononce pour l'affirmative : « L'article 62 ne dit pas si la connaissance que doit avoir eue l'accusé que la chose provenait d'un vol, a dû précéder le moment où il l'a reçue; mais l'article 63, qui n'est que le corollaire de l'article 62, en renferme une disposition expresse, et la seule raison disait assez d'ailleurs qu'il devait en être ainsi; d'où suit que l'on ne pourrait prononcer la condamnation de l'accusé, lors même qu'il serait légalement constaté qu'il aurait conservé en sa possession la chose volée depuis la connaissance qu'il aurait acquise qu'elle provenait d'un vol, s'il l'avait reçue avant que cette connaissance lui fût parvenue. » (Comm du C. pén., t. 1. p. 242, nº 2.) Il est en effet nécessaire que la connaissance du crime soit parvenue au recéleur, au temps même du recélé; cela résulte d'abord du rapprochement des articles 62 et 63; mais le motif de cette décision se trouve surtout dans le principe même de la criminalité du recélé. Celui qui se charge d'un dépôt dont il connaît la criminelle origine, qui cache des effets qu'il sait être le fruit d'un crime, celui-là s'associe en quelque sorte aux auteurs de ce crime; non-seulement il les approuve, mais il les aide, il fait disparaître autant qu'il le peut les traces de leur action. Celui qui, au contraire, ne découvre l'origine du dépôt qu'après qu'il s'en est chargé, est coupable sans doute de ne pas le rendre si cette origine est criminelle; mais cette criminalité est évidemment moins grave; il ne s'est pas associé au crime, il n'y a point volontairement adhéré; il ne fait que continuer une situation innocemment prise : il n'est pas complice.

56. Celui qui s'approprie l'argent provenant d'un vol qualifié, qu'il était chargé de retirer d'une cachette sur l'indication du voleur, doit-il être considéré comme complice par recélé du premier vol ou comme auteur d'un vol nouveau? La Cour de cassation a jugé implicitement, par un arrêt du 7 fév. 1834 (J. P. 3° édit.: D. P. 34. 1. 182), que cette soustraction frauduleuse était un acte de recélé. « Il eût été plus rationnel, disent Chauveau et Faustin Helie (Théorie du C. pén., t. 2, p. 136), de voir dans un tel fait les caractères d'un nouveau vol, car son auteur avait moins pour objet de dérober à la justice les effets

qu'il recueillait, que de se les approprier frauduleusement. » Cette critique est fondée. Sans doute l'intention de s'approprier frauduleusement les effets provenant d'un vol, ne change point les caractères de la complicité par recélé. Mais dans l'espèce, l'agent n'avait point été chargé du dépôt au moment du vol, il n'était point recéleur; et quand ultérieurement il connaît le lieu du dépôt, il ne s'empare des effets que pour se les approprier. Est-ce donc là s'associer au crime, est-ce en effacer les traces? C'est évidemment un fait nouveau qui n'a aucune relation nécessaire avec le fait précédent.

57. La femme qui recèle dans le domicile conjugal des objets qu'elle sait provenir d'un vol commis par son mari, se rend-elle complice de ce vol? La Cour de cassation a jugé cette question affirmativement par arrêt du 15 mars 1821 (J. P. 3º édit.; D. A. 3. 657). Mais tous les auteurs ont protesté contre cette décision. Legraverend fait l'observation suivante: « Lorsque je considère qu'aux termes de nos lois civiles, la femme doit obéissance à son mari, et qu'elle est obligée d'habiter avec lui (C. civ., 213 et 214), je me demande s'il est juste de punir, comme complice du vol commis par son mari, la femme qui n'y a.participé que comme ayant recélé dans la maison conjugale des objets volés, et s'il est moral d'obliger la femme à dénoncer son mari, sous peine d'être elle-même condamnée à une peine infamante, et j'avoue que ma raison ne me répond pas d'une manière conforme à l'usage et à la jurisprudence. » (Législ. cr.m.. t. 1, chap. 3, sect. 1, p. 147.) Bourguignon ajoute : « Ne peut-on pas dire qu'en recélant ces objets, la femme n'a voulu que soustraire des pièces de conviction qui exposaient son mari à la vindicte publique, qu'elle n'a fait que remplir un devoir de piété conjugale? Les motifs qui ont fait affranchir l'époux de la peine encourue par les non-révélateurs et les recéleurs, suivant les articles 107, 137 et 248 du Code pénal, ne devraient-ils pas garantir la femme d'une poursuite criminelle. dans le cas dont il est question? » (Jurisp. du Cod. crim., t. 3, p. 67.) MM. Chauveau et Faustin Helie, après avoir également émis l'opinion qu'il est trop rigoureux de contraindre une femme à dénoncer son mari, sous peine d'être considérée comme sa complice, ajoutent: «Toutefois, nous ne saurious admettre avec ces auteurs que l'état de femme

en puissance de mari rendît une accusée incapable d'être déclarée coupable de recélé d'effets détournés par celui-ci. Les dispositions des articles 217 et 1421 du Code civil ne sont point applicables aux matières criminelles; ils règlent la constitution civile de la société conjugale, et non la responsabilité légale que peuvent encourir, pour crime ou délit, les époux, non comme époux, mais comme individus. Mais alors du moins, il ne sussit pas que les objets volés par le mari soient déposés dans la maison maritale, pour que la femme puisse être accusée de recélé; il est nécessaire que les objets aient été recélés par elle-même, sciemment et volontairement, circonstances qui rentrent surfout dans l'appréciation du jury. ». (Théorie du C. pén., t. 2, p. 137.) Il faut conclure de ces diverses observations que la femme ne peut être déclarée complice du mari, par cela seul qu'elle habite avec lui la maison où les effets volés ont été recélés; mais que lorsque sa volonté de les recéler a été constatée, lorsqu'elle s'est prêtée personnellement au recélé, avec la connaissance du crime, il n'y a plus de motif pour l'exempter de la peine, puisqu'elle s'est évidemment associée au crime.

## SECT. 4. — Des peines applicables aux complices.

58. L'article 59 du Code pénal pose une règle générale: c'est que les complices d'un crime ou d'un délit sont punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit. Toutefois, il ne faut pas entendre par la même peine, une peine identique par la nature et par la durée; il sussit d'abord, d'après le texte du Code, qu'une peine de même nature soit appliquée; cette peine peut différer par la durée (Cass. 9 juillet 1813, J. P. 3º édit.; D. A. 3. 650, et 2 fév. 1815, S.-V. 15. 1. 149; D. A. 3. 645). Le système des circonstances atténuantes a modifié ensuite cette première règle : la peine est toujours nominalement la même pour les auteurs et les complices; mais l'admission des circonstances atténuantes en faveur des uns et des autres, les sépare d'un ou de deux degrés dans l'échelle pénale. Ainsi, en fait, l'égalité de la peine a cessé d'exister, et c'est au jury qu'a été abandonné le pouvoir d'apprécier la criminalité différente des auteurs et des complices, et d'établir à l'égard des uns et des autres des degrés différents dans l'application des pénalités.

59. Les complices sont-ils responsables des circonstances aggravantes qui ont accompagné le crime et qu'ils n'ont pas connues? Doivent-ils supporter l'aggravation qui atteint l'auteur principal? Sous le Code de 1791 et sous le Code du 3 brumaire an IV. les complices n'étaient responsables des circonstances aggravantes, qu'autant que ces questions avaient été résolues aussi bien contre eux que contre les auteurs. Ainsi, dans un accusation de complicité d'assassinat, il y avait nécessité de poser la question de préméditation relativement au complice aussi bien que relativement à l'auteur principal (Cass. 17 pluviôse an IX, J. P. 3e édit.; D. A. 3. 646; - id., 28 vend. an 1x, J. P. 3e édit.; D. A. 3. 631; id., 18 vend. an x, J. P. 3° édit.; D. A. 3. 646; — id., 29 messidor an XIII, J. P. 3° éd.; D. A. 3. 646; -id., 20 nov. 1806, S.-V. 7. 1. 1108; D. A. 3. 647; — id., 15 déc. 1808, Devillen. et Car. 2. 1. 613; D. A. 3. 646). La Cour de cassation n'a point continué cette jurisprudence sous l'empire du Code pénal: elle a jugé: « Que l'article 59 n'exige point, pour appliquer aux complices la même peine qu'à l'auteur, qu'ils aient participé non-seulement au fait principal, mais aussi aux circonstances qui déterminent la gravité de ce fait; que la peine de la complicité ne peut pas non plus être modifiée, parce que les complices auraient ignoré les circonstances aggravantes du fait principal, puisque, suivant l'article 63 du Code pénal, une pareille ignorance ne peut modifier la peine des complices que dans le seul cas où ceux-ci ne seraient point recéleurs d'effets provenant d'un crime emportant soit la peine de mort, soit celle des travaux forcés à perpétuité, soit celle de la déportation » (Cass: 26 déc. 1812, Devill. et Car. 4. 1. 251; D. A. 3. 649). Cette décision, rigoureusement conforme au texte de la loi, a été critiquée. L'article 60 ne déclare complices que ceux qui, avec connaissance, ont aidé l'auteur de l'action. « Or, a dit M. de Molènes, est-ce avoir connaissance d'une action que d'en ignorer les plus graves circonstances? Est-ce agir ave connaissance que de participer par une telle complicité à un crime, lorsqu'on a la ferme conviction qu'on ne participe qu'à un délit? Pour la complicité, comme pour tout autre fait punissable, ce n'est pas la matérialité de l'action, c'est sa

moralité qu'il faut apprécier. » (De l'humanité dans les lois crim. p. 547.) MM. Chauveau et Faustin Helie ont répondu à cette critique: « On objecte qu'il n'y a de complices, par assistance, que ceux qui ont agi avec connaissance. Mais que veulent dire ces dernières expressions? Que les complices ont dû connaître le but et la nature de l'action à laquelle ils ont participé? Mais la loi a-t-elle exigé qu'ils aient été informés de toutes les circonstances du crime pour en mériter la peine? Les termes de la loi ne permettent point cette distinction, et il suffit que l'article 63 l'ait formellement autorisée vis-à-vis des complices par recélé, pour qu'elle soit implicitement repoussée à l'égard des autres complices. » (Théorie du Code pénal, t. 2, p. 125.) C'est là, il faut le dire, le véritable esprit du Code pénal; sa pensée, que ses textes rendent évidente, a été de faire peser les circonstances aggravantes sur les complices, « parce qu'il paraît juste, suivant les expressions de M. Target, que cet accroissement de sévérité frappe tous ceux qui ayant préparé, aidé ou favorisé le crime, se sont soumis à toutes les chances des événements et ont consenti à toutes les suites du crime. » (Locré, t. 29, p. 32.)

60. La Cour de cassation a appliqué ce principe d'une manière absolue, et quelle que fût la cause de l'aggravation. Elle a jugé 1°, par arrêt du 8 juillet 1813 (Devillen. et Car. 4. 1. 390; D. A. 3. 650), que si l'un des auteurs est domestique de la personne au préjudice de laquelle le vol a été commis, les complices doivent subir la peine du vol domestique; 2º, par arrêt du 22 janvier 1835 (S.-V. 35. 1. 920; D. P. 35. 1. 421), que si l'auteur du faux est un fonctionnaire public, et s'il l'a commis dans l'exercice de ses fonctions, les complices sont passibles de l'aggravation résultant de cette qualité, lors même que le fonctionnaire serait absous à raison de sa bonne foi; 3°, par arrêt du 22 novembre 1816 (Devillen. et Car. 5. 1. 251; D. A. 2. 595), que les complices d'un délit d'attentat aux mœurs doivent être punis de la même peine que les auteurs, lors même que ceux-ci, en leur qualité d'ascendants de la victime, subissent une peine plus forte; 4°, par arrêts des 3 décembre 1812 (Devillen. et Car. 4. 1. 238: D. A. 3.652), et 20 sept. 1827, (Devillen. et Car. 8. 1. 683; D. P. 27. 1. 497), que le complice du parricide est passible des mêmes

peines que le parricide lui-même. Les auteurs de la Théorie du Code pénal ont essayé de combattre cette jurisprudence, en proposant une distinction entre les circonstances aggravantes qui sont inhérentes au fait et les circonstances aggravantes qui dérivent de la qualité personnelle des auteurs : « Les circonstances inhérentes au fait et qui en aggravent le caractère, doivent peser sur les complices, quoiqu'ils les aient ignorées, parce que leur participation les répute auteurs eux-mêmes de ce fait; mais celles qui n'appartiennent point au fait et qui n'aggraveraient point leur crime, même quand ils en seraient les auteurs, comment les en rendre responsables? Ces circonstances n'appartiennent point au crime; elles n'entrent point non plus dans le calcul ordinaire de la peine; elles dérivent de la seule qualité d'une personne; elles sont personnelles, l'aggravation qu'elles entrainent ne peut être étendue. » (Théorie du Code pénal, t. 2, p. 127.) La Cour de cassation n'a point adopté cette distinction; mais nous avons vu qu'en fait la règle qu'elle a maintenue a cessé d'être absolue, par suite de l'admission des circonstances atténuantes.

61. Toutefois l'aggravation motivée par l'état de récidive est personnelle à l'auteur et ne peut atteindre les complices. La Cour de cassation a formellement consacré ce point, en se fondant sur ce que la récidive est une circonstance particulière personnelle à l'auteur du crime. (Cass. 3 juil. 1806, Devillen. et Car. 2. 1. 262; D. A. 3. 654. — V. aussi dans ce sens, Merlin, Rép., v° Complice, n° 2; Carnot, Comm. du C. pén., t. 1, p. 212, n° 7; Favard, Rép., v° Récidive, n° 16.)

62. La Cour de cassation admet encore que l'aggravation de peine qui s'étend de l'auteur principal aux complices, ne s'étend pas des complices à l'auteur. Ainsi, le fonctionnaire public, déclaré complice d'un crime de faux, pour avoir, dans l'exercice de ses fonctions, assisté l'auteur du crime dans les faits qui l'ont consommé, n'est passible que des peines de la complicité ordinaire : l'aggravation attachée à la qualité de fonctionnaire public ne peut lui être appliquée. (Cass. 23 mars 1827, Devillen et Car. 8.1.555; D. P. 27. 1.395.)

63. Enfin, la jurisprudence a reconnu que si l'auteur principal, auquel le fait personnel qui donne lieu à l'aggravation est attaché, vient à être acquitté, cette aggravation ne passe plus aux complices. Ainsi, lorsqu'un

notaire, accusé de faux dans l'exercice de ses fonctions est acquitté, ses complices ne sont pas passibles de l'aggravation attachée à la qualité de fonctionnaire (Cass. 23 déc. 1825, Devillen. et Car. 8. 1. 245; J. P. 3° édit.). Ainsi encore, lorsque l'auteur principal est un domestique, son acquittement ôte au vol son caractère de vol domestique et ne laisse subsister que la peine du vol simple contre les complices (Cass. 20 sept. 1828, J. P. 3° édit.; D. P. 28. 1. 424; — id., 19 juin 1829, J. P. 3° édit.; D. P. 29. 1. 277).

64. Le principe qui frappe de la même peine les auteurs et les complices, a des limites en matière de recélé. La loi du 28 avril 1832 a introduit dans l'article 63 cette disposition: « Néanmoins, la peine de mort, lorsqu'elle sera applicable aux auteurs des crimes, sera remplacée à l'égard des recéleurs par celle des travaux forces à perpétuité. » Une deuxième exception est relative aux peines des travaux forcés à perpétuité et de la déportation; le 2° § du même article 63 porte : « Dans tous les cas, les peines des travaux forcés à perpétuité et de la déportation, lorsqu'il y aura lieu, ne pourront être prononcées contre les recéleurs qu'autant qu'ils seront convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi attache les peines de mort, des travaux forcés à perpétuité et de la déportation, sinon ils ne subiront que la peine des travaux forcés à temps » - V. Circonstances aggravantes, nº 3, Communes, nº 442.

COMPLOT. — 1. Le complot est la résolution concertée et arrêtée entre deux ou plusieurs personnes de commettre un crime contre la sûrete intérieure de l'état. Ce crime peut avoir pour but soit d'exciter la guerre civile, soit de porter la dévastation, le massacre et le pillage dans une ou plusieurs communes, soit de détruire, soit de changer le gouvernement ou l'ordre de successibilité au trône, soit d'exciter les citoyens ou habitants à s'armer contre l'autorité royale, soit enfin d'attenter à la vie ou à la personne du roi ou des membres de la famille royale. (C. pén., 86, 87, 89, 91.) On appelle ces sortes de crimes attentats. — V. ce mot.

Le complot et l'attentat constituent deux crimes distincts, bien que leur but final soit le même. Le complot n'est qu'une résolution concertée et arrêtée; l'attentat est une résolution qui a reçu un commencement d'exécution. (C. pén., 88.) Tant que la résolution n'a été suivie que d'actes préparatoires, c'està-dire d'actes destinés à préparer l'exécution du complot, elle est encore un complot; elle devient un attentat si les actes qui l'ont suivie ont commencé l'exécution. (V. infrà, § 5.) Il y a encore entre le complot et l'attentat cette différence, que le complot suppose nécessairement le concours de plusieurs agents, tandis que l'attentat peut être l'œuvre d'une seule personne.

§ 1er. — Principes généraux.

§ 2. — Conditions constitutives du complot : — 1° résolution d'agir; — 2° résolution entre deux ou plusieurs personnes; — 3° résolution concertée et arrêlée; — 4° résolution de commettre un attentat.

§ 3. — De la proposition de former un complot.

§ 4. — De la résolution isolée.

§ 5. — Pénalité attachée 1° au complot suivant qu'il a été ou non suivi d'un acte préparatoire; 2° à la proposition de former un complot; 3° à la résolution isolée.

§ 6. — Compétence.

§ 7. — Révélation du complot.

### § 1er. - Principes généraux.

2. Le complot diffère des autres infractions prévues par le Code pénal, en ce qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il soit répréhensible, qu'il se soit manifesté par un acte extérieur. En règle générale, la loi ne punit les desseins coupables que lorsqu'ils sont suivis d'un commencement d'exécution, susceptible de constituer une véritable tentative Le commencement d'exécution ne suffit même pas toujours pour attirer une peine sur son auteur. Il résulte, en effet, de l'art. 2 du Code pénal, que si, après avoir manifesté son dessein par un acte d'exécution, l'agent s'arrête librement, sans y être contraint par une circonstance indépendante de sa volonté, la loi ne lui demande compte, dans ce cas, que du fait qu'il a commis, s'il est répréhensible, et non point de celui qu'il avait l'intention de commettre.

Mais il u'en est pas de même quand il s'agit d'un complot formé contre la sûreté intérieure de l'état et qui s'est manifesté au dehors par un acte quelconque. Toutes les législations l'ont puni avec sévérité. Rome l'assimilait au crime qu'il avait en vue : quisquis inierit scelestam factionem vel cogitaverit, gladio feriatur (l. 5, Cod. ad leg. Jul. maj.) Solum concilium, sola machinatio in hoc crimine punitur eadem pænå, ac si effectus fuisset secutus, dit le commentateur Farinacius (Quæst.115, n°148). Notre ancien droit le punissait de mort; le Code de 1810 avait même maintenu cette peine, mais le nouveau législateur s'est montré moins rigoureux.

3. Pourquoi la loi a-t-elle placé ce cas spécial hors du droit commun? Le législateur va nous l'apprendre : « Deux hommes, a dit M. Berlier, ont-ils dessein de tuer leur voisin, cette horrible et funeste pensée ne sera pourtant pas réprimée, si elle n'a été suivie d'aucun commencement d'exécution; mais dans les crimes d'état, le complot formé est assimilé à l'attentat et au crime même. Ainsi, et dans cette matière, le crime commence et existe déjà dans la seule résolution d'agir arrêtée entre plusieurs coopérateurs. Le suprême intérêt d'état ne permet pas d'attendre et de ne considérer comme criminels que ceux qui ont déjà agi. » (Exp. des motifs, S.-V. 10. 2. 410.)

« Dans les crimes contre la sûreté de l'état, lisons-nous dans le rapport de la loi du 28 avril 1832, une telle longanimité de la loi aurait d'immenses périls. Un crime privé ne met pas en danger la puissance qui doit le réprimer; l'état survit à la victime; le succès le plus complet ne donne au coupable aucune chance d'impunité. Le criminel d'état est dans une condition bien différente; son ennemi est aussi son juge, la victoire lui donne le pouvoir et lui rend les droits de l'innocence. lci la répression ne peut plus attendre la tentative; car une tentative heureuse rendrait la répression impossible, et l'existence seule du complot est un incalculable danger. C'est donc pour l'état un droit de légitime défense que d'incriminer et de punir le complot avant son entière exécution. »

Telle est donc la pensée du législateur. Il ne faut pas donner à l'auteur du complot le temps de trouver l'impunité dans le succès. MM. Destivaux (Essais sur le Code pénal, p. 7) et Rossi (Droit pénal, t. 2, p. 288) critiquent ces dispositions: « De faits aussi insignifiants par eux-mêmes que le sont les actes de se voir, de se réunir, de parler, de discuter,

comment, dit ce dernier auteur, arriver au dessein criminel? Si le complot n'a encore été suivi d'aucun acte préparatoire, sur quel fondement s'appuyer pour saisir la résolution de l'agent? on n'aura à peu près que des paroles rapportées, commentées par des complices ou par des traîtres. »

4. Remarquons d'abord avec MM. Chauveau et Hélie (Théor. du C. pén., t. 2, p. 405) qu'il y a peut-être quelque exagération à ne voir dans un complot que des paroles et des réunions. Il peut encore exister des écrits émanés. des accusés. D'autres faits matériels, d'autres éléments peuvent venir se réunir autour du complot et lui imprimer un caractère plus déterminé et plus sensible. « Un crime de cette nature ne se trahit-il pas, ajoutent ces auteurs, par une foule d'indices et de circonstances qui forment comme un cortége de preuves secondaires à l'appui des révélations du complice! Il est donc des circonstances où le complot, même non suivi d'actes préparatoires, peut être prouvé, et son incrimination n'est pas nécessairement sujette à des erreurs et à des périls. » Toutefois, et pour prévenir des erreurs toujours déplorables, il faut que les juges se renferment dans les termes précis de la loi; qu'ils ne se décident à reconnaître l'existence d'un complot que lorsque le fait qui leur est signalé présente tous les caractères constitutifs de ce crime, et lorsqu'il est établi sur des preuves suffisantes pour asseoir une conviction sérieuse.

- § 2. Conditions constitutives du complot: — 1° résolution d'agir; — 2° résolution entre deux ou plusieurs personnes; — 3° résolution concertée et arrêtée; — 4° résolution de commettre un attentat.
- 5. Plusieurs conditions sont nécessaires pour constituer le complot : 1° la résolution d'agir, c'est-à-dire une volonté arrêtée et non équivoque. Il ne suffirait donc pas d'un projet vague, incertain, indéterminé, il faut que la résolution soit prise; mais aussi il n'est pas nécessaire que l'époque choisie pour la consommation de l'attentat soit actuelle, il suffit qu'on ne puisse pas conclure de l'éloignement de cette époque que les complices n'avaient pas encore arrêté définitivement leur résolution.
- 6. 2° Une résolution entre deux ou plusieurs personnes: il sussit donc que deux personnes aient pris part à cette résolution, pour

que le complot existe; la loi n'en exigeant pas lun plus grand nombre.

7. 3º Il faut que cette résolution soit concertée et arrêtée entre elles, c'est-à-dire que les agents soient d'accord sur le but du complot, sur la participation de chacun d'eux. « Lorsque le but est vague et indécis, disent MM. Chauveau et Hélie, lorsque les conditions ne sont pas arrètées, que les moyens sont incomplets, que les fonctions ne sont pas distribuées; en un mot, lorsque la résolution slotte irrésoluc sur l'un ou sur plusieurs des faits dont l'ensemble compose le crime, il n'y a point d'association, il n'y a point de concert, il n'y a point d'accord entre les associés, et tous ces préliminaires franchis, il n'y a point encore de société criminelle; car il ne suffit pas que la résolution soit prise, la loi exige qu'elle soit définitivement arrètée. » (Th. du C. pén., t. 2, p. 408.)

« Le complot défini par nos lois pénales, disait Me Berville devant la cour des pairs, lors de la conspiration du 18 août 1819, est un crime d'une nature toute particulière, un crime d'exception. En toute autre matière, la justice humaine ne punit que les actes; ici la simple volonté comparaît au tribunal des hommes. Mais puisqu'ici la volonté est le seul élément du crime, voyons à quelles conditions le législateur s'est décidé à déclarer la volonté criminelle. Ce que la loi punit est un contrat de société contre la sûreté de l'état; le projet isolé d'un attentat, tout horrible qu'il puisse être aux yeux de la morale, n'est rien encore aux yeux de la loi; mais le pacte d'association pour un attentat, voilà l'objet de son animadversion. Ainsi le crime que le législateur veut réprimer, c'est le contrat, c'est l'association, et qu'est-ce que l'association, qu'est-ce que le contrat? l'unité de volonté, l'unité parfaite, entière, définitive; tant qu'on dissère ou que l'on peut dissèrer sur le but, les conditions, les moyens, les fonctions à remplir, le pacte n'existe pas, la société n'existe pas. L'unité, voilà donc l'essence du complot. Tant que la volonté est encore flottante, point d'association possible... Reconnaissons donc que la résolution d'agir n'est punissable que lorsque ayant été successivement précisée, communiquée, partagée, concertée, arrêtée, elle est arrivée à ce point de fusion, de centralisation, d'unité, qui rassemble toutes les volontés dans une volonté commune et collective; qui ne

demande plus de délibération, et permet de passer à l'instant même à l'exécution. Si, au lieu de cet accord unanime, nous voyons des résistances diverses, des luttes contradictoires, des démarches isolées, des moyens incohérents, nous pourrons reconnaître de l'inquiétude, de la malveillance, mais nous ne reconnaîtrons pas d'association, de contrat, enfin de complot. »

En effet, qui peut savoir si le point en discussion, si le rôle qu'on n'a pas donné, ne sera pas la cause de la dispersion des conjurés? Si le but n'est pas déterminé, c'est peut-être sa détermination qui empêchera la résolution; et, dès lors, on no peut pas dire qu'il y ait complot, puisqu'il n'y a pas d'accord.

8. 4° Il faut que la résolution ait pour objet un des attentats précus par les art. 86, 87 et 91. Si elle avait pour objet tout autre crime, la règle générale reprendrait son empire, c'est-à-dire que le complot ne serait répréhensible qu'autant qu'il aurait été suivi d'un commencement d'exécution. Nous avons vu, en effet, que la disposition de l'art. 89 était une disposition exceptionnelle; elle ne peut donc s'étendre d'un cas à un autre, car toute exception doit être scrupuleusement restreinte dans les limites que la loi lui a assignées.

9. Ainsi, le complot tombe sous les coups de la loi, quand il a pour objet d'attenter à la personne ou à la vie du roi. Que doit-on entendre par ces mots? Nous l'avons dit au mot Atlentat politique, nos 76 et suivants; nous y renvoyons.

Le complot sera également punissable s'il a pour objet un attentat contre la famille royale. Qu'entend la loi par la famille royale? Nous l'avons expliqué dans le même article.

— V. nos 77 et suiv.

- 10. Il est punissable s'il tend à armer les citoyens contre le gouvernement ou l'autorité royale. Nous avons également donné dans le même article le sens de ces mots; V. les nos 8, 86 et suiv.
- 11. Il est punissable s'il a pour objet, soit de changer le gouvernement ou l'ordre de successibilité au trône, soit d'exciter la guerre civile, en armant ou portant les citoyens à s'armer les uns contre les autres, soit de porter la dévastation, le massacre ou le pillage dans une ou plusieurs communes. V. Atlentat politique, nos 96 et suiv.
- 12. Telles sont les conditions rigoureuses que la loi exige; l'absence d'un seule suffirait

pour enlever à l'association le caractère de complot. Ainsi il ne suffirait pas, pour l'e constituer, qu'il y eût concert entre plusieurs personnes, que ce concert fût arrêté, qu'il y eût résolution définitive, s'il n'avait pour objet un des crimes que nous venons d'énoncer. Il en serait de même de chacune des autres. conditions.

13. Nous n'avons parlé ici que du complot demeurant à l'état de résolution concertée et arrêtée, sans nous occuper des cas où il est suivi d'actes commis ou commencés pour en préparer l'exécution. Ces actes, en effet, s'ils ne sont que préparatoires, ne changent pas le caractère du complot; ils motivent seulement une aggravation de peine. C'est donc en traitant de la pénalité que nous en parlerons.

— V. infrà, § 4.

## § 3. — De la proposition de former un complot.

14. La loi ne s'est pas contentée de punir le complot. Pour atteindre le mal même dans sa source, en faisant craindre une répression sévère à celui qui serait tenté de le commettre, elle a frappé d'une peine la proposition de former un complot pour arriver à l'un des crimes que nous avons énoncès. Cette proposition constitue à elle seule un délit sui generis.

15. Mais pour devenir un délit, la proposition doit réunir plusieurs caractères : 1º Il faut d'abord qu'il y ait une proposition véritable; un désir vague, un projet insignifiant, une menace, quelque coupable qu'elle fût, ne saurait y suppléer; 2° il est nécessaire que le complot ait un but déterminé, précis, certain; 3º la loi exige que ce complot ait pour objet un des attentats prévus par les articles 86, 87 et 91; tout autre but échapperait à la loi pénale, qui ne punit que le complot ayant en vue un de ces attentats, et laisse impuni celui qui tendrait à un autre crime, quelque odieux qu'il fût d'ailleurs; 4º la loi exige une proposition non agréée. La commission du corps législatif avait proposé de remplacer les mots non agréée, par le mot rejetée; mais cet amendement ne fut pas accueilli par le Conseil d'état. « Les expressions non agréée, lisons-nous dans le rapport, semblent plus exactes; une proposition à laquelle la personne à qui elle est faite ne répond rien, n'est pas, à proprement parler, rejetée, mais n'est pas agréée. »

16. Il résulte de là que le rôle de celui à qui la proposition est faite est complétement indifférent. La proposition n'en est pas moins répréhensible, qu'il l'accepte ou la repousse. S'il l'accepte, il devient complice et se rend passible de la même peine; dans le cas contraire, toute la responsabilité demeure sur l'auteur de la proposition.

17. La loi ne parle que de la proposition de former un complot; mais il est évident que le délit serait commis par la proposition d'entrer dans un complot déjà formé. Si la loi est muette à cet égard, c'est parce que l'auteur de la proposition est déjà passible de la peine, par cela seul qu'il fait partie des conjurés. N'en ferait-il pas partie qu'il tomberait dans l'application de l'art. 90, car il ne peut y avoir de différence entre proposer de former un complot, ou proposer de prendre part à un complot déjà formé.

18. Tout en convenant de l'immoralité de la proposition de former un complot, M. Rossi (ibid., p. 287) conteste à la société le droit de la punir. « Quant à la simple proposition, à la proposition non agréée, dit cet auteur, est-il nécessaire de démontrer que cet acte ne devait jamais se trouver inscrit au catalogue des crimes? De simples paroles, des paroles rapportées par ceux-là mêmes auxquels elles auraient été confiées, si réellement elles eussent été dites, des paroles qu'il est si facile de mal entendre, de mal interpréter, de dénaturer à dessein, enfin un acte qui, de sa nature, n'admet guère de témoignage impartial et digne de foi, comment oser le qualisser de crime? comment s'assurer que la proposition était sérieuse, qu'elle exprimait une résolution criminelle plutôt qu'un désir blâmable, qu'elle était l'expression d'un projet arrêté, plus encore que l'explosion d'un mouvement de colère, une boutade de l'animosité et de la haine? »

Supposons qu'il en fût ainsi, les juges acquitteront l'accusé. Ils ne le reconnaîtront coupable que lorsqu'ils trouveront, dans la procédure, des preuves suffisantes pour imprimer au fait, dont ils seront saisis, le caractère constitutif d'une proposition. Mais, diton, cette preuve est presque impossible. A cela une réponse bien simple: le législateur n'avait pas à s'occuper de la difficulté de la preuve, il n'avait à s'occuper que du fait en lui-même; ce fait est-il ou non répréhensible? Est-il ou non contraire aux intérêts de la société? La société doit-elle ou non en poursui-

vre la répression? Voilà les seules questions qu'il eut à examiner. L'appréciation de la preuve, c'est aux juges de la faire, à eux seuls de décider si les témoins sont dignes de leur confiance, s'il résulte des circonstances que l'auteur ait fait une véritable proposition de complot, ou si la proposition n'a été que l'explosion d'un mouvement de colère, une boutade de l'animosité et de la haine.

D'ailleurs, dirons-nous avec MM Chauveau et Hélie (*ibid.*, p. 397), « ne peut il pas arriver que la proposition ait été faite à plusieurs personnes et à différentes reprises; que son auteur ait communiqué ses plans, développé ses projets, révélé ses moyens d'exècution; que sa proposition ait laissé des traces matérielles, qui en constatent l'existence et le caractère? »

19. Toutefois, en appliquant cette loi, les juges ne perdront pas de vue son caractère exceptionnel. Ils n'oublieront pas que les lois politiques n'offrent jamais des garanties complètes d'impartialité, et que ce qui leur manque à cet égard doit être suppléé par la justice. Dans les questions politiques, le pouvoir lutte pour sa défense. Tout ce qui semble attaquer son autorité est pour lui un crime contre lequel aucune précaution ne lui paraît exagérée. Mais si les tribunaux sont obligés d'appliquer de pareilles lois, ils doivent au moins exiger avec rigueur que le fait présente tous les caractères constitutifs du délit, n'admettre que des preuves positives et irrécusables, et surtout restreindre l'application de la loi aux seuls cas expressément prévus.

#### § 4. — De la résolution isolée.

20. La loi va encore plus loin. Non-seulement elle punit le complot et la proposition, non agréée, d'en former un, mais encore elle a voulu atteindre la résolution individuelle de commettre l'un des attentats prévus par l'art. 86 du Code pénal, lorsqu'un acte, pour en préparer l'exécution, aura été commis ou commencé sans assistance d'autrui. Ce fait individuel, si différent du complot, qui suppose toujours le concours de plusieurs personnes, a été assimilé au complot, avec cette différence, toutefois, que, pour être punissable, il doit toujours avoir été suivi d'actes préparatoires. (C. pén., 90.) — V. infrà, § 5, nos 28 et suiv.

21. Remarquons d'abord que cet article ne parle que de la résolution formée contre la vie ou la personne du roi ou des membres de sa famille; il ne s'étend pas à celle qui aurait pour objet l'un des crimes prévus par les art. 87 et 91: dès lors, son application doit être restreinte à ce cas spécial, avec d'autant plus de raison que la chambre des députés, ayant ajouté à la mention de l'art. 86 celle des art. 87 et 9!, cette addition fut retranchée par la chambre des pairs.

22. La disposition de l'article 90, nous devons le reconnaître, ouvre la porte à l'arbitraire le plus affligeant, en appelant les investigations de la loi sur les pensées intimes de l'homme. Que le Code ait édicté des peines contre le complot, on le concoit; la résolution devant être formée par plusieurs agents. des faits extérieurs, des documents écrits, peuvent en révéler l'existence; mais quand la résolution est individuelle, quand l'agent l'a concentrée dans son cœur, comment l'établir, comment la caractériser, comment en signaler le but? Par les actes préparatoires dont elle est suivie? Mais ces actes formeront alors le corps du délit. « En matière de complot, disent les auteurs de la Théorie du Code pénal, l'acte préparatoire n'est pas la base de l'accusation, il ne forme qu'une circonstance aggravante du crime. Il faut d'abord établir le fait du complot; les préparatifs n'en sont que le corollaire et le mode d'exécution. Dans l'espèce, au contraire, l'acte préparatoire, et même le commencement de cet acte, forme lui seul tout le corps du délit : c'est la base de l'accusation; on en déduit même la résolution criminelle. Or, quelle base plus fragile qu'un acte préparatoire qui ne laisse que des traces fugitives, et qui ne manifeste que d'une manière incomplète et vague l'intention de son auteur? " (Ibid., p. 420.)

Si cet acte se présentait isolé, étant de sa nature inoffensif, il ne constituerait ni crime ni délit, et la loi ne saurait l'atteindre; il ne peut être incriminé que quand il se relie à une résolution criminelle. Il en est de même de cette résolution, elle échappe à toute action de la loi, quand elle n'est point suivie d'un acte préparatoire; elle ne peut donc, à son tour, être incriminée que par l'interprétation de cet acte. De sorte que ces deux éléments ne prennent un caractère criminel qu'en se servant réciproquement de démonstration, en se caractérisant l'un l'autre. On conçoit ce qu'un pareil système offre de prise à l'arbitraire, et quelles difficultés la dispo-

sition de cet article doit rencontrer dans son application.

- 23. Du reste, pour constituer ce crime, la loi exige trois conditions essentielles: 1º qu'il y ait résolution, c'est-à-dire qu'il soit démontré que l'individu avait formé le projet d'agir, que ce projet était bien arrêté dans son esprit; 2º qu'il avait forme le projet d'attenter à la vie ou à la personne du roi, ou des membres de la famille royale: 3° que cette résolution ait été manifestée par un acte commis ou commencé, pour en préparer l'exécution L'absence d'un seul de ces éléments ferait disparaître toute criminalité. On démontrerait en vain que l'agent avait formé la résolution d'attenter à la vie du roi, si l'on ne prouvait qu'il a de plus commis ou commencé un acte pour en préparer l'exécution. Il en serait de même si la résolution avait pour objet un autre crime. Il en serait encore de même si cet aete n'était point le résultat de la réflexion, s'il avait été commis par un mouvement spontané et sans préméditation.
- \$ 5. Pénalité attachée 1° au complot, suivant qu'il a été ou non suivi d'un acte préparatoire; 2° à la proposition de former un complot; 3° à la résolution isolée.
- 24. Complot. Tous les peuples ont prononcé des peines sévères contre les auteurs des complots et ceux qui en faisaient partie. Rome les punissait du dernier supplice, si le coupable ne s'exilait volontairement; notre ancien droit rangeait le complot contre le roi ou le gouvernement, parmi les crimes de lèse-majesté au premier chef; le législateur de 1791 leur appliqua la peine de mort; le Code de brumaire an 1v ne se montra pas moins sévère.
- 25. Le Code de 1810 assimilait au parricide le complot contre la vie ou la personne du roi, et frappait de la même peine le complot et l'attentat.

Depuis longtemps l'humanité et la raison réclamaient contre cette sévérité; leur voix a été entendue par le législateur de 1832.

26. Nous avons vu que le complot est un crime exceptionnel, dont la répression est réclamée moins par les principes rigoureux du droit criminel que par les nécessités politiques. D'un autre côté, pour constater l'existence d'un complot, il faut se livrer à l'appréciation plus ou moins arbitraire des

intentions de l'homme. Comment dès lors arriver à la pleine certitude et ne pas craindre qu'un citoyen paisible ne soit traité comme un coupable, au milieu d'une tourmente politique et de l'effervescence des passions? Il était donc nécessaire que la peine ne fût pas irréparable. Et d'ailleurs, comme le complot n'a été suivi d'aucun acte d'exécution, que le crime qu'il avait en vue n'a pas même été tenté, il faut que la loi ne se montre pas inflexible, et qu'elle évite de pousser le coupable à la nécessité de consommer son crime, en ne lui laissant d'autre alternative que celle du succès ou de l'échafaud.

27 Cette double considération a déterminé le législateur à abolir la peine de mort en matière de complot. Ainsi, d'un côté, la peine est essentiellement réparable; d'un autre côté, elle est modérée, puisqu'elle ne s'étend pas au delà de la déportation.

28. Le nouveau Code pénal, tel qu'il a été modifié par la loi de 1832, distingue, quant à la pénalité, deux espèces de complots contre la sûreté intérieure de l'état : celui qui n'a été suivi d'aucun acte commis ou commencé pour en préparer l'exécution, et le complot suivi d'un acte de cette nature. Le prémier est puni de la détention, le second est passible de la déportation.

29. Comme on le voit, la loi prononce une aggravation de peine, lorsque le complot a été suivi d'un acte préparatoire. Elle n'exige pas un acte d'exécution, parce qu'un pareil acte constituerait une véritable tentative, le complot perdrait son caractère et dégénérerait en attentat, puisqu'aux termes de l'article 88 il y a attentat quand il y a tentative.

30. On doit donc distinguer avec soin les actes préparatoires des actes d'exécution. Mais à quel signe pourra-t-on reconnaître les premiers? La loi ne trace point avec précision la ligne de démarcation qui les sépare, et si la jurisprudence s'en est occupée, c'est moins pour les définir que pour poser en principe que leur appréciation échappe à la censure de la cour suprême et rentre exclusivement dans le domaine du juge du fond. (V. Cass. 27 août 1812, S.-V. 17. 1. 89; D. A. 12.622; - id., 18 mars 1813, S.-V. ibid.; J. P. 3e édit.; - 1d., 6 fév. 1812, S.-V. 12. 1. 97; D. A. 12. 619; — id., 23 sept. 1825, S.-V. 26 1. 282; D. P. 26. 1. 36; - id., 28 juillet 1826, S.-V. 27. 1. 60; D. P. 26. 1. 432.)

31. Les auteurs de la théorie du Code pé-

nal ont comblé cette lacune. « Les actes préparatoires sont, disent-ils (p. 410), ceux qui précèdent l'action, mais n'en font pas une partie intrinsèque. Les actes d'exécution, au contraire, sont ceux dont la série et l'ensemble constituent le crime lui-même. Ainsi l'achat des munitions, la location des lieux nécessaires pour les déposer, la réunion des associés, la préparation des armes, sont des actes purement préparatoires, car l'action n'est pas encore commencée. Mais si les conspirateurs se sont mis en marche vers le point d'attaque, armés et prêts à combattre, c'est un commencement d'exécution. »

Tel est donc le signe distinctif à l'aide duquel on peut discerner les actes d'exécution des actes purement préparatoires. C'est le rapport direct qu'ils ont avec le commencement du crime. Tant qu'ils n'auront pour objet que de rassembler les moyens de le commettre, de fournir les instruments nécessaires pour atteindre ce but, on ne pourra les considérer que comme des actes purement préparatoires; mais s'ils vont au delà, ils constitueront un véritable commencement d'exécution. — V. Attentats politiques, n° 7, et Tentative.

32. Remarquons que, pour prononcer cette aggravation, la loi n'exige pas que l'acte préparatoire ait été commis; il sussit qu'il ait été commencé. M. le professeur Haus, dans ses observations sur le projet du Code belge (t. 2, p. 35), critique avec raison cette disposition. « Comment pourra-t-on jamais, ditil, acquérir la conviction qu'un acte qui n'est que commencé l'a été pour préparer l'exécution du crime? Il faudrait donc prouver qu'un acte a été commencé, et que cet acte commencé avait pour but, non d'exécuter, mais de préparer un crime? Comment remonter à la résolution criminelle, à l'aide de moyens aussi incertains? Sans doute le complot qui est prouvé peut, jusqu'à un certain point, servir à prouver le caractère des actes préparatoires qui l'ont suivi et qui ont été commis; mais si vous prétendiez que cette circonstance est également propre à expliquer le but de ces actes, lorsqu'il n'en existe encore qu'un commencement, vous pourriez par ce moyen incriminer tous les actes des conspirateurs, les actes les plus irréprochables, les plus innocents, en les considérant comme des actes commencés pour préparer l'exécution de leurs projets.»

Toutes ces difficultés eussent cessé sans doute, si le législateur eût exigé, pour prononcer l'aggravation de la peine, que l'acte préparatoire eût été consommé; il le pouvait avec d'autant plus de raison, que l'acte préparatoire, qui ne peut être considéré comme un commencement d'exécution, n'offrait aucun danger pour la société, et qu'il lève toute incertitude sur l'intention de ses auteurs.

33. Nous ne pensons pas, du reste, que la peine soit toujours encourue par cela seul que l'acte préparatoire a été commencé. Nous croyons qu'il faut distinguer entre le cas où l'auteur s'est arrêté volontairement sur le chemin du crime, et celui où il a été empêché de commettre l'acte par une circonstance indépendante de sa volonté. La loi doit toujours se montrer indulgente quand le repentir se manifeste; une rigueur inflexible pourrait avoir des résultats funestes en obligeant le coupable à chercher l'impunité dans la perpétration de son crime.

34. Proposition de former un complot. -Cette proposition ne saurait être assimilée au complot lui-même, parce que, comme le disait M. Berlier, dans l'exposé des motifs du Code (S.-V. 10. 2. 410), bien qu'il n'ait manqué à celui qui l'a faite que de trouver des gens qui voulussent s'associer à ses desseins criminels, cependant le danger et l'alarme n'ont pas été portés au même point que si le complot eût réellement existé. Cette proposition est donc punissable à un moindre degré que le complot lui-même; aussi le Code de 1810 qui, comme nous l'avons dit, punissait de mort le complot de toute nature, n'appliquait-il qu'une peine moindre à la simple proposition.

35. L'ancien article 90 avait distingué, à cet égard, entre la proposition de former un complot pour attenter à la personne et à la vie du roi, et celle de former un complot qui aurait pour but de commettre l'un des attentats prévus par les articles 87 et 91; la première était punie de la réclusion, la seconde du bannissement.

36. Le législateur de 1832 ayant réduit la peine attachée au complot à celle de la déportation, dans un cas, et de la détention, dans un autre, devait également réduire celle attachée à la proposition, puisqu'il reconnaissait moins de gravité dans le délit.

37. Mais devait-il maintenir la distinction

admise par le Code de 1810? La commission de la chambre des députés l'avait pensé; nous lisons dans son rapport: « La proposition non agréée d'un complot contre la constitution ou l'établissement politique, n'a rien de bien alarmant; c'est le rêve d'une mauvaise passion, le propos d'un mécontent, une provocation peut-être, que dissuade ou décourage le premier refus. La proposition d'un complot contre la vie du roi ou des membres de sa famille, a un caractère bien plus grave; ici l'exécution est plus facile, le but plus net et plus circonscrit, les moyens plus sûrs et plus prompts, les occasions plus fréquentes et plus décisives. » En conséquence, elle ne punissait la proposition que lorsqu'elle était relative à un complot contre la personne ou la vie du roi, ou des membres de la famille royale.

Ces motifs ne parurent point décisifs à la chambre. « Il est difficile, dit un député, de concevoir pourquoi on a retranché du nombre des crimes que la proposition peut avoir pour but, ceux que proscrivent les derniers paragraphes de l'article 87. Comment laisser impuni l'homme assez coupable pour faire une proposition tendant à exciter la guerre civile, à porter la dévastation dans sa patrie? Peuton le regarder comme un homme beaucoup moins criminel que celui qui propose d'attenter à la vie du roi ou d'un membre de la famille royale? » Sur ces observations, on ajouta la disposition qui incrimine la proposition d'un complot pour commettre l'un des attentats prévus par les articles 87 et 91, mais on n'établit aucune différence dans la peine; ce délit est puni dans tous les cas d'un emprisonnement d'un à cinq ans. Le coupable peut, de plus, être interdit en tout ou en partie des droits mentionnés en l'art. 42 (C. pén.). - V. Article 89.

38. Résolution isolée. — Le législateur de 1832 a assimilé cette résolution au complot non suivi d'effet, en la déclarant susceptible de la même peine, c'est-à-dire de la détention qui entraîne nécessairement avec elle la surveillance de la haute police pendant toute la vie du coupable.

#### § 6. - Compétence.

39. La compétence, en matière de complot, a suivi les variations de notre organisation judiciaire. Attribuée dans l'origine à la grand'chambre du parlement, elle a été déférée en

1791 à la haute cour nationale (Constit. du 3 septembre 1791, tit. 3, chap. 3, art. 2; Code pén. du 25 sept. 1791, part. 2, tit. 2, sect. 2, art. 1 et 2); aux tribunaux criminels par le décret du 27 sept. 1792; au tribunal révolutionnaire par le décret des 9-11 mars 1793; enfin à la haute cour impériale par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII, articles 101, 105 et 108.

40. Aujourd'hui la connaissance du complot, de la proposition du complot, de la résolution individuelle, appartient exclusivement aux cours d'assises. Le complot, parce que la loi nouvelle l'ayant soigneusement distingué de l'attentat, et n'ayant attribué à la cour des pairs que la connaissance des attentats politiques, l'a fait rentrer dans la categorie des crimes ordinaires qui sont dévolus aux cours d'assises.

41. Il en est de même de la résolution individuelle d'attenter à la vie du roi ou des membres de la famille royale, parce que cette résolution ne peut être considérée que comme un crime, puisque la loi la punit de la détention, peine de sa nature afflictive et infamante (C. pén., art. 7), et qu'aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, l'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime.

42. La proposition de former un complot est également de la compétence des cours d'assises, parce que le délit qui en résulte constitue un délit politique dont l'article 6 de la loi du 8 octobre 1830 attribue la connaissance à ces cours. (Cass. 28 sept. 1832, S.-V. 33. 1. 343.) — V. aussi Questions au jury.

### § 7. — Révélation de complots.

43. Le Code de 1810 prononçait des peines contre celui qui négligeait de révéler aux autorités les complots dont il avait connaissance, et affranchissait de toute peine celui qui ayant fait partie d'un complot, l'aurait révélé. La première de ces dispositions a été abrogée par la loi de 1832, la seconde a été maintenue. Nous en parlerons aux mots Non-révélation et Révélation.

COMPOSITION. En droit, ce terme a deux acceptions.

Il désigne un accommodement par lequel les personnes entre lesquelles il intervient renoncent réciproquement à une partie de leurs prétentions. — V. Transaction. En matière de prises maritimes, il signisse la convention qui constate les choses que le capteur d'un navire consent à recevoir pour le laisser aller. — V. Prise maritime.

COMPROMIS. — CLAUSE COMPROMIS-SOIRE (1). — 1. Le compromis est une convention par laquelle deux ou plusieurs parties s'engagent à faire juger, par des arbitres qu'elles désignent, une contestation qui les divise et dont elles spécifient l'objet.

2. La plupart des questions qui se rattachent au compromis ont été traitées au mot Arbitrage (V. ce mot, art. 3). Il ne nous reste plus guère qu'à examiner ce qui concerne la clause dite compromissoire; nous compléterons aussi ce que nous avons dit au mot Arbitrage, sur ce qu'on doit entendre par ces expressions de l'article 1007 du Code de procédure civile, « le jour du compromis, » lorsque les arbitres ne sont pas désignés dans le compromis.

3. On appelle clause compromissoire la stipulation par laquelle des personnes qui font entre elles un contrat, conviennent que toutes les contestations auxquelles ce contrat pourra donner lieu seront jugées par des ar-

bitres.

4. On voit en quoi le compromis diffère de la clause compromissoire

Le compromis intervient sur une difficulté qui existe et dont les éléments sont déterminés.

La clause compromissoire s'applique, non à des différends déjà nés, mais à des différends à venir, et qui peut-être ne s'élèveront jamais.

5. La clause compromissoire n'est donc pas un compromis, mais une obligation de compromettre dans un cas donné. C'est avec raison que plusieurs jurisconsultes l'ont désignée sous le nom de promesse de compromis.

Les auteurs mêmes qui soutiennent la nullité de la clause compromissoire, reconnaissent qu'elle diffère essentiellement du compromis. (Merlin, p. 576, 2° col.; Championnière, t. 3, p. 246.)

La principale question que nous avons à examiner ici est celle de la validité de la

clause compromissoire.

- 6. Il y a un cas dans lequel cette validité n'est et ne peut être contestée par personne: c'est celui de l'assurance maritime. Aux termes de l'article 332 du Code de commerce, la police doit contenir « la soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation, si elle a été convenue. » Le sens de cette disposition est évidemment qu'en matière d'assurance maritime, la clause compromissoire est facultative; que, si la police est muette sur ce point, les différends qui peuvent survenir entre l'assureur et l'assuré sont de la compétence du tribunal de commerce; et que, dans le cas où les parties veulent être jugées par des arbitres, elles doivent le déclarer formellement, parce que la preuve par témoins ou par présomption ne serait pas admise (1).
- 7. L'obligation contractée par les parties dans une police d'assurance maritime, de soumettre à des arbitres les contestations qui pourraient résulter de cette assurance, n'est certainement pas un compromis; car si c'était un compromis, il serait nul à défaut de désignation des arbitres (art. 1006). On pourrait mème soutenir qu'il est nul à défaut de désignation des objets en litige (ibid.); car le différend ne se trouve pas désigné par cela seul que d'avance les parties ont parlé en termes généraux de toutes les contestations qui pourraient résulter de tel contrat. C'est bien là énoncer la source du litige, mais non les éléments qui le constituent. La stipulation dont il est question dans l'article 332 du Code de commerce n'est donc pas un compromis, mais une clause compromissoire ou promesse de compromettre.
- 8. Les actes de société de commerce peuvent aussi contenir des clauses compromissoires. Sans doute ces clauses n'ont pas un effet aussi étendu que celles qui concernent les assurances maritimes, car elles n'établissent pas la juridiction arbitrale, puisque cette juridiction résulte de la loi (C. de com., 51); mais elles peuvent régler le mode d'exercice de cette juridiction, par exemple, stipuler la renonciation à l'appel ou au pourvoi en cassation (C. de com., 52).
  - 9. Dans les deux cas que nous venons d'exa-

<sup>(1)</sup> Article de M. de Vatimesnil, ancien ministre de l'instruction publique, ancien avocat général à la Cour de cassation, avocat à la Cour royale de Paris.

<sup>(1)</sup> C'est ce qui résulte aussi de ces termes de l'art. 332 : « Le contrat d'assurance est rédigé par écrit, » ... il exprime... toutes les autres conditions dont les parties sont convenues.

miner, il n'y a pas de difficulté sur la validité des clauses compromissoires; mais en est-il de même relativement aux autres contrats? Ainsi (pour parler, à titre d'exemple, de deux sortes de conventions très-voisines de celles dont nous nous occupions tout à l'heure) en matière d'assurance terrestre et de société civile, les clauses compromissoires sont-elies valables?

Telle est la question que nous allons discuter. Nous avions posé cette question au mot Arbitrage (nºs 46, 47, 48 et 49), et nous l'avions résolue affirmativement. Nous ne nous étions pas livré à une discussion approfondie, parce que les raisons de douter ne nous avaient pas paru graves. Cependant, contre notre attente, la cour de cassation s'est depuis prononcée en sens contraire. Une autorité aussi imposante nous oblige d'entrer sur ce point dans de plus longs développements.

10. Avant tout, il nous paraît nécessaire de déterminer l'origine et d'examiner les progrès de la jurisprudence qui, depuis la publication de notre article Arbitrage, s'est établie en faveur du système de la nullité des clauses compromissoires.

11. On ne voit pas qu'antérieurement au Code de procédure actuel, les clauses compromissoires aient jamais été attaquées. Nous croyons même qu'il aurait été impossible de les attaquer par des raisons plausibles.

12. D'abord, sous le droit ancien, on n'aurait pas trouvé de texte qui eût pu servir de base à la demande en nullité d'une telle clause. Les seules lois dans lesquelles il fût question d'arbitrage étaient l'ordonnance de 1560, celle de 1566, celle de 1673 et celle de 1681. Voici ce qu'on y lisait:

Ordonnance de 1560. — « Pour ce que nous désirons singulièrement ôter et abréger les procès, la longueur desquels ruine et détruit nos sujets, avons, par notre édit, confirmé et autorisé, confirmons et autorisons tous jugements ordonnés sur les compromis, n'y eût aucune peine apposée, voulant qu'ils aient telle force et vertu que les sentences données par nos juges, et que contre iceux nul ne soit reçu appelant, sans que préalablement ils ne soient entièrement exécutés, tant en principal et dépens qu'en la peine, si peine avait été apposée, sans espérance d'icelle peine recouvrer, ores que la sentence ne fût infirmée en tout ou en partie. »

Ordonnance de 1566.-«L'ordonnance des

arbitres pour les jugements entre proches parents, en fait de partage et autres différends, sera gardée et observée sans empèchement quelconque. » (Art. 83.)

Ordonnance de 1673. — « Toute société contiendra la clause de se soumettre aux arbitres, pour les contestations qui surviendraient entre les associés, et encore que la clause fût amise, un des associés les pourra nommer, ce que les autres seront tenus de faire, sinon seront nommés par le juge pour ceux qui en feront refus » (Tit. 10, art. 9.)

Ordonnance de 1681. — « Lorsque la police contiendra la soumission à l'arbitrage, et que l'une des parties demandera d'être renvoyée devant des arbitres avant aucune contestation en cause, l'autre partie sera tenue d'en convenir, sinon le juge en nommera pour le refusant. » (Liv. 3, tit. 6, art. 70.)

13. On voit que jadis, comme aujourd'hui. l'arbitrage se divisait en volontaire et forcé: mais que les dispositions q i viennent d'être transcrites ne contenaient pas un seul mot d'où il fût permis d'induire que la clause compromissoire n'était admissible que dans les actes de société de commerce et les polices d'assurance, et qu'elle était nulle lorsqu'elle figurait dans d'autres contrats. La rédaction de l'article 9 du titre 10 de l'ordonnance de 1673, indiquait au contraire que l'arbitrage en matière de société de commerce, avant d'être établi par la loi, s'était introduit par l'usage. C'était en mémoire de cet usage que l'article dont nous parlons déclarait que toute socié é contiendrait la clause de se soumettre aux arbitres. Mais plus bas, ce même article, érigeant en prescription légale ce qui auparavant n'avait été qu'une coutume, ajoutait que l'arbitrage aurait lieu encore que la clause fût omise. Les clauses compromissoires étaient donc dans l'esprit de l'ancien droit.

14. On vient de voir que, par les mots soumission à l'arbitrage, l'ordonnance de 1681 entendait la clause compromissoire; et Denisart, au mot Soumission, déclare que les soumissions d'en passer par l'avis d'arbitres, étaient usitées.

15. Il est plus manifeste encore que les clauses compromissoires étaient conformes au droit intermédiaire.

La constitution de 1791 portait ce qui suit : « Le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif. » (Chap. 5, art. 5.)

La constitution de 1793 et celle de l'an III contenaient des dispositions analogues.

16. Indépendamment de ces articles organiques, qui peut-être avaient disparu par l'effet des révolutions successives, la loi du 24 août 1790 s'exprimait dans les termes suivants : « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'influence des compromis. » (Tit. 1er, art. 1er.)

Ce texte était en vigueur à l'époque où le Code de procédure a été promulgué. La loi du 27 ventôse an VIII l'avait implicitement maintenu, en disant : « Il n'est point dérogé au droit qu'ont les citoyens de faire juger leurs contestations par des arbitres de leur choix. »

- 17. L'article 1006 du Code de procédure est ainsi conçu : « Le compromis désignera les objets en litige et les noms des arbitres, à peine de nullité. »
- 18. Il résulte de ce texte qu'un compromis qui ne contient pas la désignation des noms des arbitres et de l'objet en litige est nul. Mais en résulte-t-il qu'une clause compromissoire ou promesse de compromis qui ne renferme pas ces désignations, soit pareillement frappée de nullité? Telle est la question à résoudre.
- 19. Pendant vingt-cinq ans au moins, la validité des clauses compromissoires n'a pas paru douteuse. Il est notoire qu'elles étaient d'un usage très-fréquent dans une multitude de conventions, autres que les assurances maritimes et les sociétés de commerce, et qu'en général elles recevaient leur exécution sans obstacle.
- vèrent sur la légalité des clauses compromissoires; mais elles furent toutes résolues en faveur de ces clauses. C'est dans ce sens qu'ont été rendus les arrêts suivants: Paris, 14 février 1809 (S.-V. 9. 2. 67; D. A. 1. 666; Bruxelles, 12 février 1821 et 4 janvier 1825; Merlin (Quest. de dr., v° Arbitrage, 315); Amiens, 5 août 1823 (Devillen. et Car. 7. 2. 253; D. P. 26. 2. 61); Cassation, 2 septembre 1812 (S.-V. 13. 1. 84; J. P. 3° édit.; D. A. 1. 665).

Le savant auteur des questions de droit. en rapportant ce dernier arrêt, exprime l'opinion qu'il n'a pas jugé la question in terminis. Il nous est impossible d'adopter son avis. Dans l'espèce de l'arrêt dont il s'agit. un bail contenait une clause compromissoire sans désignation du nom des arbitres et avec déclaration que, sans cette clause, le traité n'aurait pas eu lieu. Néanmoins, la cour de Paris avait jugé que cette stipulation, toute générale qu'elle était, devait recevoir exception en cas d'urgence. La cour suprême cassa cet arrêt; elle déclara formellement que nulle exception à l'arbitrage n'était admissible; et elle en conclut que la cour de Paris avait violé la loi, en admettant une exception pour le cas d'urgence. Certes, si la cour de cassation n'avait pas considéré la clause d'arbitrage comme valable, elle n'aurait pas cassé l'arrêt de l'aris pour avoir admis une exception à cette clause. Elle aurait dit : les tribunaux ordinaires auraient été compétents. même dans l'hypothèse où il n'y aurait pas eu urgence, puisque la clause d'arbitrage était nulle; à plus forte raison l'étaient-ils en cas d'urgence. La cour de Paris, il est vrai, s'est fondée sur un motif erroné; mais elle n'a violé aucune loi. Voilà ce qu'aurait jugé la cour de cassation, si elle avait regardé la clause comme nulle. L'annulation de l'arrêt de Paris suppose donc nécessairement qu'aux yeux des magistrats de la cour suprême, cette clause était nulle. M. Merlin se fonde sur ce que les défendeurs en cassation, au lieu de soutenir que la clause était nulle, défendaient purement et simplement l'arrêt attaqué. « Ils forçaient eux-mêmes, ajoute-t-il, la cour de cassation à tenir la validité de la clause pour constante. La cour de cassation n'aurait done pu juger cette clause nulle sans juger ultrà petita. » Cette argumentation nous parait fausse. La Cour de cassation ne peut pas casser un arrêt pour contravention à une clause, lorsque cette clause est entachée de nullité, surtout si la nullité est d'ordre public. Les parties ne peuvent pas la forcer à considérer cette clause comme valable. Elle doit rejeter le pourvoi, en suppléant le moyen, si le défendeur ne l'a pas indiqué. Ce n'est pas juger ultrà petita, puisque le défendeur en cassation a conclu au rejet, et qu'ainsi, en rejetant, on ne lui accorde pas au delà de ce qu'il demande. Sans doute la cour de cassation ne peut pas suppléer les moyens de

cassation; mais elle peut suppléer les moyens de rejet, puisqu'il y a lieu de rejeter toutes les fois que le demandeur n'établit pas que la loi a été violée. C'est ce que la chambre des requêtes fait constamment et ce que la chambre civile doit faire aussi, lorsque le défendeur a omis les vrais moyens.

Ainsi, pendant près de vingt-cinq ans, la validité de la clause compromissoire a été admise par les magistrats et les jurisconsultes.

21. Le premier auteur qui ait soutenu l'opinion contraire, c'est M. Merlin, dans son édition de 1830, c'est-à-dire vingt-trois ans après la promulgation du Code civil. Le premier arrêt qui ait adopté cette opinion nouvelle, c'est un arrêt de la cour de Limoges, rendu le 24 novembre 1832 (S.-V. 33. 2. 111; D. P. 33. 2. 197); c'est-à-dire vingt-cinq ans après le Code de procédure.

22. Cette doctrine avait encore fait bien peu de progrès en 1835, époque à laquelle M. Armand Dalloz a publié son dictionnaire; car cet auteur y déclare que l'usage est contre M. Merlin. Il y a plus, cet arrêtiste disait encore en 1842: « La clause compromissoire est généralement pratiquée dans les affaires et maintenue par les tribunaux. »

En effet, jusqu'au moment où la Cour de cassation, abandonuant l'opinion qu'elle avait consacrée par son arrêt du 2 septembre 1812, cité au nº 20, est venue mettre dans la balance le poids de son autorité, la majorité des cours royales se prononçait en faveur de la validité de la clause. Celles d'Amiens, de Colmar, de Bourges, de Nancy et d'Agen avaient jugé dans ce sens. (Amiens, 5 août 1823, Devillen. et Car. 7. 2. 253; D. P. 26. 2. 61; - Colmar, 24 août 1835, S.-V. 36. 2. 246; -Bourges, 31 mars 1841, S.-V. 42. 2. 78; D. P. 42. 2. 55; - Nancy, 2 juin 1842, S.-V. 42. 2. 304; -- Agen, 1er juin 1843, S.-V. 43. 2. 398.) La cour de Lyon avait rendu un arrêt en faveur de la nullité et deux en faveur de la validité. (Lyon, 25 mars 1840, S.-V. 41. 2. 342; - id., 9 juin 1840, S.-V. 41. 2. 341; J. P. 1840. 2. 496; - id., 13 août 1842.) Les cours de Limoges, de Nîmes et de l'aris avaient adopté le système de la nullité. (Limoges, 24 nov. 1832, S.-V. 33. 2. 111; D. P. 33. 2. 197; - id., 5 janv. 1839, S.-V. 39. 2. 228; D. P. 39. 2. 81; - Nimes, 16 mars 1842, S.-V. 42. 2. 303; D. P. 43. 4. 28; - Paris, 31 janv. 1843, S.-V. 43. 2. 62.)

23. Mais, par arrêt du 10 juillet 1843,

(S.-V. 43. 1. 561) la Cour de cassation s'est prononcée pour la nullité. Depuis, les cours royales paraissent avoir généralement suivi cette impulsion (V. Douai, 30 août 1843, S.-V. 43. 2. 488; D. P. 44. 2. 65; — Caen, 20 avril 1844, S.-V. 44. 2. 318; D. P. 44. 4. 29; - Metz, 31 août 1843, S.-V. 44. 2. 317; D. P. 44. 1. 99; — Grenoble, 14 nov. 1843, S.-V. 44. 2. 58; D. P. 44. 1. 100; - Rouen, 4 déc. 1843, S.-V. 44. 2. 58; D. P. 44. 2. 100.) Enfin, la Cour de cassation a confirmé la jurisprudence dont il s'agit par un second arrêt, en date du 2 décembre 1844 (S.-V. 45. 1. 79). Nous croyons devoir rapporter les motifs de cette dernière décision qui a cassé l'arrêt de la cour de Lyon, du 13 août 1842. par lequel une clause compromissoire insérée dans une police d'assurance terrestre avait été déclarée valable.

« Vu l'art. 1006 du Code de procédure ainsi concu, etc...; attendu que la compétence des tribunaux et l'organisation des juridictions étant d'ordre public, il ne peut y être dérogé que dans les cas prévus et les conditions déterminées par la loi; attendu qu'en autorisant les arbitrages volontaires, le Code de procédure règle les conditions essentielles. sans l'accomplissement desquelles on ne peut se placer dans cette exception au droit commun; attendu que l'article 1003 de ce Code. qui consacre la faculté de compromettre, ne peut être séparé des articles suivants, notamment de l'article 1006; qu'il résulte de ce dernier qu'il n'y a de compromis valable qu'autant qu'il désigne les objets en litige et les noms des arbitres; attendu qu'aux termes de l'art. 1029 du même Code, aucune des nullités que ce Code prononce n'est comminatoire; attendu que la distinction entre la promesse de compromettre et le compromis ne repose sur aucun fondement légal, et qu'on ne pourrait l'admettre sans méconnaître le véritable esprit du Code de procédure au titre des arbitrages; qu'on ne peut exciper de l'art. 50 du Code de commerce, relatif aux arbitrages forcés, ni de l'article 332, relatif aux assurances maritimes, lesquelles, d'après l'article 663 du même Code, constituent des actes de commerce, parce que ce sont des exceptions au droit commun qui ne peuvent être étendues à d'autres cas, notamment aux arbitrages volontaires en matière d'assurance terrestre, lesquelles ne constituent pas des actes de commerce; attendu qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil, les conventions ne tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites que lorsqu'elles ont été légalement formées; et qu'une convention n'est pas légalement formée, quand elle est dépourvue des conditions expressément exigées par la loi; attendu qu'il suit de ce qui précède qu'en renvoyant les parties devant arbitres, par suite d'une convention d'arbitrage qui ne désignait pas les noms des arbitres, l'arrêt a formellement violé l'art. 1006; sans qu'il soit besoin d'examiner si l'objet du litige avait été suffisamment indiqué; — Casse. »

24. En présence de cette jurisprudence, imposante sans doute, mais bien nouvelle, ne nous sera-t-il pas permis de dire que nous ne partageons pas l'opinion qui a prévalu? Nous allons déduire les raisons qui nous empêchent d'adopter cette opinion. La libre discussion des arrêts, considérés comme décisions doctrinales, n'a rien de contraire au respect que nous avons toujours professé pour la magistrature.

25. La base principale de l'arrêt que nous venons de transcrire est que la distinction entre le compromis et la promesse de compromettre ne repose sur aucun fondement légal. Or, nous osons dire que cette proposition nous paraît complétement erronée.

26. D'abord, en fait, le compromis et la promesse de compromettre ou clause compromissoire, sont deux actes essentiellement dissérents. Nous l'avons établi ci-dessus.

27. Il reste donc uniquement à examiner si la promesse de compromettre, contenue dans un contrat, autre qu'une société de commerce ou une assurance maritime, ne peut être valable qu'autant qu'elle contient la désignation du nom des arbitres et l'indication précise de l'objet du litige. Doit-elle nécessairement eomprendre ces deux éléments? Alors la Cour de cassation a raison de dire que la distinction ne repose sur aucun fondemeut légal. Au contraire, la désignation du nom des arbitres et de l'objet de la contestation dans une promesse de compromettre est-elle inutile et même presque toujours impossible? Dans ce cas, le principe posé par la Cour de cassation est inexact.

28. Nous croyons ponvoir dire, sans aucune irrévérence, que cette Cour s'est livrée à une pétition de principes. Pour établir que la promesse de compromis doit, à peine de nullité, contenir tout ce que la loi exige relativement

au compromis, elle a déclaré que la distinction entre ces deux sortes d'actes était dénuée de fondement légal; mais elle l'a déclaré sans le prouver aucunement; c'est-à-dire que précisément elle a posé comme maxime incontestable ce qui était en question. La distinction manque-t-elle en réalité de fondement? Oui, si l'on établit que les termes de l'article 1006 du Code de procédure s'appliquent aux promesses de compromis aussi bien qu'aux compromis; non, dans le cas contraire.

29. Arrivons donc à la véritable difficulté: elle consiste à savoir si les termes de l'article 1006 s'appliquent non-seulement aux compromis, mais encore aux clauses compromissoires ou promesses de compromis.

Cet article garde un silence complet sur les promesses de compromis; aucun autre texte n'en parle en termes précis. Seulement. comme nous l'avons déjà dit, les art. 332 et 52 du Code de commerce supposent nécessairement qu'en matière d'assurance maritime et de société de commerce, ces sortes de promesses peuvent exister et sont valables. Que faut-il donc décider relativement aux promesses de compromis insérées dans des contrats autres que ceux-là? Peut-on dire qu'il existe dans nos Codes une disposition qui frappe directement de nullité ces promesses de compromis, à défaut de désignation du nom des arbitres et de l'objet spécial du litige? Non, puisque aucun texte n'en parle. Si la loi annulait les promesses dont il s'agit, ce ne serait donc qu'indirectement et par voie d'analogie. On ne pourrait les atteindre que par le raisonnement suivant : ce que le Code de procédure a dit du compromis doit naturellement s'appliquer à la promesse de compromis ou clause compromissoire.

30. Ici la question s'élargit et se généralise; elle doit être posée et divisée comme il suit :

1° En thèse ordinaire de droit, la promesse de faire un contrat valable est-elle valable?

2° Est-il nécessaire, pour sa validité, que cette promesse contienne tous les éléments qui doivent entrer dans le contrat promis?

31. Selon nous, la solution affirmative de la première branche de la question n'est pas susceptible du moindre doute. En matière de convention, tout ce qui n'est ni défendu par la loi, ni contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, est nécessairement permis : c'est une conséquence de la liberté de s'engager, liberté qui appartient à tous les hommes

et qui ne peut être restreinte que par la volonté du législateur ou les exigences de l'ordre social. L'art. 1134 du Code civil consacre cette maxime Cet article est général; il s'applique à toute espèce de convention. Or, la promesse de passer un contrat n'est pas moins une convention que ne le serait le contrat même: elle est donc tout aussi inviolable.

En outre, aux termes de l'art. 1130, les choses futures peuvent être l'objet des obligations. La promesse de passer un contrat peut donc, comme toute autre chose future, être l'objet d'une obligation.

Enfin, l'obligation de faire est l'une de celles auxquelles on peut se soumettre par une convention. Comment donc serait-il interdit de promettre de passer un contrat, puisque cette promesse ne constitue qu'une obligation de faire?

32. Relativement à ce dernier argument, objectera-t-on que l'obligation de faire se résout en dommages intérêts (art. 1142)? La réponse à cette objection est que l'obligation de faire ne se résout en dommages-intérêts que lorsqu'il s'agit d'un fait tellement personnel au débiteur qu'une autre personne ne peut, à son refus, l'exécuter pour lui. Nous citerons comme exemples l'engagement de peindre un tableau et celui de composer une œuvre dramatique. Mais, toutes les fois que l'obligation de faire peut être accomplie sans le concours individuel du débiteur, la justice doit en ordonner l'exécution. C'est sur ce principe qu'est fondé l'art. 1144 du Code civil portant que... « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter luimême l'obligation aux dépens du débiteur. » Par la même raison, si l'obligation de faire consiste dans un acte qu'une partie a promis de passer, la justice doit, en cas de refus de cette partie, ordonner que, dans tel délai, elle sera tenue de passer l'acte, sinon que le jugement en tiendra lieu. C'est dans ce sens que les tribunaux statuent chaque jour. L'art. 1142 n'a fait que consacrer la maxime : Nemo potest cogi PRÆCISÈ ad factum. Le législateur n'a pas voulu qu'on employât la contrainte physique pour arracher à un individu l'acte personnel qu'il a promis. Il a pensé que ce moyen, souvent impuissant, porterait, dans tous les cas, une grave atteinte à la liberté des citoyens; mais lorsqu'il ne s'agit pas d'un acte précisément personnel, l'obligation doit être exécutée.

Tout ce que nous venons de dire est conforme à la doctrine de Pothier. « Il y a, dit ce jurisconsulte, une grande différence entre la promesse de vendre et la vente même. Celui qui vous promet de vous vendre une chose, ne la vend pas encore; il contracte seulement l'obligation de vous la vendre, lorsque vous le requerrez. »

Pothier examine ensuite, avec d'assez longs développements, la question de savoir si cette décision est contraire à la maxime nemo potest cogi præcise ad factum; et il la résout négativement... « Le fait qui est l'objet d'une promesse de vendre, dit-il en terminant, n'est pas un fait extérieur et corporel de la personne du débiteur; il peut se suppléer par un jugement, comme nous l'avons rapporté, qui ordonnera que, faute par le débiteur de vouloir passer un contrat de vente, le jugement vaudra ce contrat. Cette opinion paraît suivie dans la pratique, comme étant celle qui convient le mieux à la fidélité qui doit régner entre les hommes pour l'accomplissement de leurs promesses. » (Du contrat de vente, nos 476 et 479.)

33. Quoique Pothier ne professe cette doctrine qu'à l'occasion des promesses de vente, on voit que, dans sa pensée, elle est applicable à toutes les promesses de contrat. La dernière phrase surtout a un caractère de généralité qui embrasse, dans leur ensemble, les actes de cette nature.

La promesse d'un contrat licite est donc valable et obligatoire.

Indépendamment des promesses de vente. sur lesquelles le Code civil contient des règles spéciales dont nous parlerons plus tard, nous pouvons citer d'autres promesses de contrats évidemment valables : telle est la promesse de bail, convention usuelle et très-légale, comme le dit M. Troplong (Du contrat de louage, t. 1er, p. 121); telle est encore la promesse d'hypothèques. Vous contractez une obligation par acte sous seing-privé, et vous vous engagez à donner au créancier hypothèque sur tel immeuble : ce n'est pas là une constitution d'hypothèque, puisque l'acte n'est pas notarié; mais c'est une promesse de constituer une hypothèque, et cette promesse est valable et obligatoire. Si le débiteur refuse de l'exécuter, le créancier peut obtenir contre lui un jugement portant que, dans tel délai, ce débiteur sera tenu de passer acte authentique avec affectation hypothécaire des immeubles désignés par la convention, sinon que le jugement tiendra lieu de contrat. Si le débiteur exécute ce jugement en passant contrat, l'hypothèque est conventionnelle; s'il ne l'exécute pas, elle est judiciaire; mais dans tous les cas, la promesse d'hypothèque se trouve remplie. C'est ce qu'ont jugé la cour de Nancy, par arrêt du 11 mars 1824 (rapporté sous celui de cassation ci-après), et la Cour de cassation, par arrêt du 20 avril 1825. (S.-V. 26. 1. 230; D. P. 25. 1. 276.)

Enfin, on peut encore donner pour exemple l'engagement synallagmatique, souscrit par plusieurs co-intéressés, de choisir un mandataire en commun, soit pour telle affaire, soit pour les affaires de telle nature. Si les parties ne peuvent pas s'entendre sur le choix du mandataire, la justice le nomme. C'est ce qui arrive fréquemment en matière de société civile, lorsque l'acte de société porte qu'en cas de dissolution, il sera nommé un liquidateur. Nous disons en matière de société civile, parce que, s'il s'agissait d'une société de commerce, la nomination d'un liquidateur serait de droit; mais lorsque la société est civile, la mission du liquidateur ne peut trouver sa source que dans la convention : car autrement, on doit, aux termes de l'article 1872 du Code civil, appliquer à la liquidation de la société civile les règles de la liquidation des successions. La clause de l'acte de société qui prescrit la nomination d'un liquidateur est, en pareil cas, une promesse de conférer un mandat à un tiers; et cette promesse se réalise, soit par l'exécution volontaire de la part des associés, soit, en cas de refus ou de dissentiment, par une décision judiciaire.

Ainsi se trouve résolue affirmativement la première branche de la question que nous avons posée ci-dessus, et il nous paraît désormais établi que la promesse de faire un contrat licite est valable et obligatoire.

34. Maintenant (et c'est la seconde branche de la question) est-il nécessaire, pour la validité de la promesse, qu'elle contienne tous les éléments qui devront entrer dans le contrat promis? La négative nous semble évidente; car si la promesse contenait tous ces éléments, elle ne différerait en rien du contrat même, et par conséquent elle serait inutile : autant vaudrait faire le contrat sur-lechamp.

Il faut donc distinguer parmi les éléments du contrat, ceux qui sont indispensables pour constituer le lien, de ceux que la justice peut suppléer plus tard à défaut de consentement ultérieur des parties. Les premiers doivent entrer dans la promesse, mais il n'est pas nécessaire que les autres y figurent, car rien n'empêche que les parties ne remettent à l'autorité judiciaire le pouvoir de les déterminer, dans le cas où elles ne tomberaient pas d'accord.

C'est ce qui arrive lorsque, comme nous le disions tout à l'heure, un acte de société civile porte qu'il y aura un mandataire ou un liquidateur. Cet acte n'a pas le caractère complet de mandat, puisque le nom du mandataire ne s'y trouve pas; ce n'est qu'une promesse de conférer un mandat; cette promesse manque de l'un des éléments qui, plus tard, constitueront le mandat, savoir, de la désignation du mandataire; et néanmoins cette promesse est valable, parce qu'il en résulte un lien de droit relativement à l'obligation de conférer le mandat; en sorte que le choix de la personne du mandataire n'est plus qu'une mesure d'exécution qu'il appartient aux tribunaux de prendre, dans le cas de dissentiment entre les parties.

A la vérité, d'après le Code civil, il en est autrement en matière de vente. La promesse de vente, pour être valable, doit porter consentement réciproque sur la chose et sur le prix (art. 1589); en sorte que les éléments substantiels du contrat de vente doivent nécessairement se trouver contenus dans la promesse devente. Mais pourquoi en est-il ainsi? Parce qu'une disposition précise de la loi a posé cette règle. Si l'article 1589 n'existait pas, la promesse de vente serait valable, quoique le prix n'y fût pas déterminé; et ce prix serait ultérieurement fixé, soit à l'amiable, soit par une expertise. Ce qui le prouve, c'est que jadis les choses se passaient de la sorte... « La promesse de vendre une chose, dit Pothier, peut se faire non-seulement en exprimant le prix pour lequel on s'oblige de la vendre, mais aussi sans l'exprimer : le débiteur est censé, en ce cas, s'être obligé de vendre pour le juste prix, tel qu'il sera réglé par experts dont les parties conviendront. Cette obligation est valable, de même que le legs par lequel un testateur charge son héritier de vendre à quelqu'un une chose, sans faire mention du prix, ne laisse pas d'être valable et d'obliger l'héritier à vendre la chose æquo pretio. Nec obstat qu'il ne peut y avoir vente

sans un prix convenu entre les parties; car la promesse de vente n'est pas encore une vente. » (Ibid., nº 482.)

Le Code civil contient donc à cet égard une innovation et une exception au droit commun. Nous en reconnaissons la sagesse: on n'a pas voulu que, dans un acte aussi important que la vente, la fixation du prix fût soumise aux chances d'une évaluation par experts; mais enfin le caractère nouveau et exceptionnel de l'article 1589 ne nous paraît pas contestable.

Aussi sommes-nous convaincu que la disposition de l'article 1589 ne s'appliquerait pas en matière de bail. Selon nous, une promesse écrite de bail, qui ne porterait pas de prix, n'en serait pas moins valable, et le prix serait déterminé par une expertise, comme l'article 1716 veut qu'on le fasse, lorsqu'il y a contestation sur le prix d'un bail verbal dont l'exécution a commencé. L'analogie nous parait frappante.

Il reste donc démontre qu'en thèse générale, la promesse de contrat est valable, quoiqu'elle ne détermine pas la totalité des éléments du contrat, si ceux qui y manquent sont susceptibles d'être tixés ultérieurement par les parties ou par la justice, à titre d'exécution de cette promesse.

Cette question préliminaire ainsi résolue, l'application de sa solution à l'arbitrage nous semble simple et facile.

35. Le Code de procédure a parlé du compromis; mais il a gardé le silence sur les promesses de compromis. Que faut-il en conclure? Qu'il n'a pas entendu prohiber les promesses de compromis; car nous venons d'établir qu'en règle générale la promesse d'un contrat licite est valable. Pour déroger à cette règle, il aurait donc fallu un texte formel; et comme il n'y en a pas, il en résulte que les promesses de compromis sont régulières et obligatoires. Puisqu'il est permis de compromettre, il l'est également de s'engager à compromettre dans tel cas donné. Ainsi rien n'empèche qu'en faisant un contrat, qu'une société civile ou une assurance terrestre, les parties ne conviennent que les contestations auxquelles ce contrat pourra donner lieu seront jugées pararbitres, c'est-à-direque, chaque fois qu'un litige surviendra, on fera, pour vider ce litige, un compromis qui s'établira, soit à l'amiable, si les parties peuvent s'accorder sur le choix des arbitres, soit, dans le cas contraire, par l'intervention de la justice. Une telle clause est valable toutes les fois qu'elle s'applique à des matières susceptibles de compromis et à des cas dans lesquels les parties peuvent être jugées arbitralement. Elle n'est nulle que lorsqu'elle s'applique à des circonstances ou à des objets à l'égard desquels le compromis est interdit. Ainsi la clause compromissoire serait nulle si elle portait sur des questions d'état, des dons ou legs d'aliments ou des questions sujettes à communication au ministère public. (C. de proc., art. 1004.) Elle serait non avenue si, au moment où le litige s'élèverait, l'une des parties était en état de minorité (art. 1004 et 1013): mais dans tout autre cas, cette clause est légale et doit produire son effet.

36. On objecte qu'aux termes de l'article 1006 du Code de procédure, le compromis est nul, s'il ne désigne pas les objets en litige et les noms des arbitres; et on en conclut que les mêmes désignations sont indispensables dans la promesse de compromis ou clause compromissoire.

Mais ce raisonnement ne repose que sur une proposition dont nous avons déjà démontré l'erreur, savoir, que la promesse de contrat doit nécessairement contenir tous les éléments qui entreront dans le contrat. Nous avons prouvé qu'il sussit au contraire que la promesse forme par elle-même un lien de droit assez complet pour que, dans le cas où l'une des parties refuserait de l'exécuter, les tribunaux puissent suppléer au défaut de consentement de cette partie. C'est ce qui a lieu toutes les fois que le point qui reste à déterminer n'est que le corollaire de ceux qui ont été convenus entre les parties (1).

37. Il suit de là qu'une promesse de com-

Cette argumentation se trouve réfutée par ce qui précède.

<sup>(1)</sup> Il nous semble que c'est faute de s'être suffisamment pénétré des principes applicables aux promesses de contrats, que M. Championnière a dit (Revue de législation, fév. 1843, p. 211): « Ce que la loi frappe de nullité dans l'art. 1006, ce n'est pas le contrat nommé compromis, c'est un acte auquel convient la qualification de promesse de compromettre. On ne promet donc rien, ou plutôt on démontre la nullité contestée, en disant que la clause compromissoire n'est pas un compromis, mais une promesse de compromettre. C'est précisément une stipulation de ce genre que la loi refuse de sanctionner. »

promis n'a pas besoin, pour être valable, de contenir les noms des arbitres. La désignation précise de l'objet du litige n'y est pas non plus nécessaire, pourvu que cette promesse soit limitée aux contestations qui pourront dériver du contrat auguel elle se rattache. En effet, ces deux éléments du compromis (les noms des arbitres et la désignation du litige) peuvent être suppléés par les tribunaux à titre d'exécution de la promesse. Il faut même dire, quant à la désignation du litige, qu'elle ressort de la nature même des choses, puisau'au moment où la difficulté survient, ce litige se trouve fixé par les prétentions respectives des parties. A l'égard de la désignation des arbitres, le tribunal a le pouvoir de la faire, comme conséquence de la promesse de compromis, de même qu'il a le pouvoir de désigner un mandataire ou liquidateur comme conséquence de la promesse de mandat. L'analogie est d'autant plus concluante que le compromis n'est en réalité qu'un mandat. « Les arbitres, disait l'orateur du tribunat, recoivent des parties qui les choisissent un veritable mandat. » C'est aussi ce que reconnaissent le président Favre et M. Merlin (Quest. de dr., vº Arbitres, § 14, art. 2). Pourquoi donc les magistrats ne désigneraientils pas les arbitres comme ils désignent un liquidateur ou mandataire?

38. Il y a plus: le Code de commerce a établi des formes pour la nomination des arbitres forcés (art. 55). Ces formes s'appliquent naturellement à la nomination des arbitres par suite d'une clause compromissoire. Pourquoi, en matière de société de commerce, la résistance de la partie qui ne veut pas nommer son arbitre est-elle vaincue par l'autorité de la justice? Parce que la loi veut que la contestation soit soumise à des arbitres. De même, en matière de société civile, si le contrat, qui a force de loi, veut que la contestation soit soumise à des arbitres, la résistance de la partie qui refuse de nommer son arbitre sera vaincue par un moyen semblable.

39. Continuons ce parallèle et appliquonsle aux assurances. Si une police d'assurance maritime contient une clause compromissoire, cette clause est valable, sans qu'il soit nécessaire qu'elle contienne les noms des arbitres et la désignation précise de l'objet du litige. De quelle manière procède-t-on, en cas de refus de l'une des parties de nommer

son arbitre? Par voie judiciaire à l'effet d'arriver à cette nomination. Pourquoi n'en serait-il pas de même relativement à l'assurance terrestre, et en général, relativement à tout contrat contenant une clause compromissoire?

La Cour de cassation objecte que la disposition relative aux assurances maritimes est une exception au droit commun. Selon nous, c'est là une erreur. Les promesses de compromis n'étant pas interdites par une disposition générale de la loi sont, par cela seul, permises. L'art. 332 du Code de commerce n'offre donc qu'une application du droit commun. Ce qui serait exceptionnel, ce serait un texte qui prohiberait les clauses compromissoires dans tel cas donné.

40. La promesse de compromis, comme nous l'avons établi, n'est pas un compromis; ce n'est que l'engagement obligatoire d'en conclure un dans telle circonstance prévue. Dans notre système, lorsque cette circonstance survient, le compromis se réalise soit à l'amiable, soit par voie judiciaire. Dans l'un et l'autre cas, ce compromis satisfait pleinement au vœu de l'art. 1006, puisqu'il renferme les noms des arbitres et l'énonciation précise de l'objet du litige. La promesse de compromis, en exécution de laquelle on fait ce compromis régulier, est donc valable.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait de deux choses l'une : ou que le Code de procédure eût formellement prohibé les promesses de compromis, ou qu'il ne les eût autorisées que sous la condition expresse qu'elles contiendraient les noms des arbitres et la désignation précise de l'objet du litige.

Or, le Code de procédure n'a fait aucune de ces deux choses. Il a donc laissé la question sous l'empire des principes généraux, qui nous semblent décisifs en faveur de notre opinion. Ajoutons que le législateur aurait fait un acte de déraison s'il avait adopté l'un des deux partis que nous venons d'indiquer.

41. Prohiber les promesses de compromis! Eh pourquoi? Qu'y a-t-il de plus conforme au droit naturel que la faculté de se faire juger par des arbitres? Quel motif pourrait empêcher deux contractants de soumettre à la juridiction arbitrale tous les différends qui sont susceptibles de résulter de leur convention? Deux frères, deux amis, font ensemble un traité : quelle est la considération d'intérêt général qui s'oppose à ce que, en établissant cette ju-

ridiction domestique, ils préviennent le scandale et l'irritation qu'entraîneraient des débats publics? Certaines opérations, bien que parfaitement loyales, ont besoin du secret : est-il raisonnable de refuser aux personnes qui s'y livrent la faculté d'assurer ce secret au moyen d'une clause compromissoire? Il y a des conventions qui ne se feraient pas si les parties n'avaient pas le droit de se placer sous l'empire de la juridiction arbitrale (1). Est-il conforme à l'intérêt public de rendre les conventions plus difficiles?

42. Nous venons de parler des conventions en général; mais maintenant fixons plus particulièrement notre attention sur la société civile et l'assurance terrestre. N'y aurait-il pas eu, de la part du législateur, une inconséquence palpable à interdire, en ces matières, les clauses d'arbitrage? La juridiction arbitrale est tellement naturelle entre associés, que la loi a voulu que dans les sociétés de commerce elle fût forcée. Or, qu'v a-t-il de plus analogue à une société commerciale qu'une société civile? Par exemple, une société civile formée pour l'exploitation d'une mine n'a-t-elle pas des intérêts tout à fait analogues à ceux d'une société commerciale formée pour l'exploitation d'une usine? Cependant l'une serait nécessairement jugée par arbitres, tandis que l'autre n'admettrait pas dans ses statuts une clause d'arbitrage! En matière d'assurance, la contradiction ne serait pas moins frappante. La clause compromissoire est facultative dans une police d'assurance maritime; mais elle y a toujours été très-usitée; car Valin remarque que « on ne voit guère de police d'assurance sans la clause portant soumission à l'arbitrage » (liv. 3, tit. 6, art. 70). Cette clause est donc un besoin dans les contrats d'assurance maritime. Or, ce besoin est le même dans les contrats d'assurance terrestre; et ce qui le prouve, c'est que presque toutes les compagnies ont adopté cette clause dans leurs statuts. Eh bien, malgré cette identité de raison et d'intérêt, le législateur aurait interdit, dans les assurances terrestres, ce qu'il a permis dans les assurances maritimes! La Cour de cassation répond que l'assurance terrestre n'est pas un

acte de commerce. Sans doute, l'acte n'est pas commercial, du moins de la part de l'assuré; mais l'utilité de la clause compromissoire dépend-elle du caractère civil ou commercial du contrat? Non; elle dépend de la nature de ce contrat et des règles auxquelles il est soumis. Or, sous ces deux rapports, qu'y a-t-il de plus semblable que l'assurance maritime et l'assurance terrestre? Ainsi le législateur du Code de procédure n'avait aucun motif raisonnable pour prohiber la clause compromissoire.

43. Avait-il, du moins, quelque motif pour exiger que cette clause contînt, comme le compromis lui-même, le nom des arbitres et la désignation précise de l'objet du litige? Non; et cette vérité est peut-être plus évidente encore que celle qui précède.

D'abord, quant à l'objet du litige, comment aurait-on pu exiger qu'il fût spécifié dans la clause compromissoire? Est-ce que, quand on fait un contrat, il est possible de prévoir toutes les contestations qui pourront en résulter?

A l'égard de la désignation des arbitres, elle n'aurait été ni impossible ni même difficile; mais il eût été contraire au bon sens de l'exiger. Le choix des arbitres dépend de la nature de la contestation qui doit leur être soumise. S'agit-il d'une question de droit ou d'une interprétation d'acte, on s'adresse à des jurisconsultes; d'une question de travaux publics, on la porte devant des ingénieurs; d'une question de comptabilité commerciale. on prend des négociants. En outre, tel individu a aujourd'hui toute la capacité et toute la consistance désirables; mais peut-être, dans quelques années, lorsque la contestation s'élèvera, sa raison sera-t-elle affaiblie et sa réputation aura-t-elle souffert de graves atteintes. Ce serait donc une loi funeste que celle qui placerait les citoyens dans l'alternative ou de ne pouvoir pas insérer dans leurs conventions des clauses compromissoires, ou de constituer d'avance, et pour toute la durée du contrat. un tribunal arbitral inamovible.

44. On conçoit pourquoi le Code de procédure a imposé aux personnes qui signent un compromis l'obligation d'y désigner les arbitres et l'objet du litige. Lorsque l'on compromet, le différend existe, la nature et les circonstances en sont connues. Les parties ne peuvent avoir aucun motif pour ne pas y désigner les arbitres et l'objet de la contestation. Omettre cette désignation, ce serait s'exposer,

<sup>(1)</sup> On en trouve un exemple dans l'arrêt de la cour de Paris, du 14 février 1809 (S.-V. 9. 2. 67; D. A. 1. 666).

sans utilité, à un procès préliminaire pour parvenir à compléter le compromis par la nomination des arbitres et l'explication du sujet du différend. Le législateur, qui s'efforce d'abréger et de simplifier les débats judiciaires, a interdit, avec raison, de procèder ainsi.

Mais, relativement à la promesse de compromis, il en est autrement, puisqu'on ne peut, ainsi que nous venons de l'établir, exiger raisonnablement des parties la désignation anticipée des arbitres et de l'objet du litige. Ainsi, c'est très-sagement que la loi u'a pas étendu à la promesse de compromis les conditions déterminées par l'article 1006, et qu'en gardant le silence sur ce genre de promesse, il l'a laissée sous l'empire des règles générales applicables aux promesses de contrats.

45. Ce qui précède répond à ce motif donné par la Cour de cassation, que : « Aux termes de l'art. 1134 du Code civil, les conventions ne tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites que lorsqu'elles ont été légalement formées, et qu'une convention n'est pas légalement formée quand elle est dépourvue des conditions expressément exigées par la loi. »

Non, la promesse de compromis qui ne contient pas les noms des arbitres et la désignation de l'objet du litige, n'est pas dépourvue des conditions exigées par la loi, parce que la loi n'exige l'accomplissement de ces conditions que dans le compromis, et qu'il ne l'exige pas dans la promesse de compromis. Cette promesse ne fait qu'établir un lien de droit, d'où il doit nécessairement, à l'époque où la contestation naîtra, sortir un compromis réunissant toutes les conditions énoncées dans l'article 1006. Cette promesse est donc licite, puisqu'elle est le germe d'un compromis régulier et conforme à la loi.

46. Le silence du Code de procédure sur les promesses de compromis est d'autant plus décisif à nos yeux, que, de tout temps, ces promesses ont été d'un usage fréquent. Jamais, antérieurement à ce Code, la validité n'en avait été contestée, et elle n'aurait pas pu l'être avec la moindre apparence de raison. C'est ce qui résulte de l'exposé de l'ancienne législation que nous avons présenté plus haut. Si les auteurs du Code avaient entendu innover à ce sujet, ils n'auraient pas manqué de manifester clairement leur volonté.

Ajoutons que, pendant environ vingt-cinq ans, le Code de procédure, ainsi que nous l'avons établi plus haut, a été, à l'unanimité,

interprété dans ce sens par les jurisconsultes et les tribunaux. Ce fait nous paraît d'une haute importance; car c'était surtout à cette époque que les traditions qui pouvaient conduire à la saine appréciation de l'esprit de ce code, étaient fraîches, précises et connues de tous les légistes.

47. « Mais, dit la Cour de cassation, la compétence des tribunaux et l'organisation judiciaire étant d'ordre public, il ne peut y être dérogé que dans les cas prévus et sous les conditions déterminées par la loi. » D'où la cour suprème conclut qu'on ne peut déroger à la compétence des tribunaux que par un compromis parfaitement conforme à l'art. 1006.

Nous sommes tout à fait de cet avis; mais ce n'est pas là la question. Sans doute, lorsque la contestation naîtra, le compromis qui, en exécution de la clause compromissoire, se fera soit à l'amiable, soit par l'autorité de la justice, devra réunir toutes les conditions déterminées par l'art. 1006; mais ne peut-on pas d'avance contracter l'obligation de faire un tel compromis? Ne peut-on pas dire: la loi veut qu'un compromis contienne les noms des arbitres et la désignation du litige; eh bien, dans le cas où il surviendrait, par la suite, une contestation relative au contrat que nous signons aujourd'hui, nous nous engageons à faire un compromis qui remplira ces conditions? En quoi l'ordre public peut-il être blessé par la promesse d'un tel compromis, puisqu'il ne l'est pas par le compromis même? et comment la promesse de déroger à la juridiction ordinaire, par un compromis valable, pourrait-elle être illicite, puisque la loi permet d'y déroger par ce compromis?

48. M. Merlin, quoiqu'il se prononce contre la validité de la clause compromissoire, reconnaît qu'une telle clause, non accompagnée de nomination d'arbitres, n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. « Mais, dit-il, ce que je ne puis concevoir, c'est qu'une promesse de compromettre, non accompagnée de la désignation nominative des arbitres, soit valable, tandis que bien certainement une promesse de vendre, non accompagnée d'une convention sur le prix de la chose qui en est l'objet, ne produirait ni obligation ni action quelconque; tandis que bien certainement il ne résulterait ni obligation ni action quelconque d'une promesse de donner, à laquelle manquerait l'une des conditions requises par le Code pour la validité d'une donation. »

On est surpris de voir un jurisconsulte aussi profond se décider par de tels arguments.

La promesse de vente, sans fixation du prix, ne produit aucune obligation: rien n'est plus vrai; mais pourquoi? Parce qu'un texte formel le veut ainsi. Supposez, pour un moment, que ce texte n'existât pas, la promesse de vente, sans fixation du prix, serait obligatoire comme elle l'était sous l'ancien droit, et la convention se compléterait au moyen d'une expertise. Y a-t-il une disposition analogue, relativement à la promesse de compromis? Non. Cette promesse est donc valable, quoique les noms des arbitres n'y figurent pas, puisque le compromis peut s'effectuer par des moyens légaux et juridiques.

Quant à la promesse de donation, qui n'est pas en forme, elle ne confère aucun droit au prétendu donateur, nous le reconnaissons; mais quel en est le motif? C'est que les actes de libéralité ne sont pas soumis aux mêmes règles que les contrats. Si une promesse de donation sous seing privé était valable, elle produirait en réalité le même effet qu'une donation véritable. Alors à quoi servirait la loi qui détermine les solennités de la donation? D'ailleurs il faut que le donateur se dépouille actuellement (art. 894); ce qui exclut tout engagement résultant d'une promesse de donation. Généralement, en matière de donations ou de testaments, tout acte qui n'est pas revêtu de certaines formes doit être considéré comme n'existant pas... forma dat esse rei. Les contrats sont soumis à d'autres principes. L'acte (sauf le cas où la loi en a disposé autrement) n'est destiné qu'à établir la preuve de la convention, et n'est pas nécessaire pour sa validité.

49. Nous terminerons en indiquant l'opinion des auteurs dans les deux sens.

Pour la validité de la clause compromissoire: Carré (Lois de la procédure, n° 3274) et Chauveau, son annotateur (n° 3279 bis), Pardessus (Cours de dr. comm., n° 1391), Goubeau de la Billenerie (De l'arbitrage, t. 1er, p. 120), Mongalvy (De l'arbitrage, t. 1, n° 246), Bioche et Goujet (Dictionn. de procéd., v° Arbitrage, n° 126), Curasson (Compél. des juges de paix, t. 1, p. 45), Devilleneuve et Massé (v° Compromis, n° 67); V. aussi une consultation délibérée par l'auteur de cet article avec MM. Duvergier, bâtonnier de l'ordre des avocats à la cour royale de Paris, et Moreau, avocat à la cour de cassation.

Pour la nullité: Merlin (Quest. de droit, v° Arbitrage, § 15), Thomine-Desmasures (t. 2, n° 1212), Championnière (Revue de législation, fév. 1843, p. 211).

50. Il nous reste maintenant à traiter quelques questions moins importantes que celle qui vient d'être discutée.

Nous avons dit au mot Arbitrage (nº 65) que, lorsque les arbitres ou l'un d'entre eux étaient nommés par jugement, ce jugement équivalait à un compromis; et nous en avons tiré la conséquence que c'était ce même jugement qui formait le point de départ du délai de l'arbitrage, lorsque la justice n'avait pas indiqué un autre point de départ, tel, par exemple, que le jour de la constitution du tribunal arbitral.

Nous devons ajouter ici que ce n'est pas du jour même du jugement, mais du jour de sa signification, que peut courir le délai de l'arbitrage; car tant que le jugement n'a pas été levé et signifié, il n'est pas susceptible d'exécution (C. de pr., 147) (1): l'arbitrage ne peut donc être organisé, et par conséquent le délai ne doit pas courir.

51. A plus forte raison, la signification estelle nécessaire, lorsqu'en vertu d'une clause compromissoire les arbitres ont été nommés par ordonnance du président du tribunal civil, ou du président du tribunal de commerce. Ce n'est, en effet, que par la signification que cette ordonnance peut être connue des parties, autres que celle qui l'a obtenue. Jusqu'à cette signification elle n'a pas à leur égard d'existence légale.

Cette proposition et la précédente sont établies dans une consultation de M. Sebire, à laquelle ont adhéré MM. Dupin et Marie.

« Lorsque le président est appelé à nommer des arbitres, disent les conseils, quel sera le jour du compromis? Evidemment ce ne sera pas la date de l'ordonnance du président; cette ordonnance rendue à l'insu de l'une des parties, lui demeure étrangère jusqu'au jour où il lui en a été donné une connaissance régulière, jusqu'au jour où elle a été signifiée. C'est du jour de cette signification que l'ordonnance qui nomme les arbitres devient commune aux deux parties; c'est de ce jour qu'elle peut tenir lieu de compro-

<sup>(1)</sup> D'après cet article, s'il y a avoué en cause, il suffit de signifier à l'avoué, puisque le jugement ne prononce pas de condamnation.

mis, de la promesse réciproque qui doit lier les parties.

» Car, il faut bien le remarquer, il ne s'agit point ici d'un jugement contradictoire, qui cependant doit être signifié pour faire courir le délai; il ne s'agit pas même d'un jugement par défaut, auquel le défaillant aurait été appelé et mis à même de se défendre; il s'agit d'une ordonnance rendue dans le cabinet du président, en l'absence de la partie, sans même la prévenir, ni qu'elle y soit appelée.

» Il est donc indispensable que cette ordonnance soit signifiée à la partie qui ne l'a point requise, pour qu'elle lui devienne commune et tienne ainsi lieu de compromis; la date de la signification sera alors la date de ce compromis, et fixera le point de départ du délai des arbitres.

» S'il en était autrement, s'il était possible d'admettre que le délai pour la durée de la mission des arbitres dût être fixé à partir du jour de l'ordonnance, on comprend qu'il serait loisible à la partie qui aurait obtenu cette ordonnance de rendre illusoire, pour l'autre, le bénéfice des délais de la loi, en n'en faisant faire signification qu'un long temps après le jour où elle aurait été obtenue.»

52. Si la partie à laquelle on signifie le jugement ou l'ordonnance de nomination des arbitres n'est pas domiciliée dans la ville où l'arbitrage doit avoir lieu, il faut évidemment ajouter le délai des distances à la durée que l'arbitrage aurait eue, si cette partie avait été sur les lieux. C'est une conséquence de l'article 1033 du Code de procédure. On conçoit d'ailleurs que, s'il en était autrement, et que la partie à laquelle la signification serait faite fût domiciliée à l'étranger ou dans les colonies, le délai tout entier pourrait s'écouler avant qu'il fût possible de constituer l'arbitrage.

53. Ce qui est dit dans les numéros précédents doit s'appliquer, sans difficulté, aux clauses compromissoires contenues dans les polices d'assurances maritimes et dans les actes de société de commerce, puisque la validité de ces clauses n'est pas susceptible de doute.

Quant aux clauses compromissoires qui se trouvent dans d'autres contrats, les solutions dont il s'agit s'y appliquent aussi dans notre système, puisque nous considérons ces clauses comme valables. Elles s'y appliqueraient même dans le système contraire, si la nullité de la clause compromissoire n'avait pas été demandée, et que les parties eussent couvert cette clause en nommant les arbitres pour statuer sur le différend survenu entre elles; car il est impossible de ne pas considérer cette nomination comme équivalant à un compromis, qui n'est susceptible d'aucune critique, puisque les noms des arbitres et l'indication de l'objet du litige s'y trouvent. (Rouen, 19 juillet 1844; — Gaz. des trib., 1er septembre 1844.)

54. Dans la prévoyance d'une contestation, une clause compromissoire a été souscrite d'avance avec désignation du nom des arbitres et indication suffisante de l'objet du litige; la validité ne saurait en être contestée, même d'après la doctrine de la Cour de cassation.

Quel est alors le point de départ du délai de l'arbitrage? Ce ne peut être, à notre avis, que le moment où les parties se sont trouvées en dissidence, dûment constatée; ce n'est qu'à partir de ce moment que l'on a eu la faculté d'agir.

En général ce qui constate régulièrement la dissidence, c'est l'assignation donnée par l'une des parties à l'autre, pour comparaître devant les arbitres.

Cependant il serait possible que la dissidence fût établie par la correspondance des parties, et que cette correspondance cût, à cet égard, la même force et produisît le même effet qu'un compromis fait sur une contestation existante. C'est une question dont la solution dépend des circonstances. Aussi la cour de cassation a-t-elle rejeté, par arrêt du 27 mars 1844, le pourvoi contre un arrêt de la cour de Riom, qui avait jugé dans ce sens. La Cour de cassation a déclaré que les magistrats de Riom s'étaient fondés sur une appréciation d'actes et de faits qui échappait à sa censure. (Gaz. des trib., 29 mars 1844.)

DE VATIMESNIL.

COMPTABILITÉ COMMUNALE (1). — 1. Ainsi que nous l'avons aunoncé précèdemment au mot Communes, n° 214, la comptabilité communale ne sera envisagée ici que sous le rapport des formes, c'est-à-dire en ce qui concerne l'établissement du budget,

<sup>(1)</sup> Article de M. Davenne, chef de division au ministère de l'intérieur.

l'ouverture, la régularisation et l'emploi des crédits; l'ordonnancement et le paiement des dépenses; l'encaissement des recettes et la justification des comptes.

2. Nous avons fait remarquer aussi que depuis quelques années la comptabilité des communes a été soigneusement renfermée, comme celle de l'état, dans des règles précises et rigoureuses. Ajoutons que le nouveau système adopté pour la tenue des écritures et la justification des comptes (V. notamment circ. du min. de l'int. des 1er mars et 10 avril 1835) a eu les résultats les plus savorables comme garantie de la bonne gestion des revenus communaux, résultats d'autant plus importants que cette branche de la fortune publique, suivant un rapport présenté au roi en 1837, par le ministre de l'intérieur, ne s'élevait pas, à cette époque, à moins de 141,385,000 fr. de produit annuel; savoir, 33,692,000 fr. de revenu foncier et 107,693,000 fr. de taxes municipales et recouvrements divers (1).

\$ 1er. - Du budget.

§ ?. — De la perception des revenus et de l'emploi des crédits.

§ 3. — Des comptes.

#### § 1er. — Du budget.

3. Le budget fait la base de toute comptabilité publique; occupons-nous donc d'abord de la manière dont celui de la commune doit être établi.

On sait qu'il faut entendre par ce mot, emprunté au vocabulaire administratif de la Grande-Bretagne, l'état, arrêté chaque année, des recettes et des dépenses à faire dans le cours de l'année suivante, qui prend le nom d'exercice. — V. Budget.

4. C'est au 1<sup>er</sup> janvier que commence l'exercice de l'année, et il finit au 31 décembre. Mais il est accordé, pour compléter les opérations, un délai de trois mois, qui expire par conséquent au 31 mars de la seconde année (ordonn. des 1<sup>er</sup> mars 1835 et 31 mai 1838; inst. gén. du min. des fin. du 17 juin 1840, art. 701).

5. Par clôture de l'exercice, on entend l'ex-

piration du délai que les règlements assignent à l'acquittement de toutes les dépenses, comme au recouvrement de toutes les recettes prévues au budget de la même année, qui expire avec le douzième mois. D'après une ordonnance royale du 23 avril 1823, l'exercice n'était clos qu'au 31 décembre de la seconde année. Les embarras et les retards qu'un délai aussi prolongé occasionnait souvent dans les services, ont fait sentir-la nécessité de l'abréger. Une nouvelle ordonnance, intervenue à la date du 1er mars 1835, a restreint la clôture de l'exercice, savoir: au 30 juin pour les communes et établissements publics justiciables de la cour des comptes, c'est-à-dire qui ont 30,000 francs de revenu, et au 31 mars pour les autres; puis enfin celle du 24 janvier 1843 a ramené, pour toutes les communes sans distinction, excepté la ville de Paris (1), l'époque de cette clôture au 31 mars.

6. C'est au maire qu'est remis le soin de préparer et de proposer au conseil municipal. réuni en session annuelle et ordinaire du mois de mai, le budget de l'exercice suivant (l. 14 déc. 1789 et 28 pluv. an viii; arr. du 4 therm. an x; déc. du 14 fév. 1806; ordonn. des 28 janv. 1815 et 31 mai 1838, art. 434). Les budgets adoptés par les conseils municipaux sont ensuite adressés par les maires au sous-préfet, et transmis par celui-ci, avec son avis, au préfet, qui approuve ceux des communes dont les revenus s'élèvent à moins de 100,000 fr. Ceux des villes dont les revenus sont de 100,000 francs et au-dessus, sont adressés par le préfet au ministre de l'intérieur pour être approuvés par le roi (1.18 juill. 1837, art. 33 (2)). Ces envois doivent être faits sans retard. Les budgets des villes à soumettre à la sanction royale doivent parvenir au ministre de l'intérieur avant le 1er septembre, asin que tous les budgets communaux soient remis, à la fin de chaque année, pour l'exercice qui va s'ouvrir, aux receveurs municipaux qui sont chargés de les exécuter, et qui les reçoivent par

<sup>(1)</sup> On ne comprend pas dans cet aperçu 24,644,000 fr. de recettes extraordinaires, suivant ce même compte rendu.

<sup>(1)</sup> Paris est rentré lui-même dans la règle commune, en vertu d'une ordonnance royale du 17 janvier 1844.

<sup>(2)</sup> Aux termes du dernier paragraphe du même article, le revenu d'une commune est réputé atteindre cent mille francs, lorsque les recettes ordinaires constatées dans les comptes se sont élevées à cette somme pendant les trois dernières années.

l'entremise des receveurs des finances (instr. gén. du 17 juin 1840, art. 702 et 703).

- 7. Cependant le législateur a dû prévoir le cas où le budget d'un exercice ne pourrait être approuvé ni par conséquent remis au receveur municipal avant l'ouverture de cet exercice. Dans ce cas, les recettes et dépenses ordinaires continuent à être faites jusqu'à l'approbation du budget, conformément à celui de l'année précédente (l. 18 juill. 1837, art. 35; ordonn. du 31 mai 1838, art. 437).
- 8. A l'appui de cette disposition, l'instruction générale du ministre des finances, du 17 juin 1840, rappelle (art. 704) que l'art. 15 de la loi du 18 juillet 1837 donne au préset le pouvoir de suppléer soit par lui-même, soit par un délégué spécial, à l'action du maire, dans le cas où ce fonctionnaire négligerait de soumettre le budget de la commune à la délibération du conseil municipal. Elle ajoute (art. 709) que, conformément à ce que prescrit l'art. 39 de la loi du 18 juillet 1837, si un conseil municipal n'allouait pas les fonds exigés pour une dépense obligatoire, ou n'allouait qu'une somme insuffisante, l'allocation nécessaire devrait être inscrite au budget par ordonnance du roi, pour les communes dont le revenu est de 100,000 fr. et au-dessus, et par un arrêté du préfet en conseil de préfecture, pour celles dont le revenu est inférieur. D'où il suit que si un conseil municipal rejetait ou refusait de voter le budget de la commune dans son ensemble, il devrait être dressé par l'administration locale un budget d'office, dans lequel seraient comprises sculement les dépenses déclarées obligatoires par la loi, et qui serait soumis à l'autorité compétente pour être approuvé suivant les formes accoutumées.
- 9. L'art. 35 de la loi municipale s'exprime ainsi: « Dans le cas où, par une cause quelconque, le budget d'une commune n'aurait pas été approuvé avant le commencement de l'exercice, les recettes et dépenses ordinaires continueront, jusqu'à l'approbation de ce budget, à être faites conformement à celui de l'année précédente. » On a cru pouvoir soutenir que, dans leur généralité, ces expressions, par une cause quelconque, s'appliquaient à tous les cas, embrassaient toutes les éventualités, même celle du refus de concours d'un conseil municipal.

Mais, outre qu'une pareille doctrine tendrait à un but directement contraire à celui que s'est proposé le législateur, et se concilierait difficilement avec les principes généraux de nos lois nouvelles, dont l'objet a été d'émanciper les communes en reconstituant le pouvoir municipal, nous ferons remarquer qu'il résulte de la discussion de la loi du 18 juillet 1837, que le but réel de l'art. 35 a été de donner aux communes une garantie contre les retards que l'approbation de leurs budgets pourrait avoir à subir, et non pas de retirer à l'autorité supérieure une faculté coërcitive à l'égard des conseils municipaux qui négligeraient ou refuseraient de voter le budget. C'est ce qu'énonçait positivement le rapport de M. Vivien à la chambre des députés: « Il peut arriver, dit ce rapport (page 84), que l'approbation du budget n'ait pas été donnée avant le commencement de l'exercice auquel il s'applique; dans ce cas, le budget précédent sert de base et de titre pour les dépenses ordinaires. »

10. Les deux grandes divisions ou titres du budget, c'est-à-dire la partie des recettes et celle des dépenses, se subdivisent elles-mèmes, sous forme de chapitres, la première, en recettes ordinaires et recettes extraordinaires; la seconde, en dépenses ordinaires et dépenses extraordinaires, sans égard, pour celles-ci, à ce qui, suivant la loi, doit être considéré comme charge obligatoire, ou dépenses facultatives.

En effet, il est plusieurs dépenses qui, bien que purement facultatives, mais revenant chaque année, doivent être classées au chapitre des dépenses ordinaires: tels sont, par exemple, les suppléments de traitement alloués aux curés et desservants; ceux que la commune accorde à l'instituteur primaire; les traitements des institutrices et autres traitements analogues. De même, certaines autres dépenses, telles que celles qui s'appliquent aux grosses réparations d'un édifice communal, quoique réellément obligatoires, ne se renouvelant pas annuellement, ne sont pas ordinaires dans le sens de la loi.

- 11. Toute recette faite en dehors du cadre du budget ou qu'on a omis d'y faire figurer, est réputée occulte et peut donner lieu à des poursuites envers le comptable, soit devant le conseil de préfecture (art. 66), si la commune n'a pas 30,000 fr. de revenu, soit devant la cour des comptes, si les revenus communaux s'élèvent à cette somme (id.).
- 12. La première opération dont il faut s'occuper avant la formation du budget, dont

elle est le premier élément, c'est le règlement définitif des recettes et dépenses de l'exercice clos, qui doit servir à établir l'excédant disponible ou le déficit à répartir, soit en recette, soit en dépense extraordinaire sur le nouvel exercice. (Instr. gén. du min. des fin., du 17 juin 1840, art. 711 et 712.) — V. infrà, n° 34.

- 13. A la même session annuelle du mois de mai, le conseil municipal a, en outre, à délibérer sur les chapitres additionnels du budget de l'exercice courant, adopté dans la session correspondante de l'année antérieure. Ces chapitres comprennent les recettes et dépenses qu'il juge nécessaire d'ajouter à celles du budget primitif, aussi bien que le report des recettes et dépenses provenant de l'exercice clos au 31 mars précédent, c'est-à-dire, pour les recettes, les crédits ou portions de crédits annulés fautes d'emploi, et les restes à recouvrer; et pour les dépenses, celles qui n'ont pu être faites, et celles qui n'ont pas été entièrement liquidées pendant la durée de l'exercice expiré. Le conseil municipal décide quels sont les crédits qui doivent être maintenus et les dépenses restant à faire qu'il y a lieu de reporter sur le nouvel exercice.
- 14. Les crédits ainsi délibérés, qui forment ce qu'on appelle le budget supplémentaire, sont autorisés par le préfet dans les communes dont il est appelé à régler le budget, et par le ministre, dans les autres communes. Toutefois, dans ces dernières, les crédits supplémentaires pour dépenses urgentes peuvent être approuvés par les préfets (l.18 juill.1837, art. 34).
- 15. Les dépenses proposées par le conseil municipal peuvent être rejetées ou réduites par l'ordonnance du roi ou par l'arrêté du préfet qui règle le budget (art. 36); mais elles ne peuvent être augmentées, et il ne peut y en être introduit de nouvelles qu'autant qu'elles sont obligatoires (art. 38).

Ajoutons que l'initiative des corps municipaux doit être respectée dans toutes les circonstances analogues, et qu'en principe, l'autorité administrative supérieure ne peut modifier leurs propositions en matière de dépenses que dans un sens restrictif, sauf les cas d'exception prévus par la loi.

16. Ensin les conseils municipaux peuvent porter aux budgets un crédit pour dépenses imprévues. La somme à inscrire pour ce crédit ne peut être réduite ou rejetée qu'autant que les revenus ordinaires, après avoir satisfait à toutes les dépenses obligatoires, ne permettraient pas d'y faire face, ou qu'elle excèderait le dixième des recettes ordinaires.

- 17. Il n'est pas inutile de faire observer que ce fonds ne peut être employé à payer des dépenses qui auraient été faites pendant un exercice autre que celui pour lequel il a été alloué, non plus que des dépenses proposées au budget et qui auraient été rejetées. En général, aucune dépense dont l'objet sort de la classe de celles qui s'effectuent habituellement en vertu des lois et règlements généraux, ne doit avoir lieu sur ce fonds, à moins d'une autorisation spéciale de l'autorité qui règle le budget. (Instruct. gén. du 17 juin 1840, art. 707.)
- 18. Le crédit pour dépenses imprévues est employé par le maire avec l'approbation du préfet pour les budgets réglés par le roi, et du sous-préfet pour les budgets réglés par le préfet.

Dans les communes autres que les chefs-lieux de département ou d'arrondissement, le maire peut employer le montant de ce crédit aux dépenses urgentes, sans approbation préalable, à la charge d'en informer immédiatement le sous-préfet, et d'en rendre compte au conseil municipal dans la première session ordinaire qui suivra la dépense effectuée (art. 37).

19. Une observation essentielle trouve ici sa place: c'est que les ordonnances royales qui règlent le budget d'une ville, n'ont pas pour effet d'approuver les règlements qui servent de base aux recettes inscrites à ces budgets (ordon. du 18 déc. 1839 [ville de Lyon]). Ainsi, pour qu'un tarif de perception munipale soit régulièrement exécutoire, il ne suffit pas que le produit de cette perception figure dans un budget approuvé par le roi, il faut que ce tarif ait été soumis à la sanction de l'autorité compétente, et qu'il ait fait l'objet d'une approbation prononcée par une décision spéciale.

# § 2. — De la perception des revenus et de l'emploi des crédits.

20. Nous avons déjà fait connaître (V. Commune, n° 236) que les agents préposés au maniement des deniers communaux sont, pour les communes qui ont moins de 30,000 fr. de revenu, les percepteurs; et pour celles qui jouissent d'un revenu supérieur, les receveurs municipaux. Les premiers sont justiciables du

conseil de présecture, les seconds, de la cour des comptes (l. 18 juill. 1837, art. 65 et 66).

21. Les recettes et dépenses communales, dit la loi municipale (art. 62), s'effectuent par un comptable chargé seul, et sous sa responsabilité, de poursuivre la rentrée de tous revenus de la commune et de toutes sommes qui lui seraient dues, ainsi que d'acquitter les dépenses ordonnancées par le maire, jusqu'à concurrence des crédits régulièrement accordés.

Le même article dispose que les rôles dé taxes, de sous-répartition de prestations locales, seront remis à ce comptable.

- 22. Les receveurs municipaux recouvrent les divers produits aux échéances déterminées par les titres de perception ou par l'administration. (Instruc. gén. du min. des fin. du 17 juin 1840, art. 728.)
- 23. Ils délivrent quittance de toutes les sommes versées à leur caisse. Ces quittances sont détachées d'un journal à souche, et doivent être remises à la partie payante sur papier libre et sans frais, si la recette n'excède pas dix francs, ou si la quittance n'a pas pour objet un à-compte ou un paiement pour solde de plus forte dette (1). Dans les autres cas, la quittance doit être timbrée, et le prix du timbre est à la charge de la partie versante. (Instr. gén., art. 734.)
- 24. Les communes sont, pour le recouvrement de leurs revenus, sous l'empire du droit commun, et soumises aux règles ordinaires de la procédure, sauf les exceptions réglées par la loi. (L. 18 juill. 1837, art. 49 à 59; Instr. gén. art. 735.)
- 25. Il appartient aux maires, comme chargés de la conservation et de l'administration des propriétés communales, de faire tous actes conservatoires de leurs droits (l. 18 juill. 1837, art. 10 et 55). Mais les receveurs municipaux seront tenus de faire, sous leur responsabilité personnelle, toutes les diligences nécessaires pour la perception des revenus, legs, donations et autres produits de toute nature; de faire faire contre les débiteurs en retard, et à la requête des maires, les exploits, significations, poursuites et commandements nécessaires; d'avertir les administrateurs à l'expi-

ration des baux; d'empêcher les prescriptions; de veiller à la conservation des domaines, droits, priviléges et hypothèques; de requérir à cet esset l'inscription au bureau des hypothèques de tous titres qui en sont susceptibles; ensin, de tenir registre de ces insersptions, ainsi que des autres poursuites et diligences. (Arrêté du gouvernement du 19 vendém. an XII; l. 18 juill. 1837, art. 10, 16 et 62; instr. gén. du 17 juin 1840, art. 736.)

26. Les receveurs municipaux assistent à toutes les adjudications qui ont lieu pour le compte de la commune. (Arrêté du 19 vend.

an xII; instr. gén., art. 736.)

27. Les recettes municipales pour lesquelles les lois et règlements n'ont pas prescrit un mode spécial de recouvrement, s'effectuent sur des états dressés par le maire. Ces états sont exécutoires après qu'ils ont été visés par le sous-préfet. Les oppositions, lorsque la matière est de la compétence des tribunaux ordinaires, sont jugées comme affaires sommaires, et la commune peut y défendre sans l'autorisation du conseil de préfecture. (L. 18 juill. 1837, art. 63.)

Lorsque les créances à recouvrer sont déjà constatées par un titre exécutoire, tel qu'un jugement ou un acte notarié, le maire n'a pas à dresser l'acte indiqué ci-dessus, et la poursuite se fait en vertu de l'acte même. (Ord. du 31 mai 1838, art. 464; instr. gén. du 17 juin 1840, art. 739.)

28. En ce qui concerne les produits communaux qui sont assimilés pour le recouvrement aux contributions directes, tels que les taxes particulières dont parle l'article 44 de la loi du 18 juillet 1837, les poursuites s'exercent suivant le mode réglé pour ces contributions, c'est-à-dire par voie de contrainte et de garnison. (Instr. gén., art. 738.)

29. Les frais de poursuite qu'exige la rentrée des produits communaux sont payés par les receveurs personnellement, à titre d'avances, sauf à eux à les prélever sur les fonds libres de la commune et à s'en faire rembourser par les redevables. (Instr. gén., art. 738.)

30. Quant aux paiements à faire pour le compte de la commune, c'est le maire qui délivre les mandats. S'il refusait d'ordonnancer une dépense régulièrement autorisée et liquide, il serait prononcé par le préfet en conseil de préfecture, et l'arrêté du préfet tiendrait lieu du mandat du maire. (L. 18 juillet 1837, art. 61.)

<sup>(1)</sup> Plusieurs autres exemptions du droit de timbre sont autorisées, selon la nature des services, et rappelées par l'instruction générale du 17 juin 1840, art. 731. — V. Timbre.

- 31. Aucune dépense ne peut être acquittée par les receveurs municipaux, si elle n'a été préalablement ordonnancée sur un crédit ré gulièrement ouvert. Les maires ou les adjoints qui les remplacent sont les seuls ordonnateurs des dépenses municipales. Leurs ordonnances ou mandats doivent énoncer l'exercice auquel ils s'appliquent; ils sont délivrés au profit et au nom des créanciers directs des communes. (Instr. gén. du min. des fin., du 15 déc. 1826.)
- 32. Mais un principe qu'il faut considérer comme la plus sûre garantie des intérêts financiers des communes, est celui qui consacre d'une manière absolue la séparation des fonctions d'ordonnateur des dépenses, de celles de payeur ou receveur.

Ce principe est aujourd'hui passé dans la loi, qui l'a formulé en termes précis. L'article 64 de la loi municipale du 18 juillet 1837 porte:

« Toute personne autre que le receveur municipal qui, sans autorisation légale, se serait ingérée dans le maniement des deniers de la commune, sera par ce seul fait constituée comptable; elle pourra en outre être poursuivie en vertu de l'article 258 du Code pénal, comme s'étant immiscée sans titre dans des fonctions publiques. »

De nombreuses ordonnances rendues au contentieux avaient déjà fixé invariablement la jurisprudence sur ce point important, et il avait été posé comme règle que lorsqu'un maire s'est rendu volontairement comptable des deniers de la commune, en faisant recette ou dépense de ses deniers, il est justiciable du conseil de préfecture ou de la cour des comptes. (Ord. des 7 août 1835, 14 juin 1837 et autres.)

Le rapport fait à la chambre des députés sur le projet de loi municipale ne laisse aucune incertitude à cet égard; on y lit, p. 102:

« Le maire est ordonnateur; le receveur est comptable; ces deux titres ne doivent pas être confondus. Le maire ne doit effectuer aucune recette. S'il excédait son droit de simple ordonnateur, toutes les dispositions de lois qui règlent les obligations spéciales des receveurs lui seraient virtuellement applicables. Il dénaturerait son caractère et deviendrait responsable (1). »

#### § 3. — Des comptes.

- 33. Aux termes de l'article 23 de la loi du 18 juillet 1837, le conseil municipal est appelé à délibèrer sur les comptes présentés annuellement par le maire. Il entend, débat et arrête les comptes en deniers du receveur, sauf règlement définitif conformément à l'article 66, c'est-à-dire sauf apurement par le conseil de préfecture ou par la cour des comptes, selon que les revenus de la commune sont au-dessous ou au-dessus de 30,000 fr.
- 34. Dans la même session où le conseil municipal délibère sur le budget du prochain exercice, et avant cette délibération, il doit être procédé au règlement de l'exercice clos, comme nous l'avons dit tout à l'heure (suprà, nº 12). A cet effet, à l'époque de la clôture de l'exercice, le maire dresse, de concert avec le receveur municipal, un état des dépenses faites au 31 décembre précédent, qui n'ont pas été payées, soit parce que les entrepreneurs ou fournisseurs n'ont pas produit, en temps utile, les pièces nécessaires pour la liquidation de leurs créances, soit parce qu'ils n'ont pas réclamé, avant la clôture de l'exercice, le paiement des mandats qui leur ont été délivrés. Cet état, qui doit être certifié conforme aux écritures, tant par le receveur que par le maire, sous leur garantie et leur responsabilité respectives, reste entre les mains du receveur municipal, qui est provisoirement autorisé à solder, sur les fonds de sa caisse, les reste-à-payer constatés par l'état, sans toutefois pouvoir dépasser la limite des crédits ouverts au budget définitif pour l'article de dépense sur lequel porte le resteà-payer. (Instr. gén. du 17 juin 1840, art. 711, 712.)
- 35. Le maire prépare en même temps le compte de l'exercice clos qui doit comprendre, en recette et en dépense, toutes les opérations faites sur cet exercice jusqu'à l'époque de la clôture. Il joint à ce compte en deniers tous les développements et les explications

proposé d'insérer dans la loi une disposition conforme à ce principe, le rapporteur (M. Vivien) déclara que la commission adoptait cette proposition qui consacrait l'état de choses existant. « Les maires qui font des recettes, ajoutait-il, sont, en effet, d'après la jurisprudence constante de la cour des comptes et du Conseil d'état, considérés comme comptables. »

<sup>(1)</sup> Dans la séance de la chambre des députés du 10 février 1837, un membre (M. Laplagne) ayant

qui en doivent former la partie morale. Le receveur municipal établit de son côté, d'après ses écritures, dans les quinze jours qui suivent l'époque de la clôture de l'exercice, un compte de situation de l'exercice clos. Ce compte est remis par le receveur au maire, pour être joint, comme pièce justificative, au compte administratif et aux autres pièces relatives au règlement de l'exercice. (Instr. gén., art. 713, 714.)

36. Pour justifier de l'accomplissement des obligations qui lui sont imposées (V. suprà, nº 25), le receveur municipal est tenu en outre de produire, avec ses comptes annuels et dans une forme déterminée par un modèle donné, un état des propriétés, des rentes et créances qui composent l'actif de la commune, indiquant la nature des titres, leur date, celle des inscriptions hypothécaires prises pour en assurer la conservation, et contenant tous les renseignements propres à éclairer le conseil municipal sur la situation de chaque affaire. Cet état est certifié par le receveur et visé par le maire, qui y joint ses observations. (Circ. du 10 avril 1835; Instruct. gén. du 17 juin 1840, art. 736.)

37. Au moyen de ces documents réunis aux budgets de l'exercice et aux titres de recette, tels que contrats de vente, baux, etc., que le receveur doit représenter, le maire prépare le procès-verbal de règlement définitif qu'il présente, avec toutes les pièces justificatives, à la délibération du conseil municipal, dans sa session ordinaire du mois de mai, comme nous l'avons dit plus haut. (Id. art. 715.)

38. Le conseil municipal procède au règlement définitif ainsi qu'il suit : En ce qui concerne les recettes, le conseil ramène les évaluations du budget au chiffre des produits réels résultant des titres définitifs; il rapproche ensuite les recouvrements faits de la somme des produits constatés, afin de reconnaître s'il y a balance entre eux ou s'il reste encore des parties à recouvrer; dans ce dernier cas, il apprécie les motifs du non recouvrement; il admet s'il y a lieu le reliquat en non valeur, ou il renvoie la recette à l'exercice suivant, soit que le recouvrement ne puisse encore être obtenu, soit que le reliquat doive être mis à la charge du receveur. Les sommes admises en non-valeurs sont déduites du montant des recettes, ainsi que les sommes dont la recette est renvoyée à l'exercice suivant; mais à l'égard de ces dernières, il doit être fait mention de l'obligation imposée au receveur de les comprendre dans son prochain compte. Dans aucun cas cependant, le conseil ne peut apporter aucune modification au chiffre des comptes présentés, le jugement de ces comptes étant attribué par la loi, soit à la cour des comptes, soit au conseil de préfecture. En ce qui concerne les dépenses. le conseil municipal rapproche les paiements du montant des crédits alloués par le budget ou par les autorisations supplémentaires: il fixe les excédants de crédits, et il détermine s'ils proviennent de dépenses effectives restées inférieures aux crédits présumés ou de dépenses non entreprises dans le courant de la première année de l'exercice; de dépenses faites mais non liquidées ou mandatées à l'époque de la clôture de l'exercice; enfin de dépenses mandatées, mais pour lesquelles les mandats n'avaient pas été payés à la même époque. Le conseil prononce l'annulation de ces excédants de crédits. (Id., art. 716.)

39. Le conseil municipal, après vérification, adopte, s'il y a lieu, le règlement définitif de l'exercice clos, suivant le compte présenté par le maire, et signe le procès-verbal que ce dernier lui soumet comme il est dit ci-dessus, n° 37.

40. Le compte du maire est ensuite définitivement approuvé par le préfet pour les communes dont le revenu est inférieur à cent mille francs, et par le ministre compétent pour les autres communes. (L. 18 juill. 1837, art. 60.) Dayenne.

### COMPTABILITÉ DÉPARTEMENTALE.

— C'est la comptabilité des recettes et des dépenses effectuées dans l'intérêt spécial de chaque département. Les recettes sont effectuées par les receveurs généraux des finances, sur des rôles et états de produits rendus exécutoires par le préfet, et par lui remis au comptable (ord. du 31 mai 1838, art. 417 et suiv.). Les dépenses sont acquittées par les payeurs des départements, en vertu des ordonnances du ministre chargé de l'administration départementale, et sur mandats délivrés par le préfet, dans la limite des crédits ouverts par les budgets du département. (Mème ord., art. 421 et suiv.)

Comme on le voit, la comptabilité départementale se rattache, par le choix des agents qui en sont chargés, comme par les formes, à la comptabilité publique. — V. le mot Cour des comptes, sous lequel nous avons examiné l'ensemble des règles qui régissent cette matière.

Quant aux ressources qui servent à assurer le service départemental, et aux dépenses spéciales qui sont mises par les lois à la charge des départements, V. Département.

COMPTABILITÉ PUBLIQUE. — C'est la comptabilité des recettes et des dépenses effectuées pour le compte de l'état, par des agents préposés à cet effet, et qui sont soumis, pour le jugement définitif de leurs opérations, au contrôle et à l'autorité de la Cour des comptes. « Les fonctions de la comptabilité nationale, porte l'article 1<sup>er</sup> du décret du 16 sept. 1807, seront exercées par une Cour des comptes. » — V. Cour des comptes.

COMPTABLES PUBLICS. — 1. Sous cette dénomination, il faut comprendre, en général, tous les agents légalement préposés à la manutention de deniers, de matières ou d'effets appartenant à l'état, aux départements, aux communes ou aux établissements publics.

§ 1er. — Quelles personnes on doit considerer comme comptables publics.

[Comptables de deniers.—Comptables de matières (2, 3). — Agents et préposés des comptables (4). — Personnes qui s'immiscent dans des fonctions comptables (5).]

§ 2. — Devoirs généraux des comptables.

[Perception d'impôts;—paiement de dépenses (7). — Constatation et régularité des recettes et des paiements (8). — Reddition des comptes (9).]

§ 3. — Responsabilité des comptables.

[Gestion personnelle. — Actes des subordonnés (10). — Vols (11). — Cas de force mojeure (12).]

§ 4. — Garantic à laquelle sont soumis les comptables.

[Hypothèque légale (14, 15). — ordonnateurs (16). — comptables par intérim (17). Privilége du trésor (18, 19). — Actes translatifs de propriété (20). — Privilége du trésor sur les meubles des comptables (21).]

§ 5. — Actions ouvertes contre les comptables.

[Juridiction commerciale. — Contrainte par corps (22). — Qualité de commerçant (23). — Obligations verbales (24). — Faillite (25). — Billets au profit des particuliers (26). — En-

dossement (27). — Contrainte administrative (28). — Malversations. — Question préjudicielle (29).

§ 1er. — Quelles personnes on doit considérer comme comptables publics.

2. Plus habituellement, la qualification de comptable public est appliquée à ceuxlà seulement qui ont un maniement de deniers, tels que les receveurs des finances. les percepteurs, les payeurs du trésor ou des départements, les receveurs des communes ou des établissements de bienfaisance, etc. C'est en vue de cette classe de comptables, que M. Pardessus dit (Droit commercial, t. 1er. nº 54) que l'on doit considérer comme comptables publics « ceux qu'une administration financière, créée par l'état, prépose aux recettes dont elle est chargée, et qui versent dans les caisses publiques leurs recettes en deniers ou en effets souscrits ou endossés par eux. »

Mais cette définition serait incomplète si l'on n'y ajoutait, comme nous l'avons fait, tous ceux qui, responsables envers l'état, au même titre que les comptables de deniers proprement dits, d'une gestion matérielle quelconque, ont un compte à rendre de cette gestion.

C'est au surplus ce qui résulte formellement de la plupart des lois générales relatives aux comptables.

Ainsi, la loi du 13 frimaire an viii, en investissant les commissaires de la trésorerie nationale d'un pouvoir de contrainte sur les receveurs et payeurs, ajoute (art. 4) que ce pouvoir s'étendra sur « les entrepreneurs, fournisseurs, soumissionnaires et agents quelconques chargés des services depuis la mise en activité de la constitution de l'an III. » L'article 2121 du Code civil accorde l'hypothèque légale à l'état, aux communes et aux établissements publics « sur les biens des receveurs et administraleurs comptables. » La loi du 17 avril 1832 soumet à la contrainte par corps « les comptables de deniers publics ou d'effets mobiliers publics, et leurs cautions, » etc.

3. Outre les receveurs des finances, payeurs, caissiers, percepteurs, etc., on doit donc considérer comme comptables publics tous les préposés comptables des différentes régies exploitées pour le compte de l'état, des com-

munes ou des établissements publics; les manutentionnaires des vivres, les économes, les garde-magasins, les fournisseurs ou entreprencurs commissionnés; tous ceux, en un mot, qui, n'exploitant pas pour leur propre compte et de leurs deniers les services dont ils sont chargés, ont à rendre compte à l'autorité compétente et sont responsables de leur gestion.

4. La qualité de comptables publics n'appartient pas seulement à ceux qui sont directement responsables. Elle s'étend encore, en certains cas, aux agents ou préposés qu'ils emploient eux-mêmes. C'est ce qui résulte d'un décret impérial du 12 janvier 1811, qui déclare commun à tous les agents ou préposés des comptables directs du trésor public, le mode de poursuite établi contre ces derniers, «lorsque les mêmes agents ou préposés ont fait personnellement la recette des deniers publics. » Aux termes de la loi du 17 avril 1832, la contrainte par corps autorisée contre les comptables s'étend également à leurs «agents ou préposés qui ont personnellement géré ou fait la recette. » (Art. 8, nº 2.)

5. Ensin, l'on assimile également aux comptables publics, toutes personnes qui, sans avoir le caractère légal de comptables, s'immiscent dans le maniement des deniers publics.

Ce principe est également adopté par la loi du 17 avril 1832, qui soumet à la contrainte par corps, comme les comptables en titre, « toutes personnes qui ont perçu des deniers publics dont elles n'ont point effectué le versement ou l'emploi, ou qui ayant reçu des effets mobiliers appartenant à l'état, ne les représentent pas ou ne justifient pas de l'emploi qui leur avait été prescrit. » La loi du 18 juillet 1837 (art. 64) déclare formellement comptables tous ceux qui s'immiscent dans le maniement des recettes et des dépenses municipales.

Il a été jugé, en conséquence de ces règles, que le maire ou adjoint qui fait volontairement pour la commune des recettes et des dépenses non portées au budget communal, se trouve dès lors soumis aux règles de compétence fixées par les lois ou règlements pour le jugement des comptes des receveurs municipaux (ord. des 25 oct. 1833 [Vignal]); 14 juin 1837 [Tenaille Saint-Cyr]; 28 mars 1838 [Avril]; 21 mai 1840 [comm. de Gerbeviller]). Une autre ordonnance du 20 juillet

1836 (comm. de Leyviller) décide que le desservant qui se charge de la direction des travaux de construction d'une église, au moyen de deniers communaux par lui touchés du receveur municipal, se constitue comptable de fait, et devient par suite justiciable du conseil de préfecture et de la cour des comptes.

#### § 2. — Devoirs généraux des comptables.

6. Il n'entre point dans notre cadre de retracer ici les attributions diverses des différents comptables publics, non plus que les obligations particulières qui en sont la conséquence. On trouvera ces notions sous les mots spéciaux, Garde-magasin, Payeur, Percepteur, Receveur des finances, etc. Nous examinerons d'ailleurs au mot Cour des comptes. l'ensemble des règles administratives qui régissent la comptabilité publique en général(1). Notre but est de signaler seulement dès à présent quelques points communs à tous ces agents, sous le rapport des devoirs généraux qui leur sont imposés, ainsi que de leur responsabilité, et d'examiner ensuite l'action particulière dont ils sont passibles dans leurs personnes ou dans leurs biens, à raison de

7. La première obligation pour tout comptable est de se conformer scrupuleusement à la constitution et aux lois générales, et cela, même nonobstant les injonctions contraires qu'il pourrait recevoir de ses supérieurs dans l'ordre hiérarchique.

Ainsi, en ce qui concerne particulièrement les comptables chargés de la recette ou de la perception des deniers publics, on sait que, d'après l'article 40 de la Charte, « aucun impôt ne peut être établi ni perçu, s'il n'a été consenti par les deux chambres et sanctionné par le roi, » et que nos lois annuelles de finances réputent concussionnaire tout agent de perception qui se serait prêté au recouvrement d'un impôt autrement établi. De là cette conséquence nécessaire que le devoir du comptable, en un tel cas, est de refuser son concours à toute perception de cette nature, et de résister, s'il le faut, aux ordres de ses supérieurs.

De même, en ce qui concerne les comptables payeurs, comme aux termes des articles 58 et

<sup>(1)</sup> V. aussi Cautionnement de titulaires et Comptables.

59 de l'ordonnance royale du 31 mai 1838, qui ne fait que résumer en ceci la législation antérieure, aucune dépense faite pour le compte de l'état ne peut être acquittée si elle n'a été préalablement ordonnancée, et que toute ordonnance, pour être admise, doit porter sur un crédit régulièrement ouvert dans les limites du budget, il s'ensuit que le devoir du comptable, requis de solder une dépense, est d'examiner si cette dépense est légalement ordonnancée, et, dans le cas contraire, de refuser de l'acquitter, à peine d'être lui-même forcé en recette de la somme qu'il aurait illégalement payée. Ajoutons que, même dans le cas où l'ordonnance de paiement serait régulière, il doit encore exiger, et sous les mêmes peines, que l'ordonnance soit accompagnée de toutes les pièces justificatives prescrites par les lois et règlements (même ord., art. 65): car il doit nonseulement ne payer que sur ordonnancement régulier, mais encore justifier de la validité de son paiement.

8. C'est encore par une conséquence des mêmes principes, que tout comptable, quel qu'il soit, ne peut faire aucun acte de ses fonctions sans le constater immédiatement dans les formes voulues et sans le faire figurer dans le compte qu'il doit rendre, de manière à ce que la surveillance de l'autorité supérieure puisse incessamment s'exercer sur sa gestion. Toutes recettes, toutes dépenses effectuées en dehors de ces règles constituent une comptabilité occulte, contraire aux principes de publicité et de surveillance établies par la constitution du 3 septembre 1791 (tit. 5, art. 3 et 5), et que la cour des comptes a justement réprimée avec sévérité dans de nombreuses occasions. - V. Comptabilité communale, nº 11.

9. Enfin, du principe qui veut que tout comptable rende compte de sa gestion, il suit que les comptables doivent fournir ce compte dans les délais qui leur sont fixés par les lois et règlements, non-seulement sous peine d'y être contraints par les voies de droit, mais encore sous peine d'amende, de perte des intérêts de leur cautionnement, et même de suspension ou de destitution, s'il y a lieu (lois des 4 juillet 1791, tit. 2, art. 3; 3 juillet 1792; 28 pluv. an III).

Nous reviendrons, au surplus, sur ces divers points, au mot Cour des comptes, sous lequel, comme nous l'avons déjà dit, nous

examinerons l'ensemble des règles qui régissent la comptabilité publique. Examinons maintenant la responsabilité qui pèse sur les comptables dans l'exercice de leurs fonctions.

#### § 3. — Responsabilité des comptables.

10. Un premier principe est que chaque comptable principal est responsable non-seulement de sa gestion, mais encore de celle de ses subordonnés (ord. royale du 31 mai 1838, art. 273), sauf à exercer, par voie de subrogation, son recours sur le cautionnement, la personne et les biens de son subordonné, au cas où, par suite de cette responsabilité, il a couvert de ses deniers un déficit ou un débet du fait de ce dernier (inst. gen. du min. des fin. du 17 juin 1840, art. 1111). Le Conseil d'état a fait dans de nombreuses espèces une rigoureuse application de cette règle : à des receveurs des finances qui n'avaient pas exercé sur des comptables inférieurs toute la surveillance prescrite par les lois et règlements (décr. et ordonn. des 26 janv. 1809 [Costes], 20 septembre 1812 [Saujeon], 21 mars 1821 [Méhu]. 26 décem. 1839 [Delamble]), ou qui n'avaient exercé contre ces subordonnés que des poursuites tardives, insuffisantes pour mettre en sûreté les droits du trésor (décr. et ordonn. des 5 sept. 1810 [Morlet], 16 fév. 1811 [commune de la Fermeté], 27 mai 1839 [Matharell): à un directeur et à un inspecteur de l'enregistrement, qui ont été déclarés responsables d'une soustraction commise par un receveur (ordonn. du 18 juin 1823 [Durand]); à un garde-magasin qui contestait la validité de récépissés délivrés par un de ses préposés (ordonn. du 19 déc. 1821 [de Saint-Martin]), etc.

11. Tout comptable est également responsable du vol des deniers ou des effets dont il est dépositaire, lorsqu'il ne prouve pas avoir pris toutes les précautions prescrites par les règlements ou par les instructions de l'administration. A cet égard, il est utile de rappeler qu'un arrêté du gouvernement, du 8 floréal an x, dispose que « tout receveur, caissier, dépositaire, percepteur ou préposé quelconque, chargé de deniers publics, ne pourra obtenir sa décharge d'aucun vol, s'il ne justifie qu'il est l'effet d'une force majeure, et que le dépositaire, outre les précautions ordinaires, avait eu celle de coucher ou de faire coucher un homme sûr dans le lieu où il tenait ses fonds, et en outre, si c'était au rez-de-chaussée. de le tenir solidement grillé. » A ces dispositions, l'instruction générale du ministre des finances, du 17 juin 1840, ajoute (art. 1076) que « le comptable est, en outre, tenu d'informer immédiatement l'autorité des tentatives qui auraient été faites pour enlever les fonds, quand bien même ces tentatives n'auraient pas été suivies d'effet. Lorsqu'il y a eu vol de fonds, le comptable, qui, à moins d'empêchement constaté, n'a pas fait sa déposition à l'autorité locale dans les vingt-quatre heures, est, par ce seul fait, déclaré responsable. (V., sur l'application de ces règles, décret du 3 sept. 1808 [Chaigneau]; ordonn. du 16 juin 1831 [Viennet]). V. aussi une ordonnance du 26 février 1823 [Esnou], laquelle décide que le comptable (directeur des hôpitaux militaires), qui en gardant le silence sur l'absence d'un objet qui devait se trouver compris dans un envoi, a mis l'administration dans l'impossibilité de recourir pour cet objet contre le voiturier chargé de l'envoi, est responsable de sa valeur.

12. A l'égard de tous autres cas de force majeure, s'ils affranchissent, en principe, les comptables de leur responsabilité, ce n'est qu'autant que ceux-ci sont à même d'en justifier pleinement, et qu'ils se sont d'ailleurs conformés avec la plus rigoureuse exactitude aux instructions de l'administration (V. ordonn. des 20 avril 1835 [de Granville], 16 décembre même année [Collet]); qu'autant que les faits à leur décharge ont été constatés dans les délais et suivant les formes déterminées (ord. du 7 mars 1821 [Martin]).

## § 4. — Garantie à laquelle sont soumis les comptables.

haut, sont soumis dans leurs personnes et dans leurs biens à certaines conditions spéciales qu'il importe d'examiner. Outre l'obligation qui leur est généralement imposée de fournir un cautionnement (V. Cautionnement de titulaires et comptables), la loi veut, d'une part, que toutes les ressources qu'ils peuvent posséder servent, au besoin, de garantie à leur gestion; de l'autre, qu'ils puissent être toujours atteints par les moyens d'action les plus rapides.

14. D'abord, aux termes de l'art. 2121 du Code civil, ils sont soumis à une hypothèque légale qui, d'après la loi du 5 septembre 1807 (art. 6), frappe sur tous les biens possédés par eux avant leur nomination, et sur ceux qu'ils acquièrent postérieurement à titre gratuit. Nous verrons tout à l'heure quels sont les droits de l'état sur les biens qu'ils acquièrent à titre onéreux, postérieurement à leur nomination. Cette hypothèque, n'a du reste, effet qu'à la charge de l'inscription, et par conséquent ne prend rang qu'à dater du jour où l'inscription a été régulièrement prise.

15. L'art. 2121 précité désigne comme soumis à l'hypothèque légale les receveurs et administrateurs comptables. Il est évident que cette disposition atteint tous ceux que nous avons signalés, nos 2, 3 et suiv., comme ayant le caractère de comptables publics, c'est-à-dire ceux qui sont chargés d'une comptabilité de matières ou d'effets mobiliers, comme ceux qui sont chargés d'une comptabilité en deniers.

16. Mais elle ne saurait atteindre les administrateurs qui n'ont ni une gestion de matières ni un maniement de deniers, et qui ne sont simplement qu'ordonnateurs. (V. Merlin, Rép. v° Hypot., sect. 2, § 3, art. 4; Persil, Régime hypothèc., art. 2121, n° 39; Dalloz, Jurisprud. génér., 9. 1. 167; Troplong, Hypot., n° 430.)

17. Les individus qui ne remplissent que passagèrement et par intérim les fonctions de comptables sont-ils passibles de l'hypothèque légale? Non; suivant les auteurs que nous venons d'indiquer. Mais cette doctrine nous paraît au moins très-contestable. Que le comptable exerce par intérim ou comme titulaire, il n'en est pas moins responsable de sa gestion. Quelle raison y aurait-il donc alors de refuser au trésor, dans ce cas, la garantie qui lui est accordée sur les biens des comptables titulaires? Que cette circonstance d'intérim soit un motif de faire dispenser l'intérimaire du cautionnement, cela se conçoit parfaitement; le choix de l'administration peut, jusqu'à un certain point, suppléer à cette garantie; mais malgré toutes les présomptions favorables qui auront déterminé ce choix, le comptable intérimaire peut mal gérer et laisser en définitive un débet à la fin de son intérim : il nous semble donc aussi nécessaire que légitime de le soumettre, de même que le comptable titulaire, à l'hypothèque légale, et d'autant plus que, si, comme cela arrive le plus souvent, il a été déjà dispensé du cautionnement, l'hypothèque légale sera la seule garantie réelle donnée aux intérêts du trésor ou des communes et des établissements publics,

- 18. La disposition qui soumet les comptables à l'hypothèque légale, a eu seulement en vue, comme nous l'avons dit nº 14, les biens qu'ils possédaient à l'époque de leur nomination, et ceux qu'ils ont acquis postérieurement à titre gratuit. Les biens qu'ils acquièrent à titre onéreux, pendant l'exercice de leurs fonctions, sont atteints d'une manière plus rigoureuse. La loi suppose que les comptables ont pu les acquérir avec les deniers de leur caisse, et en conséquence elle les frappe d'un privilège au profit de l'état, ou de la commune, ou de l'établissement public, envers lesquels le comptable est responsable (loi du 5 sept. 1807, art. 4). Il y a plus, ce privilége s'étend jusque sur les biens acquis au même titre par les femmes des comptables, même séparées de biens, à moins qu'elles ne justifient que les deniers employés à cette acquisition leur appartenaient (ibid.).
- 19. Le privilège dont nous venons de parler n'a lieu, du reste, conformément aux articles 2106 et 2115 du Code civil, qu'à la charge d'une inscription qui doit être faite dans les deux mois de l'enregistrement de l'acte translatif de propriété. En aucun cas, il ne peut préjudicier : 1° aux créanciers privilégiés désignés dans l'article 2103 du Code civil, lorsqu'ils ont rempli les conditions prescrites pour obtenir privilège; 2° aux créanciers désignés aux articles 2101, 2041 et 2105 du Code civil, dans le cas prévu par le dernier de ces articles; 3º aux créanciers du précédent propriétaire qui auraient sur le bien acquis des hypothèques légales existantes indépendamment de l'inscription, ou toute autre hypothèque valablement inscrite (loi du 5 sept. 1807, art. 5).
- 20. Comme sanction de ces diverses dispositions, l'article 7 de la même loi du 5 sept. 1807, porte que « tous receveurs généraux de département, tous receveurs particuliers d'arrondissement, ainsi que les payeurs des départements, des ports et des armées, seront tenus d'énoncer leurs titres et qualités dans les actes de vente, d'acquisition, de partage, d'échange et autres translatifs de propriété qu'ils passeront, et ce, à peine de destitution; et, en cas d'insolvabilité envers le trésor public, d'être poursuivis comme banqueroutiers frauduleux. Les receveurs de l'enregistrement et les conservateurs des hypothèques seront tenus aussi, à peine de destitution, et en outre de tous dommages-intérêts, de re-

- quérir ou de faire, au vu desdits actes, l'inscription au nom du trésor public pour la conservation de ses droits, et d'envoyer, tant au procureur impérial du tribunal de première instance de l'arrondissement des biens, qu'à l'agent du trésor public à Paris, le bordereau prescrit par les articles 2148 et suivants du Code civil. »
- 21. Pour compléter le tableau des garanties assurées au trésor, aux communes et aux établissements publics sur les biens des comptables, il nous reste à ajouter qu'aux termes de l'article 2 de la même loi du 5 septembre 1807, le privilège dont ces fonctionnaires sont passibles porte, en outre, sur « tous leurs biens meubles, même à l'égard des femmes séparées de biens, pour les meubles trouvés dans les maisons d'habitation du mari, à moins qu'elles ne justifient légalement que lesdits meubles leur sont échus de leur chef, ou que les deniers employés à l'acquisition leur appartenaient. Ce privilége ne s'exerce néanmoins qu'après les privilèges généraux et particuliers énoncés aux articles 2101 et 2102 du Code civil. »

#### § 5. — Actions ouvertes contre les comptables.

- 22. Indépendamment de la règle fondamentale d'après laquelle tous les comptables publics sont soumis à la juridiction administrative pour le jugement et l'apurement de leurs comptes (V. Cour des comptes), l'article 634 du Code de commerce attribue compétence à la juridiction consulaire pour connaître « des billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs, ou autres comptables des deniers publics. » L'article 8 de la loi du 17 avril 1832 soumet les mêmes agents à la contrainte par corps « pour raison du reliquat de leurs comptes, déficit ou débet constatés à leur charge et dont ils ont été déclarés responsables. »
- 23. De ces dispositions, il ne faut pas conclure que les comptables doivent être considérés comme commerçants, dans l'acception ordinaire de ce mot. « On a vu en cela, dit Pardessus ( Droit commercial, t. 1er, no 54), le moyen d'assurer l'exécution de leurs engagements, d'une manière plus prompte et plus exacte que s'ils étaient restés dans la classe des conventions ordinaires, et, par ce moyen, d'augmenter le crédit de ces agents. Mais cette assimilation étant une exception

COMPTE.

à la règle générale, qui ne permet pas de les considérer comme commerçants et de mettre leurs opérations au rang des actes de commerce, ne peut être étendue au delà de ses véritables limites. »—V. Commerçant, nos 236 et suiv.

24. Aussi, le même auteur décide-t-il avec raison (ubi suprà) que les comptables ne sont justiciables des tribunaux de commerce que pour leurs obligations écrites, dans lesquelles ne serait pas indiquée une cause étrangère à leur comptabilité et au commerce; que leurs engagements verbaux ne donneraient pas lieu à cette compétence, et qu'à plus forte raison, il ne serait pas permis de leur imposer les obligations prescrites, ou de leur appliquer les diverses présomptions relatives à ceux qui, d'après les lois commerciales, doivent être réputés commerçants.

25. Ainsi encore, un comptable ne saurait, à raison seulement de sa qualité, être déclaré en faillite (Paris, 25 juillet 1811, S.-V. 11. 2. 397; D. A. 2. 693).

26. La question a été agitée de savoir si les comptables étaient soumis à la contrainte par corps indistinctement pour tous les billets par eux souscrits, ou seulement à raison des billets souscrits au profit du trésor et des établissements publics. Un arrêt de la cour royale de Toulouse, du 21 août 1835 (S.-V. 36. 2. 205; D. P. 36. 2. 32), semble restreindre la contrainte par corps aux billets de cette dernière classe. Mais cette solution, rendue sous l'empire de la loi de l'an vi, est repoussée, et avec toute raison, suivant nous, par M. Coin-Delisle; il pense qu'aujourd'hui, depuis la loi du 17 avril 1832, les billets des receveurs, quels qu'ils soient, sont dettes commerciales et soumettent les débiteurs à la contrainte par corps. (Coin-Delisle, Comm. sur la loi du 17 avril 1832, p. 84, nº 14.)

27. Le simple endossement d'un billet à ordre par un comptable public entraîne-t-il contre ce comptable, comme la souscription même de l'effet, la juridiction commerciale et la contrainte par corps? Non, suivant un arrêt de la cour royale de Colmar du 23 août 1814 (Devillen. et Car. 4. 2. 406, J. P. 3° èd.). Mais la cour royale de Poitiers s'est prononcée en sens contraire par arrêt du 24 janvier 1832 (S.-V. 32. 2. 320; D. P. 32. 2. 134), attendu que l'endossement est de la même nature que le billet, et que les comptables éluderaient trop facilement la loi à

l'aide d'une première signature de complaisance. Nous n'hésitons pas à préférer la doctrine de ce dernier arrêt, qui a été également adoptée par MM. Coin-Delisle (ubi suprà) et Vincens (Législation commerciale, t. 1, p. 138).

28. Les comptables ne sont pas seulement soumis à la contrainte par corps, aux termes de la loi du 17 avril 1832, et par suite du jugement de leurs comptes; en vertu des lois des 12 vendémiaire et 13 frimaire an VIII, ils peuvent encore être poursuivis par la même voie, sans jugement préalable et préventivement, sur un simple arrêté en forme exécutoire de l'autorité administrative, au cas où, par suite de vérifications, un déficit vient à être constaté dans leur gestion. — V. Contrainte administrative.

29. Tout comptable prévenu de malversation ou de détournement des deniers, ainsi que des effets à lui confiés par suite de sa gestion, est justiciable des tribunaux criminels ordinaires, et passible des peines portées par les articles 169 et suivants du Code pénal (V. Détournement de deniers publics; Mise en jugement des fonctionnaires publics, etc.); mais il ne peut être condamné comme coupable, tant que l'autorité compétente ne l'a pas préalablement déclaré reliquataire (Cass. 17 nov. 1842, S.-V. 43. 1. 91; Chauveau et Faustin Hélie, Théorie du Code pénal, t. 4, p. 84).

COMPTE. — 1. C'est un état détaillé de recettes et de dépenses, de sommes dues ou de sommes payées, établissant la situation, comme débiteur ou comme créancier, de celui qui le présente vis-à-vis de celui à qui le compte est rendu.

En droit civil, l'obligation de rendre compte est, en général, la conséquence d'une gestion antérieure que l'on a eue des affaires d'autrui. Ainsi, rendre compte, c'est présenter à celui pour qui l'on a géré, un état détaillé de ce qu'on a reçu et dépensé pour lui.

Il en est autrement dans le commerce. Le compte commercial présente le tableau des opérations faites entre deux négociants, les sommes dues et les sommes payées.

2. Le premier monument de législation que l'on trouve sur cette matière dissicile est l'ordonnance de Louis XIV, du mois d'avril 1667, qui supprima les révisions de comptes, cette source d'embarras pour les tribunaux et

de ruine pour les plaideurs. Mais, à côté de cette heureuse innovation, l'ordonnance avait laissé subsister beaucoup d'abus, tel, par exemple, que celui des interminables écritures que se signifiaient les parties pour soutenir ou débattre les comptes. En outre, l'ordonnance n'avait point déterminé la compétence, ni remplacé les significations des débats et soutènements par les procès-verbaux d'examen devant un juge commis; enfin, elle n'avait pas ordonné que toute demande en rectification des erreurs commises dans les comptes seraient portées devant les mêmes juges.

- 3. La législation intermédiaire n'apporta aucun changement à cet état de choses; elle se borna à combler quelques lacunes. Ainsi, une loi du 29 janvier 1791 ordonna que les absents seraient représentés, dans les redditions de compte, par un notaire nommé d'office par le tribunal du district, sur la demande de la partie la plus diligente. Une autre loi du 27 septembre de la même année autorisa, par son article 7, les parties intéressées à choisir elles-mêmes le notaire pour représenter l'absent.
- 4. Mais cette partie de la législation a été considérablement améliorée par le Code de procédure civile. Les dispositions qu'il trace dans le titre 4 du livre 5, spéciales pour les comptes judiciaires, seront expliquées dans le cours de cet article. Mais auparavant nous devons exposer les règles générales qui s'appliquent à toutes les espèces de compte.
- ART. 1er. Des personnes qui doivent rendre compte et de celles qui peuvent exiger qu'il soit rendu.
- ART. 2. Des comptes rendus à l'amiable. — Des arrétés de comptes.
- ART. 3. Règles spéciales aux comptes judiciaires.
- § 1er. Demande. Compétence. Procédure. — Jugement.
- § 2. Dressé du compte.

[Préambule (72). — Recettes et dépenses effectives (73). — Récapitulation (83).]

- Présentation et affirmation.

[Executoire (101). — Signification (104).]

- Débats et soutenements.
- § 3. Jugement définitif. Prescription de l'action en reddition de compte.

§ 4. — De l'action en redressement de compte. — Différence entre cette action et l'action en révision, aujourd'hui supprimée.

[Erreurs, — omissions, — faux ou doubles emplois (142).]

- Prescription.

ART. 4. - Enregistrement.

- ART. 1er. Des personnes qui doivent rendre compte et de celles qui peuvent exiger qu'il soit rendu.
- 5. Il existe deux règles fondamentales en matière de comptes: la première, que tout gérant ou administrateur des affaires d'autrui est obligé de rendre compte; la seconde, que tout comptable est réputé débiteur jusqu'à ce que le compte ait été rendu. Toutefois cette dernière règle est soumise à certaines restrictions que nous expliquerons ci-après; V. n° 38.

L'ordonnance de 1667 (tit. 20 art. 1°) avait reconnu ces deux principes dans les termes suivants:

- « Les tuteurs, procureurs, curateurs, fermiers judiciaires, séquestres, gardiens et autres, qui auront administré le bien d'autrui, seront tenus de rendre compte aussitôt que leur gestion sera finie, et seront toujours réputés comptables, encore que le compte soit clos et arrêté, jusqu'à ce qu'ils aient payé le reliquat, s'il en est dû, et remis toutes les pièces justificatives.
- 6. Ni le Code civil ni le Code de procédure civile ne contiennent aucune disposition générale sur l'obligation de rendre compte. Mais de nombreuses dispositions particulières font peser cette charge sur toutes les personnes énumérées dans l'ordonnance précitée.
- 7. On peut donc, aujourd'hui comme alors, poser en principe que tous ceux qui, à quelque titre que ce soit, ont eu l'administration, la régie ou le maniement des affaires ou des biens appartenant à d'autres personnes, ou qui leur étaient communs avec d'autres, sont tenus de rendre compte de leur gestion. Ainsi, sont comptables : le tuteur (C. civ., 469, 2208); l'administrateur provisoire donné à celui contre lequel on poursuit l'interdiction (497); le curateur (C. civ., 393, 482; C. proc. 126); le père qui, durant le mariage, administre les biens personnels de ses enfants

mineurs (C. civ., 389); l'héritier bénéficiaire (C. civ., 803); le curateur à une succession vacante (C. civ., 813, 814); le curateur donné à l'immeuble délaissé (C. civ. 2174); les copartageants entre eux (C. civ., 828); les exécuteurs testamentaires (C. civ., 1031, 1033); l'époux survivant dans le cas de communautė (C. civ. 1442, 1454, 1476); le mari, lorsque sa femme séparée lui a laissé la jouissance de ses biens (C. civ., 1539) ou lorsqu'il administre les biens paraphernaux (C. civ., 1577, 1578); les associés (C. civ., 1872); le dépositaire (C. civ., 1937); le dépositaire chargé du séquestre conventionnel ou judiciaire (C. civ., 1956, 1962); le créancier gagiste (C. civ., 2079, 2081); le créancier à antichrèse (C. civ., 2085, 2086); le simple possesseur (C. civ., 549, 2060, n° 2); les envoyés en possession des biens de l'absent (C. civ., 125); tout mandataire ou gérant (C. civ., 1372, 1793); les comptables des deniers publics (L. 16 sept. 1807). - V. ces différents mots.

- 8. On ne doit pas considérer comme faisant exception à cette règle les dispositions diverses qui, dispensant les incapables de l'obligation de rendre compte, reportent l'accomplissement de ce devoir sur les personnes à la direction desquelles ils sont confiés, car c'est pour eux et en leur nom que ces dernières agissent, et dès lors toute reddition de compte faite en cette qualité, est censée l'œuvre de l'incapable, qui seul la doit en réalité.
- 9. On ne peut non plus, et par la même raison, voir un oubli de ce principe dans les dispositions des art. 113 et 134 du Code civil, qui veulent que si un comptable est présumé absent, le tribunal nomme un notaire pour le représenter, et que, après le jugement de déclaration d'absence, l'action en reddition de compte, comme toute autre, soit poursuivie contre les envoyés en possession ou contre les administrateurs légaux: car c'est l'absent luimême, débiteur du compte, qu'on est censé poursuivre dans ce cas.
- 10. Cependant quelques auteurs citent une hypothèse où la règle ci-dessus posée recevrait, selon eux, une exception formelle: c'est celle où le mari a donné procuration à sa femme pour administrer les biens de la communauté. On conteste au mari, dans ce cas, le droit de demander compte à la femme de sa gestion.

Mais nous croyons que c'est là une erreur

provenant d'une confusion que les auteurs ont faite entre le droit de demander compte et l'exercice de ce droit.

En esset, le motif de décider, pour eux, que la semme, dans le cas dont il s'agit, ne peut être actionnée en reddition de compte, c'est que les obligations contractées par elle, du consentement du mari, devenant dettes de la communauté (art. 1409, 2°) lorsque la semme a accepté ce mandat du mari luimème, il s'ensuit que la communauté, qui est ici, par le moyen du mari, créancière de l'obligation de rendre compte, en est aussi et tout à la sois débitrice, car cette obligation de faire se réduisant en dommages-intérêts, se résout en une dette pécuniaire, à la charge de la communauté.

Ainsi, de l'aveu même des partisans de cette doctrine, ce n'est point le droit de demander compte qui manque au mari, c'est le moyen coërcitif qui seul lui fait défaut. D'où il résulte invinciblement que dès que lui ou ses représentants auront à leur disposition une voie propre à contraindre la femme à exécuter son obligation, ce qui pourra arriver à la dissolution de la communauté, par exemple, ils pourront exercer à leur profit la faculté conférée par la loi à tout mandant de faire rendre compte au mandataire de la gestion qui lui a été confiée.

A l'appui de ce système, nous pouvons invoquer un arrêt de la cour royale d'Agen, du 16 juillet 1833 (cet arrêt est rapporté sous celui de cassation, du 18 déc. 1834), dont les considérants sont on ne peut plus explicites.

« Attendu, en droit, porte cet arrêt, que tout mandataire, quel qu'il soit, doit compte de son mandat; que, suivant un principe non moins incontestable, nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui contre sa volonté; attendu qu'il est constant, en fait, que la dame de Sainte-Christic a reçu, pour le compte de son mari et comme son mandataire, les 20,000 fr. comptés par M. Boulot, lors du contrat de mariage de sieur de Sainte-Christie fils; attendu que la dame de Sainte-Christie n'a produit ni quittance ni compte rendu pour établir qu'elle s'est valablement déchargée de cette somme; qu'elle en est par conséquent comptable envers la succession de son mari. à moins qu'elle ne prouve qu'elle a servi au paiement des dettes de ce dernier, ou tourné d'une manière quelconque à son profit : hors ces cas, en effet, la présomption légale est qu'elle l'a retenue ou utilisée à son avantage personnel, et sa restitution est une conséquence de ce fait présumé; à cet égard, attendu qu'il résulte des circonstances de la cause que la dame de Sainte-Christie n'a point rendu compte de cette somme, et qu'elle a dû la retenir ou la détourner d'une manière quelconque à son profit, etc. »

La veuve de Sainte-Christie s'est pourvue en cassation contre cet arrêt. On disait pour elle: que la femme n'est point un mandataire ordinaire; qu'il existe à l'égard de la femme qui s'ingère dans les biens de son mari la même présomption de libération qu'à l'égard du commis vis-à-vis de son patron, dont tous deux sont réputés facteurs. Si la femme a touché une somme pour son mari, ce dernier est censé en avoir profité, à moins de preuve contraire. Mais la Cour de cassation a rejeté le pourvoi : « Attendu que la cour d'Agen s'était fondée sur des actes, des circonstances et des faits qu'elle avait le droit d'apprécier souverainement. » (Cass. 18 déc. 1834, S.-V. 36. 1. 849; D. P. 36. 1. 140.)

Ainsi, quoiqu'elle ne s'en soit pas nettement expliquée, on peut dire que la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi contre un arrêt qui assimilait la femme à tout mandataire, quel qu'il fût, a implicitement consacré ce principe.

Au surplus, il faut reconnaître qu'il y a dans toutes les affaires de ce genre une appréciation de faits et de circonstances pour lesquels les juges sont à peu près souverains.

- 11. Du reste, aucune difficulté n'est possible touchant l'obligation pour la femme de rendre compte à son mari, 1° quand les époux sont mariés sans communauté ou sous la clause de séparation de biens; car, dans ce cas, la femme n'est qu'un mandataire ordinaire; 2° dans le cas d'absence du mari, quel que soit le régime adopté par les époux; car la femme conservant toujours le droit de renoncer à la communauté, il ne serait pas juste qu'elle mît à la charge de son mari ou de ses héritiers les fautes de sa mauvaise gestion.
- 12. Le fils de famille qui a géré les biens de son père est tenu de rendre compte de son administration. Toutefois la cour royale de Paris a jugé, le 17 fév. 1821 (J. P. 3° édit; D. A. 3. 682), que le fils de famille ne peut être assimilé à un mandataire ordinaire, et qu'il ne doit, au plus, qu'un compte par bref état.

13. L'art. 1994 du Code civil veut que le mandataire réponde de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion, 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré, mais sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. L'article ajoute que, dans tous les cas, le mandant pourra agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée.

Cette disposition donne évidemment au mandant le droit de demander compte de la gestion, soit à son mandataire direct, soit au mandataire substitué. L'un et l'autre sont donc dans l'obligation de le fournir; rien ne saurait les y soustraire, si ce n'est l'option que le mandant originaire aurait faite entre eux; car, alors et aussitôt après l'apurement du compte vis-à-vis de l'un, l'action est éteinte et ne peut plus revivre contre l'autre.

- 14. Comme conséquence de cette doctrine, Rodier, dans ses questions sur l'art. 1er du titre 29 de l'ordonnance de 1667, déclare qu'un adulte, qui, pendant sa pupillarité, a eu successivement plusieurs tuteurs, a la liberté de s'en prendre au dernier pour la reddition du compte de l'entière tutelle, parce que celui-ci a dû faire rendre compte aux tuteurs précédents; et il cite deux arrêts du parlement de Toulouse qui l'ont ainsi jugé, l'un, le 24 mai 1729, l'autre, en 1736 ou 1737.
- 15. L'obligation pour le comptable de rendre son compte a pour sanction le droit de l'y contraindre.
- 16. L'exercice de ce droit appartient personnellement à ceux dont les biens ont été administrés, quand ils sont majeurs et qu'ils jouissent de la plénitude de leurs droits, et, en cas d'incapacité, aux personnes sous l'autorité desquelles ils se trouvent placés.
- 17. Ainsi, lorsque le compte est dû à un mineur, il ne peut lui-même intenter la demande en reddition; à son tuteur seul appartient le droit de la former; et comme l'action est mobilière, puisqu'elle n'aboutit qu'à un reliquat, lequel est toujours mobilier, le tuteur n'a pas besoin d'être autorisé, ainsi que cela se pratiquait autrefois dans le ressort du parlement de Paris, l'art. 464 du Code civil n'exigeant l'autorisation que pour les actions immobilières.

Si le mineur est émancipé, l'action peut

être intentée par lui, mais avec l'assistance de son curateur (C. civ., 480).

18. Si le compte est dû à une femme mariée, il faut également distinguer : s'il y a communauté entre les époux, le mari peut seul exercer l'action comme mobilière (C. civ., 1428).

Il en est de même s'il y a exclusion de communauté. Le mari a le droit de percevoir le mobilier (C. civ., 1531), et conséquemment le reliquat.

Quand les époux sont mariés sous le régime dotal, le mari ayant seul le droit de poursuivre les débiteurs et de recevoir les capitaux (C. civ., 1549), il peut seul demander le compte.

Enfin, si la femme est séparée, ou si le compte fait partie de ses biens paraphernaux, elle peut demander le compte, mais avec l'assistance de son mari (C. civ., 215, 1576).

- 19. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut, sans son assistance, contraindre un gérant à compter avec lui (C. civ., 513).
- 20. Les condamnés à une peine afflictive ou infamante ne peuvent, pendant la durée de la peine, actionner un gérant en reddition de compte; c'est au tuteur, qui administre leurs biens pendant le temps de leur interdiction légale, à intenter cette action (C. pén., art. 29, modifié par la loi du 28 avril 1832).

Quant aux condamnés par contumace, leurs biens, pendant les cinq ans à partir du jour de l'arrêt de condamnation, étant administrés et leurs droits exercés de même que ceux des absents (C. civ., 28), c'est à ceux qui sont en possession provisoire de leurs biens, ou aux notaires chargés de les représenter (C. civ., 113), qu'appartient le droit de faire rendre les comptes qui leur sont dus.

21. Les notaires qui, en vertu de l'article 113, sont commis par justice à l'effet de représenter les absents, peuvent procéder à toutes les opérations qui se rattachent à l'audition d'un compte; mais, en cas de contestation, peuvent-ils porter cette contestation en justice et y défendre? Nous ne le croyons pas; leur mandat nous semble limité par les termes de l'article 113 aux opérations dont il y est fait mention: en dehors de ces opérations, c'est donc au tribunal, en vertu du pouvoir général qui lui est déféré par l'art. 112, et sur la provocation du ministère public, qu'il appartient de conférer à qui bon lui semble la mission de soutenir les procès en matière de

reddition de compte. — V. Absence, no 35, 52 et suiv.

- 22. Les créanciers ayant le droit, d'après l'art. 1166 du Code civil, d'exercer toutes les actions non personnelles de leurs débiteurs, il est hors de doute qu'ils peuvent forcer les gérants de ces derniers à leur rendre compte.
- 23. Telles sont les personnes auxquelles appartient l'exercice de l'action en reddition de compte. Celles qui ne rentrent pas dans les catégories précédentes ne pourraient former une demande de cette nature que par voie détournée ou indirectement.
- 24. A côté de l'obligation qui est imposée à celui qui a administré la fortune d'autrui de rendre son compte, se trouve le droit de l'offrir lorsque sa gestion est terminée. Nul, en effet, ne peut être tenu, à moins de stipulation contraire, de rester sous le poids d'une comptabilité plus de temps que ne dure son administration. Si donc celui à qui est dû le compte refuse de le recevoir, le comptable peut l'assigner pour se voir condamner à le débattre et en toucher le reliquat, s'il y a lieu.
- 25. Les dispositions tracées par le Code de procédure civile ne s'appliquent qu'aux comptes judiciaires, ainsi que nous l'avons dit n° 4; mais il ne faut pas induire de là que les comptes ne puissent pas être rendus autrement, ni qu'on ne puisse pas transiger sur une demande en reddition de compte. Il est, au contraire, dans le vœu de la loi, qu'entre parties jouissant de leurs droits, la voie de la conciliation soit toujours suivie (G. civ., 473 et 2045).
- 26. Cette règle souffre toutefois exception à l'égard des comptes dus par les tuteurs à leurs pupilles devenus majeurs, ou affranchis par l'émancipation, avec lesquels aucun traité ne peut intervenir, s'il n'a été précédé d'un compte rendu selon les formes prescrites par les art. 472 et 480 du Code civil. On ne pourrait pas non plus renoncer à demander compte de la succession d'une personne vivante, puisque les stipulations de cette nature sont formellement prohibées par les art. 791 et 1130 du Code civil.
- 27. Si les comptes peuvent, entre parties ayant la libre disposition de leurs droits, être l'objet d'une transaction, à plus forte raison peuvent-ils devenir la matière d'un arbitrage. L'art. 22 de l'ordonnance de 1667 autorisait formellement ce mode de procéder, et nous ne connaissons dans nos lois nouvelles aucune

disposition qui l'interdise. Cependant il faut remarquer que les comptes intéressant des personnes qui ne jouiraient pas de la plénitude de leurs droits civils, ne pourraient être valablement rendus devant arbitre, qu'autant que ces personnes auraient le pouvoir de compromettre sur les objets faisant la matière de ces comptes. — V. Arbitrage, n° 75 et suiv.

Art. 2. — Des comptes rendus à l'amiable. — Des arrêtés de comptes.

28. Le compte a pour effet de déterminer et de constater la situation respective des parties. Cette situation se détermine par la balance établie entre les recettes et les dépenses. L'excédant des unes sur les autres forme le reliquat ou le solde de compte, que le débiteur sera dans l'obligation de payer. Il suit de là que toutes les recettes et toutes les dépenses doivent y figurer exactement.

29. Le compte ainsi dressé, mais non signé, ne forme pas encore un titre; il pourra tout au plus servir contre le rendant de commencement de preuve par écrit. Il en sera de même si, bien que signé, il ne remplit pas les conditions exigées par l'art. 1326 du Code civil, c'est-à-dire s'il n'est pas écrit en entier de la main du rendant, ou s'il ne porte pas, avant la signature, un bon ou approuvé de la somme ou de la quantité, en toutes lettres.

30. Mais lorsque ces conditions y sont réunies, le compte vaut comme reconnaissance du reliquat, et forme contre le rendant un titre obligatoire. Et encore faut-il, dans ce cas, pour qu'il donne ouverture au droit proportionnel, qu'il soit aux mains du créancier. (Championnière et Rigaud, Traité d'enregistrement, t. 2, nº 1036.)

31. Lorsque le compte est remis à l'oyant, signé ou non, revètu ou non d'un approuvé en toutes lettres, en un mot quels que soient sa forme et son état, celui à qui on le rend peut l'accepter de suite, et en constatant son acceptation dans les formes dont nous parlerons plus tard, exiger et poursuivre immédiatement le paiement du reliquat. Mais il a, avant tout, le droit d'examiner chacun des articles de recettes et de dépenses sous un double rapport. Il doit d'abord s'assurer de leur réalité; puis il peut en discuter le mèrite et la valeur.

Si en effet une dépense ou une recette a été effectuée dans une proportion ou d'une façon contraire à ses intérêts, il peut avoir, dans

certains cas, le droit de la rejeter du compte, et la balance pourra être modifiée.

32. Lorsque cet examen est fait et que les parties sont d'accord sur les détails du compte et sur sa balance, elles constatent cet accord par un arrêté de compte.

On voit par là qu'il ne faut pas confondre le compte et l'arrêté de compte. L'un, en déterminant la situation des parties, indique l'obligation qui en résulte; mais l'autre constate cette obligation, lui donne un corps, une existence, puisqu'il forme le titre de cette obligation.

33. L'arrêté de compte est un contrat synallagmatique; d'abord, parce qu'il se rapporte en général à des engagements synallagmatiques antérieurs; ensuite, parce que tout
compte ayant pour objet de réduire la dette à
un reliquat seulement, constate par là même
son extinction à l'égard de tout le reste, et
forme ainsi un titre de créance au profit de
l'une des parties, une quittance libératoire
au profit de l'autre. Cet arrêté doit donc être
fait double, suivant ce que nous avons expliqué au mot Bon pour, n° 10.

34. On voit qu'il existe une grande différence entre l'arrêté de compte fait entre les deux parties et la reconnaissance faite isolément par le rendant compte. Cette dissérence se constate par une conséquence légale fort grave. Le compte arrêté entre les deux parties ne peut plus être revisé; il n'est plus attaquable que pour erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, dans les termes de l'art. 541 du Code de procédure. (V. infrà, nº 135.) Le compte établi, signé, approuvé par le rendant seul peut, au contraire, être revisé et même établi à nouveau. Il n'empêche pas l'oyant de poursuivre en justice la reddition du compte. Mais dans ce cas, comme l'oyant aurait rejeté le compte dressé par le rendant. l'équité et le droit s'opposeraient à ce qu'il pût s'en servir contre ce dernier. On comprend. en effet, qu'un compte amiable peut être fait autrement qu'un compte en justice : et en droit, l'obligation du débiteur n'existe qu'autant qu'elle est acceptée par le créancier; jusque-là elle n'est qu'une offre, l'acceptation seule en fait un lien. (V. Championnière et Rigaut, Traité de l'enreg., t. 2, nº 1035.)

35. La loi n'a tracé aucunes règles sur la forme à suivre pour les comptes rendus à l'amiable ou devant arbitres; mais il est dans son vœu que l'on se rapproche le plus possible de celles prescrites pour les comptes judiciaires. (Cass. 21 janv. 1840, S.-V. 40. 1. 103; J. P. 1840. 1. 551; D. P. 40. 1. 108.) — V. infrà, art. 3, n° 41 et § 2.

# ART. 3. — Règles spéciales aux comptes judiciaires.

36. Avant de tracer les règles spéciales aux comptes judiciaires, nous devons rappeler ce que nous avons dit plus haut, qu'il est des cas où les comptes doivent nécessairement être rendus en justice, et d'autres où ils ne doivent être rendus ainsi que lorsque les parties n'ont pas pu s'entendre pour les rendre d'une autre manière. (V. n° 25 et 26.)

37. Il sera peut-être utile d'indiquer ici la signification des différents termes qui sont en usage dans toutes les espèces de comptes.

On appelle Comptable ou rendant celui qui doit le compte; Oyant, celui auquel le compte est rendu. Apostiller un compte, c'est y mettre des notes pour examiner et débattre les articles que l'on apostille. Vérisier un compte, c'est l'examiner. Clore un compte, c'est convenir des parties diverses dont il est composé, et en fixer le reliquat. Affirmer un compte, c'est jurer qu'il est véritable. Finito ou arrêté de compte, signifie l'arrêté qui en est fait par l'oyant et le rendant. V. Arrêté de compte (1). - Ligne de compte, c'est l'espace en blanc laissé à la droite du compte pour y classer en chiffres les sommes portées en toutes lettres dans le courant du compte. Dépenses communes, s'entend de celles faites tant pour satisfaire l'oyant que pour décharger le rendant. Pièces de comptabilité ou pièces comptables : ce sont les pièces justisicatives des articles de recette et de dépense. Débats et soutènements : ces expressions désignent les discussions qui s'élèvent sur les articles divers du compte. Reliquat : c'est l'excédant de la recette sur la dépense; Avance : l'excédant de la dépense sur la recette.

38. Nous devons également expliquer le sens et les effets de la maxime posée au n° 5, que tout comptable est réputé débiteur jusqu'à ce qu'il ait rendu son compte. Cette présomption n'attribue pas à celui à qui le compte est dû tous les droits résultant d'une créance ordinaire, par exemple, celui de sai-

sir-arrêter les biens du comptable; car il peut arriver que le rendant compte soit créancier au lieu d'être débiteur. Ce droit ne lui est pas même acquis par une mise en demeure; car il est possible que des circonstances de force majeure aient empêché celui qui doit le compte d'y obtempérer. L'art. 534 du Code de procédure civile n'autorise la saisie des biens du comptable et la contrainte par corps, que dans le seul cas où un délai a été fixé par le tribunal pour la reddition du compte, sans que le comptable ait satisfait à ce devoir. On ne peut donc, lorsqu'il n'y a eu qu'une simple mise en demeure, sans assignation ni jugement, changer en dette proprement dite l'obligation du comptable retardataire, d'autant mieux que, dans cette seconde hypothèse, le chiffre de la créance étant fixé par le demandeur seul, pourrait l'être d'une manière arbitraire. C'est dans ce sens que s'exprime M. Chauveau sur Carré (t. 4, Quest. 1844 ter).

39. Les dispositions du Code de procédure civile doivent être observées pour tous les comptes rendus en justice, quels qu'en soient l'objet et le titre. Ainsi, quoique ces dispositions fassent partie du livre qui traite de l'exécution des jugements, elles n'en sont pas moins applicables aux redditions de compte poursuivies par action principale, comme à celles qui sont ordonnées par jugement, et qui conséquemment ont lieu par suite d'instance.

40. Toutefois, ces dispositions ne sont point applicables: 1° aux comptables de deniers publics (l. 16 sept. 1807); 2° aux copartageants, relativement aux comptes qu'ils peuvent se devoir (C. civ., 828 et 1872; C. proc. civ., 976); 3° aux matières commerciales, par la double raison qu'il est impossible d'appliquer ces dispositions dans des tribunaux où le ministère des avoués est interdit, et qu'il est dans le vœu du législateur que la forme de procéder dans les matières commerciales soit simple et s'élève aux moindres frais possibles. (Rennes, 9 mars 1810, J. P. 3e édit.; D. A. 1. 786; et 23 août 1817, J. P. 3° édit.; D. A. 7. 792; — Cass. 6 déc. 1832, S.-V. 33. 1. 489; D. P. 33. 1. 65.) Mais il faut remarquer que les formes civiles reprendraient leur force, si le caractère commercial de l'acte venait à disparaître, comme, par exemple, s'il s'agissait de comptes dus à raison d'une société de commerce déclarée nulle (Metz, 24 nov. 1819, Devillen. et Car. 6. 2. 155; J. P. 3º édit.). Les règles du Code de procédure ne s'appliquent pas non

<sup>(1)</sup> Un arrêté de compte est-il soumis à la formalité de l'art. 1326? V. Bon pour, n° 10.

plus au cas où le tribunal renvoie les parties devant l'avoué plus ancien pour vérisier si les offres faites par l'une d'elles sont ou ne sont pas sussisantes (Cass. 19 mai 1830, S.-V. 31. 1.71; J. P. 3° édit.; D. P. 31.1.116.— Bioche et Gouget, v° Reddition de compte, n° 10); ni au compte qu'un tribunal ordonne à un avoué de rendre à ses confrères des sommes qu'il a reçues en qualité de secrétaire de leur chambre (Cass. 11 nov. 1828, S.-V. 30. 1. 80; D. P. 29. 1. 5.); ni aux liquidations de successions (Cass. 22 sév. 1830, J. P. 3° édit.; D. P. 30. 1. 138.)

41. La marche tracée par le Code ne doit être suivie que lorsqu'il s'agit vraiment d'une reddition de compte.

Ainsi, lorsque un individu se reconnaît débiteur d'une somme suivant compte arrêté, et qu'il offre de compenser cette somme avec une autre à raison de laquelle il forme une demande en justice, cette demande est une demande personnelle ordinaire, et non une demande en redressement de compte. En effet, dans ce cas, le demandeur ne conteste pas le compte; au contraire, il en reconnaît l'exactitude. (Cass. 20 janv. 1841, S.-V. 41. 1. 142; J. P. 1841. 1. 409; D. P. 41. 1. 241.)

Par application du même principe, l'instance qui a pour ojet de savoir s'il y a lieu à rendre compte, n'est pas soumise aux règles prescrites pour la reddition de compte.

- § 1er. Demande. Compèlence. Procédure. Jugement.
- 42. Demande. La demande en reddition de compte est mobilière de sa nature. Elle se forme ordinairement par action principale; cependant rien n'empêche de réclamer une reddition de compte incidemment à une instance engagée, lorsque les parties y ont intérêt. (Chauveau sur Carré, t. 4, p. 442; Amiens, 16 déc. 1825, J. P. 3º édit.; D. P. 29. 2. 102.)

La demande s'introduit par un ajournement donné en la forme ordinaire, et sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure préalable.

- 43. La loi n'ayant dispensé par aucune disposition spéciale les demandes en reddition de compte du préliminaire de conciliation, il s'ensuit qu'il faut leur appliquer la disposition générale de l'art. 48 du Code de procédure civile. — V. Conciliation.
  - 44. Compétence. Mais devant quel tribu-

nal les demandes en reddition de compte doivent-elles être portées?

A cet égard, l'art. 527 du Code de procédure civile s'exprime ainsi: « Les comptables commis par justice seront poursuivis devant les juges qui les auront commis; les tuteurs, devant les juges du lieu où la tutelle a été déférée; tous autres comptables, devant les juges de leur domicile. »

Reprenons chacune de ces trois catégories. 45. Dans la première, doivent être compris le séquestre, le gardien, l'envoyé en possession des biens d'un absent, le curateur à succession vacante.

En est-il de même de l'héritier bénéficiaire? L'affirmative est adoptée par Pigeau; mais nous croyons que c'est une erreur: car l'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer la succession, non en vertu d'une autorisation judiciaire, mais en vertu du pouvoir résultant de sa qualité à laquelle la loi a attaché le droit d'administration, qualité qu'il s'est attribuée lui-même par un acte libre de sa seule volonté. Telle est aussi l'opinion de MM. Thomine, Carré et Chauveau sur Carré (Quest. 1847).

Cependant, s'il existait plusieurs héritiers bénéficiaires de la même succession, et que l'administration en eût été confiée exclusivement à l'un d'eux par un jugement, nous pensons que celui-ci devrait être poursuivi devant les juges qui l'auraient commis à cette fonction d'administrateur.

- 46. Lorsque l'héritier bénéficiaire administre en vertu de son titre d'héritier et non en vertu d'une mission de la justice, ce n'est point devant les juges de son domicile qu'il doit être actionné, mais devant le tribunal dans le ressort duquel la succession a été ouverte. C'est une exception apportée par l'article 59 du Code de procédure civile à la disposition finale de l'art. 527 que nous examinons.
- 47. De ce que l'art. 527 ordonne que les comptables commis par justice seront poursuivis devant les juges qui les auront commis, faut-il en conclure nécessairement que si un comptable était assigné devant le tribunal de son propre domicile, alors qu'il aurait été commis par un autre, il pourrait valablement proposer le déclinatoire?

Pour la négative, on dit que la disposition de l'art. 527 précité a été rédigée dans l'intérêt de la partie au profit de laquelle le compte doit être rendu; que, dès lors, si le demandeur porte son action devant le tribunal du domicile du comptable, celui-ci n'a aucun motif de requérir son renvoi à un autre tribunal, puisqu'il se trouve devant ses juges naturels.

Cette solution, admise par M. Delaporte, ne paraît pas fondée. Les termes de l'article 527 sont impératifs; les mots: seront poursuivis. ont été substitués aux mots : pourront être remplacés, qu'on lisait dans l'art. 522 du projet. On peut consulter les explications données par l'orateur du gouvernement et le rapporteur du tribunat. (V. édit. de F. Didot, p. 186 et 230.) La raison d'après laquelle le législateur a fait, en l'art. 527, une exception à la règle générale, dérive de ce que le tribunal qui a confié la gestion est le plus à même de décider si le gérant s'est fidèlement acquitté de son mandat. Cette opinion est adoptée par Favard (t. 1, p. 615), Thomine-Desmasures (t. 2, p. 17) et Chauveau sur Carré, (Lois de la pr. civ., Quest. 1845).

48. Nous ferons remarquer, toutefois, que la compétence déterminée par l'art. 527 n'est que personnelle et relative, et non ratione materiæ; d'où il suit que si le comptable accepte le tribunal devant lequel il a été assigné, ou s'il ne propose pas l'incompétence en temps utile, le tribunal sera valablement saisi.

49. Si le comptable a été commis par des juges d'appel, doit-il rendre compte devant eux?

Nous pensons avec MM. Carré, Thomine-Desmasures et Jourdain (Code de compétence, t. 3, p. 191, n° 114), que l'affirmative doit s'induire du principe posé en l'art. 527, et que le comptable n'est pas tenu, dans ce cas, d'observer les deux degrés de juridiction.

Mais cette doctrine est combattue par M. Chauveau. Selon ce dernier auteur, la disposition de l'art. 527 suppose les parties devant un tribunal de premier ressort, et ne prouve rien par conséquent en faveur de l'opinion contraire. Dès lors, ajoute-t-il, il ne reste plus que le principe des deux degrés de juridiction, qui la repousse d'autant plus que l'art. 528 exige, en cas d'appel, le renvoi devant les juges de première instance, toutes les fois que le compte n'a pas été rendu et jugé par eux. (t. 4, p. 445.)

50. Si le comptable est un tuteur, c'est devant le juge du lieu où la tutelle a été déférée qu'il doit être poursuivi. Ainsi, quand la tutelle est légitime, comme elle est déférée au lieu où elle s'est ouverte, c'est-à-dire au lieu

où demeurait le mineur ou l'interdit au moment de l'investiture du tuteur, c'est devant le juge de ce domicile que la demande en reddition de compte doit être formée.

Si la tutelle est testamentaire, la demande doit être portée au tribunal du lieu où demeurait le testateur à l'époque de son décès, puisque c'est à cette époque et en cet endroit qu'est censé fait l'acte de dernière volonté. (Chauveau sur Carré, Quest. 1847 bis.)

Quand la tutelle est désérée par le conseil de famille, c'est devant le juge du lieu où s'est tenu ce conseil qu'on doit se pourvoir.

51. Quid, dans le cas d'une tutelle officieuse, lorsque le tuteur a eu l'administration de quelques biens appartenant au pupille, ainsi que le supposent les art. 365 et 370 du Code civil?

Nous pensons avec Pigeau (Comm., t. 2, p. 126) et Chauveau sur Carré (ibid.), que l'action doit être portée devant le juge du domicile du pupille au moment où la tutelle a été déférée, puisque c'est devant le juge de paix de ce lieu que doit être dressé le procèsverbal des demandes et consentements. Mais ces auteurs font remarquer avec raison que, si, au lieu d'une demande en reddition de compte, il s'agissait d'une instance introduite par le mineur pour toute autre cause, le droit commun devrait reprendre son empire et l'assignation être donnée au domicile du défendeur.

52. Si la tutelle a été déférée plusieurs fois à la même personne dans des lieux différents, l'action doit être portée devant le tribunal du lieu où la tutelle a été déférée pour la première fois, car c'est là incontestablement qu'est dû le compte de la première partie de l'administration, et cette reddition ne peut être scindée. (Bordeaux, 3 août 1827, S.-V. 27. 2. 197; J. P. 3° édit.; D. P. 28. 2. 31.) M. Chauveau (loc. cit.) pense que, dans ce cas, il devrait y avoir autant de comptes que de tutelles, et autant d'actions différentes que de lieux divers où les tutelles auraient été conférées.

53. Les comptables, autres que ceux commis par justice et les tuteurs, doivent, d'après l'article 527, être poursuivis devant les juges de leur domicile: c'est l'application à un cas particulier de la règle générale posée dans les articles 50 et 59 du Code de procédure civile.

Mais il ne faut pas oublier que cette rè-

gle se trouve modifiée par des exceptions particulières établies par ces mêmes articles en matière de succession bénéficiaire (V. suprà, n° 45) et en matière de société.

54. En matière de commerce, le demandeur peut assigner, à son choix, devant le tribunal du domicile du défendeur; devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée; devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué (C. pr., 420).

Par application de ces principes, la cour royale d'Agen a jugé que celui qui avait gérè un établissement de commerce pour le compte d'autrui, et qui avait depuis fixè son domicile dans un autre lieu que celui de cet établissement, devait être assigné en reddition de compte devant le tribunal de son domicile, et non devant celui où était l'établissement. (Agen, 6 mai 1824, S.-V. 24. 2. 383; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 384).

La Cour de cassation a également décidé, le 14 mars 1826, que toutes discussions sur règlements de comptes entre un entrepreneur et ses préposés (n'étant ni sous-entrepreneurs ni commissionnaires) devaient être portées devant le tribunal du lieu où l'engagement s'était opéré et où il avait été convenu d'effectuer les paiements (S.-V. 26. 1. 409; J. P. 3° édit.; D. P. 26. 1. 180).

55. Nous avons raisonné jusqu'à présent dans l'hypothèse où c'est celui qui doit rendre le compte qui est assigné par celui à qui le compte est dû. Les règles de compétence que nous venons de tracer sont-elles applicables également au cas où c'est le comptable luimême qui poursuit une demande en reddition du compte dont il désire se décharger? Nous pensons que les mêmes raisons de décider existent dans les deux cas, et qu'il y a lieu d'appliquer la même règle.

56. Procédure.—Après ces explications sur la compétence, examinons quelle est la procédure à suivre en matière de reddition de compte.

La loi ne disant point si cette procédure sera sommaire ou ordinaire, il en résulte que l'on devra appliquer à la cause les principes généraux de l'art. 404 du Code de procédure civile, modifiés par la loi du 11 avril 1838. (Chauyeau sur Carré, t. 4, Quest. 1849.)

57. Si le compte est dû à plusieurs personnes, et que deux ou un plus grand nombre l'aient demandé, la poursuite appartient à

celui qui a fait viser le premier l'original de son exploit. Le visa est daté du jour et de l'heure; l'art. 967 du Code de procédure civile nous semble ici applicable par analogie. (Pigeau, t. 2, p. 368; Chauveau sur Carré, Quest. 1850.)

58. Les oyants qui ont le même intérêt nomment un seul avoué; faute de s'accorder sur le choix, le plus ancien occupera, et néanmoins chacun'des oyants pourra en constituer un; mais les frais occasionnés par cette constitution particulière, et faits tant activement que passivement, seront supportés par l'oyant (C. proc., art. 529).

59. Les créanciers de l'oyant et du rendant peuvent intervenir au compte et demander qu'il soit examiné en leur présence, pour empêcher que l'oyant ne laisse diminuer sa créance ou augmenter sa dette au préjudice de leurs droits ; c'est ce qui résulte implicitement de l'art. 536 du Code de procédure civile. Quoique les créanciers de l'oyant aient le même intérêt que lui, néanmoins ils ne sont pas obligés de prendre le même avoué. parce que ce n'est pas en vertu de l'article 1166 du Code civil qu'ils interviennent, mais bien en vertu de l'art. 1167 du même Code, pour empêcher que le compte ne soit rendu à leur préjudice; et ils pourraient ne pas arriver à leur but s'ils étaient forcés de constituer pour avoué celui de leur débiteur. Mais ces créanciers ayant tous ensemble le même intérêt, doivent prendre pour eux tous un seul avoué.

60. Le cédant du reliquat éventuel d'un compte à rendre peut aussi intervenir dans l'instance engagée entre son cessionnaire et le comptable sur la reddition de ce compte. (Rennes, 27 avril 1818, J. P. 3° édit.)

61. Jugement. — Tout jugement portant condamnation de rendre compte fixera le délai dans lequel le compte doit être rendu, et commettra un juge. (C. proc. civ., 530.) Mais cette formalité n'est point prescrite à peine de nullité, et la Cour de cassation a décidé qu'un jugement qui ordonnait un compte sans avoir fixé le délai dans lequel ce compte devait être rendu, et sans avoir nommé un juge pour le recevoir, n'était pas nul, et que l'omission pouvait être réparée par un jugement ultérieur. (Cass. 11 nov. 1828, S.-V. 30. 1. 80; J. P. 3° édit.; D. P. 29. 1. 5; — id., 23 janv. 1837, S.-V. 37. 1. 393; J. P. 1837. 1. 104.)

62. C'est dans ce sens qu'était également entendue la disposition de l'art. 5 de l'ordonnance de 1667, ainsi que cela résulte des commentaires de Rodier : « L'objet de l'ordonnance, dit-il, étant d'accélérer la procédure. elle prescrit que, pour ne pas y revenir à deux fois, le même jugement nommera le commissaire pour recevoir la présentation et affirmation du compte; et néanmoins, au parlement de Toulouse, il arrive quelquesois que le commissaire est nommé sur pied de requête. » Ainsi, la nomination pouvait avoir lieu postérieurement au jugement; pourquoi n'en serait-il pas de même aujourd'hui? Toutefois, nous pensons que la nomination ne pourrait pas être valablement faite, comme alors, sur requête présentée à un juge, et qu'il faudrait un jugement (1).

63. Si le commissaire nommé pour recevoir le compte n'était pas pris parmi les membres du tribunal, le jugement serait susceptible d'être annulé, ainsi que l'a décidé un arrêt de la cour royale de Rouen, du 16 janvier 1819 (Devillen. et Car. 6. 2. 8; J. P. 3° édit.), à l'égard d'une décision qui avait commis un particulier expert en comptabilité, mais qui n'était pas juge du tribunal.

Le même arrêt a étendu cette doctrine au cas où le tribunal ayant désigné l'un de ses membres comme juge-commissaire, avait nommé ensuite un particulier expert en comptabilité, parce que le rapport fait par le juge commis n'avait pas donné des éclaircissements suffisants à la justice. En parcil cas, il faut que le tribunal ordonne qu'il sera fait un nouveau rapport par le même commissaire, ou par un autre juge pris dans son sein.

Du reste, l'art. 530 n'exige pas que le commissaire soit pris parmi ceux des membres du tribunal qui ont participé au jugement. (Metz, 24 novem. 1819, Devillen. et Car. 6. 2. 155; J. P. 3° édit. — Chauveau sur Carré, Quest. 1853 bis.)

64. Le délai dans lequel un compte doit être rendu se règle ordinairement sur l'importance du travail nécessaire pour recueillir les éléments du compte à dresser. Si le jugement qui fixe le délai est par défaut, le délai ne court qu'à compter du jour de la signification (C. pr. civ., 123).

Mais si le jugement est contradictoire, le délai court-il du jour où il est rendu, ou seule-

ment à partir de la notification?

M. Favard de Langlade (Répert., nº 4) enseigne que le délai court du jour de la prononciation du jugement; il se fonde sur les art. 122 et 123 du Code de procédure civile, qui, suivant cet auteur, consacrent un principe général auquel l'art. 147 du même Code ne fait aucune exception, puisque ce dernier article ne parle que de l'exécution, tandis que les précédents ont en vue les délais pour l'exécution, ce qui est bien différent.

Cependant l'opinion contraire, soutenue par Merlin et Chauveau sur Carré (Quest. 1853), et consacrée par un arrêt de la cour de Rennes du 9 mars 1810 (Journ. des arrêts de cette cour, t. 1. p. 38), nous paraît préférable. Il est de principe, en effet, et la cour s'est décidée par ce motif, que lorsqu'un jugement, soit contradictoire, soit par défaut, porte qu'une partie fera telle chose dans un certain délai, ce délai ne court que de la signification du jugement. Il faut toutefois excepter de cette règle les jugements des tribunaux de commerce: le ministère des avoués n'étant pas admis, la signification ne saurait être exigée.

Au reste, quelque parti que l'on prenne sur cette question, il sera toujours loisible aux tribunaux de fixer eux-mêmes l'époque à compter de laquelle courra le délai, et cette faculté diminue sensiblement l'intérêt qu'on peut apporter à l'examen de la difficulté.

65. Le délai passé, celui qui doit le compte peut y être contraint, par saisie et vente de ses biens, jusqu'à concurrence d'une somme arbitrée par le tribunal; il peut même y être contraint par corps, si le tribunal l'estime convenable. (C. pr. civ., 534; Carré, Quest. 1869.) Si le tribunal n'a pas arbitré la somme par le jugement même qui ordonne la reddition du compte, il peut le faire par un jugement ultérieur. (Bruxelles, 24 juin 1812, J. P. 3° édit.; D. A. 3. 671). Telle est aussi l'opinion de Pigeau (p. 392), Berriat-Saint-Prix (p. 499), et Lepage (p. 364, Quest. 1<sup>re</sup>).

66. Celui qui a obtenu contre son adversaire un jugement qui le condamne à lui rendre un compte, peut-il prendre une inscription hypo-

<sup>(1)</sup> Il est d'usage à Paris d'insérer dans les jugements qui nomment un juge pour entendre un compte, que si, postérieurement, il arrive qu'il ne puisse remplir sa mission, le président de la chambre qui a rendu le jugement commettra un autre juge, sur une requête à lui présentée.

thécaire en vertu de ce jugement? — V. Hypothèque judiciaire.

67. En cas d'appel d'un jugement qui aurait rejeté une demande en reddition de compte, l'arrêt infirmatif doit renvoyer, pour la reddition et le jugement du compte, au tribunal où la demande avait été formée, ou à tout autre tribunal de première instance que l'arrêt indique. (C. pr. civ., 528.)

68. Une double question s'est élevée sur le \$ 1er de l'article 528 du Code de procédure civile: la première, de savoir si la cour, en infirmant un jugement qui a rejeté une demande en reddition de compte, est tenue, à peine de nullité, d'indiquer, par le même arrêt, le tribunal devant lequel le compte doit être débattu, ou si cette indication peut être faite par un arrêt subséquent; la seconde, si la cour royale excède ses pouvoirs, lorsqu'en renvoyant les débats du compte devant un tribunal de première instance, elle nomme un juge commissaire et fixe le délai dans lequel le compte doit être rendu.

Sur la première question, on peut dire que l'omission, dans un arrêt, de l'indication du tribunal devant lequel le compte doit être débattu, ne constitue pas une nullité de cet arrêt, puisque cette omission peut être facilement réparée par un nouvel arrêt, lequel, loin de modifier le premier, ne fait, au contraire, qu'en assurer l'exécution.

Mais la cour qui infirme n'a que le pouvoir de renvoyer devant un tribunal; et il nous paraît résulter des dispositions combinées des articles 528 et 530 du Code de procédure civile, que le tribunal auquel le renvoi est fait peut seul fixer le délai dans lequel le compte doit être rendu, et nommer le juge commissaire devant lequel les débats doivent avoir lieu. Cette considération suffit, selon nous, pour justifier la solution aftirmative que nous donnons à la seconde question. La cour de Pau, par arrêt du 31 août 1833 (rapporté sous celui de cassation du 23 janvier 1837), avait adopté un système contraire à celui que nous venons d'émettre; mais la Cour de cassation a cassé cet arrêt et a consacré ainsi le principe que nous avons établi. (Cass. 23 janv. 1837, S.-V. 37. 1. 393; J. P. 1837, 1. 104; D. P. 37. 1. 171.) - V. infrà, nº 131.

§ 2. — Dressé du compte. — Présentation et affirmation. — Débats et soutenements.

89. Dressé du compte. - Lorsque le juge-

ment qui ordonne de rendre compte a été signifié, le comptable doit dresser le compte dans le délai prescrit.

La loi ne trace aucune forme particulière ou sacramentelle pour le dressé du compte, sauf ce qui est prescrit par les articles 531 et 533 combinés, que nous analyserons tout à l'heure. L'oyant doit donc l'accepter tel qu'il a été rédigé par le rendant, si d'ailleurs le compte est intelligible. Il est obligé, dans ses critiques, de se conformer à l'ordre suivi par le rendant, et il ne serait point reçu à rejeter le compte pour en présenter un autre à sa place. (Rennes, 16 juillet, arrêt cité par Carré, Quest. 1863; id., 7 avril 1835, J. P. 3° édit.)

70. Le compte doit être rédigé en grosse, suivant l'article 75 du tarif, qui dit qu'il ne sera fait qu'une seule grosse.

71. D'après les articles 531 et 533 combinés, le compte doit contenir: 1° un préambule ou exposé général des faits qui ont donné lieu à la gestion du comptable et des circonstances dont l'explication peut faciliter l'intelligence du compte; 2° les recettes et dépenses effectives; 3° la récapitulation desdites recettes et dépenses, sauf à faire un chapitre particulier des objets à recouvrer.

Reprenons chacun de ces points.

72. 1º Préambule. — « Les faits y sont analysés d'après l'ordre chronologique, s'il est possible, ou divisés en observations sous chacune desquelles on présente tout ce qui se rattache à un événement ayant donné lieu à des recettes ou à des dépenses. Tel est l'usage dans les comptes notariés. » (Rolland de Villargues, v° Compte, n° 28.)

Ce préambule ne doit pas excéder six rôles, en y comprenant la mention (1) de l'acte ou du jugement qui a commis le rendant, et du jugement qui a ordonné le compte : l'excédant ne passerait point en taxe. (C. proc. civ., art. 531.)

73. 2° Recettes et dépenses effectives. — MM. Bioche et Goujet (v° Reddition de compte, n° 41) prétendent que par le mot recette, il faut entendre tout ce que le rendant a pu ou dû recevoir, encore qu'il n'ait pas tout reçu, et qu'il est comptable non-seulement de ce qu'il a reçu, mais encore de ce qu'il a dû recevoir. Cette opinion est partagée par

<sup>(1)</sup> Nous disons la mention, et non l'extrait qui n'est plus exigé aujourd'hui comme sous l'ordonnance de 1667.

Favard de Langlade (t. 1, p. 617), Carré et Chauveau sur Carré (Quest. 1861); elle est, en outre, conforme à ce qui avait lieu avant le Code: on portait dans le compte les recettes non effectuées, sauf à les reprendre dans un article de reprise. Mais cette forme inutile et frustratoire nous semble avoir été formellement repoussée par les termes mêmes employés par l'article 533 du Code de procédure précité. On ne peut, en effet, par recettes effectives, entendre autre chose que les recettes qui ont été réellement effectuées, c'est-à-dire dont le montant a été encaissé par le rendant. Cela devient plus évident encore, lorsqu'on voit que l'article 533 ordonne de faire, s'il y a lieu, un chapitre particulier des objets à recouvrer. On doit donc porter dans ce chapitre particulier tout ce qui était à recouvrer et qui n'a pas été recouvré par le rendant pendant la durée de sa gestion. Si, quant à ce qui n'a pas été recouvré et qui aurait pu l'être, sa responsabilité se trouve engagée, cette circonstance ne doit exercer aucune influence sur l'état matériel du compte.

74. Le compte doit-il comprendre toutes les recettes et toutes les dépenses faites par le rendant, quelle que soit leur origine et leur cause? Il faut distinguer entre le compte général et le compte spécial ou particulier.

Point de doute que le premier ne doive comprendre toutes les opérations qui ont pu être faites entre les parties, toutes les dettes et toutes les créances qu'elles peuvent avoir l'une envers l'autre.

Mais lorsque le compte est spécial, c'est-àdire relatif à une ou plusieurs opérations déterminées, le rendant peut-il y faire figurer des créances qu'il a sur l'oyant, et dont la cause et l'origine sont tout à fait en dehors des opérations dont il rend compte?

Nous ne le pensons pas, surtout en ce qui concerne les comptes civils. D'abord, s'il en était ainsi, il n'y aurait jamais de comptes spéciaux. Ensuite, en introduisant de telles créances dans son compte, le rendant ne pourrait avoir pour motif que de se payer luimême de ces créances sur les recettes qu'il a faites et dont il rend compte. Or ces recettes lui ayant été confiées dans un but déterminé, pour la gestion d'une affaire spéciale, il aurait, en se les appliquant, contrevenu aux devoirs de son mandat. Comment d'ailleurs pourrait-il se les appliquer? Ce ne serait qu'en vertu d'une imputation qu'il voudrait

faire, ou d'une compensation qu'il prétendrait opérer. Mais, 1º l'imputation est possible dans un paiement effectif, et non dans un compte (C. civ., 1253); elle est possible, à la condition, pour le débiteur, qu'il déclarera, en payant, qu'il entend payer telle dette; pour le créancier, qu'il déclarera, dans la quittance. de quelle dette il entend recevoir le paiement : or, aucune de ces deux conditions ne peut être remplie dans un compte; il n'y a donc pas d'imputation possible. 2º La compensation ne saurait non plus s'opérer. En effet, tant qu'un comptable n'a pas rendu compte, il n'est pas débiteur de tout ce qu'il a reçu, car il peut l'avoir dépensé; mais il est débiteur de son compte. Ce n'est qu'après le compte rendu. et s'il est reliquataire, qu'il devient débiteur d'une somme liquide, c'est-à-dire du reliquat. C'est donc alors seulement que la compensation serait possible entre ce reliquat et la créance étrangère à l'objet du compte.

Dira-t-on que cette doctrine expose le rendant à se voir frustrer du paiement de sa créance, par suite de la cession que l'oyant pourrait faire du reliquat de compte, avant que le compte fût arrêté? Nous répondrons que la doctrine contraire pourrait se prêter à de semblables combinaisons. Supposons. en effet, un tiers ayant sur le mandant une créance garantie par une première hypothèque sur les biens donnés en gestion. Le mandataire achète une créance avec deuxième hypothèque sur les mêmes biens. L'apurement du compte arrive, et les biens sont vendus en même temps pour payer les créanciers hypothécaires. Si le mandataire a droit d'imputer sur l'actif de son compte toutes ses créances, quelle qu'en soit l'origine, il ne restera débiteur envers le mandant que de l'excédant de ses recettes, non-seulement sur les dépenses de son compte, mais encore sur sa créance de second ordre. De sorte que le tiers premier inscrit sera primé par le mandataire inscrit après lui, et ne recevra peut-être qu'un reliquat insuffisant. Un tel résultat blesserait en même temps les règles du droit et celles de l'équité.

faites et dont il rend compte. Or ces recettes lui ayant été confiées dans un but déterminé, pour la gestion d'une affaire spéciale, il aurait, en se les appliquant, contrevenu aux devoirs de son mandat. Comment d'ailleurs pourrait-il se les appliquer? Ce ne serait qu'en vertu d'une imputation qu'il voudrait

son mandant, quelle qu'en soit l'origine, si d'ailleurs elles sont exigibles et bien justifiées. » Cette décision serait exacte seulement dans le cas d'un compte général. Dans le cas d'un compte commercial, et quand il s'agit, non d'une gestion d'affaires, mais d'une opération déterminée, comme une rente, une consignation, etc., la question n'est plus qu'une question ordinaire de compensation.

— V. ce mot.

75. Au nombre des dépenses d'administration et de gestion, doivent être comprises toutes celles que le rendant a dû raisonnablement saire dans l'intérêt du mandant, lors même que, par événement, elles auraient été inutiles. Ainsi on devra tenir compte au rendant, notamment des frais des voyages nécessaires qu'il aura exécutés pour l'accomplissement de sa mission. L'appréciation de ces dépenses et autres analogues est laissée aux tribunaux qui, pour la preuve des faits articulés, devront se guider d'après les principes généraux du droit; car il faut bien remarquer que ce ne sont point ces sortes de dépenses que prévoit l'article 532 du Code de procédure civile, mais uniquement celles faites pour arriver à la reddition de compte.

76. Les dépenses de cette dernière espèce sont qualifiées, par la disposition particulière de cet article, dépenses communes, parce qu'elles sont faites par les deux parties pour arriver à la reddition du compte.

Elles sont à la charge de l'oyant, lors même que le compte a été nécessité par le fait de celui qui l'a rendu (Cass. 1er août 1832, S.-V. 32. 1. 797; J. P. 3e éd.; D. P. 32. 1. 341). Mais il n'en serait pas ainsi des dépenses occasionnées par le rendant à raison des procédures frustratoires (Rennes, 20 janvier 1813, J. P. 3e édit.; — Orléans, 15 mai 1822, J. P. 3e édit.), ni même des dépenses du compte dû par celui qui se serait immiscé sans droit dans les affaires d'autrui (Thomine-Desmasures t. 2, p. 21; Chauveau sur Carré, Ouest. 1858).

77. En première ligne des dépenses spécifiées en l'article 532, figurent les frais des voyages que le rendant a pu être obligé de faire pour rendre son compte; mais il faut que ces frais soient affirmes au greffe (tarif, art. 146); on doit y comprendre les vacations de l'avoué à cette affirmation.

78. Sont rangées encore au nombre des dépenses communes, les grosses et copies du compte, les frais de présentation et d'affirmation, et les vacations de l'avoué qui a mis en ordre les pièces du compte. Il lui est alloué une vacation pour cinquante pièces, deux pour cent et ainsi de suite. (Tarif, art. 92.)

79. Indépendamment des grosses et copies du compte, doit-on comprendre dans les dépenses communes les frais faits pour le dressé même du compte?

Il semblerait juste de les y comprendre, lorsque le rendant, quoique bon gérant, a eu néanmoins besoin d'une main salariée pour mettre son compte en état; mais les termes limitatifs de l'article 532 ne semblent point permettre une telle extension. D'ailleurs le compte devant être rédigé en forme de grosse par l'avoué, la partie peut se contenter de le lui dicter. (Chauveau sur Carré, Quest. 1859; Favard de Langlade, t. 1, p. 617.)

80. En outre des dépenses communes, l'oyant doit encore supporter les frais dans les cas suivants:

1° Quand la demande a été formée par le comptable lui-même;

2° Quand, la reddition de compte ayant eu lieu du consentement des deux parties; on s'est pourvu en justice seulement à fin de nomination d'un juge-commissaire;

3° Quand sur les poursuites de l'oyant, et avant le jugement, le comptable déclare consentir à rendre son compte (ord. de 1667, tit. 29, art. 18), à moins qu'il ne soit établi que la demande judiciaire a été déterminée par son refus d'y procéder à l'amiable. Il a même été jugé que les frais de compte avaient pu être mis à la charge de l'oyant, dans le cas où le compte n'était devenu nécessaire que par la résistance d'un héritier à délivrer les biens compris dans son legs, motivée sur une demande en nullité du testament. (Cass. 1° août 1832. S.-V. 32. 1. 797; J. P. 3° édit.; D. P. 32. 1. 341.)

81. Mais le rendant doit supporter personnellement les frais, 1° si sur son refus de rendre compte, il a dû y être contraint par les voies judiciaires; 2° si même, quoique son intention fût de rendre son compte, il a attendu, pour la manifester, que le jugement qui l'y condamne fût rendu; 3° si le compte n'est devenu nécessaire que par suite d'une possession de mauvaise foi des biens de l'oyant, ou d'une administration non autorisée de ses affaires.

82. Enfin, les frais du jugement qui statue

sur le compte lui-même, sont, comme dans les procès ordinaires, à la charge de celui qui succombe dans la contestation; ils peuvent cependant être compensés. Au surplus, tous ces frais sont réglés après le jugement définitif.

- 83. 3° Récapitulation des recettes et des dépenses.—L'article 533 du Code de procédure veut que le compte contienne la récapitulation et la balance des recettes et des dépenses, sauf à faire un chapitre particulier des objets à recouvrer. V. suprà, n° 71.
- 84. Quand il s'agit d'une administration surchargée de détails, il est bon de dresser un chapitre particulier du passif à acquitter, ce qui est un chapitre corrélatif à celui des objets à recouvrer.
- 85. Lorsque le comptable est débiteur d'intérêts, il y a lieu de faire un chapitre de plus pour le compte de ces intérêts, dont le montant se réunit à celui du chapitre des recettes, lors de la balance. Toutesois, il peut en être autrement lorsque le compte est dressé par écheletie.
- 86. On doit établir séparément, dans les chapitres de recettes et de dépenses et lors de la balance, quand cela paraît nécessaire, les fonds ou capitaux et les fruits ou revenus.

  V. Fruits.
- 87. Indépendamment des recettes, des dépenses et des objets à recouvrer, etc., tout compte d'administration doit relater succinctement les actes faits par le comptable, d'après la nature de ses fonctions, ou en vertu des pouvoirs à lui consiés. Ainsi il doit analyser les actes d'administration ou d'aliénation, indiquer l'état des procédures existantes, prémunir l'oyant contre l'expiration de tout délai de nature à faire acquérir la prescription contre lui, etc.
- 38. Suivant l'article 537 du Code de procédure civile, les quittances de fournisseurs, ouvriers, maîtres de pension, et autres de même nature, produites comme pièces justificatives du compte, sont dispensées de l'enregistrement Cette disposition s'applique aux comptes rendus à l'amiable comme aux comptes rendus en justice. (Déc. min. fin. et de la justice, 22 sept. 1807.)

Aucune disposition spéciale ne dispensant ces pièces de la formalité du timbre, il faut en conclure qu'elles y sont soumises. (Chauveau sur Carré, Quest. 1878; Favard de Langlade, t. 1er, p. 618; contrà, Thomine-Desmasures, t. 2, p. 28.)

- 89. Il convient de faire suivre le compte d'un inventaire des pièces produites à l'appui : c'est le moyen que l'oyant puisse en vérisser l'exactitude.
- 90. L'oyant est tenu de fournir au rendant les titres ou papiers dont celui-ci réclamerait la communication pour y puiser les éléments de son compte. En effet, les pièces relatives à un compte appartiennent, en quelque sorte, aux deux parties, puisqu'elles peuvent servir à l'établissement soit de l'actif, soit du passif.
- M. Chauveau sur Carré (Quest. 1862 bis) pense que le refus de l'oyant pourrait être pris en considération par les juges, mais cependant à deux conditions: 1° que les pièces dont le rendant demanderait communication seraient de celles dont l'existence ne saurait être contestée, par exemple, les livres et registres de négociants; 2° que la demande fût portée devant le tribunal lui-même, seul juge de son opportunité, afin que le comptable ne pût pas prétendre, pour exeuser un retard, qu'il s'est adressé à l'oyant, qui n'a pas voulu lui faire la communication demandée.

Cette doctrine a été consacrée avec raison, selon nous, par un arrêt de la cour royale de Paris, du 29 janvier 1818, lequel a jugé qu'en cas de refus de l'oyant, les dommages-intérêts devaient être l'allocation pure et simple du compte présenté, et même des sommes dénuées de pièces justificatives. (S.-V. 18. 2. 296; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 676.)

Un autre arrêt de la même cour, en date du 20 juillet 1810, a décidé, au surplus, que la demande de communication ainsi formée par le rendant compte à l'oyant, n'emportait pas déchéance du droit de produire à l'audience des titres de justification ou de libération. (J. P. 3° édit.; D. A. 3. 677.)

- 91. Quand les biens administrés se trouvent constatés par un inventaire, le compte se dresse par dépouillement de cet inventaire et sans qu'il soit besoin de s'astreindre à l'ordre des dates dans les chapitres, si toutefois il n'y a point nécessité de suivre cet ordre. Ce mode est principalement employé pour les comptes de bénéfice d'inventaire, d'exécution testamentaire, d'administration des biens d'une communauté, de succession, et même pour les comptes de tutelle. V. ces différents mots.
- 92. Les comptes d'administration des biens de communauté ou de succession font, en général, lors de la liquidation, l'objet d'une observation préliminaire ou d'une première

opération: le reliquat en est employé à la masse à laquelle il a trait.

93. Présentation et affirmation. — Lorsque le compte a été dressé, le rendant doit le présenter et l'affirmer en personne ou par procureur spécial, dans le délai fixé par le jugement. Le jour et l'heure de la présentation sont fixès par le juge-commissaire, sur une requête non grossoyée (Tarif, 96). Les oyants doivent être présents ou appelés par acte signifié à personne ou domicile, s'ils n'ont avoué, et par acte d'avoué, s'ils en ont constitué. (C. pr. civ., 534.)

94. Si le rendant laisse passer le délai sans présenter ou affirmer son compte, l'oyant prend lui-même l'ordonnance du commissaire et la signifie au rendant, si mieux il n'aime, ainsi que nous l'avons dit (n° 65), employer immédiatement les moyens coercitifsénumérés dans la disposition finale de l'art. 534, c'est-à-dire l'y contraindre par saisie et vente de ses biens jusqu'à concurence d'une somme que le tribunal ale droit d'arbitrer. Le rendant peut même y être contraint par corps. — V. infrâ, n° 98.

95. On conçoit cependant que la seule expiration des délais sans présenter le compte, et que même l'emploi des voies de rigueur admises par le Code, ne peuvent motiver contre le rendant la déchéance du droit de rendre compte. Ce que la loi veut avant tout, c'est que tout comptable rende compte de sa gestion à qui de droit, et ce n'est que pour atteindre ce but qu'elle permet d'employer contre lui des moyens rigoureux. Or ce but serait manqué, si dès l'abord elle prononçait une déchéance contre le comptable en retard de présenter son compte.

La cour de Colmar a consacré cette doctrine le 20 février 1824 (J. P. 3° édit.; D. A. 3. 674), en décidant qu'on n'avait le droit de prendre contre le rendant retardataire que les voies coercitives indiquées dans l'article 534; que même l'exécution des condamnations coercitives manifestée par l'expropriation des biens du comptable, ne le rendait pas non-recevable à offrir de rendre compte.

96. La somme qu'arbitre le tribunal, conformément à la seconde disposition de l'article 534, n'est qu'une provision; elle est en définitive imputable sur le reliquat du compte, et en la payant, le comptable n'est pas libéré de son obligation. (V. Chauveau sur Carré, Quest. 1868. V. aussi Delaporte, t. 2, p. 119, et Pigeau, t. 2, p. 130.)

Parapplication de ce principe, il a été jugé qu'une condamnation contre le rendant dont le compte était annulé, à payer des sommes que l'oyant prétendait lui être dues n'était valable qu'autant que le tribunal ordonnait le redressement du compte. (Bordeaux, 19 nov. 1826, S.-V. 28. 2. 56; J. P. 3° édit..)

Il en serait autrement à l'égard des sommes dont le comptable se serait reconnu débiteur avant d'avoir rendu compte, et dont le paiement serait prononcé par le jugement même qui ordonnerait la reddition du compte: ce serait là une condamnation définitive, à raison de laquelle la contrainte par corps pourrait être ordonnée, s'il y avait lieu. (Bastia, 31 août 1828, arrêt cité par Chauveau, ibid.)

97. Cependant, de ce que la condamnation au paiement d'une somme n'est prononcée ni à titre de peine, ni à titre de dommages-intérêts, mais seulement à titre de provision, s'ensuit-il qu'elle soit purement comminatoire? Cette dernière qualification lui a été donnée par deux arrêts, l'un de la cour de Rennes, du 20 janvier 1813, l'autre de la cour de Paris. du 30 avril 1828 (J. P. 3e édit.); mais cette doctrine est désapprouvée par M. Chauveau sur Carré (Quest. 1868 bis). «L'article 534, dit-il, n'autorise pas seulement les juges à ordonner le paiement d'une somme, mais à arbitrer la somme jusqu'à concurrence de laquelle les biens du comptable seront saisis. Or. il v a là évidemment plus qu'une menace; il y a une voie de contrainte réelle, énergique, dont il dépend sans doute du retardataire de prévenir, en s'y prenant à temps, mais non d'annuler les résultats accomplis. Il ne pourrait donc, en offrant de rendre compte, arrêter les poursuites, comme l'a décidé, avec raison, la cour de Colmar, le 20 février 1824 (J. P. 3e édit.; D. A. 3. 674), encore moins l'adjudication; et si, par le fait de l'apurement, il se trouve en définitive ne rien devoir à l'oyant, ou même s'il est devenu son créancier, cela ne change rien à tout ce qui s'est passé: il aura seulement l'action ordinaire. et les frais mêmes de la saisie resteront à sa charge; car il doit s'imputer de ne pas en avoir prévenu les conséquences. »

98. La contrainte par corps peut-elle être prononcée contre celui qui est en retard de rendre compte? Lepage (Questions, p. 365) et M. Thomine-Desmasures (t. 2, p. 25) sont d'avis que le tribunal ne peut prononcer la contrainte par corps que dans les cas

où le rendant y est sujet, à raison de l'objet du compte; mais tous les autres auteurs se prononcent pour l'opinion contraire, sur le motif que l'article 534 ne fait aucune distinction ni réserve, à la différence de l'article 8 du titre 29 de l'ordonnance de 1667, qui n'autorisait la voie de la contrainte par corps que si la matière y était disposée. Le retranchement de ces mots prouve que le législateur a voulu s'en rapporter entièrement à la prudence des tribunaux. Carré et Chauveau se prononcent dans ce dernier sens. (Chauveau sur Carré, Quest. 1869). Cependant le juge à l'arbitraire duquel est laissée cette voie si rigoureuse, doit en user avec ménagement. « Cette mesure de rigueur, dit Favard de Langlade (v° Compte, § 2, n° 3), ne doit être ordonnée qu'autant que le retard du rendant devient très-préjudiciable à l'oyant, que la désobéissance et la mauvaise volonté sont manifestes, ou qu'il a à craindre que le rendant ne prenne la fuite. »

99. Au reste, le rendant qui se voit dans l'impossibilité de rendre son compte dans le délai fixé par le jugement, peut demander une prorogation de délai au tribunal, qui doit l'accorder s'il existe des motifs sérieux et légitimes. C'était l'opinion de Rodier, qui, dans sa question troisième sur l'article précité de l'ordonnance de 1667, disait : « L'ordonnance exclut cette prorogation; mais il faut, à mon avis, l'entendre des cas seulement où il n'y aurait que pure négligence de la part du comptable; car, si le comptable était tombé malade, ou s'il avait perdu son père, sa mère, ou sa femme dans le délai à lui accordé, ou qu'il eût quelque autre cause raisonnable qui l'eût empêché de donner le compte, il serait de l'équité de proroger le délai, ou du moins de différer pour un temps d'ordonner la saisie ou autres peines. »

La prorogation de délai pourrait être accordée même par le juge-commissaire, ainsi que l'a jugé la cour de Besançon, par arrêt du 30 novembre 1822. (J. P. 3° édit.)

100. Au jour indiqué, le rendant présente et affirme son compte. Les auteurs sont peu d'accord sur le point de savoir si l'affirmation doit être faite sous serment. Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, dont l'article 8 du titre 29 était conçu dans les mêmes termes que l'article 534 du Code, les auteurs décidaient unanimement que le serment devait être prêté. M. Berriat (t. 2., p. 561), s'appuyant de

ce qui se pratiquait sous l'ancienne législation, pense que l'affirmation sous serment est nécessaire, parce qu'il y a des dépenses trèsmodiques qui ne peuvent se prouver par pièces justificatives. Mais MM. Carré ( Quest. 566 et 1867), Rolland de Villargues (loc. cit. nº 36) et Chauveau sur Carré (Quest. 1867) professent une opinion contraire, à laquelle nous croyons devoir nous ranger, comme étant plus conforme à l'esprit de notre législation. L'article 121 du Code de procédure civile vient fortifier cette doctrine, puisqu'il s'oppose à ce que le serment puisse être prêté par le fondé de procuration, et que, suivant le texte de l'article 534, si l'affirmation devait être faite sous serment, le procureur fondé du comptable pourrait, au mépris de cette disposition, donner son serment au lieu et place de son mandant. - V. Affirmation, nº 8.

Au reste, cette affirmation du compte dans lequel sont compris, au chapitre des dépenses communes, les frais du voyage fait pour le compte, semble dispenser, pour cet objet, de l'affirmation particulière au greffe, prescrite par l'article 146 du tarif.

101. Le compte présenté et affirmé, si la recette excède la dépense, l'oyant peut requérir du juge-commissaire exécutoire de cet excédant, sans approbation du compte. (C. pr. civ., art. 535.)

Si, par le résultat des débats du compte, le rendant se trouve reliquataire, l'oyant ne pourra requérir exécutoire. L'article 535 s'applique à l'excédant de recette et non au reliquat définitif. Dans ce dernier cas, si le rendant ne se libère pas de suite, les parties sont renvoyées à l'audience où l'oyant peut obtenir une condamnation définitive. MM. Pigeau (liv. 3, § Compte), Favard de Langlade (v° Compte, § 3) et Chauveau sur Carré (Quest. 1874 bis) partagent cette opinion.

102. Le juge-commissaire peut-il, dans tous les cas où il y a un excédant de recette, décerner l'exécutoire? Doit-il le refuser lorsque le rendant, tout en se reconnaissant reliquataire, demande, en vertu d'une exception qu'il oppose à l'oyant, que l'exécutoire ne soit pas délivré, comme, par exemple, dans le cas où le rendant offrirait de compenser le reliquat avec une créance qu'il aurait contre l'oyant?

La solution de cette question dépend entièrement du caractère que la loi a entendu donner à l'exécutoire dont il s'agit. Si le juge représente le tribunal qui l'a commis, il est évident que l'exécutoire qu'il décerne n'étant autre chose qu'un jugement conférant un titre à l'oyant, il doit, avant de le décerner, examiner l'exception opposée par le rendant, et n'accorder contre celui-ci l'exécutoire demandé que dans le cas où son exception est mal fondée.

Mais si, au contraire, la décision du jugecommissaire n'est qu'une sorte de travail préparatoire dont l'appréciation appartient au tribunal qui l'a délégué, il est hors de doute qu'il peut délivrer l'exécutoire, ou en référer à son gré au tribunal, sans examiner le fondement de l'exception proposée.

Dans le premier cas, le rendant doit attaquer l'exécutoire par la voie de l'appel; tandis que, dans le second, ce sera par demande incidente devant le tribunal auquel appartient le juge-commissaire.

M. Demiau, tout en reconnaissant que l'ordonnance rendue par un juge-commissaire en matière de vérification d'écriture, de compte, etc., n'est pas un véritable jugement, pense néanmoins que les deux voies sont également ouvertes contre cette ordonnance. M. Carré revenant sur l'opinion qu'il avait d'abord professée et qui était conforme à celle de M. Demiau, émet en définitive cet avis que la voie d'appel est la seule permise. La décision du juge-commissaire doit avoir, suivant lui, l'effet d'un jugement, puisque la loi donne au juge-commissaire caractère pour statuer sur le rejet ou l'admission des pièces de comparaison dans la vérification d'écriture. On pourrait dire, en appliquant cette doctrine, qu'il peut aussi délivrer l'exécutoire dans le cas d'un compte qui présente un excédant au profit de l'oyant. Or, le tribunal, en déléguant un de ses membres et en lui conférant, par cette délégation, les pouvoirs dont l'investit la loi, est censé juger dans la personne du commissaire; et de même qu'il ne pourrait réformer un jugement qui serait rendu par tous ses membres, il ne peut non plus réformer la décision du juge délégué (Chauveau sur Carré, Quest. 815, 827, 1873.)

Pour nous, nous pensons qu'on ne peut déférer l'ordonnance portant exécutoire qu'au tribunal de première instance, parce qu'il nous paraît que le juge-commissaire n'a plus aucun pouvoir dès qu'il s'élève des débats entre les parties (C. proc. civ., 539); il ne peut plus alors remplir que l'office de rapporteur. Le pouvoir de juger, d'ailleurs, n'appartient

qu'au tribunal, qui ne peut jamais le déléguer à un seul de ses membres. Au reste, dans le doute, ce recours au tribunal n'est-il pas le parti le plus sage, le plus convenable, le plus en rapport avec notre système judiciaire? Notre opinion sur ce point se trouve confirmée, implicitement du moins, par un arrêt de la cour de Turin, du 1er juin 1812, dont voici les considérants : « Attendu qu'en thèse générale ce n'est que contre les jugements des tribunaux que la voie de l'appel est ouverte: que la loi a spécialement prévu les cas dans lesquels l'appel d'un jugement ou d'une ordonnance rendue par un seul juge est autorisé; qu'on ne trouve nulle part dans le Code de procédure qu'une ordonnance de la nature de celle rendue dans l'espèce par un juge commis par le tribunal pour les débats de comptes entre les parties, ait été mise au rang des jugements et ordonnances desquels il est permis d'interjeter appel à la cour.» (S.-V. 14. 2. 423; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 673.) - V. Appel, nº 38, où nous avons cité par erreur cet arrêt comme émané de la cour de Paris.

103. L'exécutoire délivré par le juge-commissaire confère-t-il hypothèque? — V. Hypothèque.

104. Signification du compte. — Après la présentation et affirmation, le compte est signifié à l'avoué de l'oyant. Les pièces justificatives sont cotées et paraphées par l'avoué du rendant; si elles sont communiquées sur récépissé, elles doivent être rétablies dans le délai fixé par le juge-commissaire, sous les peines portées par l'article 107 (C. de proc. civ., 536).

Si l'oyant n'a pas d'avoué, comme dans le cas où le comptable a fait ordonner la reddition du compte par un jugement par défaut, le compte est signifié à personne ou domicile (C. de pr. civ., 534). Mais alors la communication des pièces doit se faire par la voie du greffe, à cause des inconvénients pouvant résulter de tout autre mode de communication.

105. Le délai pour le rétablissement des pièces est fixé par le juge-commissaire, sur simple requête, parties présentes ou dûment appelées; mais ce n'est pas à ce magistrat qu'il appartient de prononcer les peines portées par l'article 107, car l'article 536 ne lui donne d'autre mission que celle de fixer le délai. Le rendant doit donc, dans ce cas, se

borner à requérir les peines sur le procèsverbal du commissaire qui en fait rapport à l'audience au jour indiqué, pour que le tribunal prononce en présence des parties, tenues de s'y trouver sans aucune sommation.

1: 6. Si les oyants ont constitué avoués différents, la copie et les communications sont données à l'avoué plus ancien, s'ils ont le même intérêt, et à chaque avoué, s'ils ont des intérêts différents (art. 536).

107. Quoique les oyants aient le même intérêt, s'ils ont des avoués différents, ils peuvent exiger chacun une copie du compte, sous l'offre d'en supporter séparément les frais. Cette conséquence résulte des termes et de l'esprit de l'article 529 du Code de procédure civile.

108. S'il y a des créanciers intervenants, ils n'ont tous ensemble qu'une seule communication, tant du compte que des pièces justificatives, par les mains du plus ancien des avoués qu'ils auront constitués (C. proc. civ., 536). Ainsi, on ne doit pas leur signifier le compte comme aux oyants, car la loi ne parle que d'une communication. Pigeau (p. 399) est d'un avis contraire; mais nous ne croyons pas que son opinion doive prévaloir.

109. Débats et soutènements. — Aux jour et heure indiqués par le commissaire, les parties ou leurs mandataires doivent se présenter devant lui pour fournir débats, soutènements et réponses sur son procès-verbal (C. pr. civ., 538).

110. Si l'oyant ne se présente pas, l'affaire doit être portée à l'audience sur un simple acte (C. pr. civ., 538); car dès qu'il n'y a pas de discussion sur le compte, il ne peut y avoir lieu à en dresser procès-verbal.

111. Si les deux parties comparaissent, et qu'après avoir débattu le compte, elles tombent d'accord sur le reliquat, l'oyant doit poursuivre simplement devant le tribunal un jugement d'expédient, ou faire consentir une obligation notariée à son profit; car le juge-commissaire ne peut délivrer exécutoire pour le reliquat, comme il est autorisé à le faire pour l'excédant, avant toute discussion du compte, ainsi que nous l'avons établi suprà, n° 101.

112. Si, après que les débats, soutènements et réponses sont terminés, les parties ne peuvent s'accorder, le juge-commissaire ordonne qu'il en sera par lui fait rapport à l'audience au jour qu'il indique, et elles sont tenues de s'y trouver sans sommation (C. pr. civ., 539).

113. Dans tous les cas, les dires et réponses des parties et les discussions sur le compte doivent être insérés au procès-verbal; car aujourd'hui il n'est plus permis de signifier les débats et soutenements, comme cela se pratiquait sous l'ordonnance de 1667. La rédaction de ce procès-verbal doit être très-succincte, selon le vœu exprimé par l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs de l'article 538 : « Les débats et soutenements, disait-il, qui ne seraient pas fondés en raison, sont facilement écartés dans la conférence. Lorsqu'il y a doute ou difficulté, les débats ou soutènements sont insérés avec précision, sans prolixité, dans le procèsverbal dont le juge n'a aucun intérêt à augmenter le volume. »

Toutefois, il est bon de signaler un nouvel abus qui semble avoir remplacé l'ancien. Les dires sont remis au greffe tout rédigés, et on les transcrit littéralement sur le procès-verbal. Or, d'après le passage que nous venons de citer, il est évident que ce mode est contraire à l'esprit qui a guidé le législateur dans la réforme par lui apportée dans l'ancienne manière de procéder.

114. On remarque que les articles 538 et 539 disent les parties, et non les avoués des parties. Cette expression, qui se trouve dans les deux articles, a donné lieu à la question de savoir si les avoués ont pouvoir, sans qu'il fût besoin d'un mandat spécial, pour représenter les parties aux débats d'un compte et pour admettre ou rejeter des articles de ce compte; et si, en conséquence, une partie n'est reçue à contester des allocations consenties par l'avoué, qu'autant qu'elle a préalablement désavoué celui-ci.

Nous pensons que, par cette expression, parties, des articles précités, le législateur a entendu parler, non des parties en personnes, mais des parties représentées par leurs avoués; d'où il suit que les avoués, en se présentant devant le juge-commissaire et en prenant part aux débats du compte, agissent en vertu de leur mandat général, et que, jusqu'à désaveu, les consentements qu'ils donnent lient les parties pour lesquelles ils postulent. C'est ce qui a été consacré, d'une manière formelle, par un arrêt de la Cour de cassation du 24 juillet 1840 (S.-V. 40. 1. 997; D. P. 40. 1. 298). — V. Désaveu.

115. Le procès-verbal du juge-commis-

saire ne doit pas être signifié ni même levé. puisque la loi ne l'ordonne pas et que cette signification serait contraire à son esprit, le tribunal pouvant ordonner l'apport de la minute pour la consulter. MM. Thomine-Desmasures (t. 2, p. 33) et Chauveau sur Carré (Quest. 1885) soutiennent cette opinion. MM. Carré et Favard de Langlade (t. 1, p. 619) pensent que le rapport ne doit pas être signisie, mais qu'il doit être levé. La raison qu'ils en donnent est que les minutes ne peuvent, d'après les ordonnances et règlements, être déplacées du greffe; à quoi l'on peut répondre avec MM. Thomine et Chauveau, que cette défense ne concerne pas le tribunal lui-même, dont le greffier est en quelque sorte l'homme, et le greffe la dépendance.

116. Lorsque, sur les débats du compte, les parties ont été renvoyées à l'audience, il ne suffit pas que les avoués reprennent leurs conclusions et que le juge-commissaire fasse son rapport; il faut que les parties soient entendues, même après le rapport; car ici ne s'applique point l'article 111 du Code de procédure civile, lequel suppose que les plaidoiries ont déjà été entendues. La Cour de cassation a confirmé cette opinion par un arrêt du 21 avril 1830 (S.-V. 30. 1. 171; J. P. 3° édit.; D. P. 30. 1. 217).

117. Le tribunal peut-il, pendant l'instance de compte, accorder une provision à l'oyant? M. Thomine, ainsi que MM. Bioche et Gouget (vº Reddition de compte, nº 62), adoptent l'assirmative. « Au premier abord, disent ces derniers auteurs, il semble que la loi a suffisamment pourvu aux intérêts de l'oyant, en lui accordant le droit, soit de contraindre le rendant en demeure jusqu'à concurrence d'une somme sixée par le tribunal, soit de requérir exécutoire pour l'excédant de la recette sur la dépense. Cependant, comme il peut arriver qu'aucune de ces hypothèses ne se réalise, et, par exemple, que le compte présenté n'offre pas de reliquat, nous croyons que le tribunal aurait le droit, sur le rapport du juge-commissaire, d'allouer une provision à l'oyant, s'il lui apparaissait que, pour ne pas payer de suite, le comptable a, sur quelque article, diminué la recette ou exagéré la dépense. »

Ce dernier motif serait, au contraire, pour nous une raison de ne point accorder de provision. On suppose, qu'on le remarque

bien, que le compte a été examiné par le juge-commissaire, et si bien examiné, qu'il a pu se former une opinion sur la quotité réelle de chaque article de recette et de dépense. Ainsi, à ce moment, le jugement qui a ordonné le compte a été rendu, la présentation et l'affirmation ont été faites, les déhats et soutènements ont eu lieu; il ne reste plus qu'une chose à faire, c'est d'obtenir le jugement définitif. On ne comprend pas, dans de telles circonstances, l'utilité d'une provision, qui nécessiterait un délai et un jugement à part du délai et du jugement définitifs. D'ailleurs, il nous paraît difficile que le tribunal, avant que des plaidoiries complètes aient eu lieu, puisse savoir si un article de recette a été diminué ou un article de dépense exagéré; et si ces plaidoiries ont eu lieu, le tribunal aura presque aussitôt fait de rendre un jugement définitif qu'un jugement provisionnel. Enfin, le droit à une provision en faveur de l'ovant ne résultant pas des termes formels de la loi, nous croyons que le tribunal, en l'accordant, dépasserait la limite de ses pouvoirs et ajouterait, sans motifs suffisants, aux obligations déjà rigoureuses des comptables.

§ 3. — Jugement définitif. — Prescription de l'action en reddition de compte.

118. Au jour indiqué, le juge-commissaire fait son rapport au tribunal qui doit statuer.

L'oyant est-il défaillant, les articles sont alloués, s'ils sont justifiés; le rendant reliquataire garde les fonds sans intérêts; et, s'il ne s'agit point d'un compte de tutelle, le comptable donne caution, si mieux il n'aime consigner (C. de pr. civ., 542). Cet article est tiré de l'ordonnance de 1667 (tit. 29, art. 23), qui toutefois exigeait l'absence de l'oyant, tandis que, d'après la disposition actuelle, il suffit qu'il soit défaillant.

Cet article 542, qui autorise le rendant à garder le reliquat sans intérêts, lorsque l'oyant fait défaut, s'applique même au tuteur, quoique l'article 474 du Code civil dispose que le reliquat dû par le tuteur portera intérêt sans demande, à compter de la clôture du compte. Ces dispositions ne sont point contradictoires, car l'article du Code civil prévoit le cas où le compte du tuteur a été entendu par la partie intéressée, et le reliquat fixé contradictoirement avec elle.

Alors, point de motifs de dispenser le tuteur du paiement des intérêts, s'il ne paie pas immédiatement le reliquat. Mais lorsque l'oyant fait défaut, et tel est le cas sur lequel statue l'article 542 du Code de procédure civile, le retard du comptable ne peut être imputé à sa propre négligence; il n'eût donc pas été juste de le charger des intérêts. (Carré et Chauveau sur Carré, Quest. 1888; Favard de Langlade, t. 1, p. 619; Thomine-Desmasures, t. 2, p. 37; — Contrà, Merlin, Rép., t. 2, p. 687; Pigeau, t. 3, § Compte, div. 7, nº 4; Delvincourt, t. 1, p. 301.)

119. Si l'oyant comparaît, la discussion peut s'établir soit sur les articles du compte, soit sur le rapport, et les parties sont recevables à produire tous titres de libération et autres, même ceux dont elles auraient négligé de se prévaloir devant le juge-commissaire. (Paris, 20 juillet 1810, J. P. 3° édit.; D. A. 3. 677.)

120. Si le tribunal ne se trouvait pas suffisamment éclairé, il pourrait remettre à statuer jusqu'à ce qu'il eût obtenu de plus amples renseignements, et même ordonner un nouveau compte, si celui présenté était irrégulier; mais le jugement qui renverrait les parties devant un expert, serait susceptible d'appel avant le jugement définitif sur l'apurement du compte. (Cass. 6 juin 1820, J. P. 3° édit.)

121. Le jugement qui intervient sur l'instance de compte contient le calcul des recettes et dépenses, et fixe le reliquat, s'il y en a aucun. (C. pr. civ., 540.) Ce reliquat ne produit pas toujours intérêt de plein droit.

Si le reliquat est en faveur du comptable, on distingue entre un mandataire ordinaire et un tuteur ou mandataire judiciaire. Quant au premier, l'intérêt de ses avances lui est dû à dater du jour des avances constatées (C. civ., 2001), parce qu'il a rendu un bon office qui ne doit pas tourner à son préjudice. Quant aux seconds, au contraire, l'intérêt ne court que du jour de la sommation de payer, faite après la clôture du compte (C. civ., 474). On a voulu par là engager les comptables à faire le moins possible d'avances à leur mandant ou pupille.

Si le reliquat est en faveur de l'oyant, il faut aussi distinguer entre un mandant ordinaire et un mineur ou un mandant judiciaire. Le premier peut exiger l'intérêt du mandataire du jour que celui-ci a employé

les sommes à son usage, si cet emploi est prouvé; et s'il ne l'est pas, du jour que le mandataire est mis en demeure (C. civ., 1996). Quand c'est un tuteur, l'article 474 du Code civil déclare que le reliquat porte intérêt sans demande, à compter de la clôture du compte. Il en doit être de même du comptable judiciaire, qu'on peut en bien des points assimiler au tuteur, et qui d'ailleurs est le plus souvent salarié.

122. On s'est demandé si le jugement qui intervient sur l'instance de compte, ne fait qu'un seul et même corps avec le procèsverbal des débats dressé par le juge-commissaire; de telle sorte que si, pris isolément, le jugement ne réunissait pas dans sa rédaction toutes les conditions nécessaires à son existence, on pourrait y suppléer par le procèsverbal des débats. Nous pensons que ce sont deux choses distinctes, parce que le jugement doit être signifié, tandis que le procèsverbal des débats ne doit point l'être, et que ce procès-verbal étant l'œuvre d'un seul magistrat et non du tribunal, ne peut être considéré que comme un acte préparatoire à ce jugement, de même que tous les autres actes semblables dressés par un juge-commissaire à la suite d'un jugement interlocutoire : d'où il faut conclure que le jugement doit être revêtu de toutes les conditions qui le rendent parfait. Telle est l'opinion professée par M. Chauveau sur Carré (Quest. 1886); mais nous devons dire que ce n'est point celle de Carré lui-même, qui cite dans son sens un arrêt inédit de la cour de Rennes, du 27 déc. 1809.

123. Nous avons vu que le jugement sur le compte devait contenir le calcul de la recette et de la dépense; mais est-ce à peine de nullité? L'article 540 du Code de procédure civile ne prononce pas, il est vrai, cette peine; mais nous croyons que la forme impérative dans laquelle il est rédigé, la suppose nécessairement. C'est d'ailleurs ce qui semble résulter d'un arrêt de la Cour de cassation du 23 février 1830 (J. P. 3e édit.; D. P. 30. 1. 138). La cour a rejeté un pourvoi qui avait été formé contre un arrêt intervenu à propos d'une liquidation de succession qui ne contenait point le calcul de la recette et de la dépense. Cette décision est fondée sur le motif « qu'il ne s'agissait point dans la cause d'une demande en reddition de compte. » Ce qui autorise à penser que s'il s'était agi d'une reddition de compte judiciaire, la cour suprême aurait admis le pourvoi.

124. L'exécution provisoire du jugement peut être ordonnée avec ou sans caution (C. pr. civ., 135, n° 6).

125. L'article 126 du même Code autorise les juges à prononcer la contrainte par corps pour reliquat de comptes de tutelle, curatelle, d'administration de corps et communauté, établissements publics, ou de toute administration consiée par justice, et pour toutes restitutions à faire par suite desdits comptes.

Mais, hors ces cas, peut-elle être prononcée si elle excède 300 fr.? — V. Contrainte par corps.

Au surplus, et dans toutes les hypothèses, les juges pourraient user de la faculté qui leur est accordée par l'article 127 du Code de procédure civile.

126. Celle des parties qui se croît lésée par le jugement du compte peut l'attaquer par la voie de l'appel. L'appel, quant à la forme et au délai dans lequel il peut être interjeté, est soumis aux règles ordinaires de l'art. 443 du Code de procédure civile, puisque aucune dérogation n'a été apportée à ces règles pour la matière qui nous occupe.—V. Appel, n° 85.

127. La voie de cassation est également ouverte en matière de règlement de compte, mais uniquement, comme dans les autres matières, à raison des erreurs de droit dont serait entaché l'arrêt ou le jugement rendu, et non pour les erreurs de faits ou de dates qui auraient été commises. Ainsi, quand une cour royale s'est trompée sur les dates qui doivent servir de point de départ ou de point d'arrêt pour le compte, il n'appartient pas à la Cour de cassation de réparer cette erreur. (Jugé implicitement par arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1843, J. P. 1843, 2. 124.)

128. L'article 528 du Code de procédure civile porte : « Si le compte a été rendu et jugé en première instance, l'exécution de l'arrêt infirmatif (1) appartiendra à la cour qui l'aura rendu, ou à un autre tribunal

(1) On ne devrait pas considérer comme infirmatif l'arrêt qui aurait maintenu la presque totalité des dispositions du jugement de première instance, et qui ne l'aurait modifié que dans une partie peu importante; par exemple, si, sans toucher au principe adopté par les premiers juges, il

qu'elle aura indiqué par le même arrêt. »

Le pouvoir, pour la cour, de retenir l'exécution de son arrêt ou de renvoyer à un autre tribunal qu'elle désigne, lui appartient aussi bien dans l'hypothèse d'une annulation totale du compte, que dans celle d'une modification partielle : l'article, en effet, ne distingue pas.

129. M. Delaporte (t. 2, p. 109) conteste à la cour le droit de retenir l'exécution de son arrêt lorsque le jugement est infirmé. Il se fonde sur ce que, dans ce cas, il faut procéder à un nouveau compte, ce qui constitue une instance principale susceptible des deux degrés de juridiction. Mais, ainsi que le fait remarquer M. Chauveau sur Carré (Lois de la pr. civ., Quest. 1851), en s'appuyant de l'opinion de Merlin (Quest. de droit, t. 7, p. 314), de Favard de Langlade (t. 1, p. 619), de Pigeau (Comm., t. 2, p. 127) et de M. Thomine-Desmasures (t. 2, p. 18), le premier degré de juridiction a été épuisé par l'instance qui a été suivie du jugement annulé.

130. Nous devons faire remarquer que lorsque la cour royale, qui ordonne un nouveau compte, au lieu de retenir l'exécution de son arrêt, confie le soin de l'exécuter à un autre tribunal, celui-ci n'est point appelé à décider de nouveau sur le droit définitivement constaté par un double degré de juridiction, mais simplement à procéder au règlement du compte. Par suite, il pourra y avoir appel du jugement, non quant à la question de savoir s'il est dû ou non une reddition de compte, puisque cette question a été définitivement jugée par la cour, mais quant aux articles du nouveau compte auquel le tribunal aura procédé.

131. La cour qui renvoie à un autre tribunal pour l'établissement d'un nouveau compte, n'a pas le droit de nommer le jugecommissaire et de fixer le délai dans lequel le compte devra être rendu; le deuxième alinéa de l'article 528, qui est spécial pour le cas de renvoi, ne lui accorde point cette faculté, et l'on ne saurait l'induire des termes généraux de l'art. 530, qui statue pour les cas ordinaires. D'ailleurs, la nomination du juge-commissaire et la fixation du délai par

n'avait fait que fixer le mode d'une preuve à faire pour l'établissement du compte. Il y aurait donc lieu, dans ce cas, de renvoyer l'exécution de l'arrêt au tribunal qui aurait rendu le jugement. (Cass. 5 mai 1845; Gaz. des Trib. des 5 et 6 mai.) la cour, tendraient à morceler l'exécution de l'arrêt, ce qui serait contraire à tous les principes en matière de juridiction et de procédure. Telle est l'opinion de Chauveau sur Carré (loc. cit.). On a vu que cette opinion a été consacrée par la Cour de cassation dans l'hypothèse d'une demande en reddition de compte, rejetée par le tribunal et admise par la cour royale (V. suprà nº 68): or, les motifs de décider sont les mêmes dans celle-ci.

- 132. Lorsque le jugement est consirmé en appel, l'exécution en appartient au tribunal qui l'a rendu, car l'appel est considéré alors comme non avenu.
- 133. L'oyant étant le premier juge, l'appréciateur le plus compétent de la véracité du compte, on sent que s'il accepte celui qui est présenté par le rendant, les tribunaux ne pourront d'office ordonner qu'il en soit dressé un nouveau.

Conformément à cette doctrine, un arrêt de la Cour de cassation, du 30 avril 1817 (S.-V. 17. 1. 243; J. P. 3e édit.; D. A. 1. 123), a décidé que, lorsque pendant le cours d'une procédure en reddition de compte, l'oyant avait reconnu la justice de la plus grande partie des articles de ce compte, et ce, tant en première instance qu'en appel, la cour royale ne pouvait, surtout d'office, rejeter le compte entier, malgré les aveux judiciaires et les acquiescements de l'oyant, et ordonner qu'il en serait présenté un nouveau, sauf à avoir, lors du nouveau compte, tel égard que de raison aux allocations consenties dans le compte rejeté.

134. Par quel laps de temps se prescrit l'action en reddition de compte?

L'ordonnance de 1667 n'avait établi aucune différence, sous ce rapport, entre les procureurs, curateurs, gardiens et autres personnes qui avaient administré le bien d'autrui. A l'égard de toutes, l'action se trouvait prescrite par le laps de dix ans, à compter de la sin de leur gestion.

Sous le Code civil, le délai de la prescription de l'action en reddition de compte est de trente ans à l'égard de tous mandataires ou administrateurs, autres que le tuteur. En effet, la disposition de l'article 475 du Code civil, qui fixe à dix ans le terme de la prescription de l'action du mineur contre son tuteur relativement aux faits de la tutelle et par conséquent à la reddition de compte, est une exception qu'on ne saurait étendre | ticles qui le composaient.

au delà du cas pour lequel elle est portée : c'est donc la prescription trentenaire établie comme règle générale par l'article 2262 du Code civil, qui seule est opposable contre l'action en reddition de compte dans les cas ordinaires.

L'opinion que nous professons ici est partagée par M. Vazeille (Traité des prescriptions, t. 2, p. 576) et par M. Troplong (Traité des prescriptions, nº 1000). Elle se trouve, en outre, pleinement consacrée par un arrêt de la cour royale de Rouen, du 1er juillet 1828 (S.-V. 29. 2. 32; J. P. 3e édit .: D. P. 29. 2. 57), lequel décide que l'action contre un huissier en reddition de compte des sommes qu'il a reçues pour son client, ne se prescrit que par trente ans. « Attendu, portent les considérants, que l'article 2276 du Code civil ne décharge les huissiers, par le laps de deux ans, que de la remise des pièces qui leur sont confiées pour instrumenter; qu'à l'égard des sommes dont ils sont rétentionnaires, comme ils ne les ont recues qu'en vertu du mandat spécial qui leur a été donné pour les toucher, la prescription ne peut s'établir en leur faveur, comme à l'égard de tout autre mandataire, que par l'espace de trente ans. - V. au surplus, Prescription.

La différence, quant au temps de la prescription entre l'action en reddition de compte contre les tuteurs et celle contre les autre mandataires ou administrateurs, se justisse par cette double considération que les gestions qui donnent lieu aux redditions de comptes ordinaires sont acceptées volontairement par celui qui s'en charge, tandis que la gestion résultant de la tutelle est forcée; et que, si l'action contre les tuteurs durait trente ans, comme elle ne commence à courir que du jour de la majorité des pupilles, il en résulterait que les charges de la tutelle pèseraient sur les tuteurs pendant presque toute leur vie.

### § 4. — De l'action en redressement de comple. - Prescription de cette action.

135. Autrefois, lorsque des erreurs s'étaient glissées dans un compte, la partie à laquelle ces erreurs pouvaient préjudicier avait droit d'en demander la réparation au moyen d'une révision générale du compte, c'est-à-dire d'un examen nouveau et détaillé de tous les arCette révision donnait lieu souvent à des difficultés aussi sérieuses, et à une procédure aussi longue et aussi coûteuse que le dressé même du compte; c'est pourquoi l'ordonnance de 1667 crut devoir l'interdire, ainsi que nous l'avons dit n° 2. « Ne sera ci-après procédé, portait l'article 21 du titre 29, à la révision d'aucun compte; mais s'il y a des erreurs, omissions de recette ou faux emplois, les parties pourront en former leurs demandes ou interjeter appel de la clôture des comptes, et plaider leurs prétendus griefs à l'audience. »

L'article 541 du Code de procèdure civile porte : « Il ne sera procédé à la révision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, à en former leurs demandes devant les mêmes juges. »

Ainsi cet article a confirmé le principe de l'abolition des demandes en révision dans les mêmes termes que l'ordonnance; les expressions dont il s'est servi ne diffèrent qu'en ce qui concerne la seconde partie.

136. Il faut remarquer que, bien que les dispositions du Code de procédure civile ne s'appliquent en général qu'aux seuls comptes rendus en justice, néanmoins la prohibition de l'article 541 est absolue et doit être étendue même aux comptes extra-judiciaires rendus en matière civile ou commerciale; les abus qu'entraînerait la possibilité d'une révision ont décidé le législateur à l'interdire dans tous les cas. Telle est l'opinion unanime des auteurs, et celle que la jurisprudence de la Cour de cassation a consacrée par trois arrêts des 10 septembre 1812 (S.-V. 13. 1. 254; D. A. 3. 681), 8 juin 1814 (S.-V. 15. 1. 238; J. P. 3e édit.; D. A. 2. 564) et 15 mars 1826 (S.-V. 26. 1. 366; J. P. 3e édit.; D. P. 26. 1. 208).

137. La prohibition de l'article 541 n'est toutefois applicable qu'aux cas où il y a eu arrêté de compte détinitif, et non à celui où il résulterait des circonstances ou de la déclaration des parties, qu'elles n'ont pas entendu arrêter le compte. (Pau, 9 mai 1831, S.-V. 31. 2. 210; J. P. 3° édit.; D. P. 33. 2. 56.)

138. La disposition de l'article 541 ne pourrait pas non plus être utilement invoquée dans les cas de dol, de fraude ou de surprise, qui toujours sont régis par des principes exceptionnels. Néanmoins la prohibition de la

loi est si formelle, que la cour de Bruxelles a décidé, par un arrêt du 25 août 1810, qu'il n'y avait lieu à la révision du compte entier que lorsque les faits de dol se rattachaient à la signature des parties, et qu'ils ne donnaient lieu qu'à une simple rectification d'erreurs lorsqu'ils n'avaient été exercés que relativement à certains articles du compte. (S.-V. 11. 2. 122; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 753, n° 23.) Ceci nous semble conforme au principe général de la matière, qui tend toujours à conserver le compte plutôt qu'à le détruire.

139. La prohibition de révision est-elle d'ordre public, de telle sorte que la partie qui a consenti d'une manière expresse ou tacite à l'exercice de l'action en révision, puisse toujours revenir sur son consentement.

L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Les dispositions de l'article 541 sont concues en termes formels; elles ne sont d'ailleurs que l'expression de la pensée bien arrêtée du législateur. « Les demandes en révision de compte, disait M. Favard de Langlade au corps législatif, ces demandes ruineuses, plus inextricables souvent que les comptes mêmes, sont abolies » (Locré, t. 22, p. 614.). La Cour de cassation a consacré les principes que nous professons ici; elle n'a admis l'action en révision dans aucun cas, ni sous aucun prétexte: c'est ainsi qu'elle a cassé un arrêt de la cour de Nancy, qui avait ordonné d'office la révision d'un compte qui présentait de nombreuses inexactitudes (30 avril 1817, S.-V. 17. 1. 243; J. P. 3° édit.; D. A. 1. 123). Il existe toutefois un arrêt contraire de la cour de Colmar, du 18 mai 1816 (J. P. 3e édit.; D. A. 1. 123.); mais la doctrine consacrée par cet arrêt n'a point été suivie. (V. Chauveau sur Carré, Quest. 1886 ter.)

140. Pour faire une saine application du principe que nous venons d'établir, il faut bien distinguer l'action en redressement de l'action en révision. L'une et l'autre de ces demandes supposent un compte préalablement arrêté (1); mais il y a cette différence entre les deux actions, que l'action en révision nécessite un examen général de chaque recette, de chaque dépense, en un mot, de tous les articles pris en masse, tandis que le

<sup>(1)</sup> Un arrêté de compte peut être définitif, quoiqu'il ne porte pas l'expression pour solde. (Nancy, 2 mai 1826, S.-V. 26. 2. 249; J. P. 3° édit., D. P. 26. 2. 231.)

redressement ou la rectification provoque seulement un examen spécial de tels ou tels articles particulièrement désignés comme étant erronés; d'où il suit que l'on concevrait facilement une révision sans que le premier compte fût représenté, puisqu'il ne s'agirait que de faire une seconde fois ce qu'on aurait fait une première; tandis que, sans la représentation du premier compte, on ne pourrait former une demande en redressement, puisque la première condition de cette demande est d'indiquer les articles qui, mal à propos, ont été portés au débit ou omis au crédit.

Cette différence entre la révision et la rectification de compte a été nettement tracée par un arrêt de la cour royale de Bordeaux du 10 juin 1828 (S.-V. 28. 2. 268; J. P. 3° éd.).

Lussac, débiteur de Laporterie, lui avait pavé divers à-comptes. En 1812, un compte fut arrêté entre eux, ainsi que cela résultait d'un écrit ainsi conçu : « Restera à 11,306 fr. que je dois à Laporterie, dont les intérêts ne commenceront à courir que le 21 décembre prochain, compte ainsi réglé et arrêté ce jour 7 septembre 1812, Lussac. » A cet écrit n'était pas joint le compte dont il faisait mention. En 1827, les héritiers Lussac demandèrent l'annulation de l'arrêté de compte de 1812, comme étant entaché d'erreurs ou d'omissions. A l'appui de leur demande, ils produisaient des pièces qu'ils disaient avoir récemment découvertes, et qui constataient que leur auteur, loin d'être, en 1812, débiteur de Laporterie, était au contraire son créancier. Jugement qui les déclare non recevables dans leur action, attendu (entre autres motifs) que les demandeurs ne rapportant pas l'arrêté de compte, et ne précisant ni les faux emplois, ni les omissions dont ils le prétendent entaché, leur action est moins une action en redressement qu'une véritable action en révision de compte.

Sur l'appel, la cour confirme par le même motif: « Attendu que la demande formée par les héritiers Lussac constitue une véritable action en révision de compte, essentiellement différente de l'action en redressement pour erreur ou omission; que, dans toute demande de cette dernière espèce, il faut indiquer les articles qui ont été mal à propos portés au débit ou omis au crédit; que les demandeurs sont dans l'impossibilité de procéder ainsi, puisque l'arrêté de compte qui fixe leur dé-

bit n'est précédé d'aucun compte détaillé, d'où il résulte qu'on est dans une ignorance complète des éléments constitutifs du solde que leur père a reconnu devoir; que, pour établir la justice de leur réclamation, ils ont remonté à l'origine de la créance, y ont ajouté les intérèts, en imputant à chaque époque les paiements justifiés suivant eux par les guittances qu'ils produisent; que ce n'est pas là redresser un compte, démontrer une erreur. un double emploi ou une omission; que c'est créer un compte nouveau et s'en servir pour réviser un compte arrêté, attendu que l'article 541 du Code de procédure civile dispose qu'il ne sera procédé à la révision d'aucun compte, etc., etc. »

Comme on le voit, la cour a consacré le principe de la nécessité, pour l'admission d'une demande en redressement, qu'un compte détaillé article par article ait été préalablement établi et qu'il soit représenté.

141. Mais lorsque le compte est représenté, il suffit, pour que l'action en redressement soit recevable, que les erreurs qu'elle relève ne portent point sur tous les articles de ce compte.

Ainsi la Cour de cassation a décidé que, lorsque sur la demande en rectification d'erreurs ou omissions articulées contre divers comptes particuliers avec leurs totaux spéciaux dont l'ensemble forme un compte général, les juges renvoient les parties devant un commissaire, à l'effet de réparer les erreurs dans chaque compte particulier, au lieu de se borner à déduire leur montant du compte général, ce n'est qu'à un simple redressement, et non à une révision du compte, qu'ils sont réputés avoir procédé (Cass.19 fév. 1834, J.P. 3° édit.; D. P. 34.1.103).

Cet arrêt est important, car il donne la limite extrême du redressement de compte, et aide ainsi à bien déterminer la ligne qui le sépare de la révision.

Remarquons en effet que, dans l'espèce, on avait agi par voie de révision complète sur un ou plusieurs des comptes particuliers, sans cependant procéder de même à l'égard de tous ou de l'ensemble; or, au premier aspect, il semblerait qu'un tel mode aurait dû être repoussé comme peu conforme aux dispositions de l'article 541 du Code de procédure civile.

sont dans l'impossibilité de procéder ainsi, Mais avec plus d'attention on est convaincu puisque l'arrêté de compte qui fixe leur déque la Cour de cassation a jugé selon les

principes de la matière; car l'opération de la cour royale, dont l'arrêt avait été attaqué, ne portant pas sur la totalité des comptes et sur leurs articles divers, dont la réunion formait à elle seule le compte précédemment reconnu et arrêté entre les parties, mais bien sur quelques-uns seulement des comptes particuliers entachés d'erreurs matériellement reconnues et sur leur balance respective, il est évident que ce n'était pas là une révision générale défendue par la disposition précitée, mais seulement une rectification.

142. La ligne qui sépare la révision du simple redressement ou de la simple rectification de compte étant ainsi tracée, il s'agit de rechercher pour quelles causes et dans quels cas les demandes en redressement peuvent être valablement formées.

L'art. 541 précité s'exprime sur ce point d'une manière fort nette : c'est, selon cet article, « lorsqu'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois. »

Pour bien saisir l'esprit de cet article et apprécier la valeur des expressions qu'il renferme, il est utile de se reporter aux dispositions du droit romain et à ce qui se pratiquait sous l'empire de l'ordonnance de 1667.

143. La loi 1, au Code (De errore calculi), porte que l'erreur de calcul ne doit jamais nuire à la vérité, que cette erreur se soit glissée dans un contrat ou dans plusieurs; et que l'on peut toujours revenir sur un compte, quelque nombreux que soient les règlements qui en ont été faits, à moins qu'il ne soit intervenu un jugement ou une transaction. Errorem calculi, sive ex uno contractu, sive ex pluribus emerserit, veritati non afferre præjudicium, sæpe constitutum est: unde rationes etiam sæpe computatas denuò tractari posse, si res judicatæ non sunt, vel transactio non intervenit, explorati juris est.

On a remarqué que cette loi ne parle que des erreurs de calcul, error calculi, computationis. Il en est de même de la loi 1, § 1er, au Digeste: Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur; et de la loi 8, ib., De administratione rerum ad civitates pertinentium.

Au contraire, on a vu que l'art. 21 de l'ordonnance de 1667 se servait de ces expressions: erreurs, omissions de recelle ou faux emplois.

144. De là s'était élevée, entre les interprètes de ces diverses lois, la question de savoir si les termes de l'ordonnance étaient synonymes de ce que le droit romain appelait error calculi, error computationis.

Merlin (Questions de droit, v° Compte, § 1) répond affirmativement à cette question, et donne à l'appui de son opinion des raisons telles qu'il suffit de les reproduire pour être convaincu de l'exactitude de sa doctrine.

« Une preuve qu'ils étaient effectivement synonymes, dit cet auteur, c'est que dans le procès-verbal de l'ordonnance de 1667, nous voyons les mots, erreur de calcul, employés comme désignant collectivement tous les objets compris dans l'article dont il s'agit. M. le premier président a dit que « cet article est impossible dans son exécution, et qu'une erreur de calcul ne se plaide point à l'audience.

» Mais cette preuve n'est pas la seule.

» D'abord, on ne peut pas raisonnablement supposer que, dans l'article 21, l'ordonnance de 1667 ait entendu, par le mot erreur, toutes les erreurs possibles dont un plaideur obstiné aurait pu arguer l'arrêté de compte. Donner à ce mot une acception indéfinie, c'eût été autoriser à reproduire, par une simple demande en redressement, des articles de recette ou de dépense qui auraient été rejetés après discussion spéciale; c'eût été enlever à la chose jugée toute son autorité; c'eût été éterniser les procès. Il eût été bien plus simple de dire que l'art. 21 ne parle d'erreurs que par relation à l'article qui le précède immédiatement, et que, par conséquent, il ne parle que d'erreurs qui peuvent se glisser dans le calcul que l'article précédent oblige le juge de faire de la recette, de la dépense et du reliquat (1).

» En second lieu, quel effet produisent, dans l'arrêté d'un compte, les omissions de recette? Elles y produisent nécessairement une erreur de calcul; car la recette y est d'autant moins forte que les omissions le sont davantage. Il est vrai que cette erreur de calcul n'est pas, pour parler le langage des interprètes du droit romain, exprimée dans l'arrêté de compte; mais l'arrêté de compte se réfère aux articles du chapitre du compte qui détaillent la recette; il suppose donc que

<sup>(1)</sup> L'art. 20 de l'ordonnance portait, en effet, comme l'art. 540 du Code de procédure civile, que le jugement qui interviendrait sur l'instance de compte contiendrait le calcul de la recette et de la dépense, et formerait le reliquat précis, s'il y en avait.

rien ne manque matériellement à ces articles, et que le montant de chacun d'eux a été reporté exactement dans le relevé général qui forme l'arrêté de compte même. Il y a donc erreur virtuellement matérielle dans l'arrêté de compte, s'il manque matériellement quelque article dans le chapitre de recette, ou si quelque article du même chapitre est omis dans le relevé général que l'arrêté de compte en contient. L'omission de recette est donc, à proprement parler, une erreur de calcul. L'article 21 de l'ordonnance n'ajoutait donc rien aux lois romaines en comprenant l'omission de recette dans sa disposition.

» Troisièmement, qu'est-ce que le faux emploi dans un compte? Encore une erreur ma-

térielle de calcul, et rien de plus.

» En effet, il y a faux emploi dans un compte, lorsqu'une fausse pièce de comptabilité y est employée comme vraie, et lorsqu'une pièce de comptabilité, vraie en elle-même, est employée dans un compte auquel elle est étrangère.

» Dans l'un et l'autre cas, le juge, en arrêtant la dépense du compte, se réfère nécessairement à une pièce qui n'a grossi cette dépense que par l'effet d'une erreur matérielle. La chose revient donc au même que si cette erreur était exprimée dans l'arrêté de la dépense. Cette erreur n'est donc qu'une erreur de calcul dans le sens des lois romaines. L'art 21 de l'ordonnance de 1667 n'ajoutait donc également rien aux lois romaines, en comprenant les « faux emplois » dans sa disposition. »

Ainsi il est incontestable que l'ordonnance de 1667 ne permettait, par son art. 21, de demander le redressement d'un compte que lorsque par « omission » ou « doubles emplois » il y avait erreur de calcul dans le

compte.

145. Peu importait, au reste, ainsi que le remarque Merlin, d'après Jousse et les auteurs du nouveau Denisart (v° Compte, § 2, n° 12), que l'erreur de compte provînt du fait de l'une des parties ou du juge; dans l'un comme dans l'autre cas, il était permis de demander la réparation de l'erreur devant le même juge qui avait statué sur l'instance de compte.

Ainsi l'erreur du juge qui, dans le relevé général du chapitre de recette, omettait un article au préjudice du rendant, ne devait pas, dans l'esprit de l'ordonnance de 1667, être considérée comme une simple omission de prononcer qui donnât lieu à la requête civile; mais elle formait une ouverture de redressement, qui pouvait être proposée devant le même juge et réparée par un nouveau jugement.

146. Maintenant il sera facile de connaître et de préciser toute la portée de l'article 541 du Code de procédure civile, qui ne diffère, ainsi qu'on l'a vu, de l'art. 21 de l'ordonnance que dans la détermination des cas où il est permis de se pourvoir en redressement de compte devant les mêmes juges.

En effet, au lieu de dire « s'il y a erreur, omissions de recette ou faux emplois, » l'article 541 du Code de procédure civile dit: « s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois. » Ainsi, aux mots « omissions de recette, » il substitue simplement le mot « omission, » et il ajoute aux faux emplois les « doubles emplois. »

147. Cette différence de rédaction n'a apporté aucun changement à la matière; car il est évident que, dans l'art. 541, le mot « erreurs » ne peut, comme dans l'ordonnance de 1667, s'entendre que des « erreurs de calcul. » Cela résulte de la relation qui existe entre cet article et l'article 540 qui le précède, comme cela résultait, dans l'ordonnance, de la relation semblable des articles 20 et 21 que nous avons déjà signalée.

Cette doctrine a été consacrée, d'abord, par la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juin 1814 (S.-V. 15. 1. 238; J. P. 3º édit.; D. A. 2. 564), et plus tard, par la cour royale de Bourges, dans un arrêt du 10 août 1831 (J. P. 3e édit.; D. P. 33. 2. 101), lequel est conçu en ces termes : « Considérant que l'article 541 du Code de procédure civile défend de procéder à la révision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, à en former leur demande devant les mêmes juges ; qu'en vain la demanderesse prétend que la loi n'ayant pas déterminé l'espèce d'erreurs contre lesquelles elle permet de se pourvoir, a nécessairement autorisé les parties à se plaindre, en matière de compte, de toutes les erreurs commises par le juge; que s'il en était ainsi, les mêmes juges auraient le droit de rétracter leurs propres décisions, en jugeant des dificultés sur lesquelles ils auraient déjà statué, et de réviser un compte pour y comprendre ou pour en retrancher des articles admis ou rejetés par une décisionantérieure; qu'un pareil système serait contraire au principe qui interdit aux magistrats le droit de modifier leur jugement; qu'au surplus, l'article 541 défendant de réviser un compte, et permettant cependant de coter les erreurs, omissions, faux ou doubles emplois qui s'y rencontrent, n'a pu entendre que les erreurs de calcul, les omissions d'articles admis par le jugement, le double emploi d'une somme allouée, ou le faux emploi d'une somme rejetée..... »

148. Nul doute donc, d'après cette jurisprudence, que l'on ne soit non recevable à former une demande en redressement de compte pour cause « d'erreur de droit. » C'est ce qu'enseigne M. Paillet, sous l'article 541, où il dit: « Quant à cette espèce d'erreurs (celles de droit), elle ne peut être attaquée lorsque ce sont les contractants eux-mêmes qui l'ont commise, parce que l'erreur de droit n'excuse pas; elle ne peut l'être non plus lorsqu'elle a été commise par des juges, si leur jugement est passé en force de chose jugée, et n'est pas ou n'est plus susceptible de la cassation. Il suit de là que les erreurs dont parle l'art. 541 précité sont les erreurs matérielles. » Et ceci, on le voit, est conforme à la doctrine enseignée par Merlin au sujet de l'art. 21 de l'ordonnance de 1667.

149. On devrait considérer comme équivalent à des erreurs matérielles, celles qui seraient constatées par des documents inconnus à l'époque de l'arrêté de compte, parce que, dans ce cas, les parties n'ont pas été mises, par les éléments du compte, à portée de discuter l'exactitude des divers articles dont il se compose.

C'est ce qui résulte des motifs d'un arrêt de la Cour de cassation, rendu à la date du 2 mars 1831 (S.-V. 31. 1. 178; J. P. 3° édit.; D. P. 33. 1. 35):

mantes ont fait résulter de la violation de la première disposition de l'art. 541 du Code de procédure civile, et de la fausse application de sa deuxième disposition, que si ledit article, portant défense de procéder à la révision d'aucun compte, autorise les parties à demander le redressement des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois qui auraient pu s'y être glissés, cette disposition restrictive ne peut recevoir d'application qu'au cas où les articles sur lesquels porte leur critique renferment des erreurs de calcul, ou qu'elle

se trouve appuyée sur des documents inconnus à l'époque de l'arrêté de compte; que s'il n'en était pas ainsi, ce serait une véritable révision de compte dissimulée sous l'apparence d'une demande en rectification d'erreurs, omissions, faux ou doubles emplois. -Attendu que, dans l'espèce, aucune des demandes en redressement de compte, mentionnées aux deuxième, quatrième, etc., chefs de l'arrêt attaqué, ne reposaient ni sur des erreurs de calcul, ni sur des documents nouveaux, et qu'ainsi la cour rovale d'Angers n'avait pu faire droit aux réclamations de la défenderesse, sans violer la première disposition dudit article 541 du Code de procédure civile, et sans faire une fausse application de la deuxième. — Casse, etc. »

150. Il résulte encore de la jurisprudence que nous venons de rapporter, que si les erreurs ont été proposées et jugées, on ne saurait être admis à y revenir. L'autorité de la chose jugée s'y oppose. C'est pour ce motif que la Cour de cassation a décidé le 17 avril 1810 que lorsqu'un débiteur, par compte arrêté, a fait juger en dernier ressort que le compte est exact en fait et en droit, il ne peut plus demander à d'autres juges de prononcer que dans ce compte il y a erreur évidente de calcul. (Cass 17 avril 1810, S.-V. 11. 1. 119; J. P. 3° édit.; D. A. 1. 805.)

Un autre arrêt de la même cour, du 30 avril 1817, a décidé, conformément au même principe, que l'oyant qui s'est d'abord contenté de contester et de débattre le compte du rendant, et qui a librement consenti l'allocation de plusieurs articles de ce compte, ne peut en demander ensuite le rejet. (S.-V. 17. 1. 243.)

Enfin, la Cour de cassation a encore décidé que lorsque deux associés, après la dissolution de leur société, après la liquidation entière de cette société et après avoir arrêté tous leurs comptes, s'interdisent, par un traité à forfait où ces comptes sont rappelés, toute contestation judiciaire ou arbitrale pour les erreurs qu'elles ont pu commettre dans les-dits comptes, ce traité ne peut être réputé contraire à la morale ni à la loi, et doit être exécuté. (Cass. 13 février 1838, S.-V. 38. 1. 248; D. P. 38. 1. 254.)

151. Mais un second jugement ou arrêt peut toujours réparer les erreurs de calcul commises dans un premier, sans porter atteinte à l'autorité de la chose jugée, puisqu'il est toujours (certain que les juges n'ont voulu

faire qu'une opération d'arithmétique complète et exacte, et n'ont pu saire qu'un autre chiffre tint la place du juste nombre. Tel est le motif que l'on trouve dans un arrêt de cassation du 23 novembre 1824 (S.-V. 25. 1. 170; J. P. 3º édit.; D. A. 1. 739).

152. Après avoir ainsi établi le sens de l'expression erreurs, employée par l'art. 541 du Code de procédure civile, il faut rechercher ce qu'on doit entendre par le mot omission qui suit immédiatement.

On a vu que dans l'art. 21 de l'ordonnance de 1667 ce mot était accompagné de celui de recette, mais non de celui de dépense; on aurait pu en conclure, avec une certaine apparence de raison, que l'ordonnance n'avait pas mis sur la même ligne les omissions de recette et les omissions de dépense; cependant nous avons établi que les unes et les autres produisant en résultat des erreurs de calcul, les auteurs n'avaient établi entre elles aucune différence. Il en doit être ainsi, à plus forte raison, sous l'empire de l'art. 541 du Code de procédure civile, qui ne parle ni de recette, ni de dépense, et qui emploie le mot omission d'une manière absolue et sans rien ajouter qui puisse en modifier le sens ou en restreindre la généralité. D'où il suit que cette expression comprend à la fois les omissions de recette et les omissions de dépense; mais aussi elle ne comprend que cela; et si, par exemple, un jugement avait omis de statuer sur un chef de demande d'une partie dont l'objet ne rentrerait pas dans la recette ou dans la dépense du comptable, un tel jugement ne pourrait pas être attaqué par voie de redressement de compte, mais seulement par voie de requête civile. -V. ce mot, V. aussi les arrêts de 1810 et 1817 ci-dessus cités (nº 150).

153. Jugé également que l'article 541 n'était point applicable au cas où la somme prétendue omise résultait d'une créance qui n'était pas reconnue à l'époque où le compte avait été arrêté. (Cass. 12 mai 1835, S.-V. 36. 1. 42; J. P. 3e édit.; D. P. 35. 1. 262.)

154. Les faux et doubles emplois sont encore mis par l'art. 541 au nombre des causes pouvant donner lieu à une action en redressement de compte. Cette dénomination spéciale ne se trouvait pas dans l'ordonnance de 1667; mais les faux et doubles emplois étaient compris, de l'opinion de tous les auteurs, sous l'expression générale d'erreurs, qu'on rencontre dans l'art. 21 de l'ordonnance. Toutesois quelques doutes avaient existé; le législateur de 1810 a voulu les faire cesser en insérant explicitement ces deux motifs de redressement dans l'art. 541 du Code de procédure civile.

155. Il ne faut pas confondre les faux emplois avec les mauvais emplois: les premiers constituent une erreur de calcul, car ils s'appliquent à une dépense portée comme vraie. alors qu'elle était fausse; tandis que les seconds s'appliquent à une dépense qui a été réellement faite, mais qui, comme mauvaise. n'aurait pas dû être approuvée ni portée au compte. L'action en redressement peut donc avoir lieu dans le cas de faux emploi, mais non dans celui de mauvais emploi.

L'action ayant pour objet de faire réformer un compte pour mauvais emploi serait une véritable action en révision. C'est ce qui a été jugé par l'arrêt de la Cour de cassation que nous avons rapporté nº 149. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une somme de 8,000 fr. qui avait été portée en dépense au compte d'une pupille pour ses menus plaisirs. On avait attaqué le compte, sous prétexte de faux emploi. La cour royale accueillit la demande en redressement, mais son arrêt fut cassé sur le motif que l'action était une action en révision.

156. Quelle est la nature de la demande en redressement de compte? Est-ce une suite de celle en reddition de compte, en est-ce l'accessoire, le complément? Est-ce au contraire une action principale et tout à fait nouvelle?

Sans nul doute, l'action en redressement ne peut exister sans qu'au préalable il v ait eu compte arrêté entre les parties, ainsi qu'on l'a dit nº 137, et sous ce rapport on pourrait dire qu'elle est une suite de la demande en reddition de compte. Mais quand on considère son véritable objet, on ne peut méconnaître qu'elle constitue une action principale, indépendante de l'action en reddition de compte. L'action en redressement n'est ouverte que quand l'instance relative à la reddition de compte est complétement terminée.

Aussi ne faut-il pas confondre l'action en redressement de compte avec celle formée en appel pour relever les erreurs qui auraient été commises par les premiers juges qui auraient statué sur le compte. Dans ce cas, l'instance en appel n'est que la suite de l'action principale en reddition de compte; car, jusqu'au jugement désinitif, les parties ne sont en présence que pour vérisier les articles du compte, les débattre et les redresser, s'il y a lieu; cela rentre dans les limites de l'action elle-même, et ne saurait motiver un renvoi devant les juges du premier degré.

L'exactitude de cette doctrine a été méconnue par un arrêt de la cour royale de Bordeaux du 30 mai 1840 (S.-V. 40. 2. 367; D. P. 40. 2.196), lequel a décidé que la rectification de l'erreur commise dans un compte arrêté en justice n'est pas une cause d'appel, et que les parties doivent se pourvoir devant les juges qui l'ont arrêté. Cette décision ne nous paraît pas bien fondée, et nous accordons plus d'autorité à un arrêt de la cour de Rennes du 25 février 1817 (Devillen. et Car. 5. 2. 242; J. P. 3° édit.), qui a décidé: 1º qu'une demande formée sur l'appel, et qui avait pour objet de relever des omissions, faux ou doubles emplois précédemment débattus devant des arbitres, ne devait pas être considérée comme une demande nouvelle, et renvoyée comme telle devant les premiers juges; 2º et qu'il en devait être de même d'une demande formée en appel à l'occasion d'un précompte renvoyé par la cour devant notaire. Cette circonstance du renvoi devant notaire n'avait pu dessaisir la cour de la connaissance du compte, et par conséquent elle devait connaître de l'incident faisant partie intégrante de l'ensemble de la comptabilité dont elle avait été saisie.

157. Ainsi, il demeure bien entendu que l'action en redressement de compte n'est réellement et utilement ouverte que dans l'hypothèse d'un jugement intervenu sur l'instance en reddition de compte et passé en force de chose jugée, soit qu'il n'ait point été interjeté appel, soit que l'appel ait produit un arrêt confirmatif. (Chauveau sur Carré, Quest. 1886 quinquies.)

C'est donc une action principale, nouvelle, détachée de celle sur laquelle on a prononcé, selon les expressions de Locré (t. 22, p. 180). La même doctrine est enseignée par MM. Merlin (Quest. de droit, v° Compte, § 1er) et Favard de Langlade (t. 1, p 625); enfin elle a été consacrée par un arrêt de la cour de Besançon du 5 juillet 1823 (J. P. 3° édit.).

est une action principale et nouvelle, il faut en conclure qu'elle est soumise aux deux degrés de juridiction, et qu'elle ne pourrait être directement portée devant les juges d'appel. Ainsi la cour de Nancy a jugé qu'une partie qui, en première instance, s'était bornée à sou-

tenir qu'un compte n'était que provisoire, ne pouvait être admise sur l'appel à demander la rectification des erreurs de ce compte, par le motif que cela constituait une demande nouvelle. (2 mai 1826, S.-V. 26. 2. 249; D. P. 26. 2. 231.)

159. Le jugement intervenu sur une demande en révision de compte, et qui la rejette conformément à l'article 541 du Code de procédure civile, n'est pas un obstacle à l'exercice de l'action en redressement : ce sont deux demandes différentes. Le jugement rendu sur la première ne peut donc motiver la nonrecevabilité de la seconde, sous prétexte qu'il y a chose souverainement jugée.

C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que lorsque plusieurs comptes successivement arrêtés entre deux négociants présentent l'un d'eux comme débiteur, si celui-ci produit ensuite un compte général, au moyen duquel il se prétend créancier au lieu d'être débiteur, l'arrêt qui repousse cette demande en fin de compte ne peut être considéré que comme rejetant une demande en révision de compte proscrite par la loi; que cette décision ne peut être opposée comme ayant force de chose jugée contre une demande ultérieure à fin de redressement des erreurs, omissions. faux ou doubles emplois, etc., que l'on soutient exister dans les comptes arrêtés. (Cass. 12 janvier 1818, J. P. 3º édit.; D. A. 3. 682.)

160. Mais quand après transaction sur une action en restitution d'intérêts usuraires et désistement de cette action, on demande au tribunal civil le renvoi devant la juridiction commerciale, à l'effet de procéder à une révision et rectification de compte, on a pu justement être déclaré non recevable dans cette demande, en ce qu'elle ne tendait qu'à reproduire, sous une autre forme, la demande principale. (Cass. 22 janv. 1833. S.-V. 33. 1. 98; D. P. 33. 1. 137.)

chef de demande distinct, basé sur une cause qui lui est propre, et sur lequel, en cas de contestation, il doit intervenir une disposition spéciale. L'article 1346 du Code civil ne prescrit de réunir dans un même exploit toutes les demandes qu'on peut avoir à exercer, qu'autant qu'elles ne sont pas justitiées par écrit; quant à celles pour lesquelles on peut produire ce moyen de justification, on peut les former successivement tant que la

prescription n'est pas acquise. Il suit de là que, dans ce dernier cas, on n'est pas tenu de rassembler dans un même exploit toutes les demandes en redressement d'erreurs auxquelles un compte arrête peut donner lieu, car chacun des chess de demandes omis restant entier, il en est de même des actions qu'ils produisent, sauf au tribunal à joindre les causes.

162. Mais à l'aide de quelles pièces peuton faire constater et relever les erreurs dont
le compte est argué? Un arrêt de la cour royale
de Rennes, du 19 janvier 1816 (J. P. 3°
édit.; D. A. 3. 682), déclare que la loi en
permettant de relever les erreurs, omissions,
etc., autorise à faire valoir toutes pièces et
moyens propres à les manifester, même les
pièces produites lors des premiers jugements.
Le Journal du Palais, qui ne cite que la
notice de cet arrêt, fait observer qu'il n'est
pas rapporté dans le recueil spécial des arrêts
de cette cour.

163. L'article 541 du Code de procédure civile veut que les demandes en redressement ou en rectification de comptes soient formées devant « les mêmes juges.» Doit-on entendre, par ces mots, que les seuls magistrats compétents sont ceux qui ont déjà personnellement concouru au jugement intervenu sur la reddition du compte, ou bien, cette disposition désigne-t-elle le tribunal qui déjà a été saisi de l'instance sur le compte?

Cette dernière interprétation nous paraît plus rationnelle. La première, en effet, aurait pour résultat de rendre inutile toute demande en rectification de compte, lorsque, par suite de déplacement, décès, destitution ou omission, il n'y aurait pas possibilité de réunir en nombre suffisant les mêmes juges qui auraient d'abord réglé le compte. D'ailleurs ce que nous avons dit relativement au caractère de l'action en redressement de compte, qui, comme nous l'avons démontré, est une action principale et nouvelle, milite en faveur de cette opinion, qui a d'ailleurs reçu la sanction de la Cour de cassation. (Cass 23 nov. 1824, S.-V. 25. 1. 170; J. P. 3° édit.; D. A. 1. 739.)

164. Cette prescription de la loi a fait naître quelque doute sur le point de savoir si l'article 541 était applicable aux comptes rendus à l'amiable, dans le cas d'une demande en rectification d'erreurs commises dans ces sortes de comptes; car il est impossible de trouver l'application de la disposition qui déclare les premiers juges seuls compétents pour en connaître; mais alors, il faut suivre la règle générale et décider que l'action doit être portée devant le tribunal compétent d'après les règles que nous avons indiquées dans l'article 2. Le législateur n'a pu vouloir, en effet, priver du bénéfice de l'article 541 du Code de procédure civile ceux qui, pour le règlement de leur compte, auraient préféré la voie amiable à la voie judiciaire.

165. On sent que ceci s'applique aux demandes en redressement de comptes rendus par-devant des arbitres dont la mission est terminée, caril y a même raison de décider dans un cas que dans l'autre. A l'appui de cette doctrine, nous pouvons invoquer un arrêt de la Cour suprême, du 21 août 1832 (S.-V. 32. 1. 789; J. P. 3º édit.; D. P. 32. 1. 365), dont un des considérants est ainsi concu : « Attendu, en ce qui concerne, au fond, le moven tiré de ce que l'article 541 du Code de procédure civile ne permet de porter l'action en redressement de compte, pour erreurs ou omissions, que devant les mêmes juges qui ont prononcé sur le compte; que, si ce compte, comme dans l'espèce, a été apuré par des arbitres dont la mission est terminée, l'action en redressement doit être portée devant le juge ordinaire, parce que cette action est de droit commun, et que ce serait la frapper d'une déchéance que ne prononce pas la loi, que de lui refuser des juges, sous le prétexte que la mission arbitrale est finie. » Un arrêt précédent de la même cour avait décidé que l'action en redressement devait se porter devant les arbitres eux-mêmes. (Cass. 28 mars 1815, S.-V. 15. 1. 154; J. P. 3° édit.; D. A. 1. 776.)

166. L'article 541 du Code de procédure civile est-il également applicable aux comptes qui se rendent en matière commerciale? Pour la négative on dit: 1° que les articles 529, 532 et 536 du Code de procédure civile supposent la nécessité de l'intervention des avoués dans les comptes dont ils parlent, intervention qui évidemment ne peut pas avoir lieu dans les comptes commerciaux, puisque, aux termes de l'article 414 du Code de procédure, le ministère des avoués est interdit dans les tribunaux consulaires; 2º que l'article 541 est placé sous le titre des Redditions de comptes, et que, dans tout ce titre, il ne s'agit que des comptes à rendre par les personnes qui ont administré les affaires d'autrui en vertu de mandats légaux, judiciaires ou privés.

Mais ces raisons ne nous paraissent pas admissibles. Sans doute les comptes qui se rendent devant les tribunaux de commerce ne sont pas assujettis à celles des règles du Code de procédure dont l'exécution est incompatible avec la forme de procéder particulière à ces tribunaux; mais il n'y a pas de motif pour les soustraire à celles de ces règles qui concernent le fond. Or, c'est au fond qu'appartient la disposition contenue dans l'article 541 du Code de procédure civile.

La raison principale, d'ailleurs, qui doit faire décider la question affirmativement, c'est que l'article 541 ne fait qu'appliquer aux jugements qui interviennent sur les comptes, un principe commun à tous les jugements, à tous les traités, à tous les actes possibles ; savoir, que l'erreur de calcul est toujours réparable; principe qu'on retrouve jusque dans les lois sur les transactions, et notamment dans l'article 2058 du Code civil.

Cette opinion a été adoptée par la Cour de cassation, suivant l'arrêt précité du 28 mars 1815, rapporté par Merlin (Quest. de droit, v° Compte courant, § 2), et par la cour royale de Nancy, par arrêt du 2 mai 1826, cité nº 158.

167. La demande en redressement de compte doit être intentée par exploit d'assignation signisié à la partie, et non par un simple acte notifié à l'avoué de la partie adverse, qui a occupe dans l'instance précédente relative à la reddition de compte. En effet, l'ancien avoué n'est point constitué de droit, car il faut toujours se souvenir qu'il s'agit d'une demande nouvelle pour l'exercice de laquelle on doit procéder selon les formalités ordinaires. Cependant M. Chauveau sur Carré (L. de la proc. civ., quest., 1886) cite un arrêt rendu, le 26 juill. 1816 (J P. 3° édit.; D. A. 3. 682), par la cour de Rennes, qui décide qu'un second jugement peut rectifier les omissions commises dans le premier, et qu'alors les mêmes avoués doivent occuper, si le second jugement est provoqué dans l'année, ce qu'il est permis de faire par un simple acte.

Mais il est évident que cette décision, qui ne peut s'appuyer sur aucun texte de loi, ne saurait servir de règle. Elle consacre une erreur qui prend sa source sans doute dans une proposition qui sut faite à la section de législation du tribunat, lors de la rédaction du titre des redditions de comptes.

suite, il en résulte qu'il faut, dans tous les cas, se conformer aux règles ordinaires.

168. Lorsqu'une instance en compte est, par suite de cassation, renvoyée devant un autre tribunal, ce tribunal peut admettre des redressements non proposés devant le jugecommissaire, pourvu que ces redressements rentrent dans les dispositions de l'article 541 du Code de procédure civile. (Cass. 28 nov. 1842, S.-V. 43. 1. 323; J. P. 1843. 1. 454.)

169. En matière de compte, peut-on produire, en appel, des réclamations relatives à des chefs omis en première instance? - V. Demande nouvelle et reconventionnelle.

170. Lorsqu'après avoir reconnu que l'oyantcompte avait droit au bénéfice résultant de plusieurs articles compris dans un même chef de demande, et qu'il prétendait devoir être portés dans la recette du rendant, un arrêt s'est borné, dans son dispositif, à déclarer qu'il lui serait tenu compte d'un seul de ces articles, il résulte de là, non pas une omission de prononcer sur un chef de demande (laquelle ne pourrait être relevée que par la voie de la requête civile), mais une simple omission de compte, susceptible d'être réparée par les mêmes juges, conformément à l'article 541 du Code de procédure civile. ( Cass. 26 avril 1843. S.-V. 43. 1. 552; J. P. 1843,

171. L'action en redressement de compte, de réparation d'erreurs ou d'omission dans un compte, se prescrit par trente ans comme celle en reddition de compte. La raison en est qu'elle forme, ainsi que nous l'avons dit, une action principale et complétement distincte de celle-ci. — V. Prescription.

### ART. 4. — Enregistrement.

172. Le compte non arrêté n'est qu'un contrat innommé qui échappe au droit proportionnel, et ne doit qu'un droit fixe de 1 fr.

173. Cependant, s'il est revêtu des formalités exigées par l'art. 1326 du Code civil, il est soumis au droit de 1 p. % sur le reliquat, parce que dans ce cas il contient une obligation de sommes.

174. Toutefois il faut distinguer : si le compte se réfère à une obligation antérieure enregistrée, il n'est dû qu'un droit fixe de 1 fr.

175. L'arrêté de compte en constituant l'une des parties, le rendant, par exemple. débiteur du reliquat, peut le laisser débiteur Mais cette proposition n'ayant pas eu de l au même titre qu'auparavant, ou faire novation dans l'obligation. Dans ce dernier cas, l'arrêté serait enregistré au droit proportionnel de 1 p. % sur le reliquat. Dans le premier, si l'obligation primitive n'a pas été enregistrée, le reliquat serait soumis encore au droit proportionnel; si elle a été soumise à la formalité, il ne serait dû qu'un droit fixe.

176. Le droit ne peut être perçu que sur le reliquat, et jamais sur les créances ou les dettes que le compte a constatées; car la compensation s'opérant entre la recette et la dépense, ces créances sont éteintes en même temps qu'elles sont constatées.

177. Si le reliquat est payé à l'instant même et que le paiement soit constaté dans l'arrêté de compte, il n'est dû aucun droit d'obligation, puisque l'obligation est éteinte, mais il peut être dû un droit de quittance. — V. Enregistrement, Quittance. — V. sur cette matière, MM. Championnière et Rigaut (Tr. des droits d'enregistr., t. 2, n° 1024 à 1049.)

COMPTE COURANT. — C'est le composé de toutes les opérations que deux personnes en relations habituelles d'affaires font l'une avec l'autre, ou l'une pour l'autre, et par suite desquelles elles se trouvent respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre.

- § 1<sup>er</sup>. Caractères distinctifs du compte courant.
- § 2. Entre quelles personnes peut intervenir le compte courant.
- § 3. Composition et forme du compte courant.
- § 4. De la novation, de l'imputation de paiement et de la compensation en matière de compte courant.
- § 5. Effets de l'admission en compte courant des valeurs de portefeuille.
  - § 6. Solde et fin du compte courant.
  - § 7. Intérêts.
  - \$ 8. Prescription.
- § 9. Du compte courant au cas de faillite.
  - § 10. Enregistrement.

## § 1er. — Caractères distinctifs du compte courant.

1. Il résulte de la définition que nous avons donnée, que deux personnes sont en compte courant toutes les fois qu'il y a entre elles un croisement d'opérations tel que la balance qui sera dressée de ces opérations pourra seule

établir quelle est au juste leur position respective.

- 2. Il ne faut pas conclure de là que l'état de compte courant se reconnaisse toujours à ce signe que la position respective des parties est incertaine, dans le sens juridique de ce mot. Ainsi, par exemple, des opérations de banque, dont aucune ne serait contestée, et faites moyennant une commission déterminée à l'avance, ne constitueraient pas une position incertaine, et cependant pourraient évidemment être l'objet d'un compte courant.
- 3. Ce qui, à nos yeux, indique, d'une manière caractéristique, l'état de compte courant, c'est que les parties se livrant entre elles à une série d'opérations qui continue jusqu'à ce que leur volonté l'arrête, leur position respective de créancier et de débiteur se modifie et s'échange à chaque instant. Le compte courant reproduit l'image de cette situation, dans la variation et la mobilité incessante du débit et du crédit, qu'amène l'inscription successive des opérations. On peut donc, il nous semble, dire que c'est là un des traits distinctifs du compte courant.
- 4. Mais comment qualifier légalement cet état particulier dans lequel deux personnes peuvent ainsi se placer? C'est ce que nos Codes n'ont pas fait d'une manière précise, et l'on peut remarquer sur ce point quelque incertitude dans l'opinion des auteurs.
- 5. Les uns ont dit que le compte courant est le composé de tout ce que deux correspondants se doivent réciproquement par lettres de change, mandats, billets ou autres effets, qu'ils tirent l'un sur l'autre, qu'ils se transportent ou qu'ils acquittent à leur réquisition respective (Pardessus, Droit comm., n° 475). Cette définition ne s'appliquant qu'au compte courant de banque, est évidemment trop restreinte; exacte comme espèce, elle ne l'est pas comme genre. Aussi, lorsque plus loin (ibid.) M. Pardessus dit que le compte courant tient du prêt ou du dépôt nécessaire, ce caractère n'est-il applicable qu'aux comptes courants de l'espèce qu'il signale.
- 6. M. Dalloz (Rec. alph., 13, 826) a donné une définition qui pèche par un excès contraire. « Lorsqu'on vend, dit-il, de la marchandise sans en recevoir ni argent ni effets, et en donnant terme pour le paiement, cette avance de la part du vendeur est portée dans les livres au compte de l'acheteur, et dès ce moment ils sont en compte courant. »

Cette définition faisant des comptes courants de tous les comptes portés sur les livres, est évidemment trop large. Elle comprendrait toutes les opérations à terme, par conséquent presque toutes les opérations des négociants, et certainement toutes celles qui peuvent faire la matière d'un compte ordinaire. Il n'y aurait donc dans le commerce d'autre compte que le compte courant.

7. D'autres ont vu dans le compte courant un contrat de prêts réciproques que deux correspondants conviennent de se faire. (V. Massé, sur l'arrêt de Caen cité n° 34; V. aussi Goujet et Merger, v° Compte courant, § 1er.)

Si cela était exact, il faudrait en conclure que les opérations de vente et de commission ne pourraient point servir d'éléments propres à constituer un compte courant; car, quand on vend à quelqu'un ou que l'on charge quelqu'un de vendre pour soi, on ne lui prête pas. Or il est constant, d'après les usages du commerce, que les opérations de vente et decommission peuvent figurer dans un compte courant, et cela n'a donné lieu en jurisprudence à aucune difficulté.

8. Le compte courant, tel qu'il a lieu en banque, et notamment à la banque de France, a un caractère beaucoup plus restreint. Il se compose des sommes qu'on verse à la condition de les retirer à volonté, suivant les besoins de chaque jour. Évidemment, le compte courant, tel qu'il se pratique habituellement dans le commerce, a des proportions autrement larges, et il serait tout à fait inexact de le considérer toujours comme étant le résultat d'un dépôt. — V. Banque, n° 139, et Crédit.

9. Pour nous, sans rejeter complétement aucune des définitions que nous venons d'indiquer, nous pensons qu'elles ont, pour la plupart, cela de vicieux qu'elles conduiraient à faire penser que le compte courant forme toujours un contrat particulier, ayant des règles propres, et d'après lesquelles on peut résoudre toutes les difficultés que fait naître l'état de choses dans lequel il place les parties. Or, c'est ce que nous ne pouvons admettre. Bien que le compte courant suppose nécessairement des relations habituelles d'affaires, il n'y a, ce nous semble, aucune raison de le considérer, en thèse générale et toujours, comme le résultat d'une convention préalable. Autant vaudrait dire que chaque affaire, par cela seul qu'elle est portée dans un compte courant, perd son caractère particulier, et que, par l'effet de la multiplicité de leurs transactions, comme par la manière de les régler, les parties doivent être réputées n'avoir voulu en faire qu'une seule qui les embrasserait toutes. Nous verrons infrà, n° 25, que la jurisprudence a rejeté complétement ce système. Si l'on considère d'ailleurs qu'il est de l'essence du compte courant de se prolonger indéfiniment au gré des deux parties, tandis qu'il dépend de la volonté d'une seule d'interrompre à l'instant même la suite des opérations qui y donnent lieu, il paraît impossible d'y reconnaître aucun des caractères qui constituent d'ordinaire les contrats.

10. Reconnaissons donc seulement que cette habitude de relations, qui donne naissance au compte courant, crée une situation équivoque sur laquelle il ne sera souvent possible de se fixer qu'en supposant une convention tacite et en remontant à l'intention commune et présumée des deux parties, soit au moment où elles auront commencé leurs négociations, soit à l'époque de chacune d'elles; mais ce n'est pas là ce qu'on peut appeler un contrat; car le compte courant viendra bien alors se combiner, tantôt avec le prêt, tantôt avec le mandat, avec la vente, avec la commission, etc., en un mot, avec tous les contrats par l'effet desquels un individu peut être constitué débiteur d'un autre, mais sans avoir aucun caractère juridique qui lui soit particulier.

11. Le compte courant ne résulterait pas de cela seul qu'il y aurait eu entre deux personnes un croisement de diverses opérations de débit et de crédit, si ces opérations ne sont pas telles qu'elles aient rendu variable et mobile la position respective des parties. Ainsi, on ne peut dire qu'il y ait compte courant par cela seul qu'un individu, après avoir emprunté une somme à un autre, ou s'être trouvé constitué débiteur de cette somme pour un achat de marchandises ou autrement, aurait remboursé sa dette au moyen de paiements partiels faits à diverses époques. Il en serait de même encore, bien qu'après avoir payé une partie de sa dette, il aurait contracté un nouvel emprunt qui viendrait se joindre au premier et former un nouveau total sur lequel les paiements partiels viendraient s'imputer. Dans ces deux hypothèses, il n'y a que prêt d'un côté, paiement de l'autre; et si, dans la rigueur des termes, on peut dire qu'il y a

croisement d'opérations, il n'y a pas, en réalité, cette incertitude, cette variation de chaque jour que nous avons signalée comme étant le caractère distinctif du compte courant. Il y a là, on doit en convenir, une nuance qui sera peut-être parfois difficile à saisir; mais c'est une appréciation de fait qui reste abandonnée à la prudence des magistrats, et la cour de Paris a pu, avec raison, refuser de reconnaître le caractère d'un compte courant, dans un règlement d'avances qui avaient été faites par une maison de commerce à une autre, et que cette dernière avait balancées au moyen de remises partielles faites successivement. (Paris, 18 mai 1825, S.-V. 25. 2. 390; D. P. 26. 2. 75.)

12. Il suit de là que la volonté seule des parties n'établit pas l'état de compte courant entre elles; il ne peut résulter que d'opérations réelles auxquelles elles se sont livrées. Ainsi, l'intention manifestée par l'un des correspondants ou par tous deux d'être ensemble en compte courant, si les opérations qui ont eu lieu entre elles ne sont pas propres à le constituer, ne peut être considérée que comme un projet avorté sans valeur et sans influence aucune sur leur position respective; et, au contraire, un certain nombre d'opérations peut constituer l'état de compte courant entre deux personnes, quand bien même l'une d'elles ou toutes deux auraient d'avance manifesté l'intention de ne pas régler leurs rapports de cette manière. C'est, en esset, d'après les actes d'une personne et non d'après ses paroles, qu'il faut juger son intention; et lorsque les faits sont en opposition avec l'intention par elle d'abord manifestée, on doit supposer que cette intention s'est modifiée plus tard dans le sens de la conduite qu'elle a tenue.

## § 2. — Entre quelles personnes peut intervenir le compte courant.

13. Les opérations de compte courant sont principalement usitées chez les négociants obligés par la loi d'avoir des livres dressés selon les règles de la comptabilité commerciale. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que de simples particuliers établissent en cette forme le compte des sommes qu'ils peuvent se devoir réciproquement.

A plus forte raison, l'état de compte courant peut exister entre un négociant et un individu qui ne l'est pas. (V. Paris, 5 août 1811; S.-V. 14. 2. 271; J. P. 3° édit.; Cass.
10 nov. 1818, S.-V. 19. 1. 423; J. P., 3° édit.)

§ 3. — Composition et forme du compte courant.

14. Composition. — Ce que nous avons dit suprà, nos 11 et 12, indique ce qu'il faut décider quant au point de savoir quelles opérations doivent, ou non, entrer dans le compte courant, lorsqu'il existe. Il ne suffira pas qu'une des parties, ou même toutes deux, aient, de commun accord, porté telle opération dans le compte, pour qu'elle soit réputée y avoir été valablement comprise; il faudra rechercher, d'après les circonstances, si elle devait réellement y figurer. De même, si une opération n'avait pas été portée au compte, on pourrait toujours demander qu'elle y fût inscrite, si elle était de nature à y être admise.

15. Il serait difficile de préciser quelles opérations doivent, ou non, entrer en compte courant; l'intention présumable des parties est la première règle que l'on puisse poser à cet égard. On ne devra pas, suivant nous, y comprendre les opérations qui, totalement étrangères à la nature habituelle des opérations qui ont motivé l'ouverture du compte, ne peuvent être présumées avoir dû y figurer dans l'intention des parties; et cependant nous n'hésitons pas à penser que, pour peu qu'il y ait doute sur ce point, il faudrait se décider d'après les règles ordinaires, et comprendre généralement dans le compte tout ce qui pourrait exister au débit ou au crédit de chacune des parties. L'intention qu'on doit leur présumer, dans ce cas, est qu'elles ont voulu réciproquement se couvrir de tout ce qu'il y avait à la charge de l'une ou de l'autre.

16. La seule règle qui se place à côté de l'intention des parties, c'est qu'une opération, pour être inscrite dans le compte courant, doit avoir donné lieu à la remise d'une valeur, faite à la charge d'en créditer le correspondant. (Gouget et Merger, v° Compte courant, n° 6.)

17. Toutes les opérations qui, pendant la durée du compte, auraient été réglées au comptant, ne devront pas, suivant nous, dans les circonstances ordinaires du commerce, y être comprises. Il est évident que, lorsqu'un marchand paie au comptant une partie de marchandises qu'il achète, son intention est qu'elle ne tigure pas dans le compte.

18. Mais il en est autrement à l'égard des

opérations de banque. Relativement à cette dernière nature d'affaires, il est d'usage de comprendre dans le compte courant toutes les négociations faites par le banquier avec son correspondant, même celles réglées immédiatement et par appoint. On en donne pour raison que le banquier qui a ouvert un compte courant en vue de l'importance plus ou moins grande et de la multiplicité des affaires de son correspondant, et surtout d'après la confiance qu'a pu lui inspirer la nature des spéculations auxquelles celui-ci se livre, serait incessamment exposé à des surprises, si le compte courant, ne reproduisant pas toutes les négociations qu'il plairait au correspondant de faire au comptant, ne lui présentait plus le tableau fidèle du mouvement et de la nature de ses affaires. - V. infrà, § 5.

19. Le compte courant ne comprend pas toujours des opérations de la même nature; il peut se composer d'une suite d'affaires commerciales présentant chacune un caractére particulier, et par exemple, de marchandises livrées, de frais et pertes à la négociation, du remboursement de frais de voyage, etc. (Bordeaux, 18 avril 1832, S.-V. 33. 2. 33; J. P. 3° édit.; D. P. 32. 2. 148.)

20. Il peut se composer aussi en partie d'opérations commerciales, et en partie d'opérations civiles; et dans ce cas, il peut être utile de se demander quelle sera la nature du compte courant; s'il devra être considéré comme civil ou comme commercial, car les effets de l'un et de l'autre ne sont pas toujours les mêmes.

A cet égard, il faut distinguer: si la généralité des opérations qui composent le compte courant est de nature commerciale, le compte est commercial (Bordeaux, 4 juillet 1832, S.-V. 33, 2. 35; D. P. 33. 2. 19); au contraire, il est purement civil, si la plupart des opérations qu'il relate sont civiles.

S'il n'est pas possible de se déterminer d'après la composition du compte, soit parce que les opérations civiles et commerciales se balancent par leur nombre et leur importance, soit parce qu'on est dans l'ignorance ou le doute sur leur nature, on se décide alors d'après la qualité des parties. Si elles sont toutes deux commerçantes, la présomption est que les opérations auxquelles elles se sont livrées sont de nature commerciale (art. 632 et 638 C. comm.), et le compte courant est réputé commercial. Le compte courant doit

au contraire être déclaré civil, si aucun des deux correspondants ne faisait le commerce pendant le temps des opérations.

21. Mais comment qualifier le compte courant, lorsque l'un des intéressés est seul commerçant, et que les opérations commerciales et civiles dont se compose le compte se balancent entre elles? Nous croyons qu'à moins de volonté apparente contraire, le compte doit être considéré comme commercial, par la raison que les comptes courants sont plus en usage dans le commerce que dans la vie civile.

22. Que le compte courant soit commercial ou civil, d'après les distinctions ci-dessus, il empreint de sa nature toutes les opérations faisant l'objet des articles divers dont il se compose. Ainsi, s'il est réputé commercial, toutes les opérations qu'il comprend, même celles qui, prises isolément et en elles-mêmes, seraient civiles, devront être considérées comme étant commerciales, et vice versa.

23. Forme. — Outre le livre journal qui est d'obligation légale (C. com., art. 8), les commerçants sont dans l'usage d'en avoir d'autres, notamment le grand-livre ou maître-livre. Ce dernier est surtout utile pour l'établissement des comptes courants. Chacune des opérations dont se composent ces sortes de comptes doit être reportée du livre journal sur le grandlivre, au compte particulier et respectif de chaque correspondant. Chaque compte ouvert au grand-livre a deux colonnes : l'une pour le crédit, où sont relatées toutes les sommes, valeurs ou marchandises reçues de celui ou pour celui à qui on ouvre le compte; l'autre pour le débit, où sont portées toutes les sommes payées, toutes les marchandises fournies, et toutes les traites souscrites ou endossées pour son compte : celui qui fournit est créditeur; celui qui recoit est débiteur.

Dans certaines maisons de commerce, on est dans l'usage de consacrer un livre spécial aux divers comptes courants. Ce livre a ceci d'utile, qu'il permet de donner à chacun des articles dont se composent les comptes, des développements et des détails que ne comporte pas le grand-livre.

- § 4. De la novation, de l'imputation de paiement et de la compensation en matière de compte courant.
- 24. Novation. L'état de compte courant entre deux personnes ne saurait évidemment

apporter aucune dérogation aux règles ordinaires du droit. Pour qu'il en fût ainsi, en effet, il faudrait qu'à défaut de dispositions formelles de lois qui n'existent pas, on pût le considérer comme un contrat dont le principe une fois bien établi, servirait à déterminer les effets. Or, nous avons vu suprà, nº 9, que tel n'est point le caractère du compte courant. Ce n'est, à bien dire, qu'un mode de comptabilité établi dans le seul but de régler les rapports d'affaires existant entre deux personnes, de manière à les fixer incessamment sur leur doit ou avoir respectif. Ce mode de comptabilité, sans influence aucune sur la nature des affaires auxquelles il s'applique, ne saurait donc les soustraire en rien aux conséquences légales qui peuvent en résulter. Il faut en conclure que l'admission en compte courant d'opérations faites entre deux individus, ne produit pas par elle-même novation à l'égard de ces opérations.

25. Il a été jugé, d'après ces principes, que les règles ordinaires de compétence, en matière commerciale, ne sauraient en rien être altérées par cette circonstance que des opérations commerciales entre négociants ont été portées dans un compte courant, et que dès lors, même à l'égard des demandes en règlement et en paiement du solde, celui des deux négociants qui se trouve en définitive créancier peut, malgré l'existence du compte courant, assigner son débiteur suivant la règle générale, et s'il le juge convenable, devant le tribunal du lieu où les opérations ont été faites. (Lyon, 2 déc. 1829, S.-V. 30. 2. 170; D. P. 30. 2. 71; — Poitiers, 28 juin 1832, S.-V. 32. 2. 585; J. P., 3e édit.; - Cass. 15 juillet 1834, S.-V. 34. 1. 565; J. P. 3e édit.)

26. Toutefois, il ne faut pas considérer ces arrêts, rendus dans des espèces où il s'agissait d'opérations de même nature, et faites dans le même lieu, comme établissant une règle absolue à ce point que l'on puisse l'appliquer indistinctement dans toutes les circonstances, même dans le cas où le compte comprendrait des opérations de diverses natures, faites dans divers lieux, et les unes susceptibles, les autres non susceptibles de donner lieu à l'application de l'article 420 du Code de procédure. Dans cette hypothèse, la faculté accordée par l'article précité tombe devant la confusion faite volontairement, dans le même compte, d'articles aussi divers, et c'est ce que

la cour de Bordeaux a jugé par arrêt du 18 avril 1832 (S.-V. 33; 2. 33; D. P. 32. 2. 148). Mais c'est là une exception qui, à notre sens, ne fait que confirmer le principe.

27. Divers auteurs, néanmoins, semblent admettre sans distinction, sinon que les créances commerciales perdent leur caractère du moment qu'elles sont portées dans un compte courant, du moins que le solde de ce compte aurait toujours le caractère d'une créance ordinaire, ne permettant l'assignation du débiteur que devant le tribunal de son domicile. (Pardessus, Droit comm., t. 5, nº 1356; Chauveau sur Carré, Lois de la procédure, quest. 1508; Orillard, Compét. commerciale, nº 613; Nouguier, Compét. des tribun. de comm., t. 2, p. 376.) Restreinte à un solde réglé et définitivement arrêté, cette doctrine nous paraît incontestable; car il est évident, en un tel cas, que les opérations qui ont amené ce solde ont complétement disparu pour faire place à une nouvelle créance. Mais entendue d'une manière générale et appliquée aux demandes en paiement de soldes qui ne sont ni réglés ni arrêtés, nous croyons qu'elle n'est admissible que dans les circonstances de la nature de celles où nous nous étions placés dans la dernière hypothèse. c'est-à-dire desquelles il résulterait une confusion d'opérations qui fait disparaître, en quelque sorte, la possibilité d'application de l'article 420, et qui semble même attester l'intention des parties de ne pas se prévaloir réciproquement de cette disposition. « Si le magistrat, dit en terminant M. Nouguier (loc. cit.), avait à résoudre cette difficulté, il devrait, avant toutes choses, consulter l'intention des parties et rechercher dans les circonstances du fait, si la volonté d'innover domine, ou si au contraire les marchés successifs ont été maintenus. » MM. Goujet et Merger (Dict. du droit commercial, nº 24) se prononcent nettement pour la novation.

28. La novation nous paraît, du reste, résulter bien positivement du cas que voici : c'est celui où deux individus en compte courant, après avoir réglé leur compte, en reportent la différence à un compte nouveau dont elle devient ainsi le premier article, comme cela se fait journellement lorsque le compte est arrêté, sans que les relations soient interrompues. Ici la volonté d'innover est évidente. C'est exactement comme si la différence avait été réglée en espèces, et

qu'une nouvelle avance eût été faite par le correspondant créditeur.

29. Imputation de paiement. - En principe, nous n'hésitons pas à dire que les règles du Code civil concernant l'imputation de paiement, sont applicables au cas de compte courant, comme en toute autre matière. Mais nous nous hâterons d'ajouter, de même que pour la novation, que l'application de ces règles ne pourra néanmoins jamais avoir lieu, qu'autant que les circonstances du fait ne viendront pas faire présumer que l'intention des parties a été toute autre. MM. Gouget et Merger (nº 28), considérant toutes les remises successives comme des prêts nouveaux, en concluent que les règles du droit civil sur la compensation et l'imputation cessent d'être applicables. Nous croyons avoir refuté cette doctrine dans son principe — V. suprà, nº 7.

30. Si, sans qu'un compte ait jamais été réglé, sans que ce compte se divise en diverses séries d'opérations de différentes natures, sans qu'aucune circonstance vienne indiquer qu'il y ait eu différentes phases dans la période d'opérations que les parties auront pu faire, il devient nécessaire, par suite du décès ou de la faillite d'un des contractants, de déterminer sur quelle créance il y a lieu d'imputer le reliquat trouvé au crédit de l'un des deux, nous ne mettons pas en doute que l'on ne doive appliquer les art. 1253 à 1256 du Code civil, sans aucune restriction.

31. Mais, s'il y a eu différents comptes successifs, si les deux parties en relations d'affaires ont conduit plusieurs séries d'opérations, soit simultanément, soit successivement, il est évident que, dans l'intention des parties, les remises qu'elles se seront faites réciproquement, ne doivent s'appliquer qu'au compte pendant la durée duquel elles auront eu lieu, ou à la série, ou à la période d'opérations auxquelles elles se rattachent. Ce sera donc seulement dans ces cercles ainsi restreints et divisés qu'il y aura lieu à l'application des règles du Code civil, et l'on pourrait même dire que chacune des parties, en procédant ainsi, s'est placée dans le cas de l'art. 1253 du Code civil, d'après lequel « le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, quelle dette il entend acquitter. »

32. Il y a plus; c'est que s'il y a eu plusieurs comptes successivement arrêtés, et que l'on ait reporté le reliquat de chaque compte arrêté au compte suivant, les parties se trouveront dans le cas que nous avons signalé, suprà, n° 28, et qu'il se sera opéré entre elles une novation, à partir de laquelle seulement les règles ordinaires de l'imputation devront s'appliquer aux opérations subséquentes, jusqu'à nouveau règlement.

33. Ces distinctions, toutefois, n'ont pas été admises par la Cour de cassation qui, refusant toute espèce d'effet à l'état de compte courant, s'est prononcée d'une manière absolue pour l'application des règles ordinaires, dans l'espèce que voici:

Le sieur Demiannay, banquier à Rouen, était commun en biens avec sa femme. Celleci mourut en 1826, laissant trois enfants mineurs sous la tutelle de leur père.

Au moment du décès de la dame Demiannay, son mari était en compte courant avec les sieurs Darcel, Viel, Delahalle et autres. La balance du compte constituait ces derniers créanciers de la communauté pour des sommes considérables.

Le décès de la dame Demiannay n'amena aucune interruption dans les affaires en compte courant, qui subsistèrent comme par le passé. Des remises nouvelles furent faites de part et d'autre pour des sommes excédant les balances constatées au décès de la dame Demiannay. Aux époques fixées, les comptes, continuèrent à être périodiquement arrêtés; mais ils se balancèrent constamment par des reliquats jamais plus faibles et souvent plus forts. Cet état de choses subsista jusqu'en 1830, époque de la faillite de Demiannay. Un subrogé tuteur fut alors nommé aux mineurs, et il assigna les syndics à l'effet de faire liquider la communauté.

Mais Darcel, Viel, Delahalle et les autres créanciers par compte courant demandèrent à intervenir dans l'instance, et à être reconnus créanciers des mineurs pour les sommes dues par la communauté, au moment où elle avait été dissoute par la mort de leur mère.

Le subrogé tuteur repoussa cette intervention. Il soutenait que, sans doute, au décès de la dame Demiannay, les créanciers intervenants avaient les mineurs pour débiteurs; mais que les remises qui depuis lors leur avaient été faites en compte courant par le sieur Demiannay père, devaient être imputées sur la dette de la communauté, comme étant la plus ancienne et celle qu'il avait le plus d'intérêt à acquitter (C. civ., 1256). Le tuteur ajoutait que si de nouvelles remises

avaient été faites à Demiannay par les intervenants, de telle sorte qu'ils se trouvassent encore créanciers comme au jour de la dissolution de la communauté, ces remises constituaient une créance nouvelle due par le sieur Demiannay seul.

La cour royale de Rouen, par son arrêt du 21 mai 1838 (rapporté avec celui de cassation), et la Cour de cassation, par arrêt du 3 avril 1839 (S.-V. 39. 1. 257; J. P. 1839. 1. 587; D. P. 39. 1. 199), adoptèrent cet avis. La cour suprème déclara que les comptes courants étaient soumis aux règles d imputation de paiement et de compensation prescrites en matière civile, et que les paiements ou valeurs provenant de Demiannay, postérieurement au décès de sa femme, avaient eu pour objet de libérer la communauté jusqu'à due concurrence.

- 34. M. Massé, dans une note fort étendue et très-remarquable, qui accompagne cet arrêt dans la collection Devilleneuve, tout en en approuvant le dispositif, trouve qu'il pèche par les motifs; et, bien que nous ne partagions pas entièrement les opinions de ce jurisconsulte sur la nature du compte courant, nous sommes sur ce point pleinement de son avis. Comme lui, nous pensons, avec l'arrêt, que les héritiers de la femme commune ne peuvent être tenus, en sin de compte, du paiement de la différence existant au moment de la dissolution de la communauté, alors que, comme dans l'espèce, le compte courant s'est continué après cette dissolution, avec des balances périodiques. Mais c'est par suite de la novation que ces balances ont opérée qu'il faut se décider, et non sur le motif d'une prétendue imputation, qui évidemment n'a pu entrer dans l'intention d'aucune des parties. - V. Caen, 15 mars 1837 (S.-V. 39. 2. 297; D. P. 39. 2. 199).
- 35. Compensation. En principe, point de différence non plus pour l'application des règles ordinaires de la compensation entre les opérations portées en compte courant, et les opérations ordinaires.
- 36. Mais, il faut le reconnaître, il naîtra le plus souvent, de l'état de compte courant, une foule de circonstances qui viendront modifier la règle ou s'opposer à son application.
- 37. Les parties peuvent d'abord être présumées, d'après les circonstances, avoir eu l'intention d'établir entre elles un état de débit et de crédit tellement variable et incertain,

que ce n'est que d'après le règlement du compte que l'on pourra réellement dire que leurs créances respectives sont certaines et liquides; et, conséquemment, ce ne sera qu'à ce moment que la compensation pourra s'opérer. — V. Cass. 6 frimaire an XIII (Devillen. et Car. 2. 1. 29; J. P. 3° édit.).

- 38. Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 7 mars 1826 (Devillen. et Car. 8. 2. 204; J. P. 3º édit.), a même été plus loin. Cet arrêt décide, d'après le même principe, quoique dans un sens inverse, que lorsque l'un des deux marchands en compte courant est assigné par l'autre, en paiement de traites échues et exigibles, il peut se refuser à payer jusqu'à ce qu'il ait été procédé à un règlement de compte, pour savoir lequel des deux intéressés est définitivement créancier de l'autre. C'est là, comme on voit, une grave exception au principe que la compensation ne peut s'opérer qu'entre deux dettes également liquides et exigibles. V., au surplus, Compensation, nºs 50 à 52.
- 39. D'un autre côté, le crédit existant au profit d'un des contractants à un moment déterminé pourra avoir, suivant la nature des opérations, des caractères essentiellement différents. Tantôt ce crédit sera, en réalité, une véritable dette à la charge du correspondant, et alors la compensation pourra s'opérer avec les créances également liquides et certaines que celui-ci aurait sur l'autre correspondant; tantôt, au contraire, ce crédit devra être considéré, soit comme un dépôt, soit comme le résultat d'un mandat, et alors la compensation n'aura pas lieu.
- 40. Supposons, par exemple, que la difference dans le crédit de chacune des parties, à un moment donné, provienne d'une vente de marchandises faite par l'une des deux à l'autre. C'est là, à la charge du dernier, une véritable dette que le premier peut, sans aucun doute, compenser avec les créances liquides et exigibles que son correspondant aurait sur lui. Mais supposons que cette différence soit le résultat d'une vente de marchandises données en consignation par l'un des deux, ou d'effets encaissés pour compte, il y a là, soit dépôt, soit mandat; conséquemment, la compensation ne peut être admise.
- 41. En résumé, c'est d'après les règles ordinaires de la compensation combinées avec la nature des opérations et l'intention présumée des parties, que nous pensons qu'il faudra toujours se décider.

- § 5. Effets de l'admission en compte courant des valeurs de portefeuille.
- 42. Dans l'état ordinaire des choses, la transmission d'effets de commerce par la voie d'endossement est considérée comme un véritable paiement, et a pour effet d'attribuer immédiatement la propriété des effets transmis à celui qui les recoit, à ses risques et périls, de telle sorte que si ces essets ne sont pas payés et que celui qui les lui a fournis devienne lui-même insolvable, il en perd le montant, sans aucune compensation possible, à l'égard des tiers, avec les valeurs appartenant à l'endosseur, dont il pourrait se trouver nanti. En est-il de même au cas de compte courant? Ou faut-il, au contraire, ne considérer l'admission de ces valeurs dans un compte courant que comme provisoire et sauf encaissement?
- 43. Cette question, qui se rattache à celles que nous avons examinées tout à l'heure, relativement à la compensation en matière de compte courant, est d'une grande importance pratique, surtout au cas de faillite. Lorsque ce cas se présente, en effet, il s'agit de régler immédiatement le compte et de déterminer le reliquat définitif à la charge de l'un ou de l'autre correspondant. Or, si les effets non payés, transmis par le failli, doivent être considérés, par le seul fait de leur admission en compte courant, comme étant devenus la propriété du correspondant, le débit de ce dernier devra être augmenté d'autant, sauf à lui à se présenter dans la faillite, le cas échéant, avec les autres créanciers. Si, au contraire, l'admission de ces valeurs dans le compte doit être considérée comme n'ayant été que provisoire, et sauf encaissement, il rendra à la faillite des titres devenus stériles, et arrêtera son compte en prenant pour base les seules opérations réelles faites avec le failli. Suivant que l'on décidera, la position des choses sera donc toute dissérente, soit pour le correspondant non failli, soit pour la masse des créanciers du failli.
- 44. Un arrêt de la cour de Nancy, du 10 décembre 1842 (S-V. 43. 2. 5; J. P. 1843. 2. 324.), et un arrêt de la cour de Douai, du 5 mars 1845 (S.-V. 45. 2. 268), se sont prononcés en ce sens que les transmissions d'effets de commerce par compte courant sont toujours censées faites sauf encaissement, et ne deviennent, pour celui qui les a négociés avec

- expression de valeur en compte, des articles définitifs de crédit que par le paiement qui en est fait.
- 45. Ces arrêts se fondent en première ligne sur les usages du commerce à cet égard, usages qui, en effet, doivent avoir force de loi lorsqu'ils sont constants. (Avis du Cons. d'état du 13 déc. 1811.) Accessoirement, l'on fait valoir l'intérêt même du commerce et la difficulté qu'introduirait dans la négociation des valeurs de porteseuille, l'adoption d'une doctrine contraire. - « Considérant, porte l'arrêt précité de la cour de Nancy, que ce serait apporter les entraves les plus génantes dans les négociations entre banquiers, et, par la position périlleuse dans laquelle seraient placés ceux qui recevraient de leurs correspondants des remises d'effets négociables. rendre à peu près impossibles ces sortes de négociations, indispensables cependant aux grandes et importantes relations de commerce. »
- 46. Mais la Cour de cassation, par arrèt du 9 janvier 1838 (S.-V. 38. 1. 518; D. P. 38. 1. 50), et la cour de Rouen, par arrêts des 13 décembre 1841 (S.-V. 42. 2. 56; J. P. 1844. 1. 445) et 18 juin 1845 (journal le Droit, du 20 juin 1845), se sont formellement prononcées dans un sens contraire.
- 47. Lors du dernier arrêt de la cour de Rouen, M. Chassan, premier avocat général. a défendu la première opinion, en s'appuyant non pas tant sur les usages du commerce. qui, en effet, s'ils sont contestés, ne peuvent servir à résoudre nettement la difficulté, que sur des motifs tirés de la nature du compte courant. Ce magistrat s'est demandé si, en dernière analyse, la situation incertaine que crée le compte courant ne doit pas être considérée comme résultant d'une sorte de contrat pendant la durée duquel aucune novation, aucune compensation n'est possible; et si l'effet de ce contrat étant précisément d'épargner aux deux parties des frais et des risques de négociations de papier, on ne doit pas dire qu'il est de sa nature qu'il ne soit donné crédit définitif des remises en papier que sauf encaissement.
- 48. Mais la cour, sans s'expliquer sur cette théorie, a confirmé sa jurisprudence :
- "Attendu, porte l'arrêt, que les valeurs de commerce transmises en compte courant deviennent à l'instant la propriété de celui qui les reçoit, qu'elles sont portées immédia-

tement au crédit de celui qui les fournit, que cette inscription est définitive et sans réserve : que c'est une habitude constante du commerce; que le défendeur peut d'autant moins être admis à faire prévaloir une interprétation contraire, qu'il ne peut, dans l'espèce, s'appuyer sur la réserve assez souvent usitée de : sauf encaissement, ou de toute autre clause équivalente, par laquelle les banquiers réservent leurs droits, limitent la partie de l'inscription au compte courant; que rien n'établit dans la cause que Cordonnier ait mis effectivement une condition de cette nature à l'inscription des articles dont s'agit; attendu que celui qui escompte ces valeurs, ne les recevant que par suite de sa confiance dans la solvabilité de celui qui les remet, doit, comme tous ses co-créanciers, supporter, en cas de faillite, les conséquences de la foi qu'il a eue dans son débiteur; que décider autrement serait créer un privilége en faveur d'un créancier au préjudice des autres créanciers, et violer le principe fondamental de l'égalité entre tous. »

49. Ces motifs nous paraissent concluants, et nous n'hésitons pas à en adopter la doctrine.

#### § 6. — Solde et fin du compte courant.

- 50. La convention qui précède l'ouverture d'un compte courant, ou, à défaut de convention, l'usage, fixe les époques périodiques auxquelles le compte sera arrêté. Ordinairement on n'en indique qu'une qui est celle de la fin de l'année; quelquefois on convient que le compte sera réglé tous les six mois, et même tous les trois mois. A l'époque convenue, chaque correspondant, pour former la balance du compte, ajoute les intérêts aux capitaux, tant au débit qu'au crédit, et l'excédant de l'un sur l'autre forme le solde du compte.
- 51. Ce solde est exigible à la volonté de celui des correspondants au profit duquel il existe, et le débiteur doit le tenir à sa disposition.
- « La nature propre d'un compte courant, dit M. Pardessus (Droit comm., n° 475), est que la balance en soit exigible à volonté. Le solde n'est en substance que le résumé de plusieurs prêts partiels sans aucune limitation d'époque de remboursement, comme sont, en général, toutes les avances accordées, tous les crédits ouverts dans le commerce. Il est du devoir de celui qui est débiteur, par l'effet de cette balance, de couvrir son correspondant

par des remises, sans le faire attendre lorsqu'elles sont demandées; et l'usage a consacré en faveur du créancier, si son compte est en retard, qu'il puisse tirer sur le débiteur. »

52. Quant à la fin du compte courant, M. Dalloz (Rec. Alph., 3, 693, note 1<sup>re</sup>) dit que, d'après des parères constatant l'usage du commerce, le compte courant est censé continuer tant que le solde n'est pas payé. Ainsi, lorsqu'une nouvelle opération a lieu entre les correspondants, avant le paiement du solde, elle forme un élément d'un nouveau compte courant dans lequel entre le solde du premier. Cela aurait lieu ainsi quand bien même la partie débitrice du solde n'aurait pas eu le désir que la nouvelle opération fût passée en compte courant.

53. Tout arrêté de compte courant peut être rectifié en cas d'erreurs. (Cass. 12 janv. 1818; Devillen. et Car. 5. 1. 399; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 682.) — V. Compte, n° 135.

#### § 7. - Intérêts.

54. Lorsque le compte courant est d'une nature civile, les sommes dont il se compose ne produisent pas intérêt de plein droit, parce que ces sortes de comptes sont régis par les principes du droit commun. (C. civ., 1153.)

Il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'un compte courant commercial; les sommes qu'il comprend produisent des intérêts toujours et de plein droit.

55. Les auteurs sont généralement d'accord sur ce point (1), mais tous ne se décident pas par les mêmes raisons.

Pour les uns, les intérêts courent de plein droit, parce que le compte courant tient du mandat, et qu'il y a lieu d'appliquer la règle tracée par l'article 2001 du Code civil; pour les autres, parce qu'il tient du prêt, et que la nécessité d'une mise en demeure ne serait pas nécessaire en matière commerciale, d'après l'article 1153 du Code civil. Pour d'autres enfin, parce que le compte courant a des rapports avec le dépôt irrégulier, et qu'aux termes de l'article 1936 du Code civil, le dépositaire est obligé de restituer les fruits qu'a produits en ses mains la chose déposée.

Ces explications que l'on pourrait peut-être accepter dans les cas où les sommes compo-

<sup>(1)</sup> M. Vincens seul restreint cet effet aux deux cas où les sommes ont été versées à titre de mandat ou de commission.

sant les articles du compte auraient été versées à titre de mandat, de prêt ou de dépôt, ne seraient point satisfaisantes pour les cas où ces sommes seraient le résultat d'opérations de vente ou de contrats autres que ceux spécifiés. Le fait reconnu que les intérêts courent de plein droit, doit donc être justifié par une raison plus générale.

Cette raison se puise dans ce qui constitue le but et l'essence mème du commerce. Le but du commerce, c'est la poursuite d'un gain, d'un bénéfice; le moyen de le réaliser, c'est d'utiliser toutes les ressources dont on peut disposer: d'où la présomption légale que les capitaux ne demeurent jamais improductifs entre les mains d'un négociant, et qu'il en retire un bénéfice. La conséquence de cette présomption, conséquence naturelle et juste, c'est qu'il doit en servir les intérèts à celui à qui ils sont dus, pendant tout le temps qu'il est supposé en avoir joui.

Ces principes ont été, au surplus, reconnus et consacrés par la jurisprudence. (Cass. 17 mars 1824, S.-V. 25. 1. 147; J. P. 3º édit.; D. A. 10. 493; — id., 11 janv. 1841, S.-V. 41. 1.636; D. P. 41. 1. 193; — Paris, 18 mai 1825, S.-V. 25. 2. 390; J. P. 3º édit.; D. P. 26. 2. 75.) Pardessus, Dr. comm., nº 475; Rolland de Villargues, vº Compte courant.

56. La règle a été déclarée applicable dans le cas ou l'une des parties en compte ne serait pas commerçante (Bordeaux, 4 juillet 1832, S.-V. 33. 2. 55; J. P. 3° édit.), et lors même que les parties ne seraient pas commerçantes (Cass. 11 janv. 1841, S.-V. 41. 1. 636.), s'il s'agit d'affaires d'une nature commerciale.

57. Les intérêts du solde ou reliquat demandent un examen particulier.

58. Le solde d'un compte courant civil n'est pas, non plus que les articles dont se compose ce compte (V. n° 54), susceptible de produire des intérêts de plein droit.

59. Quant au solde ou reliquat du compte courant commercial, il produira, au contraire, intérêt, sans difficulté, lorsque les opérations auront cessé entre les correspondants, en vertu du principe d'après lequel un négociant est toujours présumé tirer profit des fonds qu'il a entre les mains. (V. n° 55. — V. aussi Cass. 17 mars 1824, S.-V. 25. 1. 147; D. A. 10. 193; — id., 12 nov. 1834, S.-V. 35. 1. 334; D. P. 35. 1. 21; — Bordeaux, 4 juillet 1832, S.-V. 33. 2. 35; D. P. 33. 2. 19; — Grenoble, 16 fév. 1836, S.-V. 37. 2. 361; D. P. 37. 2. 81.)

60. On comprend toutefois qu'il en serait autrement, si le négociant débiteur du solde écrivait à son correspondant qu'il en tient le montant à sa disposition, puisque, dans ce cas, il ne pourrait en faire usage, ne le gardant plus qu'à titre de dépôt.

61. Mais en sera-t-il de même au cas de continuation des opérations, et comment, dans ce cas, faudra-t-il compter ces intérêts?

Point de difficulté dans la simple hypothèse où les deux correspondants, après avoir balancé leur compte courant, continuent ensemble leurs opérations sans en changer le mode: il est évident que le solde du premier compte devra être reporté sur le nouveau et en former le premier article, et qu'il produira intérêt au même titre que les autres articles compris dans le nouveau compte.

62. Mais lorsque ce dernier compte vient à être lui-même réglé, pour faire place à un compte ultérieur, les intérêts du solde primitif seront-ils capitalisés pour produire euxmêmes intérêts dans le nouveau compte? En peut-il être ainsi surtout, lorsque les comptes sont réglés à des époques plus courtes qu'une année, à six ou à trois mois, comme cela a lieu fréquemment dans le commerce?

Cette question nous paraît devoir être résolue affirmativement. Il est généralement reconnu que l'art. 1154 n'est pas applicable en matière commerciale; l'usage est contraire à la règle qu'il pose; son application aurait pour résultat d'entraver l'essor des opérations commerciales, que l'on doit au contraire chercher à favoriser.

Un arrêt de la cour de Dijon, du 24 août 1832 (rapporté avec celui de la Cour de cassation, du 12 nov. 1834, S.-V. 35. 1. 334; J. P. 3° édit.; D. P. 35. 1. 21), et un autre arrêt de la cour de Grenoble, du 16 février 1836 (S.-V. 37. 2. 361; D. P. 37. 2. 81.) ont pleinement adopté cette doctrine.

63. Mais il faut remarquer que nous n'avons raisonné que dans l'hypothèse où le compte avait été réellement arrêté à des époques périodiques, et c'est aussi pour ce cas seulement, ou pour les cas où il y a convention précise, que se sont prononcés les arrêts ci-dessus indiqués.

Si le compte n'avait pas été arrêté, et qu'il embrassât, par exemple, une période de plusieurs années, faudrait-il, lors du règlement, capitaliser les intérêts à chacune des époques auxquelles il est d'usage de régler les comptes courants dans le commerce, pour les rendre eux-mêmes productifs de période en période, ce qu'on appelle faire compte par échelette, ou au contraire arrêter le compte d'un seul jet, en calculant seulement l'intérêt de chaque avance, à partir de sa réalisation?

Un arrêt de la Cour de cassation, du 10 novembre 1818 (Devillen. et Car. 5. 1. 542), a décidé que les juges qui, réglant un compte de plusieurs années entre des négociants, n'admettent ni le système d'imputation par échelette à chaque paiement, ni le système d'imputation à chaque fin d'année, et qui, par suite, ne permettent pas que les intérêts aient été aucunement capitalisés pour porter intérêt eux-mêmes, ne contreviennent à aucune loi expresse; s'il y a usage contraire, a dit la cour suprême, cet usage n'a pas force de loi.

64. Cette doctrine nous paraît devoir être adoptée. Quel que soit, en effet, l'usage en pareil cas, un négociant ne peut, il nous semble, être fondé à se plaindre d'un préjudice qui n'est que le résultat de sa négligence à ne pas arrêter son compte aux époques que le même usage a d'ailleurs déterminées, et s'il n'a pas mis à profit les priviléges que la loi commerciale crée en quelque sorte à son égard, c'est le cas de recourir à la loi ordinaire. Toutefois on peut voir, dans un sens contraire, une consultation de M. Pardessus, que MM. Devilleneuve et l'arette ont reproduite dans leur collection nouvelle, sous l'arrêt précité de la Cour de cassation.

#### § 8. — Prescription.

65. En matière de compte courant, et pour les articles portés au compte, la prescription ne peut évidemment courir que d'un règlement définitif; car, ainsi que le dit M. Devilleneuve, ce n'est qu'à partir du règlement de compte que se trouve déterminée la position respective des parties et la dette de l'un envers l'autre.

C'est, du reste, ce qui a été consacré par la Cour de cassation relativement à la prescription quinquennale des intérêts des sommes dues par compte courant. (Cass. 12 déc. 1838, S.-V. 39. 1. 528; D. P. 39. 1. 124.)—V. Prescription.

### § 9. — Du compte courant en cas de faillite.

66. L'état de faillite peut donner lieu à des difficultés spéciales pour le règlement d'un

compte courant; les règles à suivre en ce cas sont expliquées au mot Faillite.

#### § 10. — Enregistrement.

67. L'extrait d'un compte courant doit être enregistré pour qu'il en puisse être fait usage en justice (l. 22 frim. an VII, art. 23).

68. Si le compte est définitivement arrêté entre les parties, il est passible du droit de 1 p. % sur le reliquat (ib., art. 69, § 3, n° 3).

69. Dans le cas contraire, il n'est sujet qu'au droit fixe de 1 fr. (ib., art. 3 et 68, § 1 er, n° 51).

70. Il n'est dû aucun droit proportionnel de mutation pour les énonciations de ventes de marchandises, de recettes, de paiements, etc., qui se trouvent dans l'extrait d'un compte (arg. l. 22 frim. an VII, art. 3 et 69, § 3, n° 3).

71. Le droit de quittance n'est point exigible sur les sommes que le comptable reconnaît avoir reçues, et qu'il porte au crédit de celui pour qui le compte est ouvert.

COMPTE A DEMI. — On appelle ainsi l'opération ou les opérations de commerce déterminées d'avance, que deux ou plusieurs personnes associées en participation font en commun. — V. Société en participation.

COMPTE RENDU (1). — 1. On nomme compte rendu le rapport de ce qui s'est fait, dit ou écrit dans un procès, dans une audience, dans une séance des chambres législatives.

2. Ce mot, pris substantivement, est tout nouveau dans la langue du droit français. L'article 22 de la loi du 17 mai 1819 met à l'abri de toute action le compte fidèle des séances de la chambre des députés, rendu de bonne foi dans les journaux. Mais les articles 7 et 16 de la loi du 25 mars 1822 se servent pour la première fois du substantif compte rendu. Les articles 16 et 17 de la loi du 18 juillet 1828, qui règlent ce qui est relatif à la publication des procès portés devant les cours et tribunaux, semblent avoir voulu éviter de se servir de cette locution; mais on la trouve encore employée par l'article 10 de la loi du 9 septembre 1835, qui a développé et étendu les dispositions précitées de la loi de 1828. Le mot Compte rendu, s'il ne figure pas dans un dictionnaire académique, doit

<sup>(1)</sup> Article de M. Chassan, premier avocat général près la cour royale de Rouen.

donc trouver place dans une collection de droit.

3. Son application aux faits d'un procès et d'une séance législative, indique le double point de vue sous lequel ce mot doit être apprécié. La matière de cet article se divise ainsi en deux parties. La première est relative au compte rendu judiciaire; l'autre au compte rendu législatif.

CHAP. 1er. — Compte rendu judiciaire.

Sect. 1<sup>re</sup>. — Compte rendu des procès en général. — Interdictions relatives au compte rendu de quelques procès, tels que ceux où le huis clos a été ordonné et ceux pour outrage ou diffamation. — Pénalité.

SECT. 2. — Compte rendu des audiences. — Pénalité.

SECT. 3. — Complerendu des délibérations intérieures des cours, des tribunaux et des jurés. — Pénalité.

Sect. 4. — Action, compétence et procédure pour la répression des infractions commises dans un compte rendu judiciaire.

CHAP. 2. — Compte rendu législatif.

Sect. 1<sup>re</sup>. — Latitude de ce compte rendu. — Peines auxquelles il donne lieu. Sect. 2. — Compétence et procédure.

CHAP. 1er. — Compte rendu judiciaire.

4. Un compte rendu judiciaire ne comprend pas seulement les faits qui se passent dans l'enceinte même de l'audience où le procès se débat, car les faits de l'audience ne sont qu'une partie du procès. Les faits antérieurs ou postérieurs à l'audience, lorsqu'ils se rattachent à la cause, font encore partie du procès. On doit y ajouter les faits qui se produisent dans les délibérations intérieures. Ces trois phases diverses du procès ont été l'objet de l'attention et de la sollicitude du législateur dans leurs rapports avec la presse. De là, trois aspects divers sous lesquels un compte rendu judiciaire doit être envisagé : 1º à un point de vue général, le compte rendu du procès, avant, pendant ou après l'audience; 2º le compte rendu spécial de l'audience: 3° le compte rendu particulier des délibérations intérieures.

Sect. 1<sup>ro</sup>. — Compte rendu des procès en général. — Interdictions relatives au

compte rendu de quelques procès, tels que ceux où le huis clos a été ordonné et ceux pour outrage ou diffamation.—Pénalité(1).

- 5. Les faits d'un procès, quelle que soit la juridiction qui en est saisie, tombent dans le domaine de la presse, qui a le droit d'en rendre compte, de les apprécier, de les critiquer, sauf la responsabilité de l'auteur du compte rendu, au point de vue de l'intérêt public ou privé. La loi ne contient à cet égard aucune disposition expresse. Mais le droit des écrivains résulte du silence même de la loi.
- 6. Toutefois, le législateur s'est préoccupé de la nature de quelques procès pour lesquels il a cru devoir renfermer dans certaines limites le droit général de la presse. Deux exceptions ont été introduites: 1° en ce qui concerne les affaires civiles ou criminelles où un huis clos a été ordonné, il est interdit aux journaux de publier autre chose que le prononcé du jugement; 2° en ce qui concerne les procès pour outrages, injures ou dissamation, dont il est interdit de rendre compte, ainsi que nous allons l'expliquer (loi du 18 juillet 1828, art. 16 et 17; loi du 9 sept. 1835, art. 10).
- 7. Mais il ne faut pas perdre de vue que ces deux exceptions doivent être renfermées dans les termes mêmes de ces lois, qui ne désignent que les journaux et écrits périodiques. Il suit de là qu'il est permis à la presse ordinaire de rendre com te de ces procès. L'interdiction ne s'applique qu'à la presse périodique, quelles que soient d'ailleurs sa spécialité et sa nature.
- 8. La prohibition du deuxième alinéa de l'article 16 de la loi de 1828, relative aux affaires où un huis clos a été ordonné, est édictée sous peine d'une amende de 2,000 fr. Cette prohibition comprend toutes les affaires, quel que soit leur objet, et il ne faut pas la confondre avec une autre prohibition, relative aussi au huis clos, qui ne comprend qu'une nature spéciale d'affaires. (V. n° 11.) L'effet de la prohibition de ce deuxième alinéa ne commence que du moment où le huis clos a été ordonné.
- 9. Il suit de là : 1° qu'on peut rendre compte, par la voie de la presse ordinaire, de

<sup>(1)</sup> Pour les questions relatives à l'action, à la compétence et à la procédure, V. infrà, sect. 4, n° 52-56.

ce qui s'est passe dans une audience à huis clos, à moins qu'on ne veuille appliquer à un parcil fait la disposition du troisième alinéa de l'article 10 de la loi du 9 septembre 1835, qui interdit de rendre compte des délibérations intérieures des cours et tribunaux, disposition générale s'appliquant à la presse en général, mais qui semble n'avoir pas été faite pour l'hypothèse actuelle (V. infrà, sect. 3, nº 47); 2° que les journaux peuvent rendre compte de tout ce qui s'est passé antérieurement, sauf dans les procès pour outrages et diffamation (V. infrà, nos 10 et 11); 3º qu'à partir de la prononciation du huis clos, ils ne peuvent publier que le prononcé du jugement, ce qui comprend dans la prohibition le résumé du président, quoiqu'il soit prononcé en audience publique, et même l'acte d'accusation, quoiqu'il soit notifié à l'accusé, si d'ailleurs le huis clos a été ordonné avant la lecture de cet acte à l'audience publique. (Dijon, 20 déc. 1843, J. P. 1844. 2. 161.)

10. Ce qui touche à la diffamation a attiré plus spécialement encore l'attention du législateur.

C'est ainsi que lorsque les tribunaux, quels qu'ils soient, civils ou criminels, aux termes du dernier paragraphe de l'article 23 de la loi du 17 mai 1819, ont, pour les faits diffamatoires étrangers à la cause, réservé soit l'action publique, soit l'action civile des parties, les journaux ne peuvent, sous peine de 2,000 fr. d'amende, publier ces faits ni donner l'extrait des mémoires qui les contiendraient (l. du 18 juillet 1828, art. 17), sauf le compte rendu du procès ultérieur, s'il y a lieu, mais dans les limites des lois relatives au compte rendu des procès ou des audiences.

11. C'est ainsi encore, comme nous l'avons déjà indiqué (n° 6), que, dans les procès ayant pour objet la dissamation, le premier alinéa de l'article 16 de la loi du 18 juillet 1828 veut que les journaux ne puissent, sous la même peine, publier les faits de dissamation ni donner l'extrait des mémoires ou écrits quelconques qui les contiendraient, lorsque les tribunaux ont ordonné que les débats auront lieu à huis clos. Mais cette disposition ne reçoit son application qu'autant que le huis clos a été ordonné. Il en résulte que, dans le cas où cette mesure n'a pas été prise, les journaux conservent le droit, qui appartient à la presse en général, de rendre compte

des procès et des audiences des cours et des tribunaux.

12. La loi du 9 septembre 1835 a donné une plus grande latitude à la disposition précitée de la loi du 18 juillet 1828. L'article 10 de la loi de 1835, en laissant exister cette disposition pour ce qui concerne le huis clos, interdit, en outre, aux journaux et écrits périodiques de rendre compte des procès pour outrages ou injures et des procès en diffamation, où la preuve de la vérité des faits imputés n'est pas admise par la loi, alors même que le huis clos n'a pas été ordonné.

Ils peuvent seulement annoncer la plainte sur la demande du plaignant. Dans tous les cas, ils peuvent insérer le jugement. L'infraction à ces dispositions de la loi de 1835 est punie d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de 500 à 5,000 fr.

13. Il faut remarquer que l'interdiction de l'article 16 de la loi du 18 juillet 1828 et celle de l'article 10 de la loi de 1835, frappent nonseulement le compte rendu de l'audience, mais en outre le compte rendu du procès, antérieurement et postérieurement à l'audience. Ce délit est distinct de celui qui est réprimé par l'article 7 de la loi du 25 mars 1822, et dont il est traité dans la section 2 ciaprès. Ce dernier article s'occupe du compte rendu des audiences; les autres sont relatifs au compte rendu du procès (Cass. 12 mai 1837 [cassation de Rouen, du 18 mars 1837], S.-V. 37. 1. 630; J. P. 1837. 1. 605). — V. infrà, n° 15, et sect. 2, n° 32, 37.

14. Il suit de là que la défense de l'article 10 de la loi de 1835 s'applique au compte rendu du procès devant la Cour de cassation, car le pourvoi en cassation est une des phases de l'affaire. Cet article est d'ailleurs entendu ainsi dans la pratique.

15. Entre l'infraction prévue par l'article 7 de la loi de 1822 et celles des lois de 1828 et 1835, il y a encore cette différence que la première est un délit proprement dit, qui admet la condition intentionnelle dans les éléments de sa constitution, tandis que les deux autres sont de simples contraventions.

16. L'interdiction de l'article 10 de la loi de 1835 s'applique à tous les comptes rendus des procès pour outrages, injures ou diffamation, dans le cas où la preuve de la vérité des faits diffamatoires n'est pas admise par la loi, quelle qu'ait été la voie employée pour commettre le délit de diffamation ou d'ou-

trage, sans qu'il y ait non plus aucune distinction à faire pour le cas où l'outrage a été commis contre un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions; car, dans cette dernière hypothèse, la preuve de la vérité des faits outrageants n'est pas admise.

17. La prohibition ne s'applique pas au compte rendu d'un procès pour refus d'insertion d'une lettre. (V. dans ce sens, Paris, 21 octobre 1841; Gaz. des trib. du 22.)

18. C'est une erreur de croire que la prohibition dont il s'agit s'applique aux procès pour offenses contre le roi, les membres de la famille royale et les chambres. Il est bien vrai que, dans les procès de ce genre, le prévenu n'est pas admis à la preuve des faits imputés. Mais la loi de 1835, en comprenant dans la prohibition les procès dans lesquels la preuve de la vérité de l'imputation n'est pas admise, a eu soin de spécifier la nature de ces procès. La disposition de l'article 10 de cette loi est limitative. Il s'agit d'une interdiction. Tout est de rigueur en pareille matière, et ce qui n'est pas défendu est permis.

19. On peut demander si l'article 10 précité concerne les procès pour injure, outrage ou diffamation portés devant une juridiction civile. Le but du législateur serait manqué, si les procès de ce genre pouvaient être livrés par la presse périodique à la malignité du public, par cela seul qu'une juridiction civile en aurait été saisie. Les termes de la loi ne distinguent pas. Son esprit repousse énergiquement une pareille distinction.

20. En disant que les journaux pourront seulement annoncer la plainte et publier le jugement, la loi fait assez connaître son intention d'interdire la publication des exordes, des péroraisons ou de toute autre partie des plaidoiries, même des plaidoyers prononcés contre le prévenu, et alors même que ces extraits ne contiendraient ni l'exposé de l'affaire, ni l'indication de la défense du prévenu. (Riom, 14 avril 1836, S.-V. 36. 2. 495; D. P. 36. 2. 144.)

21. L'insertion du jugement, telle que la loi l'autorise, comprend les motifs aussi bien que le dispositif, mais non le point de fait. L'autorisation s'applique d'ailleurs aux jugements incidents aussi bien qu'au jugement définitif sans que les journaux puissent néanmoins insérer les plaidoiries sur les questions incidentes et préjudicielles; car, s'il en était autrement, on ne manquerait pas de

faire naître des incidents, pour le soutien desquels on ferait passer tous les faits diffamatoires dans la plaidoirie.

22. Il n'est pas permis de rendre compte d'une affaire, sous le prétexte que d'autres journaux en ont déjà parlé.

23. Les explications que l'une des parties du procès voudrait donner, au sujet d'un compte rendu déjà publié, rentrent dans la prohibition de la loi, si ces explications ont pour effet d'initier le public à la connaissance du procès. (Cass. 12 mai 1837, déjà cité au n° 13; — id., 2 mars 1838, sections réunies, même affaire, conformément aux conclusions de M. Dupin, S.-V. 38. 1. 359; J. P. 1838. 1. 338; D. P. 38. 1. 129.)

24. Les juges ne sont pas appréciateurs souverains de ce qui constitue le compte rendu d'un procès. La loi a tracé les limites dans lesquelles doit se renfermer le compte rendu d'un procès. La cour de cassation a le moyen de rechercher dans les articles incriminés si les prohibitions légales ont été respectées par les tribunaux et par la presse; car les journaux et les jugements portent avec eux la preuve irréfragable d'une pareille contravention, qui est toute matérielle. (Tarbé, Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation, p. 59; Cass. 12 mai 1837 et 2 mars 1838, cités au n° 23.) — V. infrà, n° 37.

Section 2. — Compte rendu des audiences. — Pénalité (1).

25. On a vu précédemment que le secret des audiences à huis clos est spécialement protégé par une sanction pénale contre les indiscrétions de la presse, en ce qui concerne les procès qui ont pour objet la diffamation.

— V. suprà, n° 11.

26. Quant aux autres affaires, civiles ou criminelles, le huis clos de l'audience est également protégé par la même disposition pénale. —V. suprà, nos 6, 7, 8, 9.

27. En ce qui concerne les audiences publiques, leur publicité et l'établissement de la liberté de la presse font entrer le rapport de tout ce qui s'y passe dans le droit et dans le domaine de la presse. Les discours prononcés ou les documents lus à une audience publique peuvent contenir des délits; mais

<sup>(1)</sup> Pour les questions relatives à l'action, à la compétence et à la procédure,  $V.\ infra$ , sect. 4,  $n^{os}$  57, 58 et suiv.

ce n'en est pas un que de les rapporter. «Quelque atroce que soit un fait, quelque infâme que soit un libelle, a dit M. de Serres, on permet aux journaux, en rendant compte des arrêts des tribunaux, de citer les passages incriminés. Cela est même dans l'intérêt de la morale publique. »— V. l'opuscule de M. Dupin, intitulé: De la jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui les font et de ceux qui les citent.

28. Mais si la vérité de l'audience est altérée, corrompue, dénaturée; si ce qui s'est passé dans le prétoire n'arrive au public que d'une manière insidèle, cette seule insidélité, lorsqu'elle n'est que le résultat de la légèreté, de la négligence ou de l'ignorance, est une simple faute qui, en vertu de l'article 1382 du Code civil, peut donner lieu à une réparation civile devant les tribunaux civils; lorsqu'elle a lieu avec mauvaise foi, malo animo, elle constitue un délit particulier, prèvu et réprimé par une loi spéciale. — V. infrà, nos 29, 32.

29. L'article 7 de la loi du 25 mars 1822 punit d'une amende de mille à six mille francs le compte rendu d'une audience fait avec infidélité et mauvaise foi. Si le compte rendu infidèle et de mauvaise foi est, en outre, injurieux pour la cour, le tribunal, l'un des magistrats qui ont tenu l'audience, l'un des jurés ou des témoins, la peine consiste dans un emprisonnement d'un mois à trois ans, indépendamment de l'amende. — V. les

nºs 31, 35 ci-après.

30. Le délit prévu et réprimé par l'article 7 précité ne peut être commis que par les journaux. A l'égard de la presse ordinaire, les dispositions de cet article ne sont pas applicables. L'infidélité et la mauvaise foi du compte rendu de la part de la presse ordinaire ne constituent pas un délit; mais si un pareil compte rendu lèse des intérêts privés, il en est dû réparation par la voie civile ordinaire; s'il contient un délit qualisié, tel qu'une injure, une offense, un outrage, une diffamation, ce délit déterminé n'est pas couvert par le compte rendu. La loi ne protége que le compte rendu, et le compte rendu exact et sidèle. Un pareil délit peut donc donner lieu à une répression par les voies ordinaires. S'il en était autrement, on trouverait dans un compte rendu un moyen assuré de commettre impunément tous les délits.

31. Indépendamment des peines ci-dessus spécifiées, il peut être interdit, dans les hy-

pothèses précédentes, aux propriétaires et éditeurs (gérants) du journal ou écrit périodique condamné, de rendre compte pour un temps limité ou pour toujours des débats judiciaires, La violation de cette défense est punie de peines doubles de celles dont il a été parlé précédemment. — V. infrà, nos 43, 44 et suiv.

32. L'article 7 de la loi de 1822 ne punit pas l'inexactitude, l'infidélité dans le rapport des audiences, mais le rapport infidèle et de mauvaise foi. Il faut donc pour qu'elle soit punissable que l'infidélité ait lieu malo animo; car il est physiquement impossible aux journaux de rapporter exactement et complétement une audience (V. suprà, n° 28). L'infraction dont il s'agit est par conséquent un délit proprement dit, puisqu'elle admet la condition de l'intention. Ce n'est pas une contravention comme celle qui est prévue par l'article 10 de la loi du 9 septembre 1835, et qui concerne le compte rendu du procès. — V. suprà, n° 15.

33. La loi a entendu protéger et garantir la vérité de *l'audience*, quels que soient les faits qui s'y sont passés et dont il est rendu compte. Il importe donc peu qu'il ait été prononcé à l'audience un jugement ou une simple ordonnance du président. (Cass. 6 juin 1834 [affaire du *Dauphinois*], J. P. 3° édit.;

sic, Parant, p. 145.)

34. La loi ne distingue pas entre les diverses juridictions qui font partie de notre organisation judiciaire; elle ne distingue pas non plus entre les audiences civiles ou criminelles. Toutes les audiences et toutes les juridictions sont également protégées par la disposition précitée de la loi de 1822, qui s'applique aux audiences de la chambre des pairs, lorsqu'elle siège comme cour de justice. — V. infrà, nos 49 et 97.

35. Pour être passible de la peine de l'emprisonnement cumulée avec l'amende (V. suprà, n° 29), il n'est pas nécessaire que le compte rendu contienne une injure ou une offense caractérisée. La loi le punit lorsqu'il est offensant ou injurieux; ce qui démontre que c'est le ton général de l'article, son ensemble, sa couleur, qu'il faut apprécier. (Cour d'assises de Paris, 20 mars 1833 [aff. du National et du Charivari], Gaz. des trib. du 23.)

36. Cette circonstance n'est qu'un accessoire du compte rendu infidèle et de mauvaise foi. Si la circonstance principale de l'infidélité

et de la mauvaise foi n'existe pas, la poursuite pour compte rendu injurieux doit être portée devant les juges ordinaires de la diffamation, de l'injure et de l'outrage. (Cass. 12 mai 1837, rejet de Rouen du 18 mars, cité au n° 13; — id., 2 août 1839 [aff. du Radical du Lot], S.-V. 39. 1. 691; D. P. 40. 1. 354.) V. infrà, n° 63.

37. La loi de 1822 n'a pas défini en quoi consiste l'infidélité, la mauvaise foi, le ton injurieux du compte rendu d'une audience; celle de 1835 a tracé les limites dans lesquelles doit se renfermer le compte-rendu des procès. On a vu qu'à l'égard de ce dernier compte rendu, la Cour de cassation a une grande latitude pour en apprécier les caractères légaux (V. nº 24). Elle n'a pas la même latitude à l'égard du compte rendu des audiences. L'appréciation de l'infidélité, de la mauvaise foi, du ton injurieux, est nécessairement abandonnée aux juges du fait, qui ont le droit d'examiner si l'article incriminé est le compte rendu d'une audience, ou s'il ne renferme que des réflexions du journaliste. (Cass. 6 juin 1834 [aff. du Dauphinois], J. P. 3° édit.; — Cour d'assises de Paris, 30 juin 1834 [aff. du Charivari, Gaz. des trib. des 30 juin-1er juillet; — Cass. 11 avr. 1843, rejet de Douai, S.-V. 44. 1. 451; J. P. 1844. 1. 333.)

Mais si l'appréciation du juge du fait était fondée sur des considérations contraires aux lois de la matière; si, sous le prétexte que l'auteur a pris la forme d'une lettre, l'arrêt refusait de voir dans l'article le compte rendu d'une audience, la Cour de cassation aurait le droit d'annuler un tel arrêt. Ainsi encore, la question de savoir ce qui constitue le compte rendu d'une audience, ne doit pas se résoudre par l'endroit que l'article occupe dans le journal, ni par le titre sous lequel il est placé. Elle doit être décidée par la nature des faits rapportés dans l'article. Le fait de rendre compte d'une partie des débats constitue un compte rendu, alors même que des réflexions sont entremêlées au récit. (V. Cass. 18 octobre 1833, S.-V. 34. 1. 42; J. P. 3º édit.; D. P. 33. 1. 393; — id., 23 février 1837, rejet de Rouen, S.-V. 37. 1. 626; J. P. 1837. 2. 145; D. P. 37. 1. 260; - id., 2 août 1839, S.-V. 39. 1. 691; D. P. 40. 1. 354.)

38. La récidive du simple délit de compte rendu infidèle et de mauvaise foi, prévue par le § 1 de l'article 7 de la loi de 1822, est régie par les §§ 2 et 3 du même article. La loi a

entendu édicter ici une récidive spéciale, sui generis, encourue par le fait d'une seconde infraction, sans qu'il soit nécessaire que la première condamnation ait été de plus d'un an de prison, puisque la loi ne prononce qu'une amende. (Chauveau et Hélie, Théorie du Code pénal, t. 1, p. 461, 462, 1<sup>re</sup> édition; p. 362 de la 2°.)

La peine de cette récidive spéciale, indépendamment de l'amende de mille à six mille francs, est, 1° un emprisonnement d'un mois à trois ans; 2° l'interdiction temporaire ou à toujours de rendre compte des débats judiciaires.

39. Il y a récidive, lorsque, déjà condamné pour un compte rendu législatif, le journal est condamné derechef pour un compte rendu judiciaire, et vice versà. Le délit ne cesse pas, en effet, d'être un délit de la même nature; il consiste toujours dans l'infidélité et la mauvaise foi d'un compte rendu. (Parant, p. 147; Chauveau-Hélie, t. 1, p. 461, 1<sup>re</sup> édit., p. 362 de la 2°; — Cass. 19 oct. 1×33 [aff. de la Tribune], S.-V. 34. 1. 46; D. P. 33. 1. 357. — V. l'affaire du Réformateur, à la chambre des défenseurs des accusés d'avril, à la chambre des pairs, séance du 26 mai 1835.)

40. L'emprisonnement édicté pour le cas de récidive du délit prévu par le § 1er de l'article 7 précité, est obligatoire. Ce sont les termes du § 2 dudit art. 7. 11 en est de même de l'amende. L'interdiction de rendre compte des débats judiciaires est seule facultative. Ce serait une erreur de vouloir appliquer à cette sorte de récidive les dispositions de l'article 10 de la loi du 9 juin 1819, destiné à régir la récidive générale des délits commis par les journaux. Ce serait une erreur plus grande encore d'appliquer à cette hypothèse l'art. 25 de la loi du 17 mai 1819, qui ne concerne que la récidive de la presse ordinaire. (V. infrà, nos 41, 42.) La récidive du simple délit de compte rendu infidèle et de mauvaise foi se gouverne par les règles qui lui sont propres et qui sont édictées par la loi même qui a créé le délit.

Mais les juges, s'ils sont obligés de prononcer l'amende et l'emprisonnement, ne sont pas tenus d'en prononcer le maximum. (Parant, p. 147, 148.)

41. L'art. 7 précité ne prévoit et ne règle la récidive que dans ses rapports avec le simple délit de compte rendu infidèle et de mauvaise foi. Mais si le délit se complique de la circonstance accessoire et aggravante de l'injure ou de l'offense, et si le journal commet un autre délit du même genre (compte rendu infidèle et injurieux ou offensant), y a-t-il récidive? Y a-t-il encore récidive si le premier délit a été une infraction d'injure ou d'offense jointe à un compte rendu infidèle et de mauvaise foi, et le second une simple infraction de compte rendu infidèle et de mauvaise foi? On doit résoudre ces questions affirmativement, par la raison que ce sont là des délits de la même nature. — V. suprà, n° 39.

42. Mais en cas de récidive dans le délit d'offense ou d'injure par la voie d'un compte rendu infidèle et de mauvaise foi, quelle est la peine? Le §2 de l'art. 7 n'édicte la peine de la récidive qu'en ce qui concerne le délit prévu par le § 1er, c'est-à-dire le simple compte rendu insidèle et de mauvaise soi. Lorsque la récidive a lieu à l'occasion d'une injure ou d'une offense par la voie d'un compte rendu infidèle et de mauvaise foi, aucun des paragraphes de cet article 7 ne règle les conditions ni le chiffre de la pénalité. Il faut donc se référer aux principes généraux qui règlent la récidive en matière d'infraction commise par la presse périodique, et appliquer les dispositions combinées de l'art. 25 de la loi du 17 mai 1819, et de l'article 10 de celle du 9 juin de la même année, en décidant que, dans l'infraction d'offense ou d'injure par la voie d'un compte rendu infidèle et de mauvaise foi, 1º la récidive est une récidive légale à plus d'un an d'emprisonnement pour un délit de presse; 2° que, dans le cas de cette récidive, les tribunaux sont tenus d'appliquer le maximum de l'amende et de l'emprisonnement, sauf la faculté de quadrupler l'amende; 3º qu'ils sont obligés de prononcer la surveillance de la police, sauf la faculté d'interdire au journal, temporairement ou à toujours, de rendre compte des débats judiciaires. Cette interdiction demeure facultative, parce que la loi ne s'explique point à cet égard. Favores ampliandi.

43. Quant à l'interdiction de rendre compte des débats judiciaires, elle ne s'entend que des débats de la juridiction de l'audience de laquelle il a été rendu compte, et non des débats des autres tribunaux. (Discus. de l'art. 16 de la loi du 25 mars 1822; à la Ch. des déput., séance du 5 mars, Monit., du 20;—Cass. 14 décembre 1833 [aff. du National], S.-V. 34. 1.

43; J. P. 3° édit.; D. P. 34. 1. 126). — V. infrà, n° 97.

Il en est ainsi, alors même que, par suite d'un renvoi de la Cour de cassation, l'interdiction serait prononcée par un autre tribunal. — V. Parant, p. 149.

44. Si la désense de rendre compte des débats judiciaires est violée, cette violation constitue-t-elle une infraction? Quelle en est la peine?

La violation de la défense de rendre compte des débats judiciaires ou législatifs est une infraction que l'art. 7 précité frappe de peines doubles de celles portées en cet article. Cet article prononce contre les infractions, autres que celle dont il s'agit en ce moment, une amende de 1,000 à 6,000 fr., un emprisonnement d'un mois à trois ans, et l'interdiction des débats judiciaires. Il suit de là que l'emprisonnement et l'amende doivent être doublés cumulativement. Cette application est forcée, car la loi dit que « la violation sera punie. » Mais il reste aux juges une latitude entre le minimum et le maximum. Le minimum et le maximum sont portés au double. Si on ne peut pas dépasser six ans de prison, on ne peut prononcer moins de deux mois; et si on ne peut condamner à plus de 12,000 fr. d'amende, on ne peut condamner à moins de 2,000.

45. Y a-t-il lieu de considérer comme une violation de l'interdiction dont il s'agit, le fait de la part d'un journal frappé de cette interdiction, de dissoudre son entreprise, d'en constituer une nouvelle, en établissant un nouveau cautionnement, de nouveaux gérants et en modifiant seulement son titre? Cette question s'est présentée dans l'affaire du National de 1834, poursuivi pour violation de l'interdiction prononcée contre le National. La cour d'assises de Paris avait condamné les gérants du nouveau journal. Mais l'arrêt a été cassé, avec raison, par la Cour suprême, le 4 avril 1834. (S.-V. 34. 1. 157; J. P. 3° édit.; D. P. 34. 1. 172.)

Sur le renvoi devant la cour de Rouen, cette cour a jugé, le 17 juin 1834, comme celle de Paris, en ne prononçant néanmoins qu'unc condamnation aux dépens. Le pourvoi contre ce dernier arrêt a été rejeté par les sections réunies de la cour suprême, le 6 août 1834, contrairement aux conclusions de M. Dupin (S.-V. 34. 1. 563; D. P. 34. 1. 440). Le motif de l'arrêt est tiré de ce que la cour royale

ne s'est livrée qu'à une appréciation des faits, qui était dans ses attributions souveraines. Mais l'arrêt de la cour de Rouen aurait dû être nécessairement cassé; car, s'il y avait violation de l'interdiction, l'arrêt n'avait pas appliqué la peine; s'il n'y avait pas violation, la condamnation aux dépens était illégale.

Sect. 3. — Compte rendu des délibérations intérieures des cours, des tribunaux et des jurés. — Pénalité (1).

46. Notre système d'organisation judiciaire a fait du secret une condition essentielle de la liberté des votes et de l'indépendance de la délibération. Ce secret est prescrit par toutes nos lois, et la jurisprudence n'a cessé de le proclamer. (V. notamment Cass. 24 février 1837, J. P. 1837. 2. 154.) Mais jusqu'à la loi du 9 septembre 1835, la violation du secret des délibérations judiciaires manquait de sanction pénale. L'art. 10 de cette loi a comblé cette lacune, en interdisant de rendre compte des délibérations intérieures, soit des jurés, soit dés cours et des tribunaux, sous peine d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de 500 à 5,000 fr.

47. Le motif qui a dicté cette disposition la rend applicable à tous les modes de publication. Les termes du § 3 de l'art. 10 précité sont généraux et n'admettent aucune distinction. V. suprà, n° 9.

48. Quant à la prohibition, elle s'applique à toutes les délibérations intérieures et à toutes les circonstances de la délibération. — V. cependant infrà, n° 50.

49. Les délibérations intérieures de la chambre des députés ne sont pas protégées par la disposition précitée, qui ne concerne que les délibérations judiciaires. Car la chambre des députés n'est appelée, dans aucun cas, à faire un acte judiciaire. Le secret de ses délibérations intérieures est garanti par une loi spéciale. (V. infrà, n° 94, 95.) Mais la disposition de l'art. 10 s'applique à certaines délibérations de la chambre des pairs, qui possède des attributions judiciaires. L'opinion contraire relativement à la chambre des pairs est une erreur dont la pratique a fait justice. Il y a mème cela de remarquable, que la première application du § 3 de l'art. 10 a été

faite en 1838, au journal le Temps, précisément pour le compte rendu des délibérations intérieures de la cour des pairs dans l'affaire Laity. (Jugem. du tribunal correct. de la Seine, du 14 juillet. 1838 [Gaz. des Trib. du 15], confirmé par la cour de Paris, le 3 janv. 1839 [Gaz. des tribun., des 4 et 6]. — Sic, trib. correct. de Rennes, 8 janv. 1842 [Gaz. des Trib. des 10 et 11].)

50. La prohibition ne frappe pas l'annonce du résultat d'une délibération qui est de nature à être portée à la connaissance du public. Une pareille annonce, si elle est vraie et si elle est faite d'ailleurs purement et simplement, ne touche ni au secret du vote, ni à l'indépendance de la délibération. Mais on comprend qu'il pourrait en être autrement, selon les circonstances, si l'annonce était faite mensongèrement dans le but, par exemple, de révéler ce qui a pu se passer dans une délibération non encore terminée.

51. C'est évidemment commettre le délit prévu et réprimé par l'art. 10 précité, que d'annoncer à quelle majorité une délibération a été prise, soit par un tribunal ou une cour, soit par le jury. Il faut une loi spéciale pour qu'il soit permis de donner connaissance de l'existence des minorités. Aussi la cour suprême a-t-elle annulé l'ordonnance d'une chambre du conseil pour avoir exprimé le nombre des suffrages qui avaient concouru à cette ordonnance. (Cass. 24 fév. 1837, arrêt cité au nº 46.) Il n'y avait, en pareil cas, aucune peine à prononcer. Mais si une révélation de ce genre était portée à la connaissance du public par une voie de publication ordinaire ou périodique, il est incontestable que l'article 10 de la loi de 1835 serait applicable à un pareil compte rendu.

Sect. 4. — Action, compétence et procédure pour la répression des infractions commises dans un compte rendu judiciaire.

- 52. La répression des contraventions punies par les §§ 1<sup>er</sup> et 2 de l'art. 16 de la loi du 18 juillet 1828 et par le § 1<sup>er</sup> de l'art. 10 de celle du 9 septembre 1835 (V. suprà, n° 8, 11, 12), peut être poursuivie d'office par le ministère public, sans aucune plainte ni provocation de la partie intéressée; car l'interdiction touche à l'ordre public.
- 53. Mais cette répression peut être poursuivie aussi par la partie lésée elle-même.
  - 54. Le tribunal compétent pour la répres-

<sup>(1)</sup> Pour les questions relatives à l'action, à la compétence et à la procédure, V. infra, sect. 4, n° 52, 56.

sion de ces infractions, c'est le tribunal correctionnel, ratione jurisdictionis; car ce sont là de simples contraventions à la police de la presse.

55. Il en est de même pour ce qui concerne l'action, la compétence et le mode de procéder relativement à l'infraction réprimée par l'art. 17 de la loi du 18 juillet 1828 (V. suprà, n° 10), et en ce qui concerne les autres infractions de compte rendu réprimées par le § 3 de l'article 10 de la loi du 9 septembre 1835, dont il a été parlé dans la section 3 qui précède.

56. Dans tous les cas qui précèdent, on peut prendre indifféremment la voie de la poursuite directe devant le tribunal compétent ou celle de l'information préalable. (V. infrà, n° 70.)

57. Mais à l'égard du compte rendu infidèle et de mauvaise foi, avec ou sans la circonstance d'une rédaction injurieuse, prévu et puni par l'art. 7 de la loi du 25 mars 1822, les règles ne sont plus les mêmes. Il est nécessaire d'entrer, à ce sujet, dans quelques explications.

58. Le § 2 de l'art. 16 de la loi du 25 mars 1822 et l'art. 3 de la loi du 8 octobre 1830, en attribuant au tribunal qui a tenu l'audience dont il a été rendu compte, avec ou sans la circonstance d'une rédaction injurieuse, l'application directe des dispositions de la loi répressive, ont créé pour la répression de ce délit une compétence extraordinaire, qui donne lieu à des dérogations au droit commun pour ce qui concerne et l'action et la procédure. Ce sont ces dérogations qui doivent être expliquées.

Pour bien comprendre ce qui touche plus spécialement à l'action, disons d'abord que cette compétence du tribunal qui a tenu l'audience dont il a été rendu compte, n'est pas facultative. Elle est exclusive et absolue, et appartient à tous les tribunaux, quels qu'ils soient, civils ou criminels, à ceux de la juridiction ordinaire comme aux tribunaux d'attribution. La poursuite ne peut être jugée par aucune autre juridiction que celle qui a tenu l'audience dont il a été rendu compte. (V. Legraverend, t. 2, p. 585, édit. de 1823; Grattier, t. 2, p. 120, n° 4.)

Nous reviendrons tout à l'heure sur les questions auxquelles donne lieu cette compétence exclusive (V. n° 62 et suiv.); il nous suffit, pour le moment, d'établir ce point de droit.

59. Il suit de là que, dans quelques circonstances, la répression ne peut être poursuivie que par le tribunal lui-même, qui a tout à la fois l'action et le jugement. Ainsi, lorsque le délit concerne un tribunal de paix, un tribunal de commerce, ou tout autre tribunal, s'il en existe, auprès duquel ne se trouve pas placée la magistrature du ministère public, la force des choses et le texte bien entendu des lois précitées exigent que, dans ce cas, la poursuite soit exercée sur l'ordre du tribunal qui possède de lui-même et directement l'exercice de l'action publique, et qui a le droit de mander l'inculpé à sa barre pour y être jugé. Sur la forme à suivre en pareil cas, V. infrd, nºs 75, 76.

60. Mais là où se trouve un ministère public, la poursuite peut être exercée par lui. Il y a plus, c'est alors le ministère public seul qui a qualité pour l'intenter. Les termes du S 2 de l'art. 16 de la loi de 1822 et ceux de l'art. 3 de la loi du 8 octobre 1830, sainement entendus, ne contiennent de dérogation au droit commun, en ce qui concerne la poursuite, que pour les cas où la nécessité des choses le requiert. Lorsque cette nécessité ne se fait plus sentir, il faut revenir au droit commun, et l'intervention du ministère public devient non-seulement obligatoire, mais exclusive. (Legraverend, t. 2, p. 584, édit. 1823. — V. aussi la dissertation développée de notre Traité des délits de la parole et de la presse, t. 3, p. 129 à 135 de la première édition.)

61. Lorsqu'il appartient au ministère public seul de poursuivre le délit, on peut demander si cette poursuite doit être préalablement autorisée par le tribunal de l'audience duquel il a été rendu compte. La question a d'abord fait difficulté. Mais la jurisprudence a fini par se fixer, avec raison, en faveur de la poursuite libre, spontanée, sans plainte ni autorisation préalables de la part du tribunal, alors même que le compte rendu est poursuivi comme injurieux, soit envers le tribunal ou l'un de ses membres, soit envers un juré ou un témoin: car ce n'est là qu'une circonstance accessoire du délit, dont l'élément principal consiste dans l'infidélité et la mauvaise foi du compte rendu (V. nº 36). D'ailleurs, comme on l'a vu précédemment (nº 35), la répression poursuivie ne constitue pas une diffamation, une injure ou un outrage, mais elle consiste dans le ton injurieux de la rédaction. (V. Cass. 11 mai 1833, S.-V. 33. 1. 357; D. P. 33. 1. 227; -Cass. 24 mai 1833; J. P. 3º édit.; D. P. 33.1. 231.) Ces deux arrêts ont été rendus conformément aux conclusions de M. Parant. La question s'est représentée devant la Cour de cassation, le 22 novembre 1833. M. Dupin l'a examinée et résolue dans le sens ci-dessus: mais la cour n'a pas eu à la juger. (S.-V. 33. 1. 841; D. P. 33. 1. 394.) Sic Colmar, 11 janvier 1834, sur le renvoi dans l'affaire précédente, conformément à nos conclusions. (S.-V. 34. 2. 195; D. P. 34. 2. 149; — Cass. 12 mai 1837, S.-V. 37. 1. 630; D. P. 37. 1. 529; id., 2 août 1839, S.-V. 39. 1. 691; D. P. 40. 1. 354. - Sic Parant, p. 214 à 218; Victor Foucher, notes sur le Traité de l'organisation judiciaire de Carré, t. 4, p. 199-204, édit. in-8° de 1834; Le Sellyer, t. 2, n° 519; V. aussi les développements abondants dans lesquels nous sommes entrés dans notre Traité des délits de la parole et de la presse, t. 3, p. 135 à 149 de la première édition.)

62. Nous avons dit (nº 58) que le tribunal de l'audience duquel il a été rendu compte est seul et exclusivement compétent pour connaître du délit réprimé par les § 1er et 2 de l'art. 7 de la loi de 1822. Il suit de là que le tribunal possède tout à la fois, à cet égard, la compétence territoriale et la compétence juridictionnelle. Les règles du droit commun, pas plus d'ailleurs que celles du droit spécial, mais ordinaire de la presse, ne peuvent être invoquées pour déterminer cette compétence territoriale. (V. Cass. 6 mars 1823, S.-V. 23. 1. 113; D. A. 11. 334; - Bourguignon, Jurisprud. crim., t. 3, p. 588.)

63. Mais si le délit renfermé dans le compte rendu n'est pas celui qui est prévu par l'art. 7 de la loi de 1822; si le délit poursuivi est un délit ordinaire, alors même qu'il aurait été commis par la voie d'un compte rendu, la compétence extraordinaire établie par l'art. 16 précité de la loi de 1822 ne doit plus être appliquée, et la poursuite doit être portée devant les juges ordinaires. (V. suprà, nº 36.)

64. Quant à la compétence juridictionnelle du tribunal, elle exclut l'intervention du jury, alors même que le délit est relatif à une cour d'assises, devant laquelle la poursuite est intentée. (V. Cass. 11 mai 1833, cité au nº 61; - id., 14 déc. 1833, S.-V. 34. 1. 43; D. P. 34. 1. 126; — id., 8 fév. 1834, S.-V. 34. 1. 156; D. P. 34. 1. 172.)

bunal soit identiquement composé des mêmes juges qui ont tenu l'audience dont il a été rendu compte. Il faut que ce soit le même tribunal, la même chambre du tribunal, parce que les juges seront presque toujours ceux qui auront tenu l'audience rapportée; mais il n'est pas indispensable que ce soient exclusivement les mêmes juges. Décider le contraire, ce serait souvent rendre impossible la répression du délit, et la faire dépendre du hasard de la maladie, de la mort ou de tout autre empêchement. (Cass. 6 mars 1823, S.-V. 23. 1. 113; D. A. 11. 334; - id., 23 fév. 1837, S.-V. 37. 1. 626 et 629; J. P. 1837. 2. 145; D. P. 37. 1. 261; — implicitement, Cass. 18 et 19 oct. 1833, S.-V. 34. 1. 42 et 46; D. P. 33. 1. 393 et 357; -Colmar, 11 janv. 1834, S.-V. 34. 2. 195; J.P. 3° édit.; D. P. 34. 2. 149; -Sic, Mangin, t. 1, p. 335, nº 155; Vict. Foucher, addition au Traité de l'organ, jud. de Carré, t. 4, p. 211, 214; Le Sellyer, t. 4, nº 1721; - secùs Amiens, 30 déc. 1822; J. P. 3e édit.; D. A. 11. 334.) Mais ce dernier arrêt juge que la décision du tribunal ne peut être soumise à aucun recours. V. sur ce dernier point, les nos 78, 91, 93 ci-après.

66. Il en doit être ainsi, à plus forte raison, lorsque le magistrat nouveau qui remplace l'un des magistrats par lesquels l'audience avait été tenue, avait été adjoint primitivement à la cour d'assises comme magistrat supplémentaire, en vertu de l'article 264 du Code d'instruction criminelle. (Cass. 11 mai 1833, cité aux nos 61 et 64.)

67. La décision ci-dessus (nº 65) doit être suivie dans le cas où tous les magistrats ont été changés. (V. le nº 68.)

68. Mais en dehors de l'hypothèse relative à l'opposition, à l'appel ou aux suites d'un pourvoi en cassation, dont il sera parlé ultérieurement (nos 78, 91, 93), il semble que l'empêchement légal du magistrat absent devrait être constaté.

69. La loi spéciale n'a prescrit aucune forme particulière de procédure, et dès lors c'est le droit commun, tel qu'il est établi par le Code d'instruction criminelle, qu'il faut consulter à cet égard, comme il doit l'être toutes les fois que les lois spéciales n'ont rien statué sur la procédure. (Legraverend, t. 1, p. 584.)

70. Mais la nature de la juridiction extraordinaire, créée par les lois de 1822 et de 1830. et le mot directement, dont se sert l'art. 16 de 65. Mais il n'est pas nécessaire que le tri- | la loi de 1822, démontrent qu'en pareille occasion la voie de la citation directe est la seule qui puisse et qui doive être suivie. (Victor Foucher, addit. au Traité de l'organ. jud. de Carré, t. 4, p. 205, 206, édit. citée.) — V. suprà, n° 56.

- 71. La conséquence de cette disposition est que nulle saisie préalable ne peut avoir lieu; car le ministère public n'est pas compétent pour ordonner une pareille mesure, qui, dans ce cas particulier, échappe aussi aux attributions du juge d'instruction, puisque la voie de l'information n'est pas admise (ibid.).
- 72. La citation doit toujours être donnée dans la forme ordinaire et dans les délais prescrits par le Code d'instruction criminelle, sans qu'on soit assujetti aux formalités et notifications exigées en matière de délits de la presse, lorsque leurs auteurs sont traduits directement devant la cour d'assises. (Cass. 11 mai 1833, cité aux nos 61, 64, 66; Legraverend, loc. cit.)
- 73. L'assignation doit énoncer et qualifier les faits conformément à l'art. 183 du Code d'instruction criminelle, en indiquant ou citant les passages incriminés. (Cass. 7 décembre 1822, S.-V. 23. 1. 5; J. P. 3° édit.; D. A. 11. 332; id., 2 août 1839 [affaire du Radical du Lot], S.-V. 39. 1. 691; D. P. 40. 1. 354.)

Mais le vœu de l'article 183 est suffisamment rempli, lorsque le contenu de l'assignation ne laisse aucun doute sur l'objet de la poursuite, et n'omet rien de ce qui est nécessaire à l'exercice du droit de la défense. Il en est ainsi spécialement lorsque la citation transcrit le réquisitoire du ministère public adressé au président des assises pour obtenir la fixation d'un jour d'audience, si les passages incriminés sont signalés dans ce réquisitoire. (Cass. 2 août 1839, cité suprà.)

- 74. Cette fixation de jour, lorsqu'il s'agit d'une poursuite portée devant la cour d'assises, doit être demandée au président, non comme une impérieuse obligation, mais comme une déférence envers le président et comme une mesure d'ordre. Mais il n'est pas nécessaire que le réquisitoire aux fins de fixation du jour contienne l'articulation prescrite par l'article 6 de la loi du 26 mai 1819, étranger à une pareille hypothèse. (V. cass. 11 mai et 24 mai 1833, cités aux n° 61, 64, 66, 72.)
- 75. Lorsque la poursuite est exercée par le tribunal lui-même, qui a tenu l'audience rapportée (V. suprà, n° 59), la citation doit

ètre donnée sur l'ordre du tribunal; et, dans ce cas, il est bien évident qu'une délibération préalable du tribunal doit autoriser la poursuite. Le président n'a pas le droit d'exercer cette action qui appartient au tribunal lui-même. Mais rien ne s'oppose à ce que la délibération qui autorise la poursuite défère au président le soin de la mettre à exécution.

- 76. Il n'est pas besoin de dire que, dans l'hypothèse du numéro précédent, les formes et les délais nécessaires pour l'exercice du droit de défense doivent être observés.
- 77. Ni la loi du 25 mars 1822, ni celle du 8 octobre 1830, n'ont rien statué sur le mode de procédure qui doit être suivi à l'audience. La loi du 26 mai 1819 et celle du 9 septembre 1835 n'ont réglé cette partie de la procédure que relativement aux matières ordinaires qui sont du ressort du jury. Il suit de là que le Code d'instruction criminelle doit être consulté et suivi pour la procédure de l'audience, en tant que les dispositions de ce Code n'ont rien de contraire aux règles particulières établies par la législation spéciale qui régit les délits dont il s'agit.
- 78. Ainsi le jugement qui intervient, s'il est rendu hors de la présence de l'inculpé dûment assigné, est un jugement par défaut; et ce jugement par défaut peut être attaqué par la voie de l'opposition, conformément au Code d'instruction criminelle. (Cass. 7 décembre 1822, cité au n° 73; Legraverend, t. 1, p. 584, 585, édit. citée.)
- 79. Le mode de procéder à l'audience, contradictoirement avec l'inculpé, est également réglé par le Code d'instruction criminelle, puisque la législation spéciale ne contient rien à cet égard.
- 80. L'inculpé peut être assisté d'un défenseur, sans qu'on soit pourtant tenu de lui en donner un d'office, car il ne s'agit ici que d'une matière correctionnelle.
- 81. La conviction des magistrats se forme par tous les moyens que la loi a mis à leur disposition et spécialement par la preuve testimoniale. Mais ils ne sont pas obligés d'avoir recours à ce dernier moyen. (Cass. 7 déc. 1822, cité aux nos 73, 78; id., 26 août 1831, J. P. 3e édit.; D. P. 31. 1. 287; id., 24 déc. 1836, S.-V. 37. 1. 11; J. P. 1837. 1. 334; D. P. 37. 1. 5; cour d'assises de la Seine, 21 mai 1841, Gaz. des trib. du 22.)

Les propres souvenirs des juges de l'au-

dience, la comparaison des notes ou du procès-verbal de l'audience avec l'article incriminé, sont autant de moyens de conviction. - V. infrà, nº 87.

- 82. Si quelques-uns des faits paraissent établis aux membres du tribunal dont la conviction n'est pas formée à l'égard de quelques autres, ils ont le droit de rejeter la preuve testimoniale pour les faits établis, et de ne l'ordonner que relativement aux autres faits. (Cass. 24 déc. 1836, cité au nº 81.)
- 83. Le tribunal doit, sans que cette formalité soit pourtant exigée à peine de nullité. déclarer dans son jugement ou dans un procès-verbal séparé, y annexé, les faits et les discours tels qu'il reconnaît qu'ils ont eu lieu. (Cass. 7 déc. 1822, cité aux nos 73, 78, 81; — Victor Foucher, p. 189, 190, 191.) Cette précaution est nécessaire, soit pour le cas où le jugement serait frappé d'opposition ou d'appel, soit pour celui où il serait annulé par la Cour de cassation.
- 84. Le squ'une pareille constatation a eu lieu, elle forme une preuve légale de la matérialité des faits; mais elle ne peut être remplacée par une déclaration délibérée postérieurement à la décision qui a statué sur le délit de compte rendu. Cette déclaration aurait sans doute une certaine autorité morale, mais elle serait dépourvue de la force légale qui s'attache aux constatations judiciaires. (Cass. 7 déc. 1822, cité aux nos 73, 78, 81, 83; - V. infrå, nº 89.)
- 85. Il a été jugé qu'il n'est pas nécessaire que le procès-verbal dont il a été parlé dans le nº 83, soit lu à l'audience lors de la prononciation du jugement. (Cass. 26 août 1831 [sur les conclusions conformes de M. Dupin], arrêt cité au nº 81.)
- 86. Le tribunal n'est pas tenu d'ailleurs de dresser procès-verbal, alors même que le ministère public l'a requis. Mais il ne peut refuser ou omettre de statuer sur une pareille réquisition, sans contrevenir aux dispositions de l'article 408 du Code d'instruction criminelle. Le sursis dans ce cas est la même chose qu'un refus ou une omission. (Cass. 12 oct. 1833, J. P. 3º édit.)
- 87. L'audition des témoins n'est que facultative, alors même que les juges du délit ne sont pas ceux qui ont tenu l'audience dont il a été rendu compte. (V. Cass. 23 fév. 1837, cité au nº 65.) V. suprà, nº 81.

- le compte a été rendu peuvent eux-mêmes être appelés comme témoins (Cass. 7 déc. 1822, cité au n° 73); mais cela doit être entendu en ce sens, que ces juges ne connaîtront pas ou n'auront pas connu du délit de compte rendu. Car, s'ils sont juges du délit, ils ne peuvent descendre de leur siège pour s'asseoir dans le prétoire sur le banc des témoins: et s'ils ont connu de la poursuite comme juges, ils ne peuvent ensuite descendre dans le débat et y comparaître en qualité de témoins pour ou contre le jugement qu'ils ont rendu.
- 89. Le procès-verbal ou le jugement qui rapporte ce qui s'est passé à l'audience dont le compte rendu est incriminé, fait foi de la matérialité de ces faits, sauf leur appréciation morale; et tant que ces pièces ne sont pas détruites par une preuve contraire, elles servent à constater les faits dont elles font mention. (Vict. Foucher, p. 192-194.) V. suprà, nos 83, 84.
- 90. La preuve de la vérité des imputations injurieuses contenues dans le compte rendu incriminé n'est pas admise; car, d'un côté, le droit commun de la presse repousse une pareille preuve; et d'autre part, le compte rendu d'une audience est assimilé à l'audience même, et il est défendu d'injurier, même en disant la vérité, le magistrat, le juré ou le témoin, dans le prétoire où ils siégent.

Mais le journaliste peut être admis à prouver, non la vérité de l'injure, mais la réalité des faits, en eux-mêmes injurieux, qui se sont passés à l'audience.

91. On a mis en doute la faculté d'interjeter appel des jugements dont il s'agit, lorsqu'ils sont émanés d'une juridiction sujette à l'appel. Mais la raison qui a fait admettre le droit de faire défaut et de former opposition au jugement par défaut, les motifs qui autorisent des juges étrangers à l'audience dont il a été rendu compte, à juger le délit de compte rendu, ces motifs consacrent le droit du ministère public ou de l'inculpé de se pourvoir par appel; car la faculté de faire appel est, pour ainsi dire, de droit public, et pour en être privé, il faut une disposition expresse de la loi, ou une impossibilité résultant de la nature même des choses. Aucune de ces deux circonstances ne se rencontre ici. Aussi la jurisprudence à cet égard est-elle constante 88. Les juges qui ont tenu l'audience dont let pour ainsi dire uniforme. (Cass. 7 déc.

1822, cité au n° 73; — id., 6 mars 1823, cité au n° 65; — id., 22 nov. 1833 [cassation de Metz], cité au n° 61; — Colmar, 11 janv. 1834 [conformément à nos conclusions], cité aux n° 61, 65; — Sic. Parant, p. 156, 157.)

92. Quel est le tribunal qui doit connaître de l'appel? La cour royale, s'il s'agit d'un jugement émané d'un tribunal civil d'arrondissement, ou d'un tribunal de commerce; le tribunal civil d'arrondissement, si le jugement a été rendu par un juge de paix siégeant civilement.

Si le jugement qui a statué sur le délit de compte rendu est émané d'un tribunal correctionnel ressortissant pour l'appel d'un tribunal de chef-lieu, c'est à ce dernier tribunal que l'appel doit être porté; car le jugement sur le délit de compte rendu est un incident ou un accessoire auquel a donné lieu l'affaire principale dont il a été rendu compte. C'est ainsi que la pratique a déjà eu l'occasion de se prononcer. (V. notre Traité des délits de la parole et de la presse, t. 3, p. 184, 185, 1<sup>re</sup> édit.)

L'appel du jugement sur le délit de compte rendu doit être porté au tribunal correctionnel, si le jugement attaqué a été prononce par le tribunal de simple police.

Lorsque le jugement qui statue sur le délit de compte rendu est émané d'un tribunal civil d'arrondissement, ou d'un tribunal de commerce, l'appel doit être jugé, non par la chambre correctionnelle, mais par une chambre civile, puisque ce n'est là qu'un incident et un accessoire d'une affaire civile.

93. Le recours en cassation contre le jugement ou l'arrêt qui a statué en dernier ressort sur le délit de compte rendu, n'a jamais fait l'objet d'un doute sérieux. Cette partie de la procédure, en ce qui concerne les questions incidentes et de compétence, est réglée par le Code d'instruction criminelle. L'article 26 de la loi du 9 septembre 1835 ne concerne que les affaires portées devant la cour d'assises chargée de statuer avec l'assistance du jury. Dans la matière dont il s'agit ici, le pourvoi en cassation contre un arrêt de compétence émané de la cour d'assises est encore aujourd'hui suspensif, comme il l'était avant la loi de 1835, ainsi que la cour suprême l'avait jugé dans l'arrêt du 11 mai 1833, déjà cité. (V. nos 61, 64, 66, 72, 74.)

La conséquence du pourvoi en cassation est que la cour suprême a le droit et le devoir,

en cassant le jugement attaqué, de renvoyer l'affaire devant un autre tribunal, qui aura le droit d'apprécier l'affaire au fond, au lieu et place des juges dont la décision a été cassée, avec la même latitude dans les moyens d'appréciation du délit et sous la condition des mêmes recours. C'est ce qui s'est toujours pratiqué dans les nombreuses affaires de ce genre soumises à la cour suprême, et suivies d'un arrêt de cassation avec renvoi devant une autre cour.

CHAP. 2. — Compte rendu législatif.

SECT. 1<sup>re</sup>. — Latitude de ce compte rendu.

— Peines auxquelles il donne lieu.

94. L'article 22 de la loi du 17 mai 1819. en donnant aux journaux le droit de rendre compte des séances de la chambre des députés, n'a pu désigner que cette dernière chambre, parce que, à cette époque, les séances de la chambre des pairs n'étaient pas publiques. Aujourd'hui la disposition s'étend naturellement aux débats de la chambre des pairs. Mais, en ce qui concerne les deux chambres, le droit se trouve limité de deux manières : 1° relativement à la publicité des séances: 2º relativement à la fidélité du compte rendu. Cet article veut que le compte rendu ne s'occupe que des séances publiques; il exige, en outre, que le compte soit fidèle et qu'il soit rendu de bonne foi C'est dans ces limites que cette loi a accordé aux journaux l'autorisation de rapporter les séances des chambres législatives; mais une sanction pénale manquait alors à cette disposition, qui l'a obtenue depuis dans deux textes législatifs.

95. En ce qui concerne la limite de la publicité des séances, la loi du 9 juin 1819 (art. 7) a interdit aux journaux et écrits périodiques de rendre compte des séances secrètes des chambres ou de l'une d'elles, sans leur autorisation. La peine de cette infraction est une amende de cent francs à mille francs (art. 12). La prohibition s'applique à toutes les séances secrètes, quel que soit l'objet de la délibération.

Les tribunaux sont appréciateurs souverains de ce qui constitue ce compte rendu.

L'infraction prévue et punie par les articles 7 et 12 de la loi précitée de 1819 ne peut être commise que par les journaux et écrits périodiques.

96. Il en est de même, comme on l'a déjà

vu (n° 30), à l'égard du compte rendu infidèle et de mauvaise foi des séances des chambres, que l'article 7 de la loi du 25 mars 1822 punit d'une amende de mille à six mille fr. Si, à l'infidélité commise avec mauvaise foi, le compte rendu ajoute une rédaction offensante pour l'une ou l'autre chambre, ou pour un pair ou un député, la peine est, en outre, un emprisonnement d'un mois à trois ans.—V. suprà, n°s 35, 36.

La récidive est punie de cette dernière peine, indépendamment de l'amende. — V. nºs 38, 39 et suivants.

Dans l'un et l'autre de ces deux derniers cas, c'est-à-dire en cas de récidive et en cas de compte rendu infidèle et offensant, il peut être interdit, pour un temps limité ou pour toujours, aux propriétaires et éditeurs (gérants) du journal ou écrit périodique condamné de rendre compte des débats législatifs (V. in/rå, n° 97). La violation de cette défense est punie de peines doubles de celles portées à l'article 7 précité de la loi de 1822. (Sur l'autorité compétente pour connaître de cette violation, V. infrà, n° 109.)

Les explications qui ont été données précédemment (chap. 1er, sect. 2), au sujet des comptes rendus judiciaires, sur la portée des divers paragraphes de cet article 7 et sur la récidive, s'appliquent d'ailleurs en tous points au compte rendu législatif.

97. L'interdiction de rendre compte des débats législatifs s'applique aux débats législatifs de la chambre qui a prononcé l'interdiction. Elle ne peut s'étendre à ceux de l'autre chambre. — V. suprà, n° 43.

Cette interdiction, lorsqu'elle a été prononcée à raison des débats législatifs, ne peut
s'étendre non plus aux débats judiciaires de
la même chambre, et vice versa; ce qui ne
comprend que la chambre des pairs, puisqu'il
n'y a jamais aucun débat judiciaire dans celle
des députés (V. suprà, n° 49). Il s'agit en
effet d'une disposition pénale, d'une interdiction dont il ne faut pas étendre l'application
au delà des expressions légales. — V. suprà,
n° 43.

Section 2. — Compétence et procédure.

98. On a vu que le délit de compte rendu infidèle, avec ou sans la circonstance d'une rédaction injurieuse en ce qui concerne les audiences des cours et tribunaux, ne peut être réprimé que par le tribunal même qui a tenu l'audience dont il a été rendu compte. — V. n°s 58, 62.

Les articles 15 et 16 de la loi du 25 mars 1822 ont attribué la même compétence à chacune des chambres législatives, en ce qui concerne le compte rendu de leurs séances législatives. Cette attribution a été maintenue par l'article 3 de la loi du 8 octobre 1830.

99. La compétence du tribunal qui a tenu l'audience est absolue et exclusive. En est-il de même des chambres? En ce qui concerne le délit d'offense qualifiée, les chambres peuvent retenir et prononcer elles-mêmes la répression de l'infraction; elles peuvent aussi autoriser les poursuites par la voie ordinaire. Mais si le délit est celui d'infidélité dans le compte rendu de leurs scances législatives, avec ou sans la circonstance aggravante de l'offense, il nous semble qu'il est dans la nature des choses de décider que la compétence de la chambre de la séance de laquelle il a été rendu compte, est exclusive. Les témoins les plus sûrs de ce qui s'y est passé sont les pairs ou les députés qui y ont assisté; ils en sont aussi les meilleurs juges (sic Vict. Foucher, add. au Traité de l'organ. jud. de Carré, t. 4, p. 166, 167; secùs Grattier, t. 2, p. 119, nº 3). Il existe cependant un précédent qui peut paraître contraire à ce que nous venons d'établir. Le 15 mars 1823, la chambre des députés autorisa la poursuite, devant les tribunaux ordinaires, contre le Journal du commerce pour offenses à l'occasion du compte rendu de ses débats. Mais il faut remarquer que le délit était celui d'offense plutôt que celui de compte rendu infidèle.

100. Les chambres, lorsqu'elles usent du droit que leur confèrent les articles 15 et 16 de la loi de 1822, pour la répression du délit de compte rendu de leurs séances législatives, agissent comme chambres législatives, comme corps politique et non comme corps judiciaire.

101. Ce principe, proclamé par le garde des sceaux, dans la séance du 5 mars 1822, domine toute la procédure de la matière, soit devant la chambre des pairs, soit devant la chambre des députés. Il exclut toute forme de procédure, toute organisation nouvelle. Les chambres ne sont assujetties, à cet égard, qu'à leurs propres précédents; car la loi de 1822 n'a tracé d'autres règles que celles-ci : la chambre, sur la simple réclamation d'un de ses membres, ordonne que le prévenu sera

traduit à sa barre. Après qu'il a été entendu ou dûment appelé, elle le condamne, s'il y a lieu, aux peines portées par les lois.

102. Dans la discussion même du projet de loi, le garde des sceaux, M. de Peyronnet, dit que la chambre devait entendre l'inculpé ou son défenseur, s'il désirait en avoir un. (Séance de la chambre des pairs, du 5 mars 1822.)

Lorsqu'il s'est agi d'appliquer ce principe, les inculpés ont toujours été admis devant les deux chambres à se faire assister d'un défenseur.

103. Les chambres statuent sur la culpabilité et sur la peine, suivant les formes législatives plutôt que selon le mode judiciaire; mais la nature même de la délibération lès a conduites quelquefois à introduire des changements dans le mode usité en matière législative pour recueillir les voix et proclamer le résultat du vote.

104. Il en est ainsi notamment en ce qui concerne la formule par laquelle la chambre des pairs rend sa décision. Le laconisme des formes législatives n'a pas paru suffire là où il s'agissait de prévention et de culpabilité. Au lieu de passer simplement à l'ordre du jour pour exonérer l'inculpé, cette chambre a adopté pour les acquittements une formule par laquelle elle déclare renvoyer l'inculpé des fins de la citation, après l'avoir entendu dans ses explications.

105. Quant à la résolution portant condamnation, la formule de la chambre des pairs vise le numéro du journal incriminé, elle transcrit les articles des lois sur lesquels repose la résolution, et après avoir énoncé que l'inculpé a été entendu, tant par luimême que par son conseil, sur le fond comme sur l'application de la peine, la chambre déclare l'inculpé coupable et le condamne à la peine édictée par la loi.

106. Il n'est pas dans les usages de la chambre des députés d'appeler le prévenu devant elle pour entendre la lecture de la résolution relative à la condamnation.

107. L'exécution des résolutions des chambres a lieu sur l'ordre du président. (Loi du 25 mars 1822, art. 15.)

108. Il suit de là que les magistrats du ministère public n'ont rien à faire dans l'exercice de ce pouvoir, en ce qui concerne l'appréhension par corps et la contrainte pécuniaire.

109. C'est la chambre qui a prononcé la

condamnation pour compte rendu, qui connaît de la violation de l'interdiction de rendre compte des débats législatifs, lorsque cette interdiction a été prononcée. Mais ce cas ne s'est pas encore présenté en matière de compte rendu législatif.

CHASSAN.

COMPTE DE RETOUR. — On appelle ainsi le compte qui doit accompagner la retraite ou nouvelle lettre de change, au moyen de laquelle le porteur se rembourse sur le tireur, ou sur l'un des endosseurs, du principal de la lettre protestée, de ses frais et du nouveau change qu'il paie (C. com., art. 178 et 180).

Les articles 181 et 182 du même Code indiquent ce que doit comprendre le compte de retour et les formalités qui doivent l'accompagner. — V. Lettre de change.

COMPTE DE TUTELLE. — V. Tutelle-Tuteur et Compte, n°s 14 et suiv., 50 et suiv., 91, 118 et suiv., 125, 134.

COMPULSOIRE. — 1. Ce mot, qui vient du latin compellere, compulsum, exprime une procédure dont l'objet est de contraindre un notaire, un gressier ou tout autre dépositaire public de titres, actes ou registres, à les représenter et à en délivrer ou laisser prendre expédition ou extraits à des personnes qui n'y sont point intéressées en nom direct par eux ou par leurs auteurs (C. pr. 846), à leurs héritiers ou ayant cause.

Cette procédure vient au secours des parties auxquelles ces copies sont nécessaires pour la défense de leurs intérêts, et qui ne pourraient les obtenir sans cette formalité. Elle est indispensable surtout à l'égard des notaires auxquels il est interdit (ainsi qu'on peut le voir au mot Notaire) de communiquer un acte ou d'en donner expédition à ceux qui n'y sont pas expressément dénommés, ou qui ne sont point aux droits de quelqu'une des parties contractantes. Aussi cette procédure était-elle déjà pratiquée sous l'ancienne jurisprudence, qui, sous ce rapport, imposait aux notaires les mêmes obligations que celles auxquelles ils sont tenus aujourd'hui. Cela résulte de l'article 177 de l'ordonnance de 1559, dont la disposition est renouvelée par l'article 23 de la loi du 25 ventôse an xI sur le notariat. - V. Notaire.

2. Les formalités du compulsoire avaient donné lieu, sous l'ordonnance du mois d'avril 1667, à un règlement détaillé sur lequel il se-

rait sans objet de revenir aujourd'hui. (V. ordonn. de 1559, avril 1667, 12 août 1779. - V. aussi Langlois, Traité des droits des notaires, ch. 54, sect. 2. - Ferrière, Parfait notaire, liv. 1, ch. 26.)

3. Autrefois, mais dans quelques contrées seulement, ainsi que l'enseigne Merlin (Répert., vo Compulsoire, § 2), on appelait encore compulsoire, une demande formée par une partie dans le cours d'une instance pour obtenir de la partie adverse la communication des pièces qu'elle avait en sa possession. Mais cette appellation était alors impropre comme elle l'est aujourd'hui. Il s'agit, dans ce cas, non de compulsoire, mais de vérification ou de communication de pièces. — V. in/rà, n° 8; — V. aussi Communication de pièces.

- § 1er. Actes qui peuvent être l'objet d'un compulsoire.
- § 2. Par quelles personnes et dans quels cas le compulsoire peut être demandé.
- § 3. Comment il doit être demandé, et par qui il doit être ordonné.
- § 4. Par qui et dans quelle forme il doit y être procédé.

#### \$ 1°r. - Actes qui peuvent être l'objet d'un compulsoire.

4. La première condition exigée pour qu'un compulsoire puisse être ordonné, c'est que les actes ou pièces qui en font l'objet soient dans un dépôt public. Ceux qui se trouvent dans un dépôt privé, qu'ils soient ou non consiés à un officier public, tel qu'un notaire, échappent à cette procédure.

C'est cette règle qu'il faut consulter pour juger l'admissibilité d'un compulsoire bien plus que la nature de l'acte dont la communication est demandée, ainsi que quelques auteurs ont pu l'enseigner. Ce n'est point, en effet, parce qu'un acte est authentique ou sous seing privé qu'il pourra ou non faire l'objet d'un compulsoire; il peut arriver, en effet, que tel acte en forme authentique échappe à l'action du compulsoire par la seule circonstance du lieu où il est déposé, tandis que tel acte sous seing privé pourra se trouver soumis à cette action.

5. Ainsi un acte authentique en brevet, s'il est dans un dépôt privé, ne pourra certainement pas être compulsé. M. Pigeau (t. 2, p. 165) soutient, il est vrai, l'opinion con- l'faire une exception aux règles ci-dessus posées.

traire; mais sa doctrine ne nous paraît pas fondée. Cet acte est entre les mains de celui qui le possède une propriété privée à laquelle nul ne peut porter atteinte, pas plus pour en violer le secret que pour s'en emparer. (Rauter. Procedure civile, p. 402.)

- 6. A l'égard des écritures privées (actes sous seings privés, livres, registres, etc.), il est incontestable que le compulsoire n'en peut être ordonné, surtout tant que ces pièces sont en la possession de simples particuliers. La question s'est présentée devant la cour de Rennes. Les sieurs Moriton et Luiller étaient en instance d'appel au sujet d'une rente convenancière; celui-ci prit des conclusions tendantes à obtenir un compulsoire des comptes d'un sieur Saulnier, agent du sieur Moriton. dans lesquels il prétendait trouver la preuve que la conversion de la rente convenancière en féodale aurait été approuvée par le sieur Moriton. Cette prétention fut proscrite par la cour sur le motif que « l'article 849 du Code de procédure civile n'autorise les compulsoires que vers les notaires et dépositaires. » La même doctrine a été consacrée par la cour de Rouen, qui a nettement décidé « qu'une partie n'avait pas le droit d'aller scruter des actes de famille pour y chercher des preuves qui lui manquaient. » (Rennes, 21 juin 1811, S.-V. 13. 2. 200; D. A. 3. 702; — Rouen, 13 juin 1827, J. P. 3e édit.; D. P. 27. 2. 164.)
- 7. Un acte sous seing privé déposé chez un officier public, tel qu'un notaire, peut-il être l'objet d'un compulsoire? D'après la règle que nous avons posée plus haut, il faut rechercher si le dépôt est public ou privé. Si le notaire a reçu l'acte sous seing privé pour le mettre au rang de ses minutes et lui donner l'authenticité, il est manifeste qu'il en devient dépositaire public, et qu'il en sera de cet acte comme de tous ceux qui auraient été passés par son ministère; mais si l'acte lui a été remis à titre de dépôt privé, si surtout on le lui avait déposé sous enveloppe, cet acte ne pourrait être l'objet d'un compulsoire. « Il serait contraire à toutes les règles anciennes sur le respect dû à la foi du dépôt, dit avec raison la Cour de cassation, de faire ouvrir, hors les conditions. un dépôt fait de confiance par une personne, asin de produire malgré elle un acte secret pour servir de preuve contre elle. » (Cass. 2 mai 1838, S.-V. 38. 1. 451; D. P. 38. 1. 188.)
- 8. L'art. 496 du Code de commerce semble

Cet article, placé sous la rubrique de la vérification des créances, s'exprime ainsi: « Dans tous les cas, le juge-commissaire pourra, même d'office, ordonner la représentation des livres du créancier, ou demander, en vertu d'un compulsoire, qu'il en soit rapporté un extrait fait par les juges du lieu. »

Mais il ne s'agit ici que d'un compulsoire improprement dit (V. suprà, n° 3), et non du compulsoire tel que l'entendirent les anciennes ordonnances, et tel que l'entend le Code de procédure actuel. Ce n'est, à proprement parler, qu'une simple vérification d'écriture, à laquelle les formes du compulsoire ne sont pas nècessairement applicables. (Cass. 20 août 1839, S.-V. 40. 1. 239; D. P. 40. 1. 23; — Paris, 28 août 1813, S.-V. 14. 2. 261; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 703; — Amiens, 9 mai 1821, J. P. 3° édit.; D. A. 3. 704.)

- 9. On ne peut davantage considérer comme un compulsoire l'exercice du droit conféré aux magistrats chargés de la recherche des crimes ou délits par l'article 36 du Code d'instruction criminelle; la perquisition autorisée par cet article a si peu de rapports avec le compulsoire, qu'il est de principe que les tribunaux civils ne peuvent ordonner, pour obtenir des étéments de preuves, la communication des pièces qui ont été trouvées au domicile du prévenu et déposées au greffe pour l'instruction de la procédure criminelle.
- 10. Nous avons établi que les seuls actes ou pièces qui puissent être l'objet d'un compulsoire, sont ceux qui se trouvent dans un dépôt public; nous devons ajouter, et qui ne se rattachant qu'à des intérêts privés, doivent demeurer secrets pour tous ceux qui y sont étrangers. Quant aux actes pouvant intéresser les tiers ou qui se rattachent à l'intérêt général, ils sont dans le domaine de la publicité, et il n'est pas besoin d'un compulsoire, soit pour en prendre communication, soit pour s'en faire délivrer des expéditions ou extraits : tels sont les actes de l'état civil, les registres des inscriptions et transcriptions hypothécaires, les jugements déposés dans les greffes des cours et tribunaux, les matrices des rôles des contributions, etc. La loi fait un devoir aux dépositaires de ces actes et registres d'en donner communication à toute personne le requérant. (C. civ., 45, 2196; C. de pr., 853.)

11. Un arrêt de la cour de Colmar, du 14 juin 1814 (S .- V. 15. 2. 135; J. P. 3º édit.; D. A. 3. 702), a décidé qu'il n'était pas besoin de compulsoire pour obtenir d'un greffier communication ou expédition des jugements et des pièces déposées en son greffe à l'appui des causes dans lesquelles ces jugements sont intervenus. Le motif de cet arrêt c'est que « les greffes sont des dépôts publics où chacun peut lever les expéditions qui lui sont nécessaires, ainsi que cela résulte de l'article 853 du Code de procédure, » Ce motif est fondé en ce qui touche les jugements et les actes judiciaires remis au greffe, qui sont publics et qui sont inscrits dans les registres du greffier, registres dont celui-ci doit communication au public, ainsi que le prescrit précité. Mais à l'égard des l'article 853 pièces déposées au greffe dans le cours des instances sur lesquelles sont intervenus les jugements, elles sont demeurées la propriété privée des parties, elles n'appartiennent point à la publicité, elles ne doivent pas être comprises sous l'expression de registres que l'article 853 ordonne aux greffiers de tenir ouverts au public, puisqu'elles n'ont pas été déposées pour être insérées dans un registre. D'où il suit que ce n'est que par la voie du compulsoire que l'on peut obtenir communication de ces pièces, et que la cour de Colmar a mal appliqué la loi, en décidant que, dans l'espèce donnée, il ne fallait pas recourir à cette voie, mais agir en vertu de l'article 853 du Code de procédure.

On trouve dans le même arrêt un motif qui n'est pas plus fondé que la doctrine que nous venons de combattre. La cour dit textuellement « que l'article 846 du Code de procédure n'est applicable qu'aux actes des notaires, le dépôt desquels n'est pas réputé public.» C'est d'abord une erreur de dire que les notaires ne sont pas réputés dépositaires publics des actes qu'ils reçoivent; ce n'est, au contraire, que parce qu'ils sont dépositaires publics de ces actes que le compulsoire peut en être autorisé. Si un acte qui ne serait pas de leur ministère leur était déposé à titre de dépôt privé, et non pour être mis au rang de leurs minutes, ainsi qu'on l'a vu suprà, nº 7, cet acte ne pourrait être l'objet d'un compulsoire. Si les minutes des actes reçus par les notaires ne sont pas ouvertes à tous, s'il n'est pas permis à ceux qui sont étrangers à ces actes d'en obtenir à leur gré communication ou expédition, ce n'est point que les notaires ne soient pas dépositaires publics des actes qu'ils ont reçus, mais c'est que ces actes n'appartiennent pas à la publicité, et qu'ils sont, quoique dans un dépôt public, la propriété privée de ceux qui y ont concouru.

Une autre preuve que la voie du compulsoire n'est pas exclusivement réservée pour les actes déposés chez les notaires, c'est que l'article 849 du Code de procédure, qui statue sur diverses formalités du compulsoire, indique qu'elles doivent être accomplies par le notaire ou dépositaire. D'où il faut conclure qu'on peut compulser d'autres actes que ceux déposés chez un notaire; et nous pensons, par exemple, que, dans l'espèce sur laquelle a statué la cour de Colmar par l'arrêt précité, la voie du compulsoire était la seule ouverte pour obtenir expédition des pièces déposées au greffe dans le cours de l'instance sur laquelle était intervenu le jugement dont il s'agissait.

12. Cette dernière opinion, que nous émettons contrairement à celle de la cour de Colmar, est au reste d'accord avec le système consacré par un arrêt de la cour d'Aix, rendu, il est vrai, à propos de pièces relatives à une instruction criminelle, mais dont la doctrine est également applicable en matière civile. Dans cet arrêt, la cour décide formellement que « les informations écrites, prises en matière criminelle, ne font point partie des registres dont parle l'article 853 du Code de procédure. » D'où il suit que la communication ou l'expédition de ces pièces ne doit point être donnée à un requérant sur sa simple demande, mais sur la justification d'un intérêt évident, pour laquelle il faut nécessairement s'adresser à la justice. Dans l'espèce, les informations avaient été prises contre une femme, et c'était son mari qui demandait à en obtenir copie; la cour a rejeté sa demande, par ce motif « que le requérant n'indiquait pas le motif pour lequel il formait sa demande; que la qualité de mari de la personne contre laquelle l'information avait été prise pouvait bien faire supposer un intérèt, mais ne l'expliquait pas suffisamment. » (Aix, 15 déc. 1840; J. P. 1841. 2. 59; D. P. 41. 2. 220.)

La teneur de cet arrêt fait assez entendre que la requête du mari n'avait été rejetée que faute par lui d'avoir justifié de l'intérêt de sa demande, et qu'une autre décision ent pu intervenir s'il eût fait cette justification. Nous devons faire remarquer, toutefois, que la cour n'aurait pu ordonner la communication que dans le cas où les informations se seraient terminées par un arrêt de mise en accusation. La Cour de cassation a formellement décidé que les procédures criminelles étant essentiellement secrètes tant qu'il n'y a pas encore eu arrêt de mise en accusation, il s'ensuit qu'un tribunal civil n'aurait pu valablement, pour obtenir des éléments de preuve à l'occasion d'un procès civil, ordonner la communication de pièces déposées au gresse, par suite d'une procédure criminelle dans laquelle il avait été déclaré n'y avoir lieu quant à présent. (V. Cass. 17 juin 1834, et le réquisitoire du procureur général, S.-V. 34. 1. 629; J. P. 3º édit., D. P. 34. 1. 364.)

13. Il a été jugé par la cour d'Aix qu'un greffier ne peut ètre forcé ni autorisé par d'autres que par la cour elle-même, à délivrer à des tiers expédition d'un arrêt de la cour royale par lequel un magistrat a été suspendu de ses fonctions. La cour s'est fondée sur ce que l'acte dont on demandait expédition était un acte de pure discipline, qui n'était point inséré, du moins qui ne devait pas l'être, dans un registre public, parce qu'étant délibéré par la cour dans une assemblée de chambre et à huis clos, en conformité de l'article 103 du décret du 30 mars 1808, il appartenait exclusivement aux registres qui constatent les délibérations de la cour. (Aix, 11 janv. 1825. Devillen. et Car. 8. 2. 4; J. P. 3º édit.)

14. A l'égard des actes authentiques qui ne constatent que des transactions privées n'intéressant, directement du moins, que ceux qui y ont concouru, et dont il serait souvent préjudiciable pour les parties de donner connaissance à des tiers, ils doivent demeurer secrets, ainsi qu'on l'a dit plus haut. C'est donc pour ces actes que le compulsoire a été institué, afin que communication en pût être fournie, soit à des particuliers, soit à la justice, dans des circonstances données.

15. Un acte public, non enregistré ou resté imparfait, peut néaumoins, et malgré la défense de l'expédier, être l'objet d'un compulsoire. — V. Acte notarié, nos 42 et 43.

16. Le fait de l'enregistrement d'un acte sous seing privé ne suffit pas pour que cet acte puisse être l'objet d'un compulsoire. En conséquence, des tiers étrangers à cet acte ne pourraient, à l'aide de cette procédure, contraindre le receveur de l'enregistrement à délivrer des extraits de son registre relatifs à cet acte.

17. Nous avons dit, en commençant cet article, que le compulsoire est une voie ouverte aux tiers qui ont besoin de connaître les dispositions d'un acte dans lequel ils n'auraient point été parties intéressées en nom direct par eux ou leurs auteurs.

Lorsqu'en effet l'expédition ou l'extrait d'un acte est demandé par l'une des parties intéressées en nom direct, ses héritiers ou ayant droit, ce n'est point à la voie de compulsoire qu'il faut recourir. Le notaire est tenu, sur une simple demande, de délivrer l'expédition ou l'extrait(1); non-seulement cet officier public n'a besoin pour cela d'aucune autorisation, mais il peut, en cas de refus, y être contraint dans les formes indiquées en l'article 839 du Code de procédure civile.

18. On ne doit entendre par parties intéressées en nom direct, que celles qui ont ellesmêmes figuré dans l'acte; d'où il suit qu'un tiers au profit duquel ûne stipulation aurait été faite ne pourrait en avoir expédition, ni copie, ni même communication, que par la voie du compulsoire. (Observat. du tribunat sur l'art. 839 du Code de pr.; V. aussi Favard de Langlade, v° Expédition, § 1; Carré et son commentateur Chauveau, Quest. 2863; Pigeau, t. 2, p. 227 et 228; V. encore un arrêt de Rouen du 13 mars 1826, S.-V. 26. 2. 295; J. P. 3° édit.; D. P. 26. 2. 198.)

M. Chauveau (loc. cit.) critique cet arrêt. « C'est à tort, dit cet auteur, que la cour de Rouen a jugé que celui à qui est due une rente sur un domaine, et que cette cour appelle tiers intéressé, est en droit de demander expédition de l'acte constitutif par la voie qu'indique l'article 839, sans avoir besoin de recourir au compulsoire. »

Cette critique du savant professeur nous parait tomber à faux. Loin d'avoir décidé que le tiers intéressé dans l'espèce fût en droit de demander expédition par la voie indiquée par l'article 839, l'arrêt lui dénie au contraire ce droit, et décide que la règle à suivre dans l'espèce donnée est celle tracée par l'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI, article

qui n'est point abrogé, quoique M. Chauveau ait émis l'opinion contraire. — V. infrà, n° 21.

- § 2. Par quelles personnes et dans quels cas le compulsoire peut être demandé.
- 19. Le compulsoire ne doit point être ordonné par cela seul qu'il est demandé; il faut que la partie qui le requiert ait un intérêt actuel et sérieux à la communication du titre; il ne suffit pas qu'elle allègue cet intérêt, il faut qu'elle le démontre : car ce n'est que dans le cas d'une nécessité évidente, ou du moins très-probable, qu'il peut être permis de violer les secrets de famille. (Cass. 28 janv. 1835, S.-V. 35. 1. 739; D. P. 35. 1. 154.)
- verain de l'utilité ou de l'inutilité du compulsoire demandé, et son refus peut être valablement motivé, soit sur la circonstance que celui contre lequel on demande le compulsoire n'a pas été partie dans les actes qu'il s'agit de compulser, soit sur ce que les individus qui ont été parties dans les actes ne figurent pas dans l'instance, et qu'ils sont intéressés à ce que personne ne pénètre le secret de ces actes, soit sur toute autre circonstance résultant des faits du procès. (Bourges, 24 mars 1841, J. P. 1841. 2.641.)
- 21. Le compulsoire peut être demandé et ordonné, soit dans le cours d'une instance, soit en dehors de tout procès.

Dans le premier cas, aucun doute n'est possible, puisque c'est pour ce cas même que l'article 846 du Code de procédure a disposé; mais sur le point de savoir si le compulsoire peut être autorisé en dehors de toute instance, on est loin d'être d'accord. Les uns voyant dans l'article précité une disposition restrictive, décident que la voie du compulsoire ne peut avoir lieu hors du cas qu'il prévoit; les autres, au contraire, ne voient dans cet article qu'une simple disposition de procédure; ils pensent que le législateur n'a voulu que tracer la marche à suivre dans le cas particulier de compulsoire où il y a instance engagée, sans pour cela avoir eu l'intention d'interdire l'emploi de cette mesure dans d'autres cas.

Pour mieux établir l'état de la question, il importe de rapporter les textes sur lesquels elle roule. Disons d'abord que, sous l'ordonnance de 1667, le compulsoire pouvait avoir lieu avant, pendant ou après procès, et même

<sup>(1)</sup> Pourvu, bien entendu, qu'il soit satisfait à ce qui peut lui être dû; et, s'il s'agit de la délivrance d'une seconde grosse, qu'on se conforme aux dispositions de la loi. — V. Notaire et Grosse.

indépendamment de tout procès. (Jousse, sur l'article 1<sup>er</sup> du tit. 12, p. 173; Duparc-Poullain, t. 10, p. 250; Rodier, p. 225.)

En est-il de même sous l'empire de la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803)? L'article 23 de cette loi est ainsi conçu : « Les notaires ne pourront, sans l'ordonnance du président du tribunal de première instance, délivrer expédition ni donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayantdroit, à peine de dommages-intérêts, d'une amende de cent francs, et d'être, en cas de récidive, suspendus de leurs fonctions pendant trois mois. »

Deux conséquences nous paraissent dériver incontestablement de cette disposition: la première, que, sous l'empire de la loi de ventôse, le compulsoire pouvait, comme sous l'ordonnance de 1667, être autorisé dans tous les cas en faveur des tiers qui n'avaient point été parties dans l'acte par eux-mêmes, ni par leurs auteurs, quand bien même il n'y avait point eu d'instance engagée, car l'article ne distingue pas; la seconde, que l'autorisation du président du tribunal civil suffisait toujours pour mettre à couvert la responsabilité des notaires, puisque l'article n'en exigeait point d'autres.

Mais survint en 1806 le Code de procédure civile, dont l'article 846 porte que « celui qui, dans le cours d'une instance, voudra se faire délivrer expédition ou extrait d'un acte dans lequel il n'aura pas été partie, se pourvoira ainsi qu'il va être réglé. » Suit l'article 847, qui exige que la demande à fin de compulsoire soit formée par requête d'avoué à avoué et portée à l'audience.

On a voulu voir dans cet article 846 l'abrogation des dispositions antérieures, et notamment de l'article 23 de la loi de ventôse.

Le Code de procédure civile, a-t-on dit, renferme un titre spécial sur les voies à prendre pour avoir expédition ou copie d'un acte, ou pour le faire réformer. Dans ce titre, on a d'abord règlé par des dispositions l'hypothèse où les parties qui demandent la délivrance de l'expédition d'un acte, sont les parties intéressées dans cet acte, leurs héritiers ou ayants droit (art. 839 à 846). Restait à régler l'hypothèse où celui qui demande la délivrance de l'expédition d'un acte n'est point partie intéressée en nom direct. C'est l'objet de l'article 846: or cet article ne pré-

voit qu'un seul cas dans lequel la délivrance de l'expédition ou copie de l'acte soit possible, c'est celui où elle est requise dans le cours d'une instance et pour le besoin d'un procès engagé.

On insiste, dans cette opinion, sur les inconvénients qui pourraient résulter de compulsoires trop facilement accordés. Le respect pour les secrets de famille, dit-on, exige que le compulsoire ne soit autorisé que dans des circonstances impérieuses, que pour l'éclaircissement d'un fait déjà en partie justifié et de nature à influer puissamment sur le sort d'une contestation judiciaire; tant qu'il n'y a pas procès, on doit se garder de recourir à une telle mesure, parce qu'il est possible que l'adversaire de la partie qui la requiert, avoue le fait contenu dans l'acte ou oppose des moyens qui en rendent la production inutile. Enfin, ajoute-t-on, il est juste que les parties soient entendues; que la justice pèse les motifs de celui qui s'opposerait au compulsoire; qu'elle apprécie l'opportunité de la mesure et qu'elle détermine, si elle l'autorise, les limites dans les quelles elle doit s'exercer. Or, ces garanties n'existent et ne peuvent exister que pour le compulsoire demandé dans le cours d'une instance.

Telle est l'opinion de Pigeau (t. 2, p. 341), de M. Thomine-Desmasures (Comment. sur le Code de procédure, n° 997), de Carré (Lois de la procédure, Quest. 2876), de M. Favard (Répert., v° Expédition, n° 5); elle a été consacrée par un arrêt de la cour royale de Paris, du 8 février 1810 (S.-V. 15. 2. 200; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 702).

Quelque imposantes que soient ces autorités, l'opinion contraire nous paraît préférable, comme plus conforme à la lettre et à l'esprit de la loi. Pour que l'argument tiré de l'article 846 du Code de procédure civile, le véritable, le seul argument sur lequel se fondent les auteurs cités, fût décisif, il faudrait démontrer que cet article a abrogé expressément ou tacitement l'article 23 de la loi de ventôse an xi, lequel, en autorisant le compulsoire en faveur des tiers qui n'ont point été parties dans un acte, dispose d'une manière générale et pour tous les cas, aussi bien pour celui où ces tiers ne sont point engagés dans une instance, que pour le cas où il y a procès pendant, et cela, sous la seule condition d'obtenir une ordonnance du président du tribunal de première instance. Or il sussit de lire l'article 846 du Code de procédure civile, pour se convaincre qu'il ne contient point une abrogation expresse de l'article 23 de la loi de ventôse.

En contient-il une abrogation tacite? Pas davantage. L'abrogation tacite d'une loi par une autre n'a lieu que pour les dispositions de la loi ancienne qui sont inconciliables avec celles de la loi nouvelle (V. Abrogation); et entre l'article 846 du Code de procédure civile et la disposition générale de l'art. 23 de la loi de ventôse, il n'y a rien d'inconciliable. En effet, l'article 846 du Code de procédure civile ne dit point que le compulsoire ne pourra être autorisé que lorsqu'il sera demandé dans le cours d'une instance; il porte simplement que si le compulsoire est demandé dans le cours d'une instance, on suivra la marche et la procédure qu'il indique. Or, tracer une procédure pour une hypothèse donnée, n'est point désendre l'exercice du droit dans une autre hypothèse. L'article 846 du Code de procédure civile n'a donc eu pour but que de régler la marche à suivre pour le compulsoire ordonné dans le cours d'une instance, et nullement de restreindre les cas où le compulsoire peut avoir lieu.

Pourquoi le compulsoire ne pourrait-il plus être aujourd'hui, comme auparavant, ordonné en dehors de tout procès? Ne peutil pas y avoir des cas où il est sollicité par l'intérêt le plus légitime? L'exercice de ce droit peut être si utile dans certaines circonstances, il peut prévenir tant de contestations et même de scandales, que l'on ne concevrait pas comment on le refuserait à un individu, par cela seul qu'un procès n'existerait pas. Sans doute c'est un devoir de respecter le secret des actes de famille; mais c'est un devoir aussi d'empêcher les procès et de ne point forcer une partie d'y avoir recours, par l'impossibilité où on l'aurait mise de s'éclairer sur son droit par un autre moyen.

Cette doctrine est celle de M. Berriat-Saint-Prix (Cours de procédure civile, p. 733, note 16), et de M. Chauveau sur Carré (Quest. 2876); elle a aussi été consacrée par l'arrêt de la cour de Rouen, du 13 mars 1826, cité suprà, n° 18.

- § 3. Comment le compulsoire doit être demandé, et par qui il doit être ordonné.
- 22. La forme à suivre pour obtenir un compulsoire varie selon qu'il a été demandé pen-

dant le cours ou en dehors d'une instance.

La marche pour la première de ces deux hypothèses est tracée par les articles 847 et 848 du Code de procédure civile.

23. L'article 847 veut que « la demande à fin de compulsoire soit formée par requête d'avoué à avoué, qu'elle soit portée à l'audience sur un simple acte et jugée sommairement sans aucune procédure. »

Cette requête peut être grossoyée; elle ne peut excéder six rôles. Le défendeur peut y répondre par une autre requête qui ne doit pas non plus excéder six rôles. (Tarif, 75.)

24. Il n'est pas nécessaire que la demande énonce la date du titre ni le nom du notaire qui l'a retenu, car il peut se faire que les parties n'en aient pas connaissance. (Paris, 1er mars 1809, S.-V. 12. 2. 299; J. P. 3º édit.: D. A. 3. 701.) Le tribunal n'est donc pas obligé de désigner le dépositaire chez lequel le compulsoire doit avoir lieu, et il peut ordonner qu'il y sera procédé chez tout dépositaire public. Toutefois, le demandeur doit fournir les indications les plus exactes qu'il lui est possible; si ces indications étaient trop vagues, le tribunal pourrait rejeter la demande. (Lett. pat., 12 août 1779; - arrêt du parlement de Paris du 5 juin 1736; - Cass. 28 janv. 1835, arrêt cité nº 19.)

25. Le juge peut, en tout état de cause, ordonner un compulsoire incidemment demandé; la loi n'a point assigné de terme fatal. (Rennes, 6 janv. 1814; J. P. 3° édit.)

Mais la demande qui en est faite peut-elle retarder le jugement du fond? M. Berriat-Saint-Prix (p. 661, note 20) émet l'opinion que le compulsoire ne doit point retarder le jugement du procès à l'occasion duquel on l'a demandé, parce que la partie doit s'imputer de ne pas l'avoir demandé avant que la cause fût en état. Cette raison nous touche peu, et ne saurait être, dans cette circonstance, la raison de décider.

En esset, le tribunal saisi du procès est juge souverain de l'utilité ou de l'inutilité du compulsoire demandé. (V. suprà, n° 20.) S'il juge inutile ou inopportun de l'ordonner, il devra être passé outre au jugement du sond; mais s'il le juge opportun et utile à la manifestation de la vérité, il serait inconséquent de dire que cette voie d'instruction ne suspendrait pas le jugement du sond. (Chauveau sur Carré, Quest. 2881; Thomine-Desmasures, t. 2, p. 452.)

26. Le jugement qui ordonne le compulsoire est exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel (art. 848 C. proc.).

27. Le compulsoire qui a lieu incidemment à une instance principale ne peut être ordonné que par le tribunal saisi de cette instance, puisque ce tribunal seul peut apprécier et l'opportunité de la mesure et l'influence que l'acte recherché peut exercer dans la cause.

On se prévaudrait en vain de la disposition de l'art. 849 du Code de procédure civile, portant que le tribunal qui rendra le jugement à fin de compulsoire pourra en confier l'exécution à un de ses membres, pour induire de là que le compulsoire ne peut être ordonné que par le tribunal de l'arrondissement dans lequel il doit être exécuté, et non par le tribunal d'un autre arrondissement : car, d'abord, l'article n'est pas conçu en termes impératifs; il laisse au contraire au tribunal la faculté ou de commettre un de ses membres, ou de faire procéder au compulsoire par le dépositaire de l'acte; ensuite, rien ne s'oppose à ce que l'opération du compulsoire soit confiée, par commission rogatoire, à un des juges du tribunal de la résidence du dépositaire de l'acte.

28. Le demandeur doit signifier ce jugement non-seulement à la partie adverse et à son avoué, mais encore au dépositaire de l'acte. Doit-il également le signifier aux parties intéressées dans l'acte, quoiqu'elles ne soient pas en cause? Nous ne le pensons pas. Si ces parties devaient concourir à la délivrance de l'acte, le législateur aurait prescrit leur mise en cause. D'ailleurs elles ne pourraient empêcher le compulsoire d'avoir lieu, puisque le jugement qui l'ordonne est, ainsi que nous l'avons dit, exécutoire nonobstant opposition ou appel. (Rolland de Villargues, Répert. du notariat, v° Compulsoire, n° 22; Bioche et Goujet, Dict. de proc., ibid., nº 14.—Contrà, Pigeau, t. 2, p. 343; Carré sur l'art. 848.)

Cependant le tribunal peut, selon les circonstances, ordonner que le jugement qui autorise le compulsoire ne pourra être exécuté qu'en présence de toutes ou de quelques-unes des parties qui ont figuré dans l'acte recherché, qu'après qu'une sommation à cet effet leur aura été préalablement faite, et qu'en cas d'opposition de leur part, il lui en sera référé. — V. suprà, nº 16.

29. Lorsque le compulsoire est demandé en dehors de toute instance, c'est le cas de se con-

former à l'article 23 de la loi du 25 ventôse an xi, et de s'adresser au président du tribunal pour l'obtenir; on doit lui présenter requête à cet effet. Sur le vu de cette requête, le président, après avoir pris tous les renseignements qu'il juge convenable sur l'utilité ou sur l'opportunité de la mesure, rend une ordonnance par laquelle il autorise ou refuse le compulsoire. Ce droit du président résulte de ce qui a été dit nº 21, que l'article 846 du Code de procédure civile n'a modifié l'art. 23 de la loi de ventôse que pour la procédure à suivre dans le cas où le compulsoire est demandé dans le cours d'une instance, et non pour celui où il est requis en l'absence de tout procès. En effet, s'il est vrai que le Code n'ait réglé que le premier de ces deux cas, il est évident que la procédure qu'il trace ne peut être suivie pour le second, et que, pour celui-ci, il faut se conformer à la marche indiquée par l'art. 23 de la loi de ventôse an XI. Cette doctrine, enseignée par M. Berriat-Saint-Prix. est consacrée par l'arrêt de Rouen du 13 mars 1826, cité suprà, nº 18.

M. Chauveau, qui admet qu'il puisse y avoir lieu à compulsoire sans qu'il y ait instance engagée, dénie au président le droit de l'ordonner en ce cas sur simple requête: « Cela, dit-il, nous paraît absolument contraire à la volonté de la loi. Il faut évidemment, dans son intention, que les parties intéressées soient appelées à débattre l'opportunité de la demande, à assister à la rédaction du procèsverbal, ce qui ne peut avoir lieu qu'en se conformant à la marche tracée par les art. 846 et suivants. Seulement, la requête d'avoué à avoué sera remplacée par une assignation ordinaire. (Chauveau sur Carré, Quest. 2876.)

Cette espèce de terme moyen proposé par M. Chauveau ne nous paraît pas admissible. et nous ne pouvons admettre non plus que les articles 846 et 847 du Code de procédure aient dérogé, comme il le dit (Quest. 2878), à l'art. 23 de la loi de ventôse an x1. Les dispositions du Code de procédure et celles de la loi de ventôse statuent pour des hypothèses différentes, et dès qu'on admet, comme le fait M. Chauveau, que l'une de ces dispositions n'a point abrogé l'autre, mais qu'elles statuent toutes deux pour des cas spéciaux et différents, il faut prendre chacune de ces dispositions dans son entier, l'exécuter avec les formalités spéciales qu'elle prescrit, à moins qu'on ne prouve, par une dérogation expresse, que la

loi a voulu modifier quelqu'une de ces formalités, ce que M. Chauveau ne fait pas.

On objecterait en vain qu'on trouverait plus de garantie pour l'inviolabilité du secret des familles si le compulsoire devait être ordonné par le tribunal, parties appelées, au lieu de l'être par le président seul.

Le législateur de l'an XI a pensé que le président pouvait, aussi bien que le tribunal lui-même, prendre tous les renseignements nécessaires sur le point de savoir si le compulsoire est ou n'est pas opportun, entendre les parties intéressées à s'y opposer, et au besoin et pour les cas les plus difficiles, renvoyer les parties à l'audience. Telle est, au surplus, la marche qui est suivie par le président du tribunal civil de la Seine, et à laquelle les notaires de Paris se sont toujours conformés. (M. Debelleyme, Ordonnances sur requêtes, t. 1er, p. 436 et 338, note 4.)

# § 4. — Parqui et dans quelle forme il doit être procédé au compulsoire.

- 30. S'il s'agit d'un compulsoire demandé pendant le cours d'une instance judiciaire, le tribunal peut commettre un de ses membres pour y procéder ou en confier les opérations au dépositaire de l'acte. Le président a le même droit que le tribunal, lorsqu'il s'agit d'un compulsoire ordonné en dehors d'une instance. (C. proc., 849; l. 25 ventôse an XI, art. 24.)
- 31. Si la mission a été confiée au dépositaire de l'acte, le demandeur doit, en lui signifiant le jugement qui l'investit de ce mandat, lui faire sommation de se trouver en son étude au jour fixé pour y procéder. En même temps, il doit dénoncer cette sommation à la partie adverse et aux parties intéressées dans l'acte recherché, si cela a été ainsi ordonné, avec injonction d'assister au compulsoire, si bon leur semble.
- 32. Lorsque c'est un membre du tribunal qui a été délégué pour procéder au compulsoire, ce magistrat rend une ordonnance sur requête, qui fixe les jour, heure et lieu de la comparution des parties. Cette ordonnance doit également être signifiée à la partie adverse, et, s'il y a lieu, à toutes les parties qui ont figuré dans l'acte recherché, avec sommation de se trouver aux jour, lieu et heure indiqués, pour assister au compulsoire.
  - 33. Dans quel lieu doit-il être procédé au

compulsoire? Si le commissaire au compulsoire est un membre du tribunal, le notaire possesseur de la pièce à compulser sera tenu d'en faire l'apport au lieu où le juge doit procéder. L'article 1040 du Code de procédure veut, en effet, que tous les actes et procèsverbaux du ministère du juge soient faits au lieu où siège le tribunal. Cette disposition est corroborée par l'art. 852 du Code de procédure, qui oblige le demandeur à faire l'avance des frais de transport du dépositaire, et par l'art. 168 du tarif, qui fixe les droits qui lui sont dus quand le juge a exigé son déplacement.

34. On comprend, toutefois, que cette forme de procéder n'est possible qu'autant que la date précise de l'acte à compulser et le nom du dépositaire sont connus; autrement, le magistrat serait obligé de se déplacer, ce qu'il peut d'ailleurs faire dans tous les cas, s'il le juge à propos. (Favard de Langlade, v° Expédition; Thomine-Desmasures, t. 2, p. 433; Chauveau sur Carré, Quest. 2885.)

35. Le magistrat délégué doit être assisté du greffier pendant tout le cours des opérations. (Arg. art. 1040, C. proc. civ.)

36. Lorsque c'est le notaire dépositaire qui est chargé de procéder au compulsoire, il ne peut dresser le procès-verbal de ses opérations qu'avec l'assistance d'un collègue ou de témoins. La loi n'a point fait d'exception à la règle générale pour ces sortes d'actes, et tel est l'usage. (Rolland de Villargues, Répert. du not., v° Compulsoire, n° 24.)

37. Les parties peuvent assister au procèsverbal, et y insérer tels dires qu'elles avisent (art. 850). Ce droit est encore expressément accordé à leurs avoués par l'art. 92 du tarif; si l'une des parties ne comparaît pas, il doit être passé outre.

38. Le procès-verbal du compulsoire doit décrire les actes ou répertoires dans l'état où ils se trouvent, constater l'état et le nombre des feuillets, les renvois, les signatures et paraphes, les blancs, lacunes et altérations.

39. Si ce procès-verbal est dressé par un notaire, il peut être rédigé en brevet, et alors on y insère l'expédition ou l'extrait de la pièce compulsée; s'il est rédigé en minute, le notaire délivre expédition ou extrait tant du procès-verbal que de la pièce compulsée. Dans tous les cas, on y mentionne ou l'ordonnance ou le jugement en vertu duquel il est procédé au compulsoire; et si le procès-verbal est ré-

digé en minute, le jugement ou l'ordonnance y reste annexée.

40. Le dépositaire qui est chargé de procéder au compulsoire doit délivrer copie ou expédition de la pièce compulsée. Cependant, si les frais et déboursés de la minute de l'acte lui sont encore dus, il peut refuser expédition tant qu'il n'est pas payé de ces frais, outre ceux d'expédition. (C. proc., 851.)

41. S'il refusait pour tout autre motif mal fondé, on pourrait agir envers lui comme dans l'hypothèse où la délivrance est demandée par les personnes qui ont été parties dans l'acte, c'est-à-dire l'assigner à bref délai par-devant le tribunal saisi du différend, pour se voir condamner à des dommages-intérêts pour le préjudice résultant du retard, et voir dire qu'il sera contraint, même par corps, à la représentation des pièces recherchées. (C. proc., 839; Rolland de Villargues, nº 33.)

42. Les parties peuvent collationner l'expédition avec la minute sur la lecture qu'en fait le dépositaire; si elles prétendent que les deux pièces ne sont pas conformes, il en est référé, au jour indiqué par le procès-verbal, au président du tribunal, lequel fait la collation; à cet effet, le dépositaire est tenu d'apporter la minute (art. 852, C. proc.).

Dans ce cas, c'est le président, assisté du greffier, qui doit dresser le procès-verbal de collation, et non le notaire, « parce que, dit Carré sur l'art. 852, étant inculpé par le reproche de non conformité de l'expédition à la minute, il n'est pas neutre, et ne peut être présumé impartial. »

43. Si l'expédition est délivrée par le dépositaire, il en constate la délivrance et la collation sur l'expédition même, en indiquant le jour du compulsoire et la date du jugement qui l'ordonne; il fait, en outre, mention de cette délivrance en marge de l'acte compulsé.

44. Lorsqu'il délivre l'expédition collationnée et celle du procès-verbal de compulsoire, il constate, au pied du procès-verbal, le paiement des frais et droits qui lui est fait (Massé).

45. Si la pièce est compulsée par un notaire autre que celui qui est dépositaire de la minute, ainsi que l'art. 24 de la loi de ventôse suppose que cela peut avoir lieu, ce dernier prépare une expédition de la pièce compulsée. Il représente la minute de l'original au notaire commis au compulsoire, lequel collationne l'expédition remise par le notaire dépositaire, et en fait mention, tant au pied de la minute | n'en fait aucun doute; il décide même que

ou de l'original, qu'à la suite de cette expédition (ibid.).

46. Celui qui demande le compulsoire est tenu de faire l'avance des frais du procèsverbal, ainsi que ceux du transport du dépositaire. (C. proc. civ., 852.) L'art. 168 du tarif alloue aux notaires, pour chaque vacation de trois heures, quand le compulsoire est fait en leur étude : à Paris, 9 fr.; dans les villes où il y a tribunal de première instance, 6 fr.; partout ailleurs, 4 fr.

47. Enregistrement. — Le procès-verbal de compulsoire dressé, soit par le notaire dépositaire, soit par un juge commis, est assujetti au droit fixe de 2 fr. (l. 28 avril 1816, art. 43, nº 16).

L'expédition ou l'extrait tiré sur la minute ou sur l'original, par un juge commis à l'effet de compulsoire, n'est qu'une copie collationnée susceptible du droit fixe de 1 fr. (l. 22 frim. an vII, art. 68, \$ 1er, no 18; Rolland de Villargues, nº 47).

Lorsque la collation a lieu par le président, il n'est dû aucun droit particulier d'enregistrement, si la collation est constatée par le procès-verbal de compulsoire. Mais s'il est rédigé une ordonnance de collation, elle est passible du droit fixe de 3 fr. (1. 22 frimaire an vII, art. 68, § 2, nos 6 et 7, et 28 avril 1816, art. 14, nº 10; ibid., nº 48).—V. Expédition, Minute, Notaire.

COMTE. — V. Féodalité, Noblesse.

CONCERT FRAUDULEUX. — V. Dol, Fraude.

CONCESSION DOMANIALE. - V. Domaine de l'état.

CONCESSION DE MINES. — V. Mines.

CONCIERGE. — 1. Le concierge est l'individu auquel est confiée la garde d'une maison, d'un château, d'un palais, d'une prison, d'une caserne ou d'un établissement public, etc. Nous ne nous occuperons ici que des concierges de maisons ou hôtels appartenant à des particuliers. — V. Prisons, Gardes, Gardiens.

2. Tout propriétaire a le droit d'établir un concierge pour veiller à la garde de sa maison. Ce droit appartient encore à tout locataire de maisons ou hôtels, etc., ainsi qu'à l'usufruitier et au nu propriétaire. Mais ce dernier peut-il l'établir contre le gré de l'usufruitier? Proudhon (Traité de l'usufruit, t. 2, n° 873)

- si l'établissement du concierge était jugé nécessaire ou utile, selon l'importance des choses et usage des lieux, les frais et salaires devraient peser sur l'usufruitier. Nous examinerons cette question au mot Usufruit.
- 3. Les fonctions du concierge ne se bornent pas cependant à veiller à la garde de la maison. C'est lui qui ordinairement montre les appartements à louer, et donne tous les renseignements relatifs à la location. C'est en général par son intermédiaire que l'on traite; c'est à lui du moins qu'est donné le denier à Dieu par la remise duquel se contractent les locations verbales. V. Denier à Dieu, Louage.
- 4. D'après les usages de Paris, constatés par un règlement des juges de paix de cette ville en 1841-1842, le concierge est tenu de recevoir les lettres, paquets et cartes de visite destinés aux locataires, de faire même, pour les locataires notoirement solvables, l'avance des ports de lettres et paquets, et de les monter aux différents étages qu'ils occupent, comme aussi de donner la nouvelle adresse des locataires sortis de la maison.
- 5. Ils doivent ouvrir la porte à quelque heure de nuit que rentre un locataire. Le règlement que nous venons de citer n'oblige pas le locataire à payer l'amende qu'ont l'habitude d'imposer les concierges aux locataires qui rentrent après minuit. D'où il faut conclure que cette amende n'est pas due et ne peut être exigée.
- 6. Le concierge est préposé à la garde de la maison. Il doit donc veiller à ce que des personnes étrangères et inconnues ne s'y introduisent pas furtivement; il doit, en outre, prévenir le propriétaire de toutes les dégradations commises par les locataires ou dérivant du vice de la chose.
- 7. Bien que le règlement précité n'en parle pas, les concierges sont ordinairement tenus, d'après l'usage, de balayer et nettoyer l'escalier et la rue, dans toute la partie qui longe la maison, jusqu'au milieu de la chaussée ou du ruisseau qui la partage. Remarquons néanmoins qu'en ce qui concerne, à cet égard, l'exécution des règlements de police, les propriétaires et locataires sont seuls responsables de l'inobservation de ces règlements. Toutefois, il faut, sur ce point, distinguer entre les concierges des maisons particulières et les concierges, portiers ou gardiens des établissements publics et maisons domaniales, les-

- quels sont personnellement responsables de l'exécution des règlements, en ce qui concerne les établissements et maisons auxquels ils sont attachés (ordonn. de police, du 17 mars 1834, art. 13).
- 8. Outre le salaire convenu, et qui est à la charge exclusive du propriétaire, l'usage est de donner au concierge une bûche par chaque double stère de bois de chauffage, ou un franc en argent, au choix du locataire (même règlement).
- 9. L'usage accorde un délai de huit jours au concierge congédié; mais il peut être expulsé sur-le-champ, si le propriétaire le trouve à propos, à la charge de lui payer de suite, en argent, le décompte des gages de ces huit jours (ibid.).
- 10. S'il est en même temps locataire d'une chambre ou d'un cabinet, le bail est résilié aussitôt, le concierge est expulsé sans congé, parce que, dit ce règlement, le titre de concierge, subordonné absolument à la volonté du propriétaire, absorbe tous les autres titres. Mais, dans ce cas, le propriétaire ne peut exiger le paiement du terme courant.

Aucun locataire ne peut recueillir, à titre de sous-locataire, le concierge congédié (ibid.).

11. Le propriétaire est-il responsable du fait du concierge? — V. Responsabilité civile.

CONCILE. — V. Église catholique.

CONCILIATION. — 1. C'est la comparution des parties devant le magistrat chargé par la loi d'essayer de les concilier sur une contestation prête à s'engager entre elles. Considérée comme formalité préliminaire à l'action que se propose d'intenter le demandeur, on l'appelle tentative de conciliation.

- Sect. 1<sup>ro</sup>. Historique. Notions preliminaires.
- Sect. 2. Caractères de l'essai de conciliation.
- SECT. 3. Quelles matières sont soumises à l'essai de conciliation.
- SECT. 4. Causes dispensées de la conciliation.
  - § 1er. Défaut de capacité ou de qualité dans les parties pour transiger.
  - § 2. Causes qui requièrent célérité.
  - § 3. Demandes qui ne peuvent, être la matière d'une transaction.
  - § 4. Demandes formées contre plus de deux parties.

- § 5. Toutes les causes exceptées par les lois.
- § 6. Les causes dispensées peuvent néanmoins être soumises à l'essai de conciliation.
- Sect. 5. Comparation des parties au bureau de paix.
  - § 1er. Formalités de la citation.
- § 2. Devant quel juge de paix la demanne doit être portée.
  - § 3. Le défendeur doit-il comparaître en personne?
  - § 4. Du cas où les parties font désaut.
  - § 5. Comparation volontaire desparties.
  - § 6. L'audience doit-elle être publique?
- SECT. 6. Objet et effet de la comparution.
  - § 1°. Les parties peuvent-elles respectivement soumettre à la conciliation des demandes non comprises dans la citation?
  - § 2. Quel est l'effet du serment déféré ou référé devant le juge de paix, ou du resus de le prêser?
  - § 3. Le juye de paix doit-il consigner dans son procès-verbal les dires respectifs des parties?
  - § 4. Force et effet des conventions insériées au procès-verbal.
  - § 5. Le juge de paix doit-il, à défaut de conciliation, engager les parties à se retirer devant des arbitres?
  - § 6. Le juge de paix tenant bureau de conciliation peut aussi devenir le juge des parties.
- SECT. 7. E's particuliers de la citation en conciliation et de la comparution.
- Sect. 1<sup>ro</sup>. Historique. Notions préliminaires.

2. Au nombre des institutions fondées par l'assemblée constituante, se place la création du bureau de paix ou de conciliation. Quelque chose de semblable existait déjà chez un peuple voisin. M. Meyer nous apprend que dans la plupart des Pays-Bas on ne pouvait se pourvoir en justice qu'après que les parties avaient comparu devant des commissaires pour tenter un accommodement. Cette institution était inconnue en France; elle n'a été introduite dans notre législation, sous le nom de bureau de paix et de tribunal de famille, que par la loi des 16-24 août 1790, qui réglait la nouvelle organisation judiciaire. Mais,

ainsi que la plupart des institutions dont la première de nos assemblées jetait les bases, l'organisation du burcau de paix a subi plusieurs modifications: un court exposé de la législation en ce point les fera connaître.

3. L'art. 1<sup>cr</sup>, tit. 10, de la loi précitée des 16-24 août 1790, portait ce qui suit : « Dans toutes les matières qui excèderont la compétence du juge de paix, ce juge et ses assesseurs formeront un bureau de paix et de conciliation.»

Dans les villes où se trouvait un tribunal de district, le bureau de paix était composé de six membres choisis parmi les citoyens recommandables par leur patriotisme et leur probité, dont deux au moins devaient être hommes de loi : ils étaient nommés par le conseil général de la commune (art. 14).

Les attributions de ces bureaux étaient les mêmes; ils étaient chargés de concilier les parties prêtes à entrer en procès. La loi voulait « qu'aucune demande principale ne pût être reçue au civil devant le juge de district, si le demandeur ne donnait, en tête de son exploit, copie du certificat du bureau de paix, constatant que sa partie avait été inutilement appelée à ce bureau, ou qu'il avait employé sans fruit sa médiation. » Telles étaient les dispositions des articles 2 et 5 de la même loi de 1790.

L'art. 7 contenait une disposition semblable quant aux appels des jugements rendus par les tribunaux de district. Peu après, l'art. 21 de la loi des 6-27 mars 1791 étendit cette mème règle aux appels des jugements des juges de paix. Les uns et les autres ne pouvaient être reçus s'ils n'avaient été soumis à l'essai de conciliation.

La même loi du 6 mars 1791 prononçait une amende de 30 fr., soit contre le défendeur qui avait refusé de comparaître au bureau de conciliation, soit contre le demandeur qui avait porté sa demande au tribunal de district, sans avoir appelé son adversaire au bureau de paix.

- 4. Nous avons vu que la loi de 1790 avait constitué deux espèces de bureaux de paix, les uns formés du juge de paix et de ses assesseurs, les autres composés de citoyens n'appartenant point à l'ordre judiciaire et nommés par le conseil général de la commune. La constitution du 5 fructidor an III supprima ces derniers bureaux (art. 215).
  - 5. Il ne fallut aussi que peu d'années pour

reconnaître que l'essai de conciliation, appliqué aux affaires sur lesquelles était déjà intervenu un premier jugement, et lorsqu'il s'agissait de l'appel de ce jugement, ne devait être qu'une inutile formalité, et la loi du 26 ventôse an IV disposa, par son art. 10, « que les contestations sur l'appel des jugements rendus seraient portées devant le tribunal civil qui en devrait connaître, pour y être jugées, sans qu'il fût besoin de citer préalablement en conciliation. »

- 6. Enfin la loi du 29 ventôse an 1x supprima les assesseurs des juges de paix. Et dès lors, de même que les juges de paix purent sculs prononcer comme juges dans les matières de leur compétence, ils tinrent seuls aussi les bureaux de paix dans les matières soumises à l'essai de conciliation.
- 7. Nous aurons bientôt à parler des dispositions du Code de procédure, en ce qui regarde la compétence et les attributions des juges de paix; mais ce Code ne s'occupe point de leur organisation. La loi du 29 vent. an 1x a fixé en ce point le dernier état de la législation. De sorte qu'aujourd'hui encore toutes les causes du ressort des tribunaux de première instance, que la loi n'en a pas dispensées, doivent être portées en conciliation devant le juge de paix tenant bureau de conciliation. Si le juge de paix est empêché, il est remplacé par l'un de ses suppléants.

8. Cette partie des attributions des juges de paix serait la plus belle et la plus utile, si elle devait toujours atteindre le but que le législateur s'est proposé.

Mais cette institution, encore nouvelle parmi nous, a déjà été l'objet de bien des attaques; et l'on ne peut, en effet, se le dissimuler, elle est loin d'avoir porté tous les fruits que le législateur s'en était promis. Cependant, comme on s'était exagéré les bienfaits de l'institution des bureaux de paix, on ne veut pas voir non plus les avantages réels qu'elle a produits; et parce qu'un grand nombre de procès sont encore portés devant les tribunaux, on en conclut que l'essai de conciliation n'est d'aucune utilité : c'est une autre exagération. Il suffirait, pour ramener les esprits, que, dans le compte rendu de la justice civile, présenté au roi par M. le garde des sceaux, on fit connaître combien d'affaires, dans chaque canton, sont arrêtées par l'influence du juge de paix, soit après citation, soit après simple avertissement; combien parmi ces affaires ont donné lieu à une transaction inscrite au procès-verbal, et combien ont été arrangées sans écrit, ou au moins sans procèsverbal du juge de paix, soit que la chose due fût payée à l'instant, soit que les parties s'en fiassent à la parole l'une de l'autre, donnée en présence du magistrat. Ce travail, aussi curieux qu'utile, ferait mieux apprécier les avantages réels de l'essai de conciliation.

## SECT. 2. — Caractères de l'essai de conciliation.

- 9. L'essai de conciliation précède l'instance et n'en fait point partie : l'action judiciaire n'est point formée par la citation et la comparution au bureau de paix. C'est ce qui résulte de la disposition de l'art. 48 du Code de procèdure civile, portant qu'aucune demande ne sera reçue que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation. Cette disposition distingue très-nettement l'essai de conciliation de l'instance qui le suit et dont la demande constitue le premier acte. Ce principe est d'une application importante dans tous les cas où la loi fixe les délais dans lesquels l'action doit être intentée.
- 10. Le préliminaire de conciliation n'est pas non plus une instance particulière ou un degré de juridiction. V, Actions, n° 89.
- 11. Le préliminaire de conciliation est-il une formalité d'ordre public, dont l'omission soit proposable en tout état de cause et même d'office? Jusqu'en l'an xi, la doctrine et la jurisprudence ont été unanimes pour décider que le préliminaire de conciliation était une mesure d'intérêt général imposée aux parties, et à l'exécution de laquelle les juges devaient veiller. (Cass. 7 et 23 niv., 13 thermidor an viii, Devill. et Car., 1. 1. 351; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 722.) Mais l'institution des bureaux de paix étant tombée en discrédit, la Cour de cassation changea sa jurisprudence et entraîna avec elle, dans ce revirement, la plupart des auteurs et presque toutes les cours royales. (Cass. 22 messid. an XI, Devillen. et Car., 1. 1. 830; J. P. 3e édit.; - id., 11 fruct. an XI, J. P. 3° édit.; - Turin, 12 prair. an XII, J. P. 3º édit.; Journ. des av., 7. 165, nº 6; — id., 22 juin 1835, S.-V. 35. 1, 849; J. P. 3º édit.; D. P. 35. 1. 435; — Nîmes, 26 floréal an XIII, S.-V. 7. 2. 847; J. P. 3º édit.; - Limoges, 30 janvier 1816, Journ. des av., 3. 203, nº 90; - Nîmes, 12 janv. 1812, J. P. 3º édit.; Journ. des av.,

7. 167, n° 6; — id., 13 août 1812, J. P. 3° édit.; Journ. des av., 7. 167, n° 6; — id., 11 déc. 1815, J. P. 3° édit.; Journ. des av., 7. 167, n° 6; — Agen, 19 fév. 1824, S.-V. 25. 2. 168 et 93; J. P. 3° édit.; D. P. 25. 2. 28; — Orléans, 19 juin 1829, J. P. 3° édit.; D. P. 32. 2. 195; — Grenoble, 4 déc. 1830, J. P. 3° édit; D. P. 31. 2. 171; — Colmar, 20 janv. 1831, S. V. 32. 2. 355; D. P. 31. 2. 110; — Bourges, 20 déc. 1831, J. P. 3° édit.; D. P. 32. 2. 102; — Thomine-Desmasures, t. 1, p. 129; Favard, 1. 628, n° 5; Berriat-Saint-Prix, 1. 191.)

Ni cette jurisprudence, ni la nouvelle doctrine ne rendent raison de ce changement. Elles se bornent à dire que l'essai de conciliation ne tient pas à l'ordre public. Mais tout proteste contre cette assertion. Une mesure prescrite pour prévenir les procès est évidemment d'intérêt public. Ce n'est point un droit introduit en faveur des parties, c'est un devoir qui leur est imposé sous peine d'amende (art. 56). L'essai de conciliation n'est point un acte de procédure auquel puisse s'appliquer la disposition de l'art. 173 du Code de procédure civile; et les termes de l'art. 48 du même Code, portant qu'aucune demande ne sera reçue que le défendeur n'ait été appelé en conciliation, disent assez que la recevabilité doit être vérifiée d'office par les juges, (Grenoble, 8 janv. 1818, Devillen. et Car., 5. 2. 342; J. P. 3º édit.; — Toulouse, 8 juill. 1820, S.-V. 25. 2. 95; J. P. 3º édit.; D. A. 3. 723; — Dijon, 2 déc. 1826, S.-V. 27. 2. 70; J. P. 3e édit.; D. P. 27. 2. 54; - Bourges, 9 juill. 1821, Devillen. et Car., 6. 2. 445; J. P. 3º édit.; — Nîmes, 10 fév. 1841, S.-V. 41. 2. 260; D. P. 41. 2. 148; — Cass. 30 mai 1842, S.-V. 42. 1. 495; J. P. 1842. 2. 619; - Merlin, Quest., vo Bureau de paix, § 1er; Pigeau, t. 1, p. 77, note 1; Boncenne, t. 2, p. 47; Boitard, t. 1, p. 170; Chauveau sur Carré, Quest. 243.)

12. La citation en conciliation ne rend pas litigieux le droit ou la créance qu'elle a eu pour objet. (Metz, 6 mai 1817, S.-V. 19. 2. 138; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 476; — Paris, 26 nov. 1835, J. P. 3° édit.; — Duranton, t. 16, n° 534; Troplong, Vente, n° 990; Duvergier, Vente, t. 2, n° 361; contrà, Turin 9 mars 1811, S.-V. 12. 2. 78; J. P. 3° édit.)

13. Le préliminaire de conciliation ne tombe pas en péremption. (Agen, 7 mars 1808, J. P. 3° édit.; D. A. 11. 187; — Gre-

noble, 6 mars 1823, S.-V. 24. 2. 64; J. P. 3° édit.; D. A. 11. 204; — Boitard, 1. 168; Pigeau, 1. 92; Carré, n° 250; Thomine, 1. 144; Démiau, p. 53; — contrà, Favard, v° Conciliation, p. 632, n° 3; Boncenne, 2, 63; —V. n° 130.)

SECT. 3. — Quelles matières sont soumises à l'essai de conciliation.

14. L'art. 48 du Code de procédure porte: « qu'aucune demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger, et sur des objets qui peuvent être la matière d'une transaction, ne sera reçue devant les tribunaux de première instance, que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix, ou que les parties n'y aient volontairement comparu. » Tel est le principe général. Nous verrons bientôt que ce principe souffre exception en plusieurs cas. Mais, avant tout, fixons le sens précis de l'art. 48.

Aux termes de cet article, pour qu'une demande soit soumise à l'essai de conciliation, elle doit tout à la fois être principale et introductive d'instance. Cette dernière expression ne date que du Code de procédure. Selon la loi de 1790, il suffisait que la demande fût principale seulement, ce qui assujettissait au préliminaire de conciliation toutes les demandes en garanties et toutes les interventions. C'est pourquoi le Code de procédure a ajouté qu'il fallait, en outre, que la demande fût introductive d'instance. Mais cette dernière expression eût suffi, et il était inutile de laisser subsister la précédente; car, si toute demande principale n'est pas introductive d'instance, toute demande introductive d'instance est nécessairement principale.

15. Par application de ce principe, on décide avec raison que lorsqu'un jugement est cassé par la Cour suprême et que les parties sont renvoyées devant un autre tribunal, l'action nouvelle qui doit être portée devant ce tribunal n'est pas soumise au préliminaire de conciliation. Dans ce cas, en effet, la demande n'est pas principale; elle se lie à la première demande, ou plutôt, c'est la même demande sur laquelle se poursuit la procédure pour arriver au jugement définitif, en suivant les formes tracées par la loi elle-même. (Cass. 26 pluv. an XI, J. P. 3° édit.) L'art. 429 du Code d'instruction criminelle en offre un exemple, en disposant que, lorsque la Cour de cassa-

tion annule un arrêt rendu en matière criminelle, elle doit renvoyer le procès devant un tribunal de première instance autre que celui auquel aura appartenu le juge d'instruction, si l'arrêt et l'instruction sont annulés aux chefs seulement qui concernent les intérêts civils, et que, dans ce cas, le tribunal sera saisi sans citation préalable en conciliation.

16. Les demandes formées incidemment à une autre demande déjà pendante devant un tribunal, ne sont pas non plus soumises à l'essai de conciliation : c'est également la conséquence du principe ci-dessus posé.

17. Cependant, M. Dalloz (vº Conciliation, nº 20) indique un arrêt de la cour d'Agen, du 31 mars 1824 (J. P. 3e édit; D. A. 4. 694), qui a jugé que lorsque la demande proposée reconventionnellement n'a aucune connexité avec la demande principale et ne peut en être considérée comme la défense, elle doit subir l'essai de conciliation, et que, sans cette tentative, elle doit être déclarée non recevable. On lit aussi dans Rolland de Villargues (Répertoire du notariat, v° Conciliation, n° 8), qu'une demande additionnelle est une demande nouvelle quoique incidente; qu'elle est même principale quant à son objet; ce qui motive la nécessité du préliminaire de conciliation. (Berriat, p. 187; Carré, Lois de la proced., Question 210.) Mais il nous semble qu'il y a contradiction dans les termes de ces deux décisions; elles sont fondées sur le même vice de raisonnement. On oublie que, pour qu'une demande soit sujette au préliminaire de conciliation, il ne faut pas seulement qu'elle soit principale, il faut aussi qu'elle soit introductive d'instance. Or, toute demande, quelle qu'elle soit, quel que soit son objet, qui se lie, qui est réunie à une autre instance, qui, en un mot, ne constitue pas une instance nouvelle, n'est pas une demande introductive d'instance : donc elle n'est pas soumise à l'essai de conciliation. Rien, ce nous semble, n'est plus simple et plus évi-

Nous croyons donc que, dans ces espèces, comme dans une foule d'autres dont se sont occupés les auteurs et les tribunaux, la confusion des idées a fait perdre de vue le véritable état de la question. Il ne s'agit pas, en effet, de savoir quelle est la véritable nature d'une demande proposée incidemment à une instance déjà pendante, mais bien si cette demande nouvelle est ou n'est pas admissible

comme demande incidente, à quelque titre que ce soit. Si elle est admise comme incidente, si elle est réunie à la demande principale, à l'instance déjà existante, si, en un mot, le tribunal devant lequel elle est portée ne la recoit que parce qu'il est déjà saisi de la première demande, elle ne sera évidemment pas soumise à l'essai de conciliation, puisqu'elle n'est pas introductive d'instance. Que si, au contraire, la demande nouvelle n'est pas admise comme demande incidente, si le tribunal n'apercoit pas qu'il existe quelque rapport entre cette demande nouvelle et la demande principale, et qu'en conséquence il ne croie pas devoir l'admettre comme incidente à celle-ci, alors elle n'est plus qu'une demande ordinaire; elle devient tout à la fois demande principale et introductive d'instance; et le demandeur qui est renvoyé à se pourvoir sur cette demande, doit nécessairement, avant de la reporter devant le tribunal compétent, comme action principale, la soumettre à l'essai de conciliation, si elle n'en est dispensée à un autre titre.

Ce que nous disons des demandes incidentes s'applique de tous points aux demandes reconventionnelles.

18. Il n'importe donc à quel titre une demande est incidente ou reconventionnelle, il suffit qu'elle soit reconnue telle; et elle est, dans tous les cas, à ce titre, dispensée du préliminaire de conciliation. C'est ainsi que les demandes préjudicielles formées dans le cours d'une instance pendante et qui doivent être jugées avant la demande principale, objet de cette instance, ne doivent pas être soumises à l'essai de conciliation. lors même qu'elles sont portées à un autre tribunal. La cour de Grenoble a cependant jugé, par arrêt du 23 mars 1820 (Journ. des av., 7. 290, nº 102), que, lorsque devant un tribunal de police, il était renvoyé à fins civiles pour faire statuer sur la question de propriété, la contestation qui s'engage à cet égard est soumise à l'essai de conciliation (V. Chauveau, Journ. des avoués, v° Conciliation); mais cette décision ne nous paraît pas exacte, par une double

1° Toute demande préjudicielle devient, à ce titre même, une demande requérant célérité, puisqu'elle se rattache à une autre demande principale, préexistante et qui reste suspendue jusqu'à ce qu'elle-même ait été jugée. Une pareille demande ne souffre point

de retard; cela suffit pour qu'elle soit dispensée du préliminaire de conciliation. Nous reviendrons sur ce principe. 2° Des demandes préjudicielles, bien que portées à un autre tribunal, ne sont pas néanmoins des demandes principales; ce ne sont, en effet, que des demandes incidentes à une autre demande.

- 19. On peut, au surplus, poser comme principe en cette matière, que toute demande qui, au commencement, a été régulièrement intentée sans préliminaire de conciliation, comme incidente à une autre demande, ne peut plus tard, quels que soient les incidents ultérieurs de la procédure sur la demande principale, être assujettie à cette même formalité. L'article 184, en ce qui regarde la demande en garantie, en offre un exemple dont nous aurons à parler plus tard, lorsque nous nous occuperons des demandes spécialement dispensées de la conciliation.
- 20. Mais si le jugement sur la demande principale est déjà rendu, la demande nouvelle, qui est formée ensuite, quelle que soit sa connexité avec la première, n'en est pas moins considérée comme une demande principale introductive d'instance, et cette demande ne doit pas être dispensée du préliminaire de conciliation.
- 21. Néanmoins M. Pigeau (Procèd. civ., t. 1, p. 675) a pensé que la tierce opposition, même alors qu'elle est formée par action principale, n'était pas soumise à l'essai de conciliation. Il a considéré cette demande comme une intervention dans l'exécution du jugement, et il lui a appliqué l'article 49, n° 3 du Code de procédure. (V. Cass. 5 pluv. an x1, S.-V. 3. 2. 275; D. A. 3. 292.) La cour royale de Rennes a consacré la même doctrine par arrêt du 24 juin 1823 (S.-V. 25. 2. 248; J. P. 3° édit.).

Deux arrêts de la cour de Paris, des 21 pluviôse an x (S.-V. 3. 2. 552; J. P. 3e édit.) et 5 pluviôse an x1 (S.-V. 25. 2. 248; J. P. 3e édit.), avaient cependant, en décidant dans le sens contraire, posé les vrais principes: « Attendu, lit-on dans le deuxième de ces arrêts, qu'une tierce opposition formée vis-à-vis d'une partie avec laquelle on n'est pas en instance, est une action principale qui ne peut être intentée que par exploit d'ajournement donné au domicile de la partie et après tentative de conciliation au bureau de paix.» Telle est aussi l'opinion des auteurs du Praticien français, rapportée au même endroit.

Nul doute à nos yeux que, si la tierce opposition est formée par action principale et est portée au tribunal qui a rendu le jugement attaqué, elle ne soit soumise au préliminaire de conciliation, à moins qu'elle n'en soit dispensée comme requérant célérité, ce qui peut arriver selon les cas. Que si, au contraire, la tierce opposition est formée incidemment à une contestation déjà pendante, elle rentre dans la classe des demandes incidentes dont nous avons parlé plus haut, et elle peut, à ce titre, être portée directement au tribunal où la première contestation est pendante, sans être assujettie à l'essai de conciliation.

22. La requête civile doit être, sous le point de vue qui nous occupe, assimilée à l'appel. C'est un moyen offert à une partie qui a figuré dans un jugement d'en obtenir la réformation: ce n'est donc pas une demande principale. De plus, elle doit être formée dans un délai déterminé, à partir de la notification du jugement contre lequel elle est dirigée: d'où l'on voit qu'à tous égards la requête civile ne peut être assujettie à l'essai de conciliation.

Voici, au surplus, quelques exemples tirés de la jurisprudence, qui rendront plus facile l'application des principes posés dans cette section.

- 23. Sont soumises au préliminaire de conciliation, comme principales et introductives d'instance:
- 1° Les demandes introduites pour faire suite ou pour suppléer à une instance terminée, rejetée ou suspendue (Cass. 6 germ. an II, Devillen. et Car., 1. 1. 28; J. P. 3° éd.; Grenoble, 23 mars 1820, Devillen. et Car., 6. 2. 236; J. P. 3° édit.; Dijon, 2 déc. 1826, S.-V. 27. 2. 70; J. P. 3° édit.; D. P. 27. 2. 54);
- 2° Les demandes nouvelles qui emportent abandon de la demande originaire, parce qu'elles sont incompatibles avec elle, ou qu'elles la rendent inutile (Bordeaux, 3 mars 1827, J. P. 3° édit.; Cass. 11 pluv. an 1v, S.-V. 20. 1. 474; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 710; Riom, 27 mars 1817, S.-V. 18. 2 240; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 711; Cass. 22 fév. 1809, S.-V. 9. 1. 151; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 711);
- 3° Les demandes additionnelles qui ne peuvent être considérées comme l'accessoire de la demande principale (Grenoble, 8 frimaire an x1, Devillen. et Car., 1. 2. 100; J. P. 3° éd.;

- Pigeau, Comm., t. 1, p. 138; Merlin, Quest., vº Bureau de paix, § 4);

4º La demande formée à l'occasion de difficultés qui s'élèvent sur l'exécution d'une transaction qui a mis sin à un procès antérieur (Rennes, 2 août 1819, J. P. 3º édit.; D. A. 5. 73; — Poitiers, 12 nov. 1840, S.-V. 40. 2. 481; D. P. 41. 2. 61);

5° Celle qui n'est soumise au tribunal qu'après avoir été portée devant des arbitres, dont l'un d'eux s'est départi (même arrêt);

6° La demande en exécution d'un testament, quoiqu'elle se trouve être la conséquence d'une demande en déclaration d'absence, parce qu'elle ne peut avoir de fondement légitime qu'après que cette déclaration a été prononcée, et par conséquent la première instance terminée (Orléans, 21 mars 1822, J. P. 3° édit.; Journ. des avoués, 7. 282);

7º La demande en délaissement d'un héritage intentée contre le propriétaire, quoiqu'elle survienne pendant le cours d'une instance aux mêmes fins, dirigée contre l'usufruitier (Bourges, 29 août 1826, J. P. 3° éd.);

8° La demande en nullité d'une obligation formée par l'héritier après la notification à lui faite d'un titre exécutoire contre le défunt, car cette notification n'est ni une poursuite, ni un commencement de poursuite (Bourges, 9 mai 1821, Devillen. et Car., 6. 2. 414; J. P. 3° édit.);

9° La demande en indemnité que, dans l'instance en pension alimentaire dirigée par une mère contre ses enfants, l'un de ceuxci dirige contre l'autre, pour avoir pourvu seul à l'entretien de sa mère pendant plusieurs années (Besançon, 8 janv. 1818, J. P. 3° édit.);

10° Les demandes en dommages-intérêts formées devant les tribunaux civils, avant, pendant ou après le jugement sur la contravention, le délit ou le crime qui en sont la cause. (Pigeau, Comm., t. 1, p. 139.)

24. Ne sont pas soumises au préliminaire de conciliation, comme n'étant pas principales ou introductives d'instance :

1º La demande en nomination d'arbitres, portée devant le tribunal civil. Ce n'est point une demande principale, puisque le fond, le véritable objet de l'instance, doit être porté devant le tribunal arbitral. (Douai, 14 nov. 1840, S.-V. 41. 2. 513; D. P. 41. 2. 52.)

2º Les poursuites qui ne sont que la con-

tinuation ou la reprise d'une instance interrompue, soit par un compromis qui a laissé certains points de la contestation indécis (Cass. 3 mars 1830, S.-V. 30. 1. 228; D. P. 30. 1. 155), ou sur lequel les arbitres n'ont pas statué (Grenoble, 22 juillet 1818, J. P. 3° édit; D. A. 3. 713), soit pour toute autre cause (Bourges, 16 prairial an 1x; Devillen. et Car., 1. 2. 27; J. P. 3° édit.).

3° La demande plus restreinte, qui se trouvait comprise dans la première. (Cass. 8 mess. an x1, Devillen. et Car. 4. 1. 832; J. P. 3° édit., et 4 nov. 1807, J. P. 3° édit; D. A. 6. 163; — Merlin, Quest., v° Bureau de paix, § 4.) Ce principe s'applique à toutes les demandes subsidiaires. (Cass. 16 nov. 1829, S.-V. 29. 1. 408; J. P. 3° édit.; D. P. 29. 1. 408; — Grenoble, 28 août 1810, J. P. 3° éd.)

4° Les poursuites relatives à l'exécution d'un jugement. (Cass. 14 août 1811, S.-V. 11. 1. 353; D. A. 10. 280; — id. 14 août 1814, S.-V. 15. 1. 18; J. P. 3° édit.)

5° La demande qui, sous un autre nom, serait la même que celle qu'on avait annoncée dans la citation en conciliation. (Poitiers, 11 fév. 1831, Journal des avoués, 40. 304.)

6° La demande en péremption. (Poitiers, 14 août 1806, S.-V. 6. 2. 214; Jour. des av., 7. 218. 39.)

SECT. 4. — Causes dispensées de la conciliation.

25. Nous avons dit que le principe consacré par l'article 48 du Code de procédure souffre exception en plusieurs cas. Nous avons maintenant à nous occuper de ces exceptions.

26. La conciliation suppose que les parties peuvent faire des concessions réciproques; en d'autres termes, la conciliation, quand elle s'opère, est une véritable transaction. Ainsi, comme l'indique l'article 48 lui-même, 1° elle ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de disposer des objets sur lesquels la contestation est prête à s'engager; 2° il faut, de plus, que ces objets puissent, par leur nature, devenir la matière d'une transaction. D'autres motifs peuvent encore s'opposer à l'essai de conciliation.

27. De là il suit que bien des causes ne sont pas soumises à la règle générale établie par l'article 48 du Code de procédure. Le plus grand nombre de ces causes est énuméré dans l'article 49 du même Code, qui les indique ainsi qu'il suit: 1° Les demandes qui

intéressent l'état et le domaine, les communes, les établissements publics, les mineurs, les interdits, les curateurs aux successions vacantes; 2º les demandes qui requièrent célérité; 3º les demandes en intervention ou en garantie; 4º les demandes en matière de commerce; 5° les demandes de mise en liberté, celles en main levée, de saisie ou opposition, en paiement de loyers, fermages ou arrérages de rentes ou pensions, celles des avoués en paiement de frais; 6° les demandes formées contre plus de deux parties, encore qu'elles aient le même intérêt; 7º les demandes en vérification d'écriture, en désaveu, en règlement de juges, en renvoi, en prise à partie; les demandes contre un tiers saisi, et en général sur les saisies, sur les offres réelles, sur la remise des titres, sur les communications, sur les séparations de biens, sur les tutelles et curatelles; 8° enfin, toutes les causes exceptées par les lois.

Nous rangerons sous quatre divisions principales les motifs qui dispensent du préliminaire de conciliation : 1º défaut de capacité ou de qualité dans les personnes pour transiger; 2º célérité; 3º lorsque les matières qui font l'objet de la demande ne sont pas en elles-mêmes susceptibles de transaction; 4º lorsque plus de deux défendeurs sont appelés en cause. Nous examinerons donc sous ces dénominations, en quatre paragraphes distincts, les demandes énumérées dans l'article 49. Nous nous occuperons dans le cinquième paragraphe des demandes dispensées de la conciliation par des lois spéciales, et nous verrons enfin, dans un sixième et dernier paragraphe, si les demandes dispensées de la conciliation ne peuvent néanmoins y être soumises.

#### § 1<sup>er</sup>. — Défaut de capacité ou de qualité dans les parties pour transiger.

28. La disposition de l'article 49 du Code de procédure, en ce qui regarde les causes dans lesquelles se trouvent intéressées des personnes n'ayant pas la capacité de transiger, était une disposition inutile; elle se trouvait implicitement et suffisamment comprise dans l'article 48, qui porte qu'aucune demande principale et introductive d'instance entre personnes capables de transiger ne sera reçue, etc... Or, à contrario, toute demande entre personnes non capables de transiger était par là même dispensée du préliminaire

de conciliation. Voilà en effet le principe, et l'énumération contenue dans l'article 49 était sans aucune utilité. Elle ne pouvait que porter à de fausses inductions, ainsi que nous aurons tout à l'heure occasion de le faire remarquer.

29. Quoi qu'il en soit, occupons-nous des causes dispensées du préliminaire de conciliation par le défaut de qualité pour transiger dans les personnes qui s'y trouvent intéressées. Sous cette catégorie, il faut ranger, comme l'exprime l'article 49 lui-même, les demandes qui intéressent l'état et le domaine, les communes, les établissements publics, les mineurs, les interdits, les curateurs aux successions vacantes. Dans tous ces cas, les parties intéressées ne pouvant agir ou se défendre par elles-mêmes, sont nécessairement représentées par des administrateurs ou curateurs. sous quelque titre que ce soit. Mais ces administrateurs ou curateurs, qui gèrent la chose d'autrui, n'en ont pas l'absolue disposition, ils ne pourraient l'abandonner par concession; ils sont, en un mot, incapables de transiger sur cette chose (C. civ., 2045; C. de pr. civ., 1003); et dès lors aussi ils ne peuvent se présenter au bureau de paix, puisque l'objet même de la comparution est d'opérer un arrangement entre les parties adverses, c'est-à-dire une transaction. Il suit de là que dès que l'une des parties dont nous venons de parler se trouve en cause, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, il n'y a pas lieu à l'essai de conciliation. La loi n'a point distingué, et il y avait, en effet, même raison pour l'un et l'autre cas.

30. On voit de plus que les causes dont il s'agit sont dispensées du préliminaire de conciliation, non à cause de leur propre nature ou de leur objet, mais bien par rapport aux personnes qu'elles concernent. De là on a conclu avec raison que, bien que l'article 49 dise, sans distinction, que les causes qui concernent les mineurs sont dispensées du préliminaire de conciliation, cela néanmoins ne peut s'appliquer au mineur émancipé. pour les choses dont il a l'administration et la libre disposition. Ainsi, lorsqu'il s'agit de baux qu'il peut passer, de ses revenus dont il peut disposer, et de tous autres actes d'administration qu'il peut faire d'après l'article 481 du Code civil, comme il pourrait, à l'égard de ces actes, prendre tous les arrangements qu'il lui conviendrait, de la même manière que

le majeur lui-même (ibid.), il est incontestable qu'il pourrait transiger sur les contestations auxquelles ils pourraient donner lieu. Rien ne s'oppose donc à ce qu'à raison de ces mêmes actes, il figure comme demandeur ou défendeur dans une tentative de conciliation. Telle est l'opinion de Delvincourt (t. 1, p. 500) et de Pigeau (t. 1, p. 35). V. aussi Dalloz (v° Conciliation, n° 46).

31. Il faut dire la même chose de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. (C. civ., 513; Thomine, 1, 131; Boitard, 1, 89.)

32. Par une raison contraire, mais qui se déduit du même principe, il faut considérer comme étant dispensées du préliminaire de conciliation, toutes les causes où se trouve intéressée une partie représentée par un tiers, sous quelque dénomination que ce tiers ait qualité pour agir, s'il n'a pas pouvoir suffisant pour disposer de la chose qui fait l'objet de la contestation. (Boncenne, t. 2, p. 15.)

33. Ainsi, l'héritier bénéficiaire n'est que l'administrateur des biens de la succession; il peut, sous ce rapport, être assimilé au curateur à une succession vacante; et c'est avec raison que la cour de Grenoble a jugé, par arrêt du 16 mars 1823 (S.-V. 24. 2. 64; J. P. 3° édit.; D. A. 11. 204), que toute demande intentée par un héritier bénéficiaire ou dirigée contre lui est dispensée du préliminaire de conciliation. (Dalloz, ibid., n° 48 et 49; Pigeau, 1, 80; Boncenne, 2, 15; Boitard, 1, 90.)

34. La même dispense s'applique au légataire universel qui a accepté sous bénéfice d'inventaire. (Orléans, 6 août 1812, Journal des aroués, 7. 260. 70.)

35. Mais la dispense ne s'étend pas au cohéritier qui a accepté la succession purement et simplement, si l'action est divisible. (Toulouse, 12 déc. 1835, S.-V. 36. 2. 399; D. P. 36. 2. 95.)

36. De même l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent, ou l'époux qui en a obtenu l'administration provisoire, ne pourrait disposer de ces biens; il en doit rendre compte: c'est un simple administrateur, et les causes dans lesquelles il figure, au nom de l'absent, doivent aussi être dispensées du préliminaire de conciliation. C'est encore l'opinion de Boncenne (loc. cit.). (Rennes, 28 août 1813, J. P. 3° édit.)

37. Les syndics d'une faillite sont également dans le même cas. (Paris, 10 juin 1836,

S.-V. 36. 2. 498; J. P. 3° édit.; D. P. 36. 2. 124.)

38. La même chose doit se dire de l'époux qui, à défaut d'héritiers de son conjoint décédé, s'est sait envoyer en possession des biens composant la succession de celui-ci, conformément aux articles 767 et 770 du Code civil. Il est, comme l'envoyé en possession des biens d'un absent, tenu de rendre compte aux héritiers, s'il s'en présente; et la loi l'oblige à faire emploi du mobilier ou à fournir caution suffisante pour en assurer la restitution (art. 771). Cette obligation toutefois n'est pas indéfinie; elle cesse au bout de trois ans. A près ce délai, dit l'article 771, la caution est déchargée. Or, il nous paraît résulter de là que, jusqu'à ce que les trois ans soient expirés, la loi ne considère le conjoint qui a recueilli la succession de son conjoint décédé, que comme un possesseur précaire, comme un simple administrateur des biens de la succession de celui-ci, et il en faut conclure que n'en ayant pas la disposition, il ne pourrait non plus, à raison de ces biens, se présenter au bureau de paix.

39. L'enfant naturel a droit aussi à la totalité des biens de ses père et mère qui décèdent sans autres parents au degré successible (art. 758). Mais lorsqu'il est appelé à ce titre à leur succession, il ne la recueille qu'aux mêmes conditions que l'époux survivant appelé à la succession de son conjoint décédé, et il est soumis aux mêmes formalités; c'est ce qui résulte de l'article 773. Il faut donc lui appliquer tout ce que nous avons dit du dernier. On doit toutefois remarquer que cela n'a lieu, en ce qui regarde l'enfant naturel, que relativement à la partie des biens qui lui est échue à défaut d'héritiers légitimes. Quant à la part qu'il prend dans la succession de ses père et mère comme enfant naturel, elle lui est irrévocablement acquise; il peut en disposer, et par conséquent, à raison de cette part, en tant qu'on peut la supposer divisée, il pourrait incontestablement se présenter au bureau de conciliation, et se concilier sur la contestation dont elle pourrait être l'objet.

40. De ce que l'art. 49 ne dispense du préliminaire de conciliation que les causes relatives aux mineurs, aux interdits, aux curateurs aux successions vacantes, et non celles relatives aux femmes, M. Carré (Anal., Quest. 115) a conclu que les femmes pouvaient être citées en conciliation. Cette opinion s'appuie sur un arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1808 (S.-V. 8. 1. 310; J. P. 3º édit.; D. A. 3. 719), qui a décidé que la femme autorisée à ester en jugement était évidemment autorisée par là même à faire tous les actes, à remplir toutes les formalités que le procès rendait nécessaires. Mais l'argument de la Cour de cassation manque d'exactitude. De ce que la femme est autorisée à ester en jugement, il ne s'ensuit pas qu'elle puisse se présenter au bureau de conciliation, formalité préliminaire, indépendante, et qui n'est pas indispensable pour arriver au jugement Le tuteur, par exemple, peut être autorisé à ester en jugement au nom de son mineur; mais il ne s'ensuit pas qu'il puisse se présenter, pour ce dernier, au bureau de conciliation. Dans notre opinion, il faut dire la même chose de la femme, parce qu'il y a même raison : la femme, non plus que le tuteur, n'avant pas la libre disposition de ses biens, ne pourrait transiger sur la contestation à laquelle ils auraient donné lieu. La Cour de cassation elle-même l'a reconnu dans l'arrêt que nous venons de rappeler; elle dit: « Si la comparution au bureau de paix et la conciliation qu'elle (la femme) a tentée avaient opéré une transaction entre les parties, il ne se fût plus agi alors d'un procès, mais d'un contrat qui, aux termes des art. 217 et 219 du Code civil, n'aurait pu être passé par la femme sans une autorisation spéciale. » Mais elle ajoutait : « Il n'existe aucune loi qui exige de ceux qui essayent la conciliation dans leur propre cause, le pouvoir ou la volonté de transiger. » Cet arrêt avait été rendu sous l'empire des lois antérieures au Code de procédure. Le raisonnement de la cour n'en était pas, suivant nous, plus exact : mais nous n'avons pas besoin de nous y arrêter; il nous suffit de dire que la loi nouvelle s'est exprimée en termes formels: elle porte a qu'aucune demande entre parties capables de transiger ne sera reçue » (C. proc., 48). Donc, à contrario, quand la cause existe entre personnes qui ne sont pas capables de transiger, elle n'est pas soumise à l'essai de conciliation. Or, on reconnaît que la femme mariée ne peut transiger: donc la cause dans laquelle elle est intéressée est nécessairement, virtuellement dispensée du préliminaire de conciliation. C'est aussi l'opinion de Boncenne (2, 17) et de Favard (1, p. 623).

41. Cela s'applique même à la femme non commune ou séparée de biens. C'est ce qu'il

faut induire des dispositions combinées des articles 218 et 2045 du Code civil. Le premier porte que la femme non commune ou séparée de biens ne peut donner, aliéner. hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit; l'article 2045 ajoute que « pour transiger il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. » Or, la femme mariée non commune ne pourrait donner ou aliéner ses biens; elle ne pourrait non plus en disposer par transaction: donc elle ne pourrait se présenter au bureau de conciliation à raison des contestations dont ces biens pourraient être l'objet. Cela, toutefois, ne regarde que les immeubles. L'article 1449 porte que la femme séparée de corps et de biens, ou de biens seulement, en reprend la libre administration; elle peut disposer de son mobilier et l'aliener. Il suit de cette disposition que, par rapport à son mobilier, la femme mariée, séparée de biens, est considérée comme non mariée; elle est maîtresse de ses actions : donc elle pourrait comparaître au bureau de paix. Il faudrait dire la même chose de toutes les contestations qui ne regarderaient que l'administration de ses biens, à l'égard de laquelle la séparation lui a rendu tous ses droits.

42. Ce que nous venons de dire, par rapport à la femme mariée, a résolu à l'avance une autre question. La Cour de cassation a décidé, par arrêt du 10 mars 1814 (S.-V. 15. 1. 16; J. P. 3º édit.; D. A. 3. 719), que le mari avait pu représenter sa femme au bureau de conciliation. Or, comme dans notre opinion il ne peut pas y avoir lieu à citer la femme en conciliation, il s'ensuit que le mari ne peut jamais être appelé à l'y représenter. Il y a encore une autre raison : lors même que la femme pourrait valablement citer ou être citée en conciliation, son mari, qui n'aurait pas pouvoir d'elle à cet effet, ne pourrait l'y représenter. Il est clair qu'il ne pourrait transiger en son nom, sans son aveu : donc par là même il ne pourrait non plus se présenter pour elle au bureau de conciliation. Cela, suivant nous, ne devrait souffrir aucune difficulté. Cependant l'arrêt que nous venous de rappeler s'est appuyé sur l'art. 1428, qui porte que le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires de sa femme. Mais il nous semble que cet article ne fait au contraire que confirmer la doctrine que nous soutenons. La loi en accordant au mari l'exercice des actions mobilières et possessoires de sa femme, lui refuse implicitement l'exercice des actions immobilières; et s'il ne peut exercer ces sortes d'actions, il pourrait bien moins encore, à leur égard, transiger au nom de sa femme: donc il ne pourrait se présenter pour elle au bureau de conciliation. V. infrà, n° 100.

Des auteurs, il est vrai, ont distingué entre les actions immobilières et les actions mobilières. (V. ce que dit, à cet égard, Chauveau sur Carre, Quest. 223; J. des av., p. 186.) Mais cette distinction elle-même ne nous paraît pas fondée; et même alors qu'il s'agirait des actions mobilières, le mari ne pourrait pas davantage, à raison de ces actions, comparaître pour sa femme au bureau de conciliation. Voici sur quoi nous nous fondons. Nous n'avons point à nous occuper des actions possessoires qui ne sont pas soumises à l'essai de conciliation. Voyons seulement ce qui regarde les actions mobilières : or, quand il s'agit de ces actions, le mari peut, à la vérité, les exercer seul; mais, dans ce cas, c'est lui, et non la femme, qu'il faut personnellement citer; il comparaît pour la femme, mais en son propre nom; il tient pour cela son pouvoir de la loi. Toutefois le pouvoir accordé au mari d'exercer les actions mobilières de sa femme ne lui donne pas la disposition des choses que ces actions peuvent avoir pour objet: le mari n'en est que l'administrateur; et de là on doit conclure que, même en ce cas, il ne pourrait se présenter pour sa femme au bureau de conciliation, c'est-à-dire que les causes dans lesquelles le mari peut, aux termes de l'article 1428, agir pour sa femme, doivent être considérées comme dispensées du préliminaire de l'essai de conciliation.

Toutefois, lorsque la femme est défenderesse, l'usage est de la citer en conciliation, conjointementavec son mari, pour que celui-ci l'autorise à transiger sur la contestation. Mais cette marche n'a rien d'obligatoire.

Il serait inutile de s'arrêter à d'autres espèces particulières. Il sussit de ne pas perdre de vue le principe général, résultant de l'article 49, d'après lequel toutes les sois que la cause intéresse une personne qui n'a pas capacité de transiger, ou qui est représentée par un tiers ne pouvant lui-même transiger au nom du véritable intéressé, cette cause est dispensée du préliminaire de conciliation.

43. Nous devons, toutefois, quant aux

causes dans lesquelles se trouvent intéressées des personnes ne pouvant transiger, et qui sont, à ce titre, dispensées du préliminaire de conciliation, faire une dernière observation. M. Favard enseigne (v° Concil. p. 623) que, lorsqu'une demande divisible de sa nature est formée par plusieurs, et qu'entre les demandeurs se trouve un mineur que la loi dispense de la tentative de conciliation, le majeur ne profite pas de la disposition établie pour le mineur; il est obligé d'appeler en conciliation. Un arrêt de la Cour de cassation a décidé en ce sens. (Cass. 30 mai 1814, S.-V. 14. 1. 201; J. P. 3º édit.; D. A. 11. 263. -Toulouse, 12 déc. 1835, S.-V. 36. 2. 399: D. P. 36. 2. 94.)

44. Cette décision doit aussi s'appliquer au demandeur qui agit contre deux défendeurs, dont l'un serait majeur, l'autre mineur; en sorte que bien qu'à l'égard de celui-ci il soit dispensé de l'essai de conciliation, il doit y appeler le majeur.

45. Il en est autrement en matière indivisible; la dispense établie en faveur du mineur profite nécessairement à son consort majeur. (Bordeaux, 20 août 1833, S.-V. 34. 2. 204; J. P. 3° édit.; D. P. 34. 2. 158.)

#### § 2. — Causes qui requièrent célérité.

46. Le n° 2 de l'art. 49 du Code de procédure dispense aussi du préliminaire de conciliation les causes qui requièrent célérité. Mais qu'est-ce que ces causes? La loi ne les définit pas.

L'article 72 du même Code dit que le délai ordinaire des ajournements pour ceux qui sont domiciliés en France sera de huitaine, et il ajoute : « Dans les cas qui requerront célérité, le président pourra, par ordonnance rendue sur requête, permettre d'assigner à bref délai. » Il s'ensuit que, dans la pratique, on ne reconnaît comme causes requérant célérité que celles à raison desquelles on a obtenu du président permission de donner l'assignation à bref délai.

47. Cela a donné lieu à la question de savoir si l'ordonnance de bref délai du président suffit pour attribuer indéfiniment à une cause le caractère de cause requérant célérité. Cette même question s'était présentée sous l'ancien droit, et, d'après Bornier et Jousse, qui en rapportent une foule d'exemples, on décidait, sans difficulté, que, lorsque la matière sur laquelle on avait demandé et obtenu la permis-

sion d'assigner à bref délai ne requérait pas en effet célérité, l'ordonnance était subreptice, et en déclarant la procédure nulle, on renvoyait le demandeur à se pourvoir à l'ordinaire. La cour de Rome, sous l'empire du droit nouveau, a rendu, le 2 mai 1811 (S.-V. 11. 2. 298; J. P. 3º édit.; D. P. 11. 2. 147), un arrêt conforme à ces mêmes principes. Cette cour a considéré « que le président accorde les brefs délais en l'absence des parties et sur la simple requête de l'une d'elles, et que si l'on admettait le système que les brefs délais ne peuvent être annulés, ce serait établir que, sans connaissance de cause, le président peut renverser toutes les lois de la procédure et les règlements des tribunaux. »

Si la permission d'assigner à bref délai modisie les règles ordinaires de la procédure, en même temps elle est une sorte de mesure réglementaire qui appartient au président chargé de la distribution des causes; elle ne doit d'ailleurs s'accorder que sur un exposé des motifs et après examen par le président. Or, la loi a pu trouver dans cette précaution une garantie suffisante que les droits des parties ne seraient pas lésés; et si néanmoins ce mode de procéder présente quelques inconvénients, il y en aurait, dans notre opinion, de bien plus graves encore à ce que la partie qui a pris la précaution que la loi lui prescrivait, et qui agit en vertu de l'autorité du président, se trouvât encore exposée à voir annuler la procédure par elle faite, et à être renvoyée à se pourvoir sur sa demande en suivant les formes ordinaires. Si d'ailleurs on reconnaissait autrefois que, dans les matières qui exigeaient une grande célérité, on ne pouvait observer les délais ordinaires de l'ordonnance, et si, comme le disait Pothier (Tr. proc., part. 1, ch. 1, art. 6.), on pouvait en ce cas présenter requête au juge qui, vu le cas pressant, permettait d'assigner sans délai, ce point toutesois n'était pas réglé par la législation; l'ordonnance de 1667 ne s'en était pas occupée: c'était donc une règle consacrée seulement par l'usage, et par là peut s'expliquer la jurisprudence suivie sous l'ancien droit. Aujourd'hui, au contraire, ce point est expressément réglé; et quels qu'aient été les motifs de la loi, en fait elle n'a apporté aucune restriction au droit qu'elle confère au président de permettre d'assigner à bref délai, et il doit paraître évident par là même qu'elle s'en est rapportée à la discrétion de ce magistrat du soin de recon

naître quand une cause requiert célérité. C'est aussi ce qu'a décidé formellement la cour de Colmar, par arrêt du 17 avril 1817. (J. P. 3° édit.; D. A. 3. 717. — V. aussi Cass. 1er août 1837, S.-V. 38. 1. 374; D. P. 38. 1. 24; — id., 29 janv. 1838, S.-V. 38. 1. 642; D. P. 38. 1. 23.) — V. Assignation à bref délai, n° 12.

Nous croyons, toutesois, avec M. Carré, que si le désendeur justisse au tribunal qu'il n'y avait pas lieu de l'assigner à bref délai, il peut requérir le renvoi de la cause, s'il prouve surtout qu'il a besoin de quelque délai pour réunir ses pièces et proposer ses défenses. — V. Chauveau sur Carré, Quest. 378.

48. Mais s'il est vrai que, dans les principes du Code de procédure, on ne doive, en général, réputer urgentes et requérant célérité que les causes pour lesquelles on a obtenu du président la permission d'assigner à bref délai, cependant nous croyons qu'on doit aussi ranger sous ce titre quelques causes nominativement désignées dans le même article 49 sous des qualifications spéciales et particulières.

49. 1º Les demandes en intervention et en garantie nous paraissent être dans ce cas. Il est évident que ces causes ne sont dispensées du préliminaire de conciliation ni à raison de leur objet, ni à raison des personnes. Sous ce double rapport, ce sont des causes ordinaires. et si on ne les considérait que sous ce point de vue, elles devraient être soumises à la règle générale. Mais ces causes doivent être jointes à une autre demande déjà portée devant le tribunal; elles doivent être liées à une instance déjà existante : c'est à ce titre qu'elles sont dispensées du préliminaire de conciliation. La raison n'en peut être autre, si ce n'est qu'il y a urgence d'en saisir promptement le tribunal qui doit en connaître, afin de ne pas retarder le jugement de la cause principale. « L'instance en garantie, disait M. Muraire au Conseil d'état, doit être jugée en même temps que le procès principal; il ne faut donc pas la soumettre à des formalités qui en diffèrent l'examen. » (Locré, Législation de la France, 1er vol. du Code de proc., p. 252.) Il y a absolument même raison pour la demande d'intervention. C'est donc comme étant urgentes que ces causes ne sont pas soumises à l'essai de conciliation.

Ces demandes d'ailleurs devraient être, à un autre titre, dispensées de l'essai de conciliation. Les demandes en intervention ou en garantie, formées dans le cours d'une instance

dėja pendante, ne sont pas des demandes principales introductives d'instance: on ne pouvait donc leur appliquer le principe de l'art. 48, qui ne soumet à l'essai de conciliation que les causes ayant le double caractère que nous venons d'indiquer. D'où l'on voit que l'on peut dire de ces causes ce que nous avons déjà dit de ce'les qui intéressent des personnes qui ne peuvent transiger: c'est qu'il était inutile que l'art. 49 s'en occupât.

Nous devons de plus faire une remarque résultant de l'art. 184 du Code de procédure. Cet article est ainsi conçu: « Si les demandes originaire et en garantie sont en état d'être jugées en même temps, il y sera fait droit conjointement; sinon le demandeur originaire pourra faire juger sa demande séparément; le même jugement prononcera sur la disjonction, si les deux instances ont été jointes; sauf, après le jugement du principal, à faire droit sur la garantie, s'il y échet. » Cet article, comme on voit, met sur la même ligne la demande en garantie qui a été jointe à la demande principale et celle qui n'y a pas été jointe. L'une comme l'autre doit être jugée par le tribunal saisi de la demande principale, « sauf, est-il dit, après le jugement du principal, à faire droit sur la garantie, s'il y échet. » Donc la seule condition nécessaire, indispensable, c'est que la demande en garantie ait été formée pendant que l'instance sur la demande principale existait. Il n'importe qu'ensuite cette demande n'ait pas été jointe à la demande principale, ou si elle y a été jointe, qu'elle en ait été plus tard disjointe; elle n'en est pas moins, dans l'un comme dans l'autre cas, réputée incidente à la demande principale, et elle est, à ce titre, dispensée du préliminaire de conciliation. La raison s'en trouve dans le principe que nous avons etabli plus haut : c'est qu'ayant été originairement intentée comme demande incidente, la marche ultérieure de la procédure ne peut changer son caractère et la rendre susceptible du préliminaire de conciliation, après qu'elle en a été régulièrement dispensée.

Si cependant la demande, dite en garantie, n'avait pas réellement ce caractère, il faudrait appliquer à cette demande ce que la dernière partie de l'art. 181 du Code de procédure dit de la demande originaire : « S'il paraît par écrit, dit cet article, ou par l'évidence du fait, que la demande originaire n'a été formée que

tribunal, ils y seront renvoyés. » Il y a ici absolument même raison. Le demandeur en garantie devrait donc, en ce cas, être renvoyé à se pourvoir suivant les formes ordinaires. Et cela aurait lieu, soit que la demande présentée sous forme de demande en garantie dût être portée, par action principale, devant un autre tribunal, soit qu'elle dût naturellement être portée au tribunal saisi de la demande principale: dans l'un comme dans l'autre cas, elle serait considérée comme une demande ordinaire, et ne pourrait être recue si elle n'avait été à l'avance soumise à l'essai de conciliation.

Au surplus, les principes que nous venons d'exposer cessent d'être applicables si la demande en garantie n'a été formée qu'après le jugement de la cause principale. La demande en garantie n'est plus, en ce cas, qu'une demande ordinaire, et elle est soumise à l'essai de conciliation. (V. Carré, Just. de paix, t. 4, p. 152.) C'est aussi l'opinion de Boncenne (t. 2, p. 29 [cité par Dalloz], vº Conciliation, nº 37). Cette opinion nous parait certaine: c'est la conséquence des principes que nous avons déjà établis. L'art. 49 comprend sous le même numéro les demandes en intervention et les demandes en garantie; il met ces deux espèces de demandes sur la même ligne, et ne les considère l'une et l'autre que par rapport à une instance déjà existante. C'est à ce titre qu'il les dispense du préliminaire, c'est-à-dire comme demandes requérant célérité, non en effet comme demandes en intervention ou en garantie, considérées abstractivement; car, à ce dernier titre, on ne trouverait aucune raison de dispenser ces demandes du préliminaire de conciliation. Tel n'a pas été non plus le sens de la loi, ainsi que l'apprend la discussion au Conseil d'état de l'art. 49 du Code de procédure, en ce qui regarde la demande en garantie. « La formalité de la conciliation, disait l'archichancelier, serait inutile à l'égard de ces sortes d'instances. Elles ne s'elèvent que quand le proces principal est engage. » (Locre, Législat. de la France, t. 1er du Code de proc., p. 25.)

50. 2º Les demandes en matière de commerce nous paraissent être dans le même cas. On peut leur appliquer tout ce que nous venons de dire des demandes en intervention ou en garantie. Ce n'est ni à raison de leur objet, ni à raison de la qualité des personnes, que ces causes sont dispensées du préliminaire pour les traduire (les garants) hors de leur | de conciliation. Aucune cause, au contraire, ne semblait plus vivement réclamer la sollicitude de la loi et se prêter plus facilement à la conciliation. Mais en même temps les nécessités du commerce, l'importance des intérèts qui y sont attachés, rendaient toutes les causes commerciales urgentes par leur nature; et c'est évidemment à ce titre qu'elles ont été dispensées du préliminaire de conciliation.

Mais, de plus, l'art. 48 ne soumet au préliminaire de conciliation que les demandes qui doivent être portées devant les tribunaux de première instance. Or, les demandes en matière de commerce sont du ressort des tribunaux de commerce: donc ces demandes étaient implicitement dispensées du préliminaire de conciliation; et il n'était pas besoin que cela fût exprimé par une disposition expresse de l'art. 49.

- 51. Par la même raison, sont également dispensées du préliminaire de conciliation, les demandes de la compétence des juges de paix, des conseils de prud'hommes, des juges de référés, ainsi que celles portées directement à la cour royale.
- 52. On a pensé que les demandes concernant les billets à ordre, même alors qu'ils ne portent que des signatures d'individus non négociants, devaient être dispensées de l'essai de conciliation. On en a donné pour raison que ces billets sont, par leur nature, des effets de commerce destinés à être mis en circulation, et dont le tribunal de commerce peut connaître lorsque sa compétence n'est pas expressément déclinée par l'une des parties (C. comm., 636; Dalloz, vo Conciliation, nº 53). On a fait remarquer de plus, qu'aux termes des art. 187 et 165 du Code de commerce, le porteur qui veut exercer individuellement le recours contre son cédant, doit lui notifier le protèt qui a dû être rapporté, faute de paiement, et, à défaut de remboursement, le citer en jugement dans les quinze jours du protêt, célérité, a-t-on dit, qui paraît incompatible avec les délais qu'exigerait la tentative de conciliation. Cette raison nous paraît décisive. Mais de là il suit que c'est aussi comme requérant célérité que les causes qui ont pour objet des billets à ordre sont dispensées du préliminaire de conciliation.

Tout cela doit également s'appliquer aux lettres de change qui ne sont réputées que simples promesses. L'art. 636 du Code de commerce que nous avons cité les place sur la même ligne que les billets à ordre, lorsque

ces billets ne portent que des signatures d'individus non négociants; et la raison tirée des art. 187 et 165 du même Code pour dispenser les causes relatives à ces billets de l'essai de conciliation, est également applicable aux lettres de change réputées simples promesses.

- 53. 3° C'est encore en vertu du même principe que l'art. 49 a compris expressément parmi les causes dispensées du préliminaire de conciliation les demandes en main levée de saisie ou opposition, en paiement de loyers, fermages ou arrérages de rentes ou pensions; les demandes en vérification d'écritures, en désaveu; les demandes contre un tiers saisi, et en général sur les saisies, sur les offres réelles, sur la remise des titres et sur leur communication.
- 54. La demande des avoués en paiement de frais est aussi dispensée par l'art 49 du préliminaire de conciliation. Par identité de raison (Carre, Just. de paix, t. 4, p. 155), la même dispense devait être appliquée aux frais faits par les autres officiers ministériels. C'est aussi ce qui a été décidé par l'art. 9 du 2º déc. du 16 février 1807; et par officiers ministériels, il faut entendre, dit M. Favard (v° Conciliation, p. 624), les avocats à la Cour de cassation, les notaires, les avoués, les greffiers, les huissiers, les commissaires-priseurs. comme le porte expressément la rubrique du \$ 2, tit. 9, combiné avec les art. 88 et suivants de la loi du 28 avril 1816. Il est évident que toutes les contestations relatives a ces objets pouvaient être la matière d'une transaction, ct l'on ne saurait non plus assigner un autre motif à la loi qui les dispense de l'essai de conciliation, si ce n'est l'urgence, la nécessité d'obtenir sur ces points une prompte décision.
- 55. C'est par cette même raison que la cour de Douai a jugé, par arrêt du 22 avril 1819, que les articles 177 et 178, en ordonnant aux tribunaux et aux cours de prononcer, dans les dix jours, sur les oppositions aux mariages (S.-V. 20. 2. 116; J. P. 3º édit.; D. A. 10. 32), ont bien évidemment déclaré ces causes urgentes : d'où il suit qu'elles sont dispensées du préliminaire de conciliation. (Dalloz, vº Conciliation, nº 36.) Ces mêmes causes en eussent été d'ailleurs dispensées à un autre titre : c'est qu'on peut dire qu'en général toutes les contestations qui peuvent s'èlever à l'occasion des mariages ne pourraient être la matière d'une transaction.

56. Des auteurs ont pensé que parmi les causes que nous venons d'énumérer, il s'en trouve qu'on n'aurait pas dù soustraire au principe général de l'art. 48, qui veut que les parties essaient de se concilier sur les contestations s'élevant entre elles, avant de porter ces contestations devant les tribunaux. On signale, comme étant dans ce cas, la plupart des contestations sur les saisies et les offres réelles. Nous y joindrions les demandes en paiement de loyers, fermages et arrérages de rentes, qui sont aussi dispensées du préliminaire de conciliation. Les contestations auxquelles peuvent donner lieu ces diverses causes sont celles qui peuvent se présenter le plus souvent, mais elles sont aussi les plus simples. Le droit est rarement contesté, ou du moins rarement susceptible de l'être; et c'est dans ces sortes de cas surtout qu'on pourrait espérer que les efforts du magistrat chargé de concilier les parties détermineraient celles-ci à faire un arrangement qui, en fixant les droits du créancier et lui assurant au besoin quelque garantie, donnerait aussi au débiteur quelque facilité pour se libérer. Le législateur a pensé qu'en ces matières le demandeur devait obtenir une prompte satisfaction; et c'est pour cela qu'elles ont été dispensées du préliminaire de conciliation; mais ce motif d'urgence aurait peut-être dû céder à l'intérêt plus réel pour les parties de ne pas s'engager dans un procès.

# § 3. — Demandes qui ne peuvent être la matière d'une transaction.

57. Sous cette dénomination il faut comprendre les demandes de mise en liberté, en règlement de juges, en renvoi; les demandes sur les séparations de biens, sur les tutelles et curatelles. Toutes ces causes intéressent l'ordre public: il ne peut dépendre des parties de les régler comme il leur plaît; elles étaient donc, par leur propre nature et à raison de leur objet, dispensées du préliminaire de conciliation.

58. La prise à partie nous paraît aussi devoir être rangée parmi les causes qui ne peuvent être la matière d'une transaction. Indépendamment de la nature particulière de cette action, les formes spéciales auxquelles elle est assujettie prouvent que la loi l'a considérée comme touchant l'ordre public. Par là même, en effet, que la prise à partie ne peut être intentée qu'en vertu d'une permission du tribunal auquel elle doit être portée, il est évident qu'elle n'est pas de nature à devenir l'objet d'un essai de conciliation.

59. Nous venons de voir que la loi dispense en général de l'essai de conciliation les demandes sur les tutelles et les curatelles. Mais, comme l'a fait remarquer avec raison M. Favard (v° Conciliation, p. 624), cela ne doit s'appliquer qu'aux nominations, excuses, destitutions de tuteur ou curateur. Il faut ajouter que ce serait la même chose pour tout ce qui concerne le subrogé tuteur : il y a même raison. Le mot tutelle qu'emploie l'art. 49 est une expression générique qui comprend les tutelles proprement dites et les subrogées-tutelles.

60. Il suit du principe enseigné par M. Favard que toute action entre le mineur devenu majeur et le tuteur pour fait de la tutelle n'en serait pas moins soumise à l'essai de conciliation, si d'ailleurs le mineur se trouvait, par rapport au tuteur et conformément aux principes du Code civil, capable de transiger sur les contestations qui surviendraient entre eux. (C. civ., 472) Au cas contraire, la cause serait dispensée de la conciliation, non à cause de la disposition générale qui dispense de ce préliminaire les demandes sur les tutelles, mais bien parce que la cause existerait entre personnes non capables de transiger.

61. Nous devons, au surplus, quant aux causes qui ne peuvent être la matière d'une transaction, renouveler une remarque que nous avons déjà eu l'occasion de faire, c'est que la désignation spéciale qu'en contient l'art. 49 pour les dispenser du préliminaire de conciliation était inutile. Ces causes en avaient été à l'avance implicitement dispensées par l'art. 48, qui n'exige cette formalité que relativement à celles qui peuvent être la matière d'une transaction. Donc toutes les fois que la cause ne peut être la matière d'une transaction, la formalité de l'essai de conciliation n'est pas nécessaire. Cela ne pouvait souffrir difficulté. Il faut conclure de là que la désignation que contient l'art. 49 ne peut être considérée que comme démonstrative, non comme limitative. En sorte que toute autre cause, quelle qu'elle soit, quel qu'en soit l'objet, qui ne peut devenir la matière d'une transaction, est virtuellement dispensée du préliminaire de conciliation.

62. L'art. 49, ainsi que nous l'avons vu, dispense nominativement de l'essai de conciliation la séparation de biens. Il n'est rien dit de la séparation de corps; mais il ne faudrait pas induire de là que la séparation de corps est soumise à l'essai de conciliation: cette cause n'est pas en elle-même susceptible de transaction; elle ne peut donc être soumise à l'essai de conciliation. Aussi l'art. 878 du Code de procédure l'en dispense formellement.

# § 4. — Demandes formées contre plus de deux parties.

63. Indépendamment des causes que la loi dispense du préliminaire de conciliation, soit à raison de leur nature ou de leur objet, soit à raison des parties qu'elles intéressent, la loi n'a pas dû exiger l'essai de conciliation, quand il est presque certain à l'avance que la conciliation sera tentée inutilement. Ainsi, l'article 49 établit en règle générale que les demandes formées contre plus de deux parties sont dispensées du préliminaire de conciliation.

64. On s'est demandé si plusieurs personnes qui ne forment entre elles qu'un être moral, comme des associés ou des créanciers unis, ne devaient pas être considérées comme un seul défendeur en matière de conciliation. Cette question a été décidée affirmativement par M. Dalloz aîné; M. Carré a soutenu l'opinion contraire. (Paris, 10 juin 1836, S.-V. 36. 2. 498; D. P. 36. 2. 124.)

Pour nous, nous n'hésitons point à nous ranger à cette dernière opinion. Il n'importe quel est l'intérêt des parties appelées; il suffit que le consentement de chacune d'elles soit nécessaire à la conciliation; et dès qu'elles sont plus de deux, il ne peut plus y avoir lieu à l'essai de conciliation. Plusieurs individus peuvent bien, par fiction, ne former qu'un être moral, mais cette fiction, dit M. Dalloz (v° Conciliation, n° 60), « ne va point jusqu'à concentrer dans une expression unique la pluralité des intérêts et la diversité des avis.» Voilà en effet le vrai motif de décider.

65. Cependant M. Toullier a dit (t. 6, p. 748) que « si le mari et la famme sont communs en biens, ils n'ont plus alors qu'un seul et même intérêt : ils sont censés ne stipuler et ne promettre que pour la personne morale de la communauté. C'est ce cas seul, ajoute M. Toullier, que Duparc-Poullain

avait en vue, lorsqu'il a dit, avec raison, que le mari et la femme ne doivent être comptés que pour une seule personne. » Cela a fait décider qu'une demande formée contre deux maris et leurs femmes, conjointement obligés, n'est pas une demande dirigée contre plus de deux défendeurs (Boncenne, t. 2, p. 10; Dalloz, v° Conciliation, n° 59 ). Il nous semble qu'on doit appliquer à ce cas ce que nous avons dit ci-dessus; il n'y a aucun motif de différence. La question n'est pas de savoir si le mari et la femme ne forment qu'un être moral et n'ont qu'un même intérêt, mais bien si le consentement de l'un et de l'autre est nécessaire à l'arrangement qui pourrait intervenir. Dans ce cas, nous ne faisons aucun doute que le mari et la femme ne doivent être considérés comme deux défendeurs, dans le sens de l'art. 49 du Code de procédure.

66. On doit toutefois bien remarquer qu'il faut que les parties aient un intérêt commun, c'est-à-dire que toutes soient intéressées à la même chose, de telle sorte que, s'il s'agissait de transiger, le concours de chacune d'elles et de toutes réunies serait nécessaire. M. Boncenne (t. 2, p. 14) a donc eu raison de dire: « Que ces mots de l'article 49, quoiqu'elles aient le même intérêt, doivent s'entendre des parties assignées aux mêmes fins, en vertu du même titre, et non pas de celles contre lesquelles on agirait collectivement, mais par des conclusions dont les chefs seraient divisés et appuyés sur des titres distincts. » (Riom, 27 mars 1817, S.-V. 18. 2. 240; D. A. 3. 711; — Besancon, 22 mai 1827, S.-V. 27. 2. 240; J. P. 3e édit. - Bourges, 21 juillet 1838, S.-V. 38. 2. 412; D. P. 39. 2. 13;— Caen, 13 nov. 1839, S.-V. 40. 2. 25; D. P. 41. 2. 32; — Nismes, 10 fév. 1841, S.-V. 41. 2. 260; D. P. 41. 2. 148.)

67. M. Carré a pensé que si au lieu d'appeler en cause toutes les parties intéressées dans une affaire, on se bornait à en assigner une seule pour elle et consorts, par exemple, un héritier, un associé tant en privé nom que comme représentant, l'un ses cohéritiers, l'autre ses co-associés, il n'y aurait pas lieu, en ce cas, à l'application de la disposition que nous examinons en ce moment; il serait au moins, dit M. Carré, très-prudent de citer préalablement au bureau de paix (Just. de paix, t. 4, p. 157). Cette opinion de M. Carré serait certaine si la partie citée tant pour

elle que pour ses consorts avait qualité pour transiger tant en son nom qu'au nom de ceux-ci. Il est évident qu'en ce cas, c'est comme si le demandeur n'avait affaire qu'à une seule personne, et le motif de la loi qui dispense de la conciliation les demandes formées contre plus de deux parties n'existerait plus. Mais c'est sous un autre point de vue que doit s'envisager la question. La personne citée pour elle et ses consorts, même alors qu'il v aurait solidarité entre eux, n'aurait pas qualité pour transiger au nom de ses consorts: donc la cause, en ce cas, serait dispensée du préliminaire de conciliation, non comme étant formée contre plus de deux parties, mais parce qu'elle intéresserait une partie qui n'a pas qualité pour transiger.

68. Il suffit d'ailleurs que la demande soit formée contre plus de deux parties, et cette demande est dispensée du préliminaire de conciliation, encore bien qu'il fût reconnu plus tard que c'est à tort que plus de deux parties avaient été mises en cause. Cela a été ainsi jugé par la Cour de cassation, par arrêt du 20 février 1810. Cette décision nous semble conforme au véritable esprit de la loi. Dans le système opposé, a dit avec raison M. Dalloz (vº Conciliation, nº 63), « en vain le demandeur aurait-il les motifs les plus plausibles pour former une action contre plusieurs parties et la porter immédiatement au tribunal, il ne serait sûr d'avoir régulièrement procédé qu'après avoir obtenu condamnation contre trois au moins des défendeurs. » C'est aussi l'opinion de Boncenne (t. 2, p. 17).

69. Si néanmoins il était évident et reconnu que c'est par dol et avec la seule intention de soustraire sa demande à l'essai de conciliation, que le demandeur a mis en cause plus de deux défendeurs, alors incontestablement il devrait être renvoyé à se pourvoir suivant les formes ordinaires, parce que là il y aurait contravention expresse et volontaire à la loi : ce serait un abus que les tribunaux devraient réprimer.

70. Mais si au contraire il n'y a eu de la part du demandeur, qui a mis en cause des personnes qui ne devaient pas y être appelées, qu'erreur de fait ou de droit, la loi a dû l'excuser; et pour prévenir cette erreur, au surplus, c'était assez que le demandeur fût, en ce cas, exposé à payer, sans répétition, les frais inutiles occasionnés par la présence en

cause de personnes qui n'y devaient pas figurer.

C'est sur ce même principe d'équité et de raison qu'est fondée la disposition de l'article 181 du Code de procédure, en ce qui regarde la demande en garantie portée devant le tribunal où la demande originaire est pendante. Il est évident que, dans l'esprit de cet article, la bonne foi doit aussi être excusée.

71. Il faut bien remarquer que la loi ne parle que des désendeurs et non des demandeurs. Il serait donc indifférent qu'il y eût plusieurs demandeurs. S'ils n'agissaient que contre un ou deux défendeurs sculement. ils n'en devraient pas moins citer ceux-ci en conciliation, avant de les traduire devant le tribunal (Dalloz, v° Concil., n° 58). Le motif de cette différence ne s'aperçoit pas bien. Cependant le législateur a pu penser que plusieurs demandeurs qui ont dû se concerter pour former leur demande, ont pu aussi se préparer pour la conciliation; tandis qu'on pouvait rencontrer dans plusieurs défendeurs, qui n'auraient pas eu la même raison de réunir leurs intérêts, plus de résistances individuelles qui pouvaient justement faire craindre que l'essai de conciliation ne fût sans résultat. M. Treilhard disait d'ailleurs dans l'exposé des motifs : « Les défendeurs peuvent être domiciliés dans des lieux différents et éloignés; devant qui citerait-on dans ce cas? » Cette raison est encore inapplicable aux demandeurs. (Thomine Desmasures, t. 1, p. 133.)

## § 5. — Toutes les causes exceptées par les

72. A l'énumération des causes qui doivent être dispensées du préliminaire de conciliation, l'article 49 du Code de procédure ajoute en terminant : « et enfin toutes les causes exceptées par les lois. »

Comme il est évident que ce n'est pas arbitrairement que le législateur a dispensé certaines causes de l'essai de conciliation, il nous paraît certain aussi que toutes les causes que la loi a exceptées expressément de cette formalité doivent rentrer dans l'une des catégories que nous avons indiquées ci-dessus. C'est ce qu'on reconnaît en parcourant les diverses causes qui ont été expressément dispensées du préliminaire de conciliation par des dispositions spéciales. Telles sont les suivantes : s'il s'agit d'assigner les experts dans le cas où ils refuseraient de déposer leur rap-

port (C. pr., art. 320); d'assigner le défendeur qui, avant le changement d'état ou le décès du demandeur, n'aurait pas constitué avoué (art. 345); d'assigner le débiteur saisi en validité de la saisie-arrêt (art. 566); le tiers saisi en déclaration de ce qu'il doit (art. 570); de toute contestation incidente à une poursuite de saisie immobilière (art. 718); d'une demande contre un notaire ou autre dépositaire pour obtenir expédition ou copie d'un acte (art. 839); de la demande contre les parties intéressées à fin de les faire intervenir dans une instance ayant pour objet la rectification d'un acte de l'état civil (art. 856); de l'intervention des créanciers du mari dans une instance en séparation de biens (art. 871); d'une demande à fin de faire annuler la délibération d'un conseil de famille (art. 883). Dans tous ces cas, en effet, ou il y a célérité, ou la cause est incidente à une autre demande encore pendante, ou elle a pour objet une chose qui ne peut être la matière d'une transaction.

73. L'article 429 du Code d'instruction criminelle offre aussi un cas formellement excepté du préliminaire de conciliation, et ce cas rentre également dans l'une de ces catégories, car la demande qu'il a pour objet n'est pas une demande principale Nous avons déjà eu l'occasion d'en parler plus haut (n° 15).

74. Au surplus, la disposition qui termine l'article 49 ne peut donner lieu à aucune difficulté; elle ne reçoit d'application qu'aux cas spécialement exprimés.

75. D'après ce principe, la Cour de cassation a décidé, par arrêt du 22 avril 1818 (S.-V. 19. 1. 194; J. P. 3° édit.; D. A. 6. 479), que la demande intentée par un Français contre un étranger est soumise au préliminaire de conciliation. « L'article 48 du Code de procédure, disait avec raison la Cour de cassation, est conçu dans des termes absolus, d'après lesquels aucune demande ne peut être reçue devant les tribunaux français, si le défendeur n'a été préalablement appelé en conciliation (V. aussi Chauveau sur Carré, Q. 207 quater, J. av.; 7, p. 286). Il sustit en effet que la loi ne contienne d'ailleurs aucune exception pour les demandes formées contre les étrangers, pour que le principe général leur soit appliqué.

Il suit de là encore que la réclamation d'un tiers contre un officier ministériel, et celle d'un officier ministériel contre son confrère, sont soumises au préliminaire de conciliation.

Souvent les tribunaux renvoient la partie devant la chambre de discipline; mais cet usage n'est pas obligatoire, et ne remplace pas la conciliation

76. En suivant ce même principe, ne devrait-on pas aussi décider que si les conventions arrêtées au bureau de paix, par suite d'une première contestation, donnent lieu elles-mêmes à une contestation nouvelle, celleci, à son tour, devra être soumise à l'essai de conciliation? Ce point avait été prévu, au moins pour un cas spécial, par la loi des 6-27 mars 1791. D'après Fav. de Langlade (vº Conciliation, p. 625), une disposition semblable et même plus étendue existait dans le projet de l'art. 49 du Code de procédure; on y lisait, nº 6: les demandes en exécution des conventions passées au bureau de paix.» Cette disposition, dit M. Favard, fut adoptée sans réclamation au Conseil d'état et au tribunat, et cependant elle n'a pas passé dans la rédaction définitive. Mais en même temps, comme aucune raison ne fut donnée lors de la discussion pour la faire rejeter, M. Favard pense qu'on n'en doit pas moins la considérer comme maintenue. Si elle n'est pas dans le texte du Code, elle est sûrement, dit cet auteur, dans son esprit: Benigniùs leges interpretandæ sunt, quò voluntas earum conservetur.» (L. 48, ff. De legibus.) Il semble que pour admettre l'opinion de M. Favard, il faille supposer une omission involontaire dans la rédaction définitive de l'article 49; car, s'il est vrai que le projet de cet article contenait la disposition qu'indique l'auteur du Répertoire de législation, il est certain, d'autre part, que cette disposition ne se trouve pas dans l'article définitif. Or qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas eu discussion sur ce point, si le législateur l'a retirée volontairement, il y a été déterminé par un motif quelconque; et quel qu'il ait été, il paraîtrait raisonnable d'induire du fait même que la disposition dont il s'agit n'a pas été maintenue, qu'on n'a pas voulu que les demandes en exécution des conventions passées au bureau de paix sussent dispensées du préliminaire de conciliation. Remarquons d'ailleurs que la loi du 6 mars 1791, qui avait, sur ce point, une disposition expresse, ne s'appliquait qu'à un seul cas, celui où le débiteur qui avait obtenu au bureau de paix un terme de paiement, manquait de payer à l'échéance de ce terme. En définitive, ces demandes ne sont exceptées par aucune disposition du préliminaire de

conciliation; elles restent donc soumises à la règle générale.

Une exception formelle a été faite à l'égard de l'Algerie. L'ordonnance du 26 septembre 1842 (art. 54) y dispense les affaires civiles du préliminaire de conciliation. — V. Colonies, n° 259.

- § 6. Les causes dispensées peuvent néanmoins être soumises à l'essai de conciliation.
- 77. Nous avons fait connaître les causes qui sont dispensées du préliminaire de conciliation; mais il faut bien remarquer que l'article 49, qui règle ce point, n'interdit pas l'essai de conciliation, il en dispense, c'est à dire qu'il permet de n'y pas recourir dans les cas qu'il indique; parce que le législateur a pensé que, dans certains cas, le retard qu'entraînerait ce préliminaire, s'il était sans résultat, pourrait occasionner quelque préjudice au demandeur; qu'en d'autres cas, la conciliation serait inutilement tentée.

Mais si ce n'est, en ces sortes de causes, une obligation pour les parties de se soumettre à l'essai de conciliation, rien non plus ne nous parait s'opposer à ce que, néanmoins, pour ces mêmes causes, les parties ne puissent se présenter devant le juge de paix pour essayer de se concilier; et nous croyons que ce magistrat méconnaîtrait le but de la loi et ses propres obligations s'il refusait de les entendre. (Dalloz, v° Conciliation, n° 6; Rolland de Villargues, Rép., v° Conciliation, n° 16; Carré, Just. de paix, t. 4, p. 148 et 163.)

78. M. Carré a toutesois pensé que ce principe ne pouvait recevoir application lorsque les personnes qui se présentent devant le juge de paix ne sont pas capables de transiger. « Dans ce cas, dit cet auteur, le juge de paix ne doit pas insérer dans son procès-verbal les conditions de l'arrangement, mais déclarer qu'il s'y est refusé, attendu l'incapacité des parties, démontrée par les qualités qu'elles ont prises. » Nous ne partageons pas, en ce point, l'opinion de M. Carré. Qu'importe, en effet, que la convention arrêtée ait ou n'ait pas une force obligatoire pour les deux parties ou l'une d'elles? Ces questions sont des questions du fond, que le juge de paix, comme juge conciliateur, n'a point à examiner; et de même que les parties auraient pu faire dresser par un notaire acte de leurs conventions, de même aussi elles peuvent se présenter devant le juge de paix afin de se concilier, sous la direction de ce magistrat, sur la contestation prête à s'engager entre elles.

- 79. Ce que nous venons de dire des causes dispensées de la conciliation et qui sont du ressort des tribunaux de première instance, il faut le dire aussi des causes mêmes qui seraient de la compétence des juges de paix. (V. Carré, Just. de paix, t. 4, p. 147.) On peut même dire que c'est à ces causes d'intérêt minime que semble surtout convenir l'essai de conciliation.
- 80. Mais, en même temps, il ne faut pas perdre de vue que le juge de paix n'a qualité pour dresser acte des conventions qui interviennent entre les parties, que lorsque ces parties se sont présentées devant lui, comme juge tenant bureau de conciliation, et pour se concilier en effet sur une contestation prête à naître entre elles. Les actes purement volontaires, qui ne supposent aucune contestation et auxquels les parties veulent ou doivent donner l'authenticité, ne peuvent, ainsi qu'il résulte de l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 25 ventôse an XI, être reçus que par les notaires.
- 81. En considérant l'essai de conciliation sous ce point de vue, on aperçoit qu'il ne serait pas besoin de rechercher quelles sont précisément les causes à l'égard desquelles le demandeur doit nécessairement tenter la conciliation ou en est dispensé. Il suffit de poser en principe que le juge de paix doit entendre toutes les parties qui se présentent devant lui, les concilier, s'il le peut, sur quelque contestation que ce soit, et, s'il y parvient, dresser acte de leurs conventions.

Cela néanmoins ne peut s'étendre aux matières qui en elles-mêmes ne sont pas susceptibles de transaction. Ainsi, il est clair que deux époux ne pourraient se concilier sur une demande en séparation de biens, en ce sens du moins qu'ils ne pourraient régler à l'amiable les conditions de la séparation de biens. Dans ce cas donc, ce n'est plus dans l'intérèt privé des parties que la loi dispense de l'essai de conciliation: ici il y a, en fait, interdiction réelle; l'ordre public ne permet pas qu'on se concilie, qu'on fasse d'arrangement sur une pareille matière. Or, le juge de paix, magistrat chargé lui-même de maintenir l'ordre public, de faire respecter la loi, ne pourrait évidemment se prêter à un acte qui serait un trouble à l'ordre public, une infraction à la loi.

82. Il faut dire encore que si, dans les matières non soumises à l'essai de conciliation, les parties peuvent se présenter au bureau de paix, cela néanmoins ne peut avoir lieu que du consentement du défendeur; d'où il suit que si ce dernier ne comparaît pas, ou que, comparaissant, il oppose que la cause n'est pas soumise à l'essai de conciliation, il n'y aurait pas lieu, en ce cas, à donner procèsverbal de non conciliation; la citation devrait donc être considérée comme non avenue, et les frais de cette citation, considérés comme frais frustratoires, resteraient, dans tous les cas, à la charge de celui qui l'aurait donnée.

SECT. 5. — Comparation des parties au bureau de paix.

§ 1er. — Formalités de la citation.

83. La citation pour comparaître au bureau de paix doit être donnée trois jours au moins avant celui fixé pour la comparution. (C. de proc., 51.) Ce délai est franc, c'est-à-dire que dans les trois jours indiqués par l'assignation, on ne doit comprendre ni le jour de la citation, ni celui de la comparution; il devrait de plus être augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance, au cas d'éloignement du défendeur. (V. Carré, Just. de paix, t. 4, p. 171; et M. Favard, v° Conciliation, n° 627.)

84. Cette citation est ordinairement notifiée par l'huissier attaché à la justice de paix, dans le canton de laquelle le défendeur a son domicile (C. pr., 52). Toutefois elle pourrait l'être par tout autre huissier du canton. MM. Merlin (Quest. vº Huissier de justice de paix), Carré Lois de la pr., Quest. 9), Delaporte (Comm., t. 1er, p. 16) ont soutenu l'opinion contraire. Mais, d'un côté, l'art. 1030 (C. pr.) ne permet d'admettre d'autres nullités que celles prononcées par la loi; et, d'un autre côté, l'article 16 de la loi du 25 mai 1838, en autorisant indistinctement tous les huissiers d'un canton à notifier toutes les citations et tous les actes devant la justice de paix, a tranché la question. (V. Chauveau sur Carré, Quest. 220, et Benech, p. 441.)

85. La citation doit énoncer sommairement l'objet de la conciliation. La loi n'exige rien de plus; et de là on a conclu avec raison qu'il n'était pas besoin, comme lorsqu'il s'agit de la citation en justice (Code de procédure, art. 1er), que la citation contînt les moyens de

la demande. Cette différence est fondée sans doute sur ce que le législateur a pensé qu'indiquer les moyens de la demande, c'était déjà engager le débat, et que c'eût été mal se préparer à l'objet que s'est proposé la loi lorsqu'elle a voulu que les parties se présentassent au bureau de paix; car là, en effet, il s'agit moins de justifier rigoureusement de ses droits que de faire le sacrifice de quelques-uns.

On doit, au surplus, pour la forme de la citation, se reporter, quant aux points non réglés par le titre spécial de la conciliation, à ce qui est prescrit pour les citations ordinaires.

86. On a mis en doute que le juge de paix puisse interdire aux huissiers de sa résidence de donner aucune citation en conciliation, sans qu'au préalable il n'ait appelé, sans frais, les parties devant lui. On a dit que l'art. 17 de la loi du 25 mai 1838 n'a rapport qu'aux affaires dans lesquelles le juge de paix doit statuer comme juge, et non à celles qui sont de la compétence des tribunaux civils; que le mot causes, employé par cet article, ne peut s'appliquer au préliminaire de conciliation qui n'est point une cause; et que toute autre interprétation conduirait en quelque sorte à deux préliminaires de conciliation, l'un sur invitation amiable, l'autre sur citation régulière. (Curasson, n° 2483). Nous ne sommes point de cet avis. Les termes : dans toutes les causes, employés par la loi, sont généraux et s'appliquent à toute espèces d'affaires; l'avertissement préalable est préférable à la citation en conciliation qu'il a pour but de prévenir, et qui est un premier acte d'hostilité souvent fâcheux; et la loi de 1838 nous paraît avoir eu pour objet de sanctionner un usage introduit dans la plupart des justices de paix. (Circul. minist. just., 6 juin 1838.)

#### \$ 2. — Devant queljuge de paix la demande doit être portée.

87. Les juges de paix sont exclusivement chargés de tenir les bureaux de conciliation, et ils ont tous, en cette matière, les mêmes attributions. Mais si tous les juges de paix sont également compétents, ratione materiæ, pour recevoir la demande d'essai de conciliation, cependant il était nécessaire de déterminer devant quel juge de paix en particulier pourrait ètre portée, soit à raison du domicile des parties, soit à raison de la nature de l'affaire ou de la situation des biens, la

demande à fin de tentative de conciliation sur une contestation donnée.

Cela a été réglé par l'art 50 du Code de procédure civile, qui est ainsi concu: « Le défendeur sera cité en conciliation : 1º en matière personnelle et réelle, devant le juge de paix de son domicile; s'il y a deux défendeurs, devant le juge de l'un d'eux, au choix du demandeur; 2° en matière de société autre que celle de commerce, tant qu'elle existe, devant le juge du lieu où elle est établie; 3º en matière de succession, sur les demandes entre héritiers, jusqu'au partage inclusivement: sur les demandes qui seraient intentées par les creanciers du défunt avant le partage; sur les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort, jusqu'au jugement définitif devant le juge de paix du lieu où la succession est ouverte. »

Reprenons en particulier chacune des dispositions de cet article.

88. 1° Le défendeur doit être cité en conciliation, même en matière réelle, devant le juge de son domicile. On a fait remarquer que cette disposition déroge à la règle tracée par l'art. 59 du même Code; et la raison en est, ainsi qu'on l'a dit, que le magistrat conciliateur n'a pas besoin de visiter les lieux, puisque la conciliation dépend uniquement de la volonté des parties.

89. 2° En matière de société, la citation doit être donnée, tant que la société existe, devant les juges du lieu où elle est établie. M. Carré pense que si les objets compris dans la société n'ont pas de siège principal, les mots: où elle est établie, doivent s'entendre du lieu où elle a été contractée. (Carré, art. 50, note 3; Dalloz, v° Conciliation, n° 84.)

Nous ne croyons pas cette opinion fondée. C'est par exception qu'en matière de société la citation peut être donnée au lieu où elle est établie; et cette exception est fondée sur ce que c'est aussi dans cet endroit que les membres de la société sont supposés avoir, sinon leur domicile réel, au moins leur résidence habituelle. Mais lorsque l'on ne connaît aucun lieu où la société existe, on ne se trouve plus dans l'exception; et pourquoi, en ce cas, en créer une nouvelle, qui n'est pas dans la la loi? Ne vaut-il pas mieux revenir au droit commun et dire que la citation sera donnée devant le juge du domicile du défendeur, ou, s'il y a deux défendeurs, devant le juge de l'un d'eux? Deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 14 mars 1810 (Devillen et Car, 3. 1. 162), l'autre du 28 mai 1817 (S.-V. 17. 1. 254), ont jugé que la disposition qui nous occupe n'était pas applicable aux sociétés en participation, « parce que, disait la Cour, ces sociétés ne consistant point dans une série d'affaires, sont réputées n'avoir pas d'assiette ou d'établissement.. » Il nous paraît y avoir lieu de décider ici de même manière.

90. 3º En matière de succession, sur les demandes entre héritiers jusqu'au partage inclusivement, la citation doit être donnée devant le juge de paix du lieu où la succession est ouverte. M. Boncenne (t. 2, p. 27) a pensé que la citation en conciliation sur les demandes entre héritiers, en rescision ou en garantie de partage, se porte, même après le partage définitif, devant le juge du lieu de l'ouverture de la succession, parce qu'alors l'existence légale du partage étant remise en question, c'est comme s'il n'y en avait pas eu. (Dalloz, vº Conciliation, nº 86.) Cette opinion est tirée par argument de l'article 822 du Code civil. Mais il nous semble que M. Boncenne s'est mépris sur le véritable esprit de l'art. 50 du Code de procédure. On a supposé que, jusqu'au partage, les affaires de la succession avaient dù attirer les héritiers au lieu même où cette succession s'est ouverte. C'est pour cela que l'art. 50 permet de les citer en conciliation devant le juge de ce lieu. Mais quand le partage est fait, chaque héritier est supposé retourner à son domicile réel; et alors, le même motif ne subsistant plus, l'héritier ne peut plus être cité en conciliation que devant le juge de ce domicile même. A la vérité, quand il s'agit d'une action en rescision du partage, ou relative à la garantie des lots, cette action doit être portée, d'après l'art. 822 du Code civil, devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. C'est une exception à l'art. 50, et cette exception est sage, parce que c'est au lieu où la succession s'est ouverte que peuvent être, en général au moins, plus convenablement débattues les contestations relatives aux biens dépendant de la succession. Mais si cela est vrai lorsqu'il s'agit de la contestation du fond, il n'en est plus ainsi quand il s'agit de la demande en conciliation. Ainsi que l'a très-bien dit M. Carré, dans un autre endroit, la conciliation dépend de la volonté des parties; elle n'exige aucune vérification de lieux, et il était raisonnable qu'on citât celui qu'on veut appeler en conciliation, devant le juge de paix du lieu même où il est supposé être, c'est à-dire à son véritable domicile. C'est par cette même raison qu'en matière réelle, la citation en conciliation est donnée devant le juge de paix du domicile du défendeur, tandis que, lorsque l'action doit être portée en justice. l'assignation doit, dans cette même matière, être donnée devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux (art. 59). C'est encore ce même motif qui explique la différence qu'on remarque dans quelques autres cas, entre la première disposition de l'art. 50 et les dispositions de l'art. 59. Ainsi, par exemple, aux termes de ce dernier article, l'assignation peut être donnée devant le tribunal du domicile élu. S'il s'agit, au contraire, de la citation en conciliation, il faudrait la donner devant le juge du domicile réel, et non devant celui du domicile élu. (V. Favard, Répert. de législ., v° Conciliation, p. 626.)

91. Le nº 3 de l'article 50 s'occupe aussi des demandes intentées avant le parlage par les créanciers du défunt; et M. Carré a pensé qu'il fallait comprendre sous le mot créanciers tous ceux qui ont à réclamer quoi que ce soit contre la succession. La même raison en effet semble subsister pour tous les cas où il s'agit d'une réclamation, quel que soit son objet ou sa nature, qui devrait être formée contre le défunt s'il vivait. Le motif de la loi est tiré non de l'objet de la demande, mais de la circonstance que le véritable domicile des héritiers, quant aux droits et aux obligations, quant à tout ce qui regarde la succession, est non le leur propre, c'est-à-dire le domicile réel, mais bien le lieu où la succession s'est ouverte.

92. Cependant la loi elle-même paraît faire exception en ce qui regarde les demandes formées par ceux qui voudraient agir contre la succession, en vertu de dispositions à cause de mort. Ceux-là, dans le sens absolu du mot, peuvent être considérés aussi comme créanciers de la succession, et néanmoins l'article 50 dit que la citation en conciliation, pour les demandes relatives aux dispositions à cause de mort, sera donnée devant le juge de paix du lieu où la succession s'est ouverte, non point, comme dans les autres cas, jusqu'au partage définitif, mais jusqu'au jugement dé finitif. Cela toutefois semble n'avoir été considéré par M. Dalloz (vº Concil., nº 85), que comme une erreur de rédaction; car cet au-

teur, sans en donner d'ailleurs aucune explication, substitue aux mots jugement définitif, ceux-ci : partage définitif. Mais cette erreur paraît d'autant moins probable, que la même disposition est répétée textuellement dans l'article 59, en sorte que cet article contient aussi, pour les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort, une exception au principe général qui veut que les demandes en matière de succession soient portées, jusqu'au partage, devant le juge du lieu où la succession s'est ouverte. Il faut donc bien, quel que soit le motif réel de la loi, entendre ces deux dispositions dans le sens littéral qu'elles présentent. Remarquons d'ailleurs que celui au profit duquel existe une disposition à cause de mort n'est pas dans la classe ordinaire des créanciers : c'est moins un créancier du défunt qu'un créancier des héritiers, puisque ses droits ne se sont ouverts qu'après la mort du premier. Il est en quelque sorte héritier lui-même. prenant part à la succession; ses droits particuliers sont réglés, non par le partage qui se fait entre tous les héritiers, mais bien par le jugement définitif qui intervient, s'il y a contestation sur la disposition faite à son profit. De là apparemment le motif de la différence, quant au cas qui nous occupe, entre les demandes formées contre les héritiers ou entre eux, et celles relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort.

93. M. Boncenne (t. 2, p. 27) a pensé que lorsqu'ils'agit d'une demande formée contre un héritier unique, il n'y a plus lieu d'appliquer le troisième alinéa de l'article 50. En ce cas, l'héritier devrait être cité en conciliation devant le juge de son domicile. Cela ne paraît pas susceptible de doute; car, lorsqu'il n'y a qu'un héritier, jamais il ne peut y avoir lieu à partage. C'est donc dès le premier moment, comme si le partage avait déjà été fait, et dès lors il y a lieu, conformément à l'article 50 lui-même, de citer l'héritier en conciliation au lieu même de son domicile.

94. Comme nous l'avons déjà dit, tous les juges de paix sont également compétents, ratione materiæ, pour recevoir l'essai de conciliation; et si, néanmoins, la loi a dû indiquer devant quel juge de paix en particulier devait être donnée la citation sur une contestation particulière, cela ne regarde que la compétence relative ou compétence ratione personæ. C'est ainsi que nous verrons bientôt que les

parties pourraient, sans citation, se présenter volontairement devant le juge de paix qu'il leur plairait de choisir.

95. Il suit de là que si le défendeur en conciliation, cité devant un juge de paix autre que celui que la loi indiquait, ne se plaint pas, il couvre l'incompétence du juge : c'est comme s'il s'était accordé avec le demandeur pour comparaître devant le juge de paix qui a été saisi par la citation de son adversaire. La cour de Rennes a consacré ce principe par arrêt du 9 février 1813. (Rec. des arrêts de cette cour, t. 4, p. 37; J. P. 3° édit.; — Pau, 6 juil-let 1837, D. P. 38. 2.88; —Carré, n° 234; Pigeau, 1.146; Boitard, 1.145.)

96. Mais il est certain aussi que le défendeur ne peut être appelé, contre son gré, devant un juge de paix qui ne serait pas, d'après les règles que nous avons établies ci-dessus, le juge compétent: il pourrait donc incontestablement décliner la compétence du juge saisi. Mais, dans ce cas, qu'arriverait-il et que devrait faire le juge de paix? C'est un point

que notre Code a omis de régler.

Cette question a été examinée par M. Carré (Just. de paix, t. 4, p. 166), et cet auteur décide: « que le juge de paix doit se horner à énoncer le motif de la fin de non recevoir proposée, et à déclarer que le prenant, de la part de celuiqui l'oppose, pour refus de se concilier, il renvoie les parties à se pourvoir comme elles l'entendront. » C'est aussi, croyons-nous, la véritable marche à suivre. Quel que soit le motif qu'allègue le défendeur pour ne pas s'expliquer sur la demande formée contre lui, le juge de paix doit se borner à le constater. La même opinion est émise par M. Favard (Rép., v° Conciliation, p. 601).

97. Si toutefois le refus de s'expliquer de la part du défendeur était fondé sur ce que le juge de paix devant lequel il a été appelé n'était pas le juge compétent, nous pensons que si son exception était reconnue fondée par le tribunal devant lequel la demande serait portée, il y aurait lieu, en ce cas, de considérer la demande comme n'ayant pas été soumise au préliminaire de conciliation, et le demandeur devrait être renvoyé à se pourvoir, en se conformant à la loi. Au contraire, s'il était reconnu par le tribunal que le défendeur aurait à tort décliné la compétence du juge de paix devant lequel il aurait été appelé, son exception, en ce cas, devrait être considérée comme un refus de comparaître.

§ 3. — Le défendeur doil-il comparaître en personne?

98. Pour assurer quelque succès aux efforts que le magistrat doit faire pour concilier les parties, il était nécessaire que celles-ci se présentassent en personne et ne pussent, hors le cas d'empêchement, s'y faire représenter par un tiers, parce qu'on avait à craindre que ce tiers, mèlant ses propres passions aux passions de la partie elle-même, et ayant moins d'intérêt que celle-ci à un arrangement, ne persistât pour elle dans d'injustes prétentions et ne résistât à tous les efforts du magistrat. C'est sur ce motif qu'est fondé l'article 53 du Code de procédure, qui porte que les parties comparaîtront en personne. Il était nécessaire néanmoins que lorsque la partie ne pourrait se présenter elle-même, elle pût se faire représenter. Aussi est-il dit dans le même article qu'en cas d'empêchement, les parties pourront se faire représenter par un fondé de pouvoir. Mais la partie qui se fait représenter doit-elle justifier de la cause qui l'empêche de se présenter en personne? La loi ne l'exige pas, répond M. Carré (Anal. quest. 123), et par cela même la partie en est dispensée. Il a été, suivant nous, dans l'intention du législateur que la partie citée comparût en personne, et qu'elle ne pût, si ce n'est en cas d'empêchement réel, se faire représenter par un fondé de pouvoir; mais en même temps, et en l'absence de disposition plus expresse, il faut croire que le législateur s'en est, sur ce point, rapporté à la partie ellemême; en sorte que, si elle ne comparaît pas et se fait représenter par un fondé de pouvoir, on présume qu'elle a été réellement empêchée, sans qu'elle soit astreinte à le justifier. Telle paraît être aussi l'opinion généralement reçue. - V. Chauveau sur Carré, t. 1. p. 238.

99. M. Carré décide de plus, et avec raison ce nous semble, que le juge de paix ne pourrait ordonner la comparution personnelle de la partie qui se serait fait représenter par un fondé de pouvoir.

100. L'article 16 du décret des 6.27 mars 1791 voulait que la personne chargée de représenter la partie citée au bureau de paix fût munie de pouvoirs suffisants pour transiger. La loi nouvelle ne l'exige pas. Il y a plus : c'est qu'il fut observé par le tribunat, lors de la discussion du Code de procédure, qu'il serait

déraisonnable de contraindre les parties qui ne peuvent se présenter elles-mêmes, de remettre à un tiers la disposition de leur fortune, quand d'ailleurs il dépend de ces mêmes parties de rendre sans objet la tentative de conciliation en refusant de s'arranger. M. Dalloz (vº Conciliation, nº 99) a tiré de là la conséquence que la procuration de paraître au bureau de paix ne contient pas implicitement le pouvoir de transiger; un tel pouvoir doit être spécial et exprès. C'est aussi l'opinion de MM. Berriat-Saint-Prix (t. 1, p. 89) et Carré (Lois de la procédure, t. 1, p. 106). La même doctrine est enseignée par Favard (v° Concil., p. 628). Cette question fut soulevée au Conseil d'état, lors de la discussion de l'article 53 du Code de procédure, L'archichancelier émit le vœu qu'on n'oblige ât pas les parties à investir leur représentant du pouvoir de transiger, et c'est, d'après M. Locré, dans cet esprit que la loi fut conçue. De tout cela il ressort avec évidence qu'aujourd'hui les parties ne sont pas obligées, comme elles l'étaient sous l'empire de la loi du 6 mars 1791, de donner à la personne qu'elles chargent de les représenter au bureau de paix le pouvoir de transiger. Il suit de là nécessairement que la procuration pour comparaître au bureau de paix ne contient pas implicitement le pouvoir de transiger; de sorte que ce pouvoir n'existe que s'il est exprimé formellement.

On pourrait dire, il est vrai, qu'en pareil cas, l'objet et l'étendue du pouvoir résultent du fait même à l'occasion duquel le pouvoir est donné; or il est donné pour se présenter au bureau de conciliation : il contient donc en soi virtuellement pouvoir de se concilier. Cela paraît rationnel; et remarquons que la loi nouvelle ne contient aucune disposition contraire. (V. Pigeau, t. 1<sup>er</sup>, p. 137; — Douai, 13 mai 1836, S.-V. 36. 2. 450.)

Mais on répond avec raison qu'il est plus rationnel encore de limiter le pouvoir aux termes mêmes dans lesquels il a été donné; que le pouvoir de comparaître est en quelque sorte exclusif du pouvoir de se concilier. Il pourrait en être autrement si la procuration ajoutait aux mots « pouvoir de comparaître, » ceux-ci, par exemple, « afin de répondre à la citation, » ou leur équivalent. Ce serait alors une question d'interprétation. (V. Chauveau sur Carré, Quest. 225; Favard de Langlade, 1. 627; Boitard, 1. 141.)

101. Le pouvoir donné par la personne ci-

tée pour la représenter au bureau de paix peut être sous seing privé, et il sussit, s'il n'y a pas contestation à cet égard; mais si le demandeur resuse de reconnaître l'écriture, et par conséquent aussi, comme le dit M. Favard, le sondé de pouvoir, le désendeur n'est plus réellement représenté, et l'auteur que nous venons de citer a décidé avec raison, suivant nous, qu'il est, en ce cas, soumis à l'application de l'article 56, qui prononce contre la partie qui ne comparaît pas une amende de dix francs. (V. Képert. de législ., v° Conciliation, p. 627.)

102. L'article 16, déjà cité, du décret du 6 mars 1791, portait qu'aucuns avoués, greffiers, huissiers et ci-devant hommes de loi ou procurcurs ne pourraient représenter les parties au bureau de paix. Mais cette disposition n'existe plus; elle a été abrogée par l'article 1041 du Code de procédure. (Boncenne, t. 2, p. 38; Carré, sur l'art. 53; Rennes, 16 août 1817; J. P. 3° édit.)

#### § 4. — Du cas où les parties font défaut.

103. Si la loi n'a pu obligér la partie citée à se prêter à la conciliation proposée par le demandeur, elle ne lui permet pas néanmoins de ne pas déférer à la citation qui lui est donnée. Le demandeur lui-même ne peut pas davantage se refuser à comparaître sur la citation donnée par lui. En un mot, l'essai de conciliation n'est pas commandé par la loi dans le seul intérêt des parties; c'est aussi une mesure d'ordre public; et celle des parties qui ne comparaît pas, dit l'art. 56, sera condamnée à une amende de dix francs. Toute audience lui sera refusée jusqu'à ce qu'elle ait justifié de la quittance.

104. Cette disposition a fait naître la question de savoir par qui doit être prononcée la condamnation à l'amende contre la partie qui ne comparaît pas. M. Dumoulin (Biblioth. du barreau, 1re partie, p. 24) avait pensé que l'amende devait être prononcée par le juge de paix. Cela ne ferait, ce nous semble, aucun doute, si l'on s'en tenait au texte de la loi; c'est aussi ce qu'avait reconnu M. Carré. Car remarquons que l'art. 56 ne dit pas que la partie qui ne comparaît pas aura encouru, mais bien qu'elle sera condamnée. Or, comme le disait M. Dumoulin, ce sont deux choses qui se passent en même temps : la partie ne comparaît pas, et elle est condamnée; mais par qui? Encore une fois, si l'on ne voulait voir que

les termes de la loi, il faudrait dire par le juge de paix. Il ne faudrait pas d'ailleurs s'étonner que le juge de paix, qui tient bureau de conciliation, se fit juge, en ce cas, pour prononcer l'amende. Lorsque le juge de paix préside le conseil de famille, il n'exerce non plus aucune juridiction, et cependant il peut prononcer sans appel une amende, qui peut s'élever à cinquante francs, contre la personne convoquée qui ne comparaît pas. L'article 413 du Code civil le dit formellement.

Cependant le grand juge ministre de la justice a décidé, le 31 juillet 1808, que l'amende n'est pas encourue de plein droit, et qu'elle ne pourrait pas être exigée si la demande n'était pas portée au tribunal de première instance. Cette décision, suivant nous, est contraire à la lettre comme à l'esprit de la loi. Considérée ainsi, il est clair qu'elle n'aurait pas eu l'effet d'annuler la loi. Mais on l'a admise comme interprétative de l'article 56; à ce titre, elle a fixé la jurisprudence et l'opinion des commentateurs. De telle sorte qu'il est aujourd'hui recu, sans contestation. que l'amende résultant du défaut de comparution au bureau de paix ne peut être prononcée que par le tribunal devant lequel la demande est portée. (Cass. 8 août 1832, S.-V. 32. 1. 787; J. P. 3' édit; D. P. 32. 1. 340.)

105. Dans le cas où l'audience est refusée à la partie qui n'a pas comparu au bureau de paix, et qui ne justifie pas de la quittance du montant de l'amende encourue, la marche de la procédure n'en est pas entravée, et le jugement est rendu sur la poursuite de l'autre partie. Mais le jugement doit-il être réputé contradictoire? Nous ne le pensons pas. La partie qui ne se présente point est jugée par défaut, et soit qu'elle refuse volontairement de comparaître, soit que l'audience lui soit refusée, sa position est la même, et le jugement pris contre elle ne peut être qu'un jugement par défaut ordinaire. (Carré, Justice de paix, t. 4, p. 138; Paris, 10 août 1809, Devillen. et Car. 3. 2. 121; J. P. 3º édit.)

106. Le ministère public a qualité pour requérir, malgré le silence des parties, le refus d'audience contre celui qui n'a pas payé l'amende. (Cass. 25 nov. 1828, S.-V. 29. 1. 9; J. P. 3° édit.; D. P. 29. 1. 32.)

Lorsque l'une ou l'autre des parties n'a pas comparu, il en est fait mention sur le registre du greffe et sur l'original ou la copie de la citation, suivant que c'est le défendeur ou le demandeur qui fait défaut. Il n'est pas besoin, en ce cas, de dresser procès-verbal. (C. proc. civ., 58.)

### § 5. — Comparation volontaire des parties.

107. Les parties pourraient comparaître volontairement et sans citation devant le juge de paix; cela résulte expressément de l'article 48 du Code de procédure. Le juge de paix devant lequel les parties se présentent a le droit de les concilier, quel que soit leur domicile, ou la situation des objets litigieux. Il peut donc, si la conciliation s'opère, dresser procès-verbal des conventions des parties, et l'acte rapporté par lui n'a pas moins de force que s'il avait été dressé par le juge de paix du domicile du défendeur, ou par celui indiqué par la loi dans les cas spéciaux que nous avons fait connaître.

De même, si les parties ne pouvaient se concilier, le procès-verbal qui le constaterait aurait le même effet que s'il était dressé par le juge devant lequel devaient naturellement se présenter les parties. En un mot, le juge de paix choisi par les parties devient leur juge naturel, et il a les mêmes attributions, le même pouvoir, pour tout ce qui regarde l'essai de conciliation, que le juge indiqué par la loi elle-même.

Il nous reste à voir maintenant si, lorsque le juge de paix tient bureau de conciliation, son audience doit être publique.

#### § 6. - L'audience doit-elle être publique?

108. Le juge de paix n'exerce aucune juridiction lorsqu'il siège au bureau de paix. De là on a conclu que la tentative de conciliation n'est pas nécessairement soumise, comme les débats judiciaires, à l'obligation de la publicité. La loi, a-t-on dit, ne l'exige pas et laisse ainsi au juge la faculté d'entendre les parties à huis clos toutes les fois qu'il le juge convenable. (Carré, Lois de la proc., t. 1, p. 108; Favard, p. 621.) M Chauveau (Journal des aroués, vo Concil., p. 293) émet une opinion contraire. La raison sur laquelle s'appuie cet auteur, c'est que le juge de paix, présidant le bureau de paix, tient une audience; d'où il conclut que la loi n'ayant rien dit de contraire, cette audience doit être publique. Cela ne nous paraît pas exact. On ne peut assimiler l'audience tenue par le juge de paix, comme juge, à l'audience qu'il tient comme président du bureau de paix : il y a dans les deux cas des motifs de dissérence faciles à apprécier. Comme juge, ce magistrat décide entre les parties; il rend des jugements qui font loi entre celles-ci et malgré elles; et pour soustraire le juge à toute influence, pour garantir aux citoyens une justice exacte, impartiale, la loi a voulu que les débats fussent publics et que le jugement fût rendu publiquement : c'est une sage et nécessaire précaution. Mais lorsque le juge de paix tient le bureau de conciliation, il n'est pas le juge des parties, il n'est que médiateur entre elles; et s'il parvient à les concilier, il doit dresser acte de leurs volontés. Mais certes on n'aperçoit pas que pour arriver à ce but il soit nécessaire d'appeler le public à l'audience. Il nous semble, au contraire, que le but de la loi sera plus sûrement atteint, si les parties se trouvent seules en présence du magistrat chargé de les concilier: éclairées par ses conseils, elles peuvent consentir réciproquement à faire quelques concessions; mais cela deviendra presque impossible si le public assiste à leurs débats; car alors la discussion s'anime d'autant plus que ce n'est pas seulement le juge de paix qu'on veut convaincre, mais les personnes mêmes qui sont présentes. Ce ne sont plus seulement des droits qu'on soutient, c'est aussi son amour-propre qu'on veut sauver, et une sorte de point d'honneur ne permet pas qu'on se départe des premières prétentions qu'on a élevées. Ce sentiment est le même dans les deux parties, et loin que la tentative de conciliation dût amener l'heureux résultat qu'en avait attendu le législateur, elle ne ferait que réchauffer les haines et exciter plus d'entêtement.

L'usage est, au surplus, conforme à cette décision.

Sect. 6. — Objet et effets de la comparution.

§ 1er. — Les parties peuvent-elles respectivement soumettre à la conciliation des demandes non comprises dans la citation?

109. L'art. 54 permet au demandeur, lors de la comparution devant le juge de paix, d'expliquer, même d'augmenter sa demande. Le défendeur peut former celles qu'il juge convenables.

Des auteurs ont toutesois soutenu que le désendeur lui-même ne pouvait sormer que des demandes qui sussent une désense à l'action principale. M. Favard (v° Conciliation, p. 630) cite un arrêt de Cassation du 17 août

1814, qui aurait jugé dans ce sens. Mais, 1° l'arrêt cité par M. Favard n'a point jugé la question qui nous occupe; 2° en tous cas, les termes de l'article 54 sont généraux et absolus: ils portent que le défendeur peut former les demandes qu'il juge convenables, sans exprimer aucune restriction, et d'autant moins ici que les demandes reconventionnelles sont dispensées du préliminaire de conciliation. Il en résulte que le demandeur, qui peut expliquer, même augmenter sa demande, doit toutefois se renfermer dans l'objet même de cette demande, et que le défendeur, au contraire, peut former des demandes particulières, même étrangères à la demande principale.

110. Si, néanmoins, le défendeur avait consenti à essayer de se concilier sur une demande nouvelle formée par le demandeur, et que le procès-verbal du juge de paix en sît mention, le demandeur pourrait, en ce cas, porter cette demande au tribunal de première instance, sans qu'il sût besoin de la soumettre à un nouvel essai de conciliation. (Chauveau-Carré, sur l'art. 54, note.)

111. On s'est inutilement occupé, ce nous semble, de la question de savoir si le juge de paix pouvait faire aux parties des interpellations qui dégénéreraient en interrogatoires. Le juge de paix doit faire tous ses efforts pour concilier les parties qui se présentent devant lui. C'est l'objet spécial des fonctions qui lui sont confiées; et son influence serait évidemment nulle, s'il ne lui était pas permis d'adresser des questions aux parties, de leur faire des observations, de se mèler, en un mot, à leurs débats. (Favard, v° Conciliation, p. 630.)

112. Néanmoins le juge de paix ne peut s'interposer comme juge entre les parties; et si l'une d'elles refuse de s'expliquer sur les questions, même justes, que ce magistrat lui adresse, elle ne manifeste autre chose par là qu'un refus de se concilier, et le juge de paix ne doit, en ce cas, constater que la nonconciliation.

§ 2. — Quel est l'effet du serment déféré ou référé devant le juge de paix, ou du refus de le prêler?

113. Si l'une des parties défère le serment à l'autre, le juge de païx doit le recevoir, ou bien il fait mention du refus de le prêter (C. proc. civ., 55). Mais il peut arriver que la partie à laquelle le serment est déféré le réfère elle-même à l'autre partie, et l'on a pensé qu'en ce cas il y avait lieu aussi d'appliquer la disposition de l'art. 55.

La loi des 6-27 mars 1791 était expresse à cet égard; l'art. 25 portait : « Lorsque de deux parties présentes devant le bureau de paix, l'une déclarera s'en rapporter au serment de l'autre partie sur la vérité d'une dette méconnue, ou d'une convention contestée, ou de tout autre fait décisif, le bureau de paix recevra le serment, ou fera mention dans son procès-verbal du refus de le prêter. » La disposition analogue de notre Code de procédure est moins étendue; mais elle nous paraît néanmoins concue dans le même esprit, parce qu'il y a absolument même raison pour l'un ou l'autre cas, et qu'il serait impossible de rendre compte de la distinction qui résulterait de l'art. 55, si on s'en rapportait littéralement à son texte. Ainsi le juge de paix devrait donc recevoir le serment référé de la même manière qu'il recoit le serment déféré directement, ou faire mention du refus de le prêter (Chauveau-Carré, Quest. 237).

114. Mais le juge de paix ne pourrait pas d'office déférer le serment à l'une ou à l'autre des parties : ce serait un acte d'autorité, un acte de juge, qui sortirait de ses attributions. (Chauveau sur Carré, Quest. 235; Boncenne, t. 2, p. 43.)

115. Les principes posés par les articles 1357, 1361, 1365 du Code civil, sont-ils applicables au serment déféré devant le juge de paix tenant bureau de conciliation? Il faut distinguer entre le cas où le serment est prêté, et celui où il y a refus de le prêter. Nous nous occuperons d'abord de ce dernier cas.

La Cour de cassation a jugé, par arrêt du 17 juillet 1810 (S .- V. 10. 1. 327; J. P. 3e édit.; D. A. 10. 763), « que la disposition de l'article 1361 du Code civil, rapprochée de l'article 1357 et des autres articles de la même section, ne peut s'entendre que du serment décisoire judiciairement déféré ou référé pardevant le juge qui doit prononcer sur le différend des parties; » d'où la conséquence que le refus de prêter serment devant le bureau de paix ne peut être considéré que comme un refus de se concilier. Cette décision nous paraît conforme au véritable esprit de la loi. Celui qui refuse de prêter le serment qui lui est déféré, laisse sans doute planer sur lui un grave soupçon de mauvaise foi; mais toutefois le magistrat qui tient le bureau de conciliation n'est pas juge, il n'est que médiateur entre les parties: il n'y a donc pas lieu d'appliquer au serment déféré ou référé devant lui la disposition de l'article 1361, qui évidemment ne peut convenir qu'au serment déféré devant le juge chargé, commé le disait la Cour de cassation dans l'arrêt rapporté ci-dessus, de prononcer sur le différend des parties. C'est aussi l'opinion de MM. Chauveau sur Carré (Procéd. civ., Quest. 239) et Boncenne (Théorie de la pr. civ., t. 2, p. 44.)

déféré est prêté: alors il y a concours de deux volontés; c'est un contrat formé devant un magistrat compétent pour le recevoir et en dresser acte; il doit faire loi entre les parties. Le serment prêté a donc, en ce cas, tous les effets du serment décisoire, c'est-à-dire qu'il équivaut à une convention fixant les droits des parties. (Chauveau sur Carré, loc. cit.; Favard, v° Conciliat., p. 632.)

§ 3. — Le juge de paix doit-il consigner dans son procès-verbal les dires respectifs des parties?

117. L'article 3 du titre 10 de la loi des 16-24 août 1790 portait ce qui suit : « Dans le casoù les deux parties comparaîtront devant le bureau de paix, il dressera un procès-verbal sommaire de leurs dires, aveux ou dénégations sur les points de fait. » L'article 54 du Code de procédure a réglé ce même point; mais il se contente de dire que s'il n'y a pas eu d'arrangement, le juge de paix « fera sommairement mention que les parties n'ont pu s'accorder. »

Néanmoins, M. Carré avait d'abord pensé (V. Organ. et compét., t. 2, p. 411) que la loi de 1790 devait encore aujourd'hui être observée. C'est aussi la doctrine de M. Toullier, et elle a été adoptée par MM. Dalloz aîné et Favard de Langlade. M. Toullier approuvé en elle-même la disposition de la loi de 1760. « C'est, dit-il, une disposition sage qui tient à l'ordre public, à la paix de la société, et que le Code de procédure n'a abrogée ni expressément ni virtuellement. » (t. 9. n° 120, 20 b)

Il nous semble que le savant auteur n'a pas envisagé cette disposition sous son véritable point de vue. Il serait sans doute intéressant que le juge de paix tînt procès-verbal des aveux ou dénégations qui peuvent échapper aux parties, aveux qui, comme le dit M. Toullier, pourraient éclairer la justice qu la guider dans la recherche ou la découverte de la vérité. Mais la loi de 1790 s'est proposé un autre objet, à savoir, la conciliation des parties. Or, si en obligeant le juge de paix à dresser procès-verbal des aveux ou des dénégations des parties, ou même en l'y autorisant, on doit mettre obstacle à la conciliation et forcer les parties à se renfermer dans un silence absolu, par la crainte de se compromettre, qu'arrivera-t-il? Qu'il n'y aura ni aveux, ni dénégations, ni conciliation. Loin donc que la disposition ci-dessus rappelée de la loi de 1790 soit une disposition favorable à la paix publique et diminuant le nombre des procès, elle aurait un effet tout contraire.

Là, toutefois, n'est point précisément la guestion. Il s'agit de savoir si la loi de 1790 a été ou non abrogée, et, sur ce second point, nous ne pouvons non plus adopter l'opinion de M. Toullier. La loi de 1790 voulait que le juge de paix dressât un proces-verbal sommaire des dires des parties, de leurs aveux ou dénégations sur les points de fait. Le Code de procédure veut seulement qu'il fasse sommairement mention que les parties n'ont pu s'accorder. Or, si on applique encore la loi de 1790, non-seulement on fait plus, mais on fait autrement que ce que prescrit le Code de procedure. Ces deux dispositions ne peuvent donc être appliquées à la fois, et par conséquent la seconde a abrogé la première. (Demiau-Crouzillac, Analy., quest. 130; Pigeau; Carré, Justice de paix, t. 4, p. 179, nºs 2988 et suiv.; Boncenne, t. 2, p. 39; V. surtout, dans Locré, la discussion au Conseil d'état;-V. aussi Orléans, 7 avril 1838, S.-V. 38. 2. 523; J. P. 1838. 1. 601; D. P. 38. 2. 181.)

Ajoutons que l'article 10 du tarif des frais en matière civile accorde 80 centimes au greffier pour l'expédition du procès-verbal qui constate que les parties n'ont pu être conciliées, « et qui ne doit contenir, dit expressement cet article, qu'une mention sommaire qu'elles n'ont pu s'accorder. »

disposition de l'article 54 au delà de son véritable esprit. Il en résulte que le juge de paix ne peut d'office ou contre la volonté de la partie dresser procès-verbal des aveux ou dénégations échappés à celle-ci. Néanmoins, si sur la réquisition de l'autre partie, celle qui a fait les aveux ou dénégations consent qu'il en soit dressé procès-verbal par le

juge de paix, sans aucun doute alors ce magistrat peut tenir acté de ces aveux ou dénégations. Dans ce cas, il y a concours des deux volontés, et toutes les fois que ce concours existe, le juge de paix a caractère et devient compétent pour constater ce qui s'est passé devant lui.

119. Du reste, il faudrait dire des aveux ou dénégations constatés par le juge de paix. du consentement de la partie qui les a faits. et lorsque le procès-verbal est signé d'elle ou porte la mention qu'elle ne sait ou ne peut signer, ce que M. Toullier a dit des aveux ou dénégations dont, suivant la doctrine de cet auteur, le juge de paix devrait dresser procèsverbal conformément à la loi de 1790. « Ces aveux, quoique non faits en jugement, n'en sont pas moins authentiques, puisqu'ils sont faits devant des officiers spécialement chargés de les recevoir; ils doivent donc faire foi en justice contre celui qui les a faits, jusqu'à ce qu'il soit prouvé qu'ils sont fondés sur une erreur de fait. » (Droit civil, t. 10, p. 384, nº 271.)

M. Carre (ibid., p. 187, nº 2992) a néanmoins combattu cette opinion. Son objection est tirée de l'article 1356. L'aveu judiciaire, dit M. Carré, est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoirs spécial. Or, l'aveu fait devant le juge de paix tenant bureau de conciliation, n'est assurément pas un aveu fait en justice; donc, ce n'est pas un aveu judiciaire. Ce raisonnement repose sur une confusion de mots. L'aveu fait devant le juge de paix tenant bureau de conciliation n'est pas un aveu judiciaire, cela est vrai, mais qu'importe? aveu judiciaire ou aveu extra-judiciaire, l'un et l'autre ont la même force, il suffit qu'ils soient prouves. La déclaration faite devant un notaire est essentiellement une déclaration extra-judiciaire; a-t-elle moins de force que l'aveu judiciaire? Assurément non. Il en est ainsi de tout autre aveu extra-judiciaire authentiquement prouvé. Or, le juge de paix est un magistrat revêtu d'une autorité publique : tout acte qui émane de lui, lorsqu'il agit dans le cercle de ses attributions, a donc un caractère d'authenticité et fait foi de son contenu.

#### § 4. — Force et effets des conventions insérées au procès-verbal.

deur pourra expliquer, même augmenter sa

demande, et le désendeur sormer celles qu'il jugera convenables. Le procès-verbal qui en sera dressé contiendra les conditions de l'arrangement; s'il y en a, dans le cas contraire, il sera sommairement mention que les parties n'ont pu s'accorder. Les conventions des parties insérées au procès-verbal ont sorce d'obligation privée. » (C. pr. civ., 54.)

M. Berriat Saint-Prix (t. 1, p. 190), en s'occupant de cette disposition, dit: « Quoique le juge de paix qui préside au bureau de paix soit un officier public, il n'a pas caractère pour recevoir des actes volontaires, ainsi que le remarque avec raison Merlin (Rép., t. 5, p. 830 et 863, 4° édit.), et que le donnent à entendre Treilhard et Faure, qui déclarent l'un et l'autre que lorsque la conciliation s'est opérée et qu'on passe aux conditions de l'arrangement, la compétence et la juridiction de ce magistrat cessent sur-le-champ. »

Il aurait pu, sur ce point, s'élever quelque doute sous l'empire de la loi du 27 mars 1791, qui disait seulement, article 26 : « Le bureau de paix, après avoir concilié les parties, constatera dans le procès-verbal les points de conciliation dont elles sont tombées d'accord. » Mais le doute n'est plus possible aujourd'hui; la loi dit en termes formels: « Le procès-verbal contiendra les conditions de l'arrangement, s'il y en a; les conventions insérées au procès-verbal ont force d'obligation privée.» C'est assurément exprimer, en termes aussi formels que notre langue le permet, que le juge de paix, tenant bureau de conciliation, a caractère pour dresser acte des conventions qui ont été arrêtées devant lui.

121. Il ne résulte cependant pas de là que le juge de paix puisse recevoir des actes volontaires, indépendamment de toute contestation; mais la loi lui donne qualité pour les constater lorsqu'ils se rattachent à quelque difficulté dont il a été à l'avance saisi comme juge de paix tenant bureau de conciliation, soit par citation préalable, soit par la comparution volontaire des parties. (Circul. du min. de la just. du 29 brum. an v.) C'est aussi l'opinion de M. Carré. « Mais du moins, dit ce même auteur (Compét., t. 2, p. 412), il conviendrait de mieux préciser les effets des conventions arrêtées au bureau de paix, et de déclarer qu'elles font foi en justice, aux termes de l'article 1319, comme étant rapportées par un officier public dans l'exercice légal de ses attributions. » Ce qui a pu donner lieu à ce doute de M. Carré, c'est qu'on a dit dans l'exposé des motifs de la loi qui donnait aux juges de paix le droit de dresser procès-verhal des conventions arrêtées devant lui, qu'on n'aurait pu attribuer à ces conventions le caractère d'un acte public, sans porter une atteinte grave aux fonctions des notaires établis pour donner l'authenticité aux actes. Mais il ne faut conclure de là qu'une chose, c'est que les conventions reçues par le juge de paix n'ont aucun des effets attachés aux actes des notaires, et qu'elles n'ont que force d'obligation privée, comme le dit la loi elle-même.

Ainsi il est certain que ces conventions n'emportent point de plein droit hypothèque; elles ne pourraient même suffire pour prendre inscription, bien que l'hypothèque eût été consentie, car, aux termes de l'article 2127 du Code civil, l'hypothèque conventionnelle ne peutêtre consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins. Les conventions arrètées au bureau de paix n'ont pas non plus, à la différence des jugements et des actes notariés, la prérogative de l'exécution parée. Mais il faut distinguer entre les effets particuliers des actes et l'authenticité même de ces actes : ce sont deux choses fort différentes. Ainsi, d'après l'article 1322, l'acte sous seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose a la même foi que l'acte authentique, et cependant cet acte n'a encore que force d'obligation privée. (V. la loi du 3 septembre 1807 et l'art. 2123 du C. civ.) Il en est de même des conventions insérées au procèsverbal du juge de paix, elles n'ont que force d'obligation privée; mais elles n'en font pas moins foi, car lorsque le juge de paix reçoit les conventions des parties comparaissant devant lui au bureau de conciliation, il agit comme officier public dans l'exercice légal de ses attributions, et l'acte rapporté par lui fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes (C. civ., 1319; Pigeau, t. 1, p. 43; Toullier, t. 10, p. 384, nº 271; Favard, vº Concil., p. 631; -- Bordeaux, 11 janv. 1837, arrêt cité par M. Bioche, v° Coucil., nº 138.). Ainsi, un procès-verbal de conciliation fait foi jusqu'à inscription de faux; il est valable nonobstant le défaut de signature des parties, s'il est fait mention qu'elles ne savaient ou n'ont pu signer; enfin, il n'est pas nécessaire d'en rédiger plus d'un original, quoiqu'il y ait plusieurs parties.

122. M. Dalloz va plus loin: il dit, sans distinction, que le procès-verbal dressé par le juge de paix est valable, nonobstant le défaut de signature des parties, s'il est fait mention de leur refus ou de leur impuissance de signer. D'où il résulterait que le procès-verbal dressé par le juge de paix, contenant les conventions des parties, ferait pleine foi et conserverait toute sa force et tous ses effets contre la partie qui aurait refusé de le signer. Or, tout ce que nous avons dit précédemment pour prouver que le juge de paix ne peut consigner dans son procès-verbal les aveux ou dénégations des parties sans le consentement de celles-ci, s'élève contre cette opinion. Le juge de paix n'exerce aucune juridiction: c'est un point capital. Il doit se borner à dresser acte de la volonté des parties, des conventions qu'elles veulent faire; il ne peut rien par autorité. Si donc une partie refuse de signer, c'est qu'elle n'accepte pas les conventions portées au procès-verbal; il n'y a pas conciliation, et le juge de paix doit se borner à le constater. Telle est aussi l'opinion exprimée au Dictionnaire de l'enregistrement, vº Concil., nº 15. (Rennes, 13 mars 1837, D. P. 40. 2. 22.)

\$5... Le juge de paix doit-il, à défaut de conciliation, engager les parties à se retirer devant des arbitres?

123. L'article 60 de la constitution du 22 frimaire an viii voulait qu'au cas de non conciliation, le juge de paix conseillât aux parties de soumettre leur différend à des arbitres. Cette disposition est rappelée, sans aucune observation, par M. Dalloz (vo Concil., nº 106). D'où l'on doit conclure que cet auteur la considère comme étant eucore aujourd'hui en vigueur. Cependant cette même disposition n'est pas reproduite dans l'article 54, et, en fait, on ne l'applique plus. On considère donc l'article 54 comme abrogeant implicitement l'article 60 de la constitution de l'an viii, et nous croyons que cette opinion est juste. La disposition de l'article 54 du Code de procédure est une disposition entière et complète sur la matière que cet article a eu pour objet de régler; il ne peut donc y avoir lieu de recourir à des dispositions antérieures sur la même matière. Et d'ailleurs, en l'an viii, on était encore sous l'influence des idées nouvelles; mais sept années plus tard, l'expérience avait déjà détruit bien des illusions, et lorsqu'en 1806 on discutait le Code de procédure, l'on ne pensait plus que les parties qui auraient refusé de se concilier devant le juge de paix, se présenteraient volontairement devant des arbitres, choisis par eux et qui deviendraient juges de leur différend.

Toutefois, aux termes de l'article 60 de la constitution de l'an VIII, le juge de paix ne devait faire qu'une invitation aux parties de se retirer devant des arbitres; il ne leur en faisait pas une obligation. C'était une simple mesure d'intérêt, de sollicitude exagérée peut-être, mais qui devait toujours être sans inconvénient, et rien ne s'oppose à ce qu'aujourd'hui encore les juges de paix ne se conforment à la constitution de l'an VIII; du moins est-il vrai qu'aucune loi postérieure ne le leur interdit.

§ 6. — Le juge de paix tenant bureau de conciliation peut aussi devenir le juge des parties.

124. Les parties peuvent toujours se présenter volontairement devant un juge de paix, qui peut, en ce cas, juger leur différend : ce sont les termes de l'art. 7 du Code de procédure. Il faut conclure de là que le juge de paix, d'abord saisi comme juge conciliateur, peut devenir juge du différend des parties qui ont comparu devant lui, si ces parties l'y autorisent.

En principe, cela ne paraît pas souffrir difficulté. Mais il est clair aussi que, dans ce cas, le juge de paix ne peut statuer sur la constestation portée devant lui comme juge conciliateur, qu'autant que cette contestation se renferme dans les limites de sa compétence. En un mot, sa juridiction, en ce cas, est la même et a la même étendue que si les parties s'étaient présentées d'abord et directement devant lui, soit en vertu de citation, soit volontairement, afin d'obtenir jugement sur leur différend.

Mais comme alors le juge de paix cesse d'être conciliateur et qu'il devient juge, ce n'est plus un simple procès-verbal qu'il doit dresser, c'est un jugement qu'il rend dans la forme ordinaire; ce jugement doit être prononcé à l'audience; il est exécutoire et produit hypothèque; il a, en un mot, tous les effets des autres jugements.

SECT. 7. — Effets particulier's de la citation en conciliation et de la comparution.

125. Nous n'avons parlé jusqu'ici que des règles de la conciliation en tant qu'il s'agit de l'objet immédiat de cette formalité, qui est la conciliation même des parties, afin d'étouffer à sa naissance la contestation prête à s'engager entre elles. Mais la citation en conciliation et la comparution elle-même au bureau de paix ont d'autres effets particuliers, dont nous devons aussi nous occuper:

126. Le préliminaire obligé de l'essai de conciliation arrête l'action du demandeur; il gêne en quelque sorte l'exercice de ses droits et pourrait les compromettre. C'est un inconvénient que la loi a prévu; et l'on voit par l'art. 2245 du Code civil, que la citation en conciliation devant le bureau de paix interrompt la prescription, du jour de sa date, lorsqu'elle est suivie d'une assignation en justice donnée dans les délais de droit. Le Code de procédure a lui-même sur ce point une disposition tout à la fois plus précise et plus étendue. L'art. 57 porte: « La citation en conciliation interrompra la prescription et fera courir les intérêts; le tout, pourvu que la demande soit formée dans le mois, à dater du jour de la non-comparution ou de la nonconciliation. » Ainsi, d'après cet article, la citation en conciliation n'a pas seulement pour effet d'interrompre la prescription, elle fait de plus courir les intérêts; et il n'importe que le défendeur comparaisse ou ne comparaisse pas; la loi est la même dans l'un ou l'autre cas.

127. On s'est demandé si les mêmes effets étaient attachés à la comparution volontaire? Si l'on s'en tient au texte de la loi, il faut répondre négativement; car l'art. 2245 du Code civil, comme l'art. 57 du Code de procédure, ne parlent que de la citation en conciliation, et non point de la comparution volontaire. Dalloz (vº Conciliation, nº 144) cite un arrêt de la cour de Colmar, du 15 juillet 1809 (S.-V. 14. 2. 89; J. P. 3º édit.), qui a jugé dans ce sens. C'est aussi l'opinion de M. Carré (Just. de paix, t. 4. p. 200). Mais Boncenne a combattu cette opinion, attendu, dit cet auteur, que c'est l'interpellation provenant du fait même de l'essai de conciliation qui produit l'interruption de prescription, et non la citation, dont le seul objet est de mettre le défendeur en demeure de comparaître. Nous croyons

cette dernière opinion plus conforme au veritable esprit de la loi. La prescription punit en quelque sorte le créancier de la négligence qu'il a mise à poursuivre ses droits; mais sa comparution en conciliation volontaire on non, par là même qu'elle a eu lieu, annonce de la part du demandeur l'intention de les faire valoir, tout aussi bien que la citation en concl? liation, qui d'ailleurs, comme le dit Boncenne. n'a d'autre objet que de mettre le défendeur en demeure de comparaître, c'est-à-dire de suppléer à la comparution volontaire. (Boncenne, t. 2, p. 59, sur l'art. 57 du C. de pr. civ.; Troplong, Preser., t. 2, nº 590.) On voit aussi que. sous les autres rapports, la comparution volontaire est assimilée à la comparution par suite de citation. Il y a plus, c'est que la com? parution volontaire n'annonce pas seulement de la part du demandeur l'intention de ne pas négliger ses droits, elle est aussi une de claration authentique du défendeur lui-mêmé qu'il a connu la prétention que le demandeur élevait contre lui; elle est presque une reconnaissance de sa qualité, de son droit à élever cette prétention; et comment se ferait-il qu'elle n'eût pas entre parties le même effet que celle qui résulte de la citation régulière? Le système contraire, ainsi que l'a dit encore M. Boncenne, tendrait à empêcher, confre le vœu de la loi, la comparution volontaire. Cette raison suffirait pour le faire repousser.

128. Une autre question s'est élevée, celle de savoir si la citation en conciliation devant un juge incompétent interrompt la prescription de la même manière que la citation régulière. Quand il s'agit d'une citation en justice, l'affirmative n'est pas douteuse; l'art. 2246 dit formellement que la citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, interrompt la prescription. Mais la citation en conciliation n'est pas une citation en justice : de la le doute. M. Favard a néanmoins pensé que l'art. 2246 du Code civil contient un principe général qui est applicable à toutes les matières (v° Conciliation, p. 632). Un arrêt de la Cour de cassation, du 18 janvier 1832, cité par M. Favard, a jugé dans ce sens. Nous pensons aussi que tel doit être le véritable esprit de la loi, parce qu'on n'aperçoit aucun motif raisonnable de restreindre le principe de l'article 2246 au cas spécial que cet article indique. La même opinion est soutenue par Pigeau (t. 1, p. 46) et Delvincourt (t. 2, 640).

129. L'art. 57 a sixé un point que la loi

des 16-24 août 1790 avait omis de régler : il ne maintient les effets qu'il attache à la citation en conciliation, qu'à la condition que la demande soit formée dans le mois, à dater du jour de la non-comparution ou de la nonconciliation. Ainsi deux choses à remarquer : 16 la citation en conciliation produit tous les effets que la loi y attache, soit que le défendeur ne se présente pas, soit que le demandeur lui-même ne comparaisse pas sur sa propre citation. La loi n'a point fait de distinction; on ne doit pas en faire. 2º Si plus d'un mois s'écoule depuis la non-comparution où la non-conciliation sans que la demande alt été formée devant le tribunal, la prescription n'aura point été interrompue, et la citation n'aura pas non plus fait courir les intérêts: cela ne peut souffrir aucun doute.

130. Mais la citation elle-même est-elle annulée de telle manière que le demandeur ne pourrait porter sa demande devant le tribunal, sans appeler de houveau le défendeur en conciliation? Nous ne le pensons pas. La loi n'a pas dit que la citation en conciliation, non suivie dans le mois d'une demande en justice, serait considérée comme non avenue. Elle prend soin au contraire d'indiquer quels devront être, en ce cas, les effets particuliers et spéciaux de la négligence du demandeur; et par là même elle a suffisamment, ce nous semble, indiqué que la citation en conciliation conservait, pour le surplus, tous les effets qui lui sont propres. C'est que dans les deux cas aussi, il n'y avait pas les mêmes motifs de décider. Lorsque le demandeur ne poursuit pas sa demande devant les tribunaux, il laisse soupçonner qu'il n'à pas une grande confiance en cette demande : la loi donc n'a pas dû y attacher plus d'importance que lui-même, et elle fait cesser les effets qu'elle avait attachés à sa première démarche. Mais il ne suit pas de là que la conciliation, qui n'a pu s'opérer un mois auparavant, pourrait avoir lieu un mois après. Il y a un fait consommé qui ne peut être annulé; il y à une tentative de conciliation inutilement faite: un nouvel essai de conciliation ne serait donc presque sûrement qu'une autre tentative inutile, une formalité sans résultat, et la loi a été sage de ne pas l'exiger. Il faut conclure de ces principes que le procès-verbal de pon-conciliation ou la mention prescrite par fart. 58, constatant la non-comparution, a un effet qui dure trente ans. La loi ne l'ayant pas limité à un moindre temps, îl doit avoir la durée des droits ordinaires. (V. M. Carré, Just. de paix, t. 4, p. 203.)

M. Favard a émis une opinion contraire. « Que l'art. 397 du Code de procédure, dit-il. ne comprenne pas dans ses termes le préliminaire de la conciliation, cela est sans difficulté, parce que l'essai de conciliation n'est pas une instance. Mais que le motif qui a fait établir la péremption pour les procès s'applique, à plus forte raison, au préliminaire de conciliation, c'est aussi ce qui ne nous paraît susceptible d'aucun doute. » D'où il suivrait que si trois ans s'écoulaient sans que l'assignation en justice eût été donnée, il faudrait recommencer l'essai en conciliation. ( V. Rép. de législ., vo Conciliation, p. 632, in fine.) Les motifs proposés par M. Favard, s'il s'agissait de faire la loi, pourraient prévaloir; ils nous paraissent sans force quand on les applique à la loi faite. L'art. 397 règle un point de procédure; en ces matières, tout est positif; et appliquer cet article à un cas qu'il n'a pas prévu et qui appartient à un autre ordre de choses particulier et réglé spécialement par le Code de procédure lui-même, c'est, ce nous semble, étendre outre mesure le droit d'interprétation; c'est mettre l'arbitraire à la place de la loi. L'essai de conciliation, considéré comme préliminaire indispensable à l'action qu'on veut intenter, est une obligation rigoureuse, et on ne peut l'exiger que lorsque la loi elle-même la prescrit formellement.

M. Lepage, au contraire, qui admettait, ainsi que nous, que l'effet de la citation en conciliation devait durer trente ans, a toutefois pensé que lorsque l'assignation en justice a été donnée, la citation en conciliation suit le sort de l'instance engagée, et doit s'éteindre avec elle par la péremption de trois ans. Cette opinion pouvait sembler plus rationnelle: mais elle ne nous paraît pas plus exacte. (V. M. Chauveau sur Carré, Quest. 250, et les auteurs qu'il cite; - V. aussi M. Favard luimême.) Nous ne voyons aucune raison pour lier ainsi la citation en conciliation à l'instance portée devant le tribunal. Tout le monde convient que la conciliation ne fait pas partie de l'instance (V. M. Favard, loc. cit. ). L'art. 48 du Code de procédure l'indique au surplus d'une manière formelle; et si elle ne fait pas partie de l'instance, il ne reste plus, en droit, aucun motif pour la comprendre dans la péremption qui serait prononcée contre l'instance elle-même. Il faudrait pour cela une disposition expresse qui n'existe pas. Donc on peut, après la péremption de la première instance, en recommencer une nouvelle sans qu'il soit besoin de recourir de nouveau à l'essai en conciliation. — V. n° 13 (1).

CONCILIATION (BUREAU DE). — V. Juge de paix et Conciliation.

CONCLAVE. On donne le nom de conclave à la chambre du palais pontifical où se réunissent les cardinaux pour élire un pape. Par extension, on donne le même nom à la réunion des cardinaux assemblés pour procéder à cette élection.

CONCLURE.—CONCLUSIONS.—1. Conclure, c'est résumer en propositions abrégées, claires et précises toutes les réclamations d'une partie et les motifs qui établissent la justice de ces réclamations.

On entend par conclusions, l'exposé sommaire de ces propositions.

- 2. Les conclusions forment la partie la plus importante de la procédure; elles déterminent le terrain du débat et le circonscrivent. De leur rédaction dépend souvent le sort du procès: aussi ne saurait-on apporter trop de soin à cette rédaction.
- 3. Les conclusions se distinguent en conclusions principales et conclusions subsidiaires; en conclusions exceptionnelles et conclusions au fond; en conclusions écrites et conclusions verbales. Il y a, en outre, dans le langage de la pratique, les conclusions motivées, les actes de simples conclusions, les conclusions contradictoires, les conclusions conformes, les conclusions vérifiées, les conclusions posées, les conclusions tardives, les conclusions rectificatives et les conclusions additionnelles.
- 4. Les conclusions principales sont celles qu'on prend dans la demande introductive d'instance, et qui renferment in extenso les prétentions des parties sur le fond même de la contestation.

Les conclusions subsidiaires ont pour objet soit de réduire les prétentions élevées par les

(1) Cet article est dû pour la plus grande partie à M. Carou, ancien juge à Saint-Brieux, qui nous en avait remis le manuscrit avant son décès. N'ayant pu soumettre à ce magistrat, justement regretté, les modifications que nous avons fait subir à son travail, nous ne nous sommes pas crus

autorisés à le signer de son nom.

conclusions principales, pour le cas où les juges ne croiraient pas devoir adjuger entièrement celles-ci, soit de demander à faire telle ou telle preuve à l'appui des conclusions principales, si elles ne paraissaient pas suffisamment justifiées.

On distingue encore, par opposition aux conclusions principales, 1° les conclusions incidentes (V. Incident); 2° les conclusions d'intervention (V. Intervention); 3° les conclusions en garantie (V. Garantie).

5. Les conclusions exceptionnelles sont celles qui, sans toucher au fond de l'affaire, tendent à obtenir une mesure préjudicielle, telle que le renvoi devant un autre tribunal, la caution judicatum solvi, une communication de pièces, etc. — V. Exception.

Au contraire, les conclusions au fond sont celles qui portent sur la demande même, et qui tendent soit à la faire admettre, soit à la faire rejeter. Elles ne doivent être prises qu'après que les exceptions ont été vidées, sous peine de couvrir celles qui sont susceptibles de l'être.

- 6. En matière civile, les conclusions doivent être écrites et signées par les avoués. (Décret du 30 mars 1808, art. 70, 71 et 72.) Il est assez ordinaire, dans la pratique, que le tribunal statue sur des conclusions verbales prises à l'audience. (V. infrà, n° 14.) De pareilles conclusions peuvent même suffire pour la validité d'un appel incident. (V. Appel, n° 184.) En matière criminelle, des conclusions verbales suffisent; aucune loi n'ordonne de les déposer par écrit. (Besançon, 14 août 1823, S.-V. 25. 1. 5; J. P. 3° édit.; D. A. 1. 590.)
- 7. On appelle conclusions motivées celles que les avoués se signifient dans le cours d'unc instance et auxquelles on joint des moyens sommaires. Elles sont grossoyées. La loi les prescrit dans certains cas où elles remplacent la requête (C. proc. civ., 406, 465, etc.).
- 8. Les actes de simples conclusions sont prescrits pour les demandes incidentes (Tar. 72; Code proc., 337); en matière de reproches de témoins (id., 289); de récusation d'experts (id., 309, etc.). Elles ne peuvent être grossoyées.
- 9. Les conclusions sont contradictoires, lorsqu'elles ont été respectivement signifiées, ou prises à l'audience, et déposées sur le bureau.
- 10. Par conclusions conformes, on entend celles par lesquelles les parties tombent d'ac-

cord sur un ou plusieurs points. Elles donnent naissance au contrat judiciaire. —V. ce mot.

- 11. Les conclusions sont vérifiées, lorsqu'elles sont appuyées sur des preuves suffisantes.
- 12. Les conclusions posées sont celles qui ont été remises sur le bureau et jointes au placet. On ne peut être admis à plaider, tant que cette formalité n'est pas remplie. (Décret du 30 mars 1808, art. 71.) V. infrà, n° 21.
- 13. Les conclusions sont tardives, lorsqu'elles ne peuvent plus être prises valablement: telles seraient, par exemple, des conclusions à fin d'incompétence ou de nullité venant après des conclusions au fond, ou bien encore des conclusions sur le fond déposées après la clôture des débats. V. infrà, n° 16.
- 14. Les conclusions rectificatives sont celles qui ont pour objet de modifier les conclusions précédemment posées. On peut les prendre à la barre, sauf à l'avoué à les signer et à les remettre au greffier. (Décret du 30 mars 1808, art. 72.) Elles doivent être formées par un simple acte de conclusions motivées. (C. proc., art. 465.) Toutefois cette forme n'est pas prescrite à peine de nullité. Seulement les écritures superflues qui pourraient être faites ne sont point passées en taxe. (Cass. 1er sept. 1813, S.-V. 14. 1. 67; J. P. 3e édit.; D. A. 4. 798.)
- 15. Enfin, on nomme conclusions additionnelles celles qui sont relatives soit à des moyens nouveaux, soit à de nouveaux chefs de demande implicitement compris dans la demande primitive, ou qui en sont l'accessoire.

Toutes conclusions additionnelles qui n'auraient pas ce caractère, devraient être rejetées comme constituant une demande nouvelle formée au cours d'une instance. — V. Demande nouvelle.

Dans les affaires soumises à l'essai de conciliation, il ne peut être pris devant les juges des conclusions autres que celles qui ont été annoncées devant le bureau de paix. (Merlin, Répert., v° Conclusion.)

16. Les conclusions peuvent être modifiées en tout état de cause, même après les plaidoiries. Aucune loi ne le défend, et l'art. 72 du décret du 30 mars 1808 l'autorise implicitement. (Rennes, 28 mars 1817, J. P. 3° édit.)

Mais il en est autrement lorsque le ministère public a été entendu (décret du 30 mars 1808, art. 87; Toulouse, 31 déc. 1819, J. P. 3° édit.; — Poitiers, 9 janvier 1823, J. P. 3° édit.; D. A. 10. 296; — Paris, 25 juin 1825,

J. P. 3° édit.; D. P. 33. 2. 170), eût-il même proposé d'office une sin de non recevoir dans l'intérêt de la partie adverse. (Agen, 20 décembre 1824, S.-V. 25. 2. 339; J. P. 3° édit.; D. P. 33. 2. 69.) Cette règle, toutesois, ne saurait être applicable au cas où, par un réquisitoire spécial, le ministère public porterait une dénonciation, une imputation imprévue, soit contre l'une des parties, soit contre l'un des officiers ministériels constitués dans la cause. (Cass. 7 août 1822, S.-V. 22. 1. 65; J. P. 3° édit.; D. A. 4. 548.)

Les conclusions ne peuvent non plus être changées lorsque le tribunal a clos les débats. (Grenoble, 3 juin 1825, Devillen. et Car. 8. 2. 83; J. P. 3° édit.; — Rennes, 3 août 1825, Devillen. et Car. 8. 2. 124; J. P. 3° édit.)

On peut seulement remettre sur-le-champ de simples notes, comme il est dit à l'art. 111 du Code de procédure civile. (Décret du 30 mars 1808, art. 87.)

17. Peut-on prendre encore des conclusions entre le jugement qui ordonne un délibéré et celui qui le vide? Carré (Quest. 441, note 1re) et Thomine-Desmasures (t. 1er, p. 209 et 210) font une distinction entre le délibéré sur rapport et le délibéré sans rapport; ils pensent que, dans le premier cas, les parties peuvent prendre de nouvelles conclusions, et qu'elles ne le peuvent pas dans le second. Pigeau (Comment., t. 1er, p. 252), suivi en cela par Favard et Démiau, décide, sans distinction, que le délibéré ne termine jamais l'instruction, et que les conclusions nouvelles sont toujours admissibles dans le cours d'un délibéré avec ou sans rapport. Il se fonde sur ce que les juges peuvent encore, dans cet état de la cause, ordonner un supplément d'instruction et rouvrir le débat. Mais cette raison ne fait pas, selon nous, que les débats, parce qu'ils peuvent être rouverts, n'aient pas été clos; et tant qu'ils restent dans cet état, les parties ne peuvent rentrer en lice. Il faut donc décider négativement et sans distinction la question posée en tête de ce numéro. Telle était, au reste, la disposition formelle de l'ancien droit : « Les affaires mises en délibéré seront jugées dans les trois jours : défenses sont faites aux procureurs de former des demandes nouvelles et de signifier de nouveaux moyens. » (Lettres patentes du 13 juin 1769; - Cass. 27 fruct. an VIII, J. P. 3º édit.; D. A. 9. 525; — Caen, 24 mars 1825, Devillen. et Car. 8. 2. 55; J. P. 3º édit .; - Kennes, 26 mai 1820, J. P. 3° édit.; — Cass. 7 novemb. 1827, S.-V. 28. 1. 125; J. P. 3° édit.; D. P. 28. 1. 13. — Boncenne, t. 2, p. 312 à 323; — Boitard, t. 1°, p. 390; — Chauveau sur Carré, Quest. 441.)

18. Les avoués seuls ont le droit de conclure pour les parties qu'ils représentent (L. 27 vent. an VIII, art. 94). Les avocats ne peuvent changer ou modifier les conclusions précédemment posées qu'autant qu'ils sont assistés des avoués. Les conclusions sont tellement du ministère de l'avoué, qu'anciennement le procureur venait lui-même les lire à l'audience avant la plaidoirie. Ce n'est qu'au dix-septième siècle que l'usage s'est établi de les laisser lire aux avocats, et c'est parce que, en ce cas, ils se substituent aux avoués, qu'ils se découvrent pour conclure (Merlin, Répert. v° Conclusion). — V. Avocat, n° 51.

19. En droit rigoureux, un avoué ne peut signifier de conclusions qu'après avoir signifié sa constitution par acte d'avoué à avoué. Dans le cas d'une assignation à bref délai, il peut se borner à demander à l'audience acte de sa constitution, à la charge de la réitérer. Si l'avoué adverse ne consentait pas à accepter la constitution faite à la barre, le tribunal ne pourrait se refuser à prononcer le défaut. (Tarif, art. 81; Chauveau sur Carré, Lois de la proc., t. 1er, Quest. 389; Démiau, p. 73; le Praticien français, t. 3, p. 93; — Orléans, 2 décemb. 1813, J. P. 3e édit.; Journal des avoués, 5. 333.) Mais dans la pratique, on n'use point de cette rigueur.

20. Les conclusions doivent être signifiées trois jours au moins avant de se présenter à l'audience, soit pour plaider, soit pour poser les qualités. (Décr. 30 mars 1808, art. 70; — Nancy, 19 janvier 1844, J. P. 1844. 2. 141.) Dans l'usage, cette prescription est peu observée; mais lorsque le ministère public en requiert l'application, les tribunaux ne peuvent se dispenser de l'ordonner, sous prétexte que les parties auraient volontairement consenti à son inobservation. (Cass. 30 août 1836, S.-V. 36. 1. 799; J. P. 3 édit.; D. P. 38. 1. 67.)

Cette règle, au surplus, fléchit même en principe, s'il s'agit de conclusions que la discussion nécessite de prendre immédiatement sur la barre, sauf aux parties à demander et aux tribunaux à ordonner la remise nécessaire avant le jugement. (Cass. 21 juin 1837, S.-V. 37. 1. 896; J. P. 1837. 2. 314; D. P. 37. 1. 378.)

21. Au jour de l'audience, on doit, avant de réitérer de vive voix les conclusions, les remettre signées au greffier. Cette formalité a pour but de déterminer l'état de la contestation. Les parties sont réputées s'en tenir aux conclusions prises dans cette forme et renoncer aux précédentes. (Décret du 30 mars 1808, art. 33 et 72; Berriat Saint-Prix, t. 1et, p. 268.)

22. La cour royale de Paris a jugé, par arrêt du 12 avril 1813 (J. P. 3º édit.; Dalloz, vº Conclusions, nº 13), qu'une partie ne peut se faire délivrer par le greffier une expédition des conclusions qu'elle a déposées sur la barre. signées de son avoué, s'il n'a pas été demandé et donné acte de ces conclusions, par la raison qu'il n'y a de conclusions dans un procès que celles qui ont été signifiées de partie à partie. ou celles prises sur la barre par l'avocat ou la partie, assistée de l'avoué, et dont il a été demandé et donné acte. Nous ne saurions admettre cette doctrine. Aucune loi n'oblige à demander acte des conclusions prises à la barre. Pour que les conclusions se lient à la demande et fassent partie de la procédure, deux conditions suffisent : 1º que les conclusions soient signées de l'avoué; 2º qu'elles soient remises au greffier. (Décret du 30 mars 1808, art. 33 et 72.) Ces conditions remplies, il n'y a point de motif pour ne pas insérer ces conclusions dans le jugement, et pour refuser à la partie le moyen d'en constater légalement l'existence.

23. Le demandeur doit prendre des conclusions formelles dans l'exploit introductif d'instance, puisque ce sont ces conclusions qui déterminent l'objet du litige. Quant au défendeur, il n'était pas tenu autrefois de prendre des conclusions expresses; il lui suffisait de présenter ses moyens de défense pour faire déclarer le demandeur non recevable. (Ordonn. 1667, tit. 2, art. 1er; — Cass. 8 nivose an xı et 3 pluv. an xıı; Devillen. et Car. 1. 1. 734 et 922 ; J. P. 3º édit. ; Berriat, t. 1et, p. 268.) Aujourd'hui, il doit, comme le demandeur, prendre des conclusions avant et pendant l'audience. (Décret du 30 mars 1808, loc. cit.) Seulement, il n'est pas indispensable qu'il déduise ses moyens de désense; il peut se borner à conclure à ce que le demandeur soit déclaré non recevable ou mal fondé.

24. Les conclusions produisent trois effets principaux:

1° Elles servent à déterminer la compétence

des tribunaux. — V. Compétence civile, nos 7, 24.

2º Lorsqu'elles ont été respectivement prises à l'audience, la cause est réputée en état, et le jugement contradictoire. - V. Intervention, Jugement, Reprise d'instance.

3º Elles fixent les points sur lesquels le jugement doit statuer. Le jugement doit prononcer sur tous, et ne peut prononcer sur d'autres: autrement il vaurait ouverture à requête civile (C. proc. civ., 480,). — V. Requête civile.

Toutefois le juge peut statuer sur des réclamations comprises implicitement dans les conclusions. (Berriat Saint-Prix, t. 1er, p. 269.)

25. Les conclusions signifiées doivent être sur papier timbré; mais celles qui sont déposées sur le bureau pour être jointes au placet sont dispensées de cette formalité.

26. L'acte de signification des conclusions est soumis, comme tous les autres actes d'avoué à avoué, à un droit fixe d'enregistrement de 50 cent. devant les tribunaux de première instance, et de 1 fr. devant les cours royales (l. 28 avril 1816, art. 41 et 42).

\* CONCORDAT. — 1. C'est un traité passé entre le failli et la masse de ses créanciers, et homologué par le tribunal de commerce. Par ce traité, les créanciers remettent leur debiteur à la tête de ses affaires, en lui accordant soit des délais pour se libérer, soit la remise d'une partie de la dette.

Jousse désignait ce traité sous les dénominations de Contrat d'accord, Contrat de remise, Contrat d'atermoiement. Bernier, le premier, lui donna le nom de Concordat, qui lui est resté. - V. Comment. sur l'art. 6 de l'ordonnance de 1673.

CHAP. 1er. - Historique et considérations générales.

CHAP. 2. - Des personnes aptes à obtenir - un concordat.

CHAPUT. - De la convocation et de l'assemblée des créanciers. — Quels créanciers doivent être appelés. — Cas où il peut y avoir lieu de surseoir au ment les crennelers et le concordat.

CHAP. 4. - Formation du concordat. -Créanciers qui ont le droit d'y concourir. — Double majorité nécessaire. - Quand le concordat doit être signe.

CHAP: 5. 22 Nécessité de l'homologation

pour la validité du concordat. -Droit d'opposition des créanciers. - Droit du tribunal de refuser l'homologation, quoiqu'il n'y ail pas de créanciers opposants. — Concordat obtenu à l'étranger. - Appel du jugement qui accorde ou qui refuse l'homologation.

CHAP. 6. - Effets du concordat par rapport au failli, aux créanciers et aux cautions.

CHAP. 7. - De l'annulation et de la résolution du concordat: untual ranguisse

S 121. - Causes et effets particuliers à l'annulation.

\$2. — Causes et effets particuliers à la résolution.

8,3. — Effets communs à l'annulation et à la résolution,

CHAP. 8. — Des avantages particuliers stipulés par des créanciers en raison de leur vote.

CHAP. 9. — Enregistrement. envel : comme sur rò<u>lil med mores da vo</u>

#### leuté seule des parties pauvait le formire [1 CHAP. 1er. — Historique et considérations générales.

2. L'origine du concordat, bien que fort ancienne, ne remonte pas au droit romaina L'état d'insolvabilité, analogue à ce que nous appelons état de faillite, n'avait que deux solutions possibles, soit la cession de biens volontaire ou forcée, soit un répit de cinq ans, analogue à l'atermoiement. - V. Faillite.

3. L'Italie, qui fut le berceau du droit commercial moderne, donna naissance au concordat. Les lois de Venise, de Gênes, de Florence, de Naples, en fondant la plupart des règles principales de la faillite, admirent le failli à conclure un traité avec ses créanciers représentés par les syndics. — V. Straccha, part. 7. 1, nos 6, 14.

La plupart des lois anciennes, notamment celles de Florence, de Naples et de Pérouse, avaient même consacré une des principales règles aujourd'hui en vigueur, celle qui impose à la minorité les résolutions de la majorité. Florentina constitutio, dit Straccha, part. 4, nº 9, jubet transactionem initam à syndicis cum decoctore, adhibito consensû duarum partium creditorum, ratam esse, etiam aliis creditoribus irrequisitis et

ignorantibus.

- 4. Le développement du commerce avait pu scul amener ce progrès remarquable dans la législation des faillites. L'expérience avait appris à distinguer du débiteur négligent ou coupable, le commerçant malheureux et de bonne foi; à réserver pour l'un toutes les rigueurs de l'exécution forcée, en accordant à l'autre la possibilité de réparer un premier désastre. L'intérêt des créanciers trouvait son compte à cet acte de justice et d'humanité, et l'on avait reconnu les avantages d'un traité passé avec le failli sur les embarras et les ruineuses lenteurs d'une exécution.
- 5. L'ordonnance de 1673, fort peu explicite sur la matière des faillites, se bornait à déclarer, en ce qui concerne le concordat, que les résolutions prises dans l'assemblée des créanciers, à la pluralité des voix, pour le recouvrement des effets ou l'acquit des dettes. seraient exécutées par provision, nonobstant toutes oppositions ou appellations, pourvu que la majorité fût des trois quarts du total des dettes (tit. 11, art. 5 et 6). Cette ordonnance ne prescrivait, pour la validité du concordat, aucunes formalités judiciaires; la volonté seule des parties pouvait le former (1). C'était ouvrir la porte à toutes les fraudes. Cette omission fut réparée par les déclarations des 16 janvier 1716 et 13 septembre 1739. D'un autre côté, cette ordonnance, en n'exigeant qu'une seule majorité, la majorité en somme, sacrifiait les intérêts des petits créanciers aux intérêts des plus forts.
- 6. Le Code de commerce, rectifiant cette législation, statua qu'à la majorité en somme devait se joindre la majorité en nombre. Mais, par un juste égard pour les créanciers les plus gravement intéressés dans la faillite, il voulut que la majorité en somme fût plus forte que la majorité en nombre. En outre, il conserva et augmenta le système des garanties introduit par les déclarations précitées de 1716 et de 1739; il n'autorisa les créanciers à passer des traités avec le failli qu'après l'accomplissement de nombreuses formalités destinées à les édifier sur sa moralité, et sur sa position de fortune. Enfin, il voulut que ces

traités ne pussent devenir obligatoires qu'après avoir été homologués par la justice consulaire.

7. C'étaient là d'importantes améliorations. Mais, sous d'autres rapports, le Code de commerce laissait beaucoup à désirer; il restait souvent désarmé en presence de la collusion et de la fraude, et l'on y remarquait beaucoup de lacunes et d'imperfections.

La loi du 28 mai 1838, qui forme aujourd'hui le livre 3 du Code de commerce, a eu pour but de remédier aux vices de la loi qu'elle remplace. Elle y est parvenue jusqu'à un certain point. Cependant elle n'a pas porté remède à tout, et toutes ses innovations ne sont pas également heureuses.

8. Le concordat est un acte combiné dans l'intérêt des créanciers et du failli; c'est tout à la fois une faveur accordée au failli, et un contrat qui améliore le sort des créanciers.

C'est une faveur accordée au failli : si donc celui-ci, par une conduite criminelle, s'en est rendu indigne, la loi a dû la lui refuser; l'intérêt public domine et fait sléchir ici l'intérêt des créanciers.

9. C'est un contrat qui améliore le sort des créanciers: la loi a donc dû l'entourer de toutes les formalités et garanties nécessaires; et pour que les fausses appréciations ou le mauvais vouloir ne pussent point paralyser un arrangement désiré par le plus grand nombre, la réunion des créanciers a dû être soumise à la loi qui gouverne toutes les assemblées délibérantes, la loi de la majorité.

Ce caractère le distingué des contrats ainsi que des jugements. Il a, de plus que les contrats, la sanction de l'autorité judiciaire; et à la différence des jugements et des contrats qui ne sont obligatoires que pour les parties, il oblige même ceux des créanciers qui n'y ont point concouru.

10. Les faillites touchent à l'ordre public; de là l'intervention de la justice, la surveil-lance qu'elle exerce sur toutes les opérations, et la nécessité qu'elle examine et sanctionne les traités qui ont pour effet de faire cesser l'état de faillite, et qui intéressent si gravement les créanciers et les faillis.

# CHAP. 2. — Des personnes aptes à obtenir un concordat.

11. En général, tout commerçant failli est apte à obtenir un concordat; les créanciers peuvent accorder cette faveur même à l'étran-

<sup>(1)</sup> Il différait essentiellement des lettres de répit ou de surséance que le souverain accordait arbitrairement à certains débiteurs pour les soustraire aux poursuites de leurs créanciers. — V. Lettres de répit et de surséance.

ger qui exploite un établissement de commerce en France. (Paris, 16 mars 1844, Gazette des Trib. du 3 avril suivant.)

12. Il n'est fait exception à cette règle qu'à l'égard du failli qui a été condamné comme banqueroutier frauduleux (C. comm., 510). Quelque avantageux que pût être pour les créanciers un concordat qui serait demandé en pareil cas par le failli, la gravité des faits dont il s'est rendu coupable et la nature de la condamnation qu'il a encourue l'en rendent indigne. — V. suprà, n° 8.

13. Quant au failli déclaré banqueroutier simple, la loi nouvelle, plus sage en cela que l'ancienne, l'autorise à solliciter un concordat de ses créanciers, et permet à ceux-ci de le lui octroyer (art. 511). M. Renouard, dans son exposé des motifs, présenté en 1835, justisiait ainsi ce changement : « Votre commission, disait-il, n'a pas hésité à consacrer l'impossibilité d'un concordat en cas de banqueroute frauduleuse; mais prohiber tout concordat en cas de banqueroute simple, lui a semblé trop rigoureux. Un tel traité intéresse souvent les créanciers plus encore que le débiteur, et les faits d'imprudence ou de négligence qui entraînent la banqueroute simple ne défendent pas, dans tous les cas, de remettre le failli à la tête de ses affaires, et de lui laisser le soin de faire servir son actif à l'acquittement de la partie de ses dettes dont ses créanciers ne lui font pas remise. On a pensé que l'action de la justice serait souvent arrêtée, si la banqueroute simple devait toujours entraîner une aussi rigoureuse conséquence. Accorder un sursis pour délibérer, jusqu'à l'issue des poursuites qui peuvent amener d'utiles éclaircissements, a paru une garantie. Il faut d'ailleurs remarquer qu'une disposition du Code, conservée dans le projet (art. 612), permet la réhabilitation du banqueroutier simple; il semble qu'il y aurait inconséquence à déclarer toujours indigne d'un concordat un failli qu'on admet à l'honneur d'une réhabilitation. » (Pau, 2 avril 1838, J. P. 1843. 1. 549; D. P. 40. 2. 156.)

14. Lorsqu'une société en nom collectif ou en commandite a été mise en faillite, on décidait autrefois, par application des principes de la solidarité et de l'unité fictive de la personne sociale, que l'un des associés responsables ne pouvait obtenir un concordat, si les autres ne l'obtenaient également. Mais cette

rigueur avait souvent pour résultat de porter préjudice aux créanciers, et d'empêcher de faire à chacun des associés la part dissérente que leur conduite et l'équité pouvaient commander. Aussi la loi nouvelle a-t-elle changé cet état de choses. Aujourd'hui, lorsqu'une société de commerce est en faillite, les créanciers peuvent ne consentir de concordat qu'en faveur d'un ou de plusieurs des associés. En ce cas, tout l'actif social demeure sous le régime de l'union. Les biens personnels de ceux avec lesquels le concordat a été consenti en sont exclus, et le traité particulier passé avec eux ne peut contenir l'engagement de payer un dividende que sur des valeurs étrangères à l'actif social. L'associé qui a obtenu un concordat particulier est déchargé de toute solidarité. (C. comm., 531.)

15. Les créanciers de la société et les créanciers personnels des associés responsables forment deux masses distinctes, qui ont, chacune en ce qui la concerne, la faculté d'accorder ou de refuser un concordat. Néanmoins, si la masse des créanciers sociaux a refusé tout concordat tant à la société qu'aux associés individuellement, la masse des créanciers personnels de l'un des associés ne pourrait lui en accorder un, car il se trouverait en même temps sous les lois inconciliables du contrat d'union et du concordat. (Paris, 19 août 1844, S.-V. 45. 2. 616.) Au contraire, le refus de concordat de la part des créanciers personnels de l'un des associés responsables ne ferait point obstacle au concordat voté par les créanciers de la société; car, dans ce cas, le concordat est accordé à la société, c'est-àdire à l'être moral sur le sort duquel les créanciers personnels de l'associé n'ont point eu à statuer. (Trib. de comm. de la Seine, 28 juin 1844, Journ. le Droit, 29 juin 1844.)

16. Lorsque la faillite d'un commerçant a été déclarée après son décès, ou lorsqu'il est décédé depuis la déclaration de faillite et avant le concordat, l'hérédité peut-elle passer un concordat avec les créanciers? Ce point, qui ne manque pas de gravité, se rattache à la question beaucoup plus vaste de savoir quels sont, dans toutes les phases de la faillite, les droits et les obligations de l'héritier du failli, dans le cas prévu par l'article 437 du Code de commerce. Nous traitons cette question au mot Faillite, en expliquant l'article 437.

17. Nous examinons sous le même mot la

question de savoir si une société anonyme peut passer un concordat, cette question se rattachant forcément à celle de savoir si une telle société peut être mise en faillite. Pour cette question, comme pour les précédentes, V. Faillite,

- CHAP. 3. De la convocation et de l'assemblée des créanciers. Quels créanciers doivent être appelés. Cas où il peut y avoir lieu de surseoir au concordat.
- 18. Lorsque l'état de la faillite est régulièrement organisé, c'est-à-dire lorsque les syndics se sont saisis de l'administration, que l'époque de l'ouverture de la faillite a été fixée et que les créances ont été vérifiées et affirmées, alors seulement les créanciers ont à choisir le mode de liquidation le plus favorable à tous les intérêts (C. com., 507).

L'ancienne législation permettait de former le concordat à toutes les époques de la faillite. Le Code de 1807 et la loi nouvelle ont restreint cette faculté dans l'intérêt des créan-

ciers absents.

19. Le concordat ne peut être formé qu'à la majorité des créanciers chirographaires, ainsi que nous l'expliquerons ci-après; mais la loi veut qu'on y appelle indistinctement tous les créanciers du failli, et même les créanciers hypothécaires ou nantis d'un gage, parce que, dans certains cas, les avantages particuliers que leur promettait leur qualité venant à s'évanouir, ils ont intérêt à y renoncer pour prendre celle de simples créanciers chirographaires.

Toutefois, ne doivent être convoqués que les créanciers dont les créances ont été vérifiées et affirmées dans la forme tracée par les art. 491 et suivants du Code de commerce (art. 504). Il n'y a point lieu à convoquer ceux dont les créances ont été définiti-

vement rejetées.

20. Mais il peut arriver que le sort d'une créance qui a été présentée et contestée n'ait pas été définitivement fixé par les tribunaux, au moment où il s'agit de convoquer les créanciers pour la formation du concordat. Dans ce cas, et selon les circonstances, les tribunaux ordonneront que, jusqu'à la décision du procès, il sera sursis au concordat (art. 499), ou bien, si, en vertu du droit que le § 2 de cet article confère au tribunal de commerce, la gréance a été admise par provi-

sion, le créancier éventuel devra être également convoqué (art. 504).

- 21. C'est le juge-commissaire que la loi charge de faire faire cette convocation par le gressier (art. 504).
- 22. L'article précité veut que la convocation ait lieu dans les trois jours qui suivent les délais prescrits pour l'affirmation des créances; mais comme l'art. 493 ne fixe pas de délai rigoureux pour la vérification, et qu'il dit seulement qu'elle doit commencer dans les trois jours de l'expiration des délais déterminés par les premier et deuxième paragraphes de l'art. 492 et continuer sans interruption, il s'ensuit que les trois jours dans lesquels la convocation doit être faite, courent du jour où la vérification des créances a été terminée. (Duvergier, Collect. des Lois, sur l'art. 504; Bédarride, Traité des faillites et banqueroutes, nº 509.)
- 23. Si le juge-commissaire ne faisait pas la convocation dans les trois jours, quel serait le moyen de l'y contraindre? Nous n'en connaissons pas d'autre que de demander au tribunal la révocation de ce magistrat, que l'on pourrait même, selon les circonstances, rendre responsable du préjudice causé par cet oubli de son devoir.
- 24. La convocation se fait par lettres et insertions dans les journaux, indiquant l'objet de l'assemblée. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait, en outre, des affiches apposées dans la salle d'audience, comme dans le cas prévu par l'article 42 du Code de commerce, puisque l'article 504 n'exige pas cetté formalité; mais nous pensons qu'il est dans le vœu de la loi que les insertions soient faites dans les journaux désignés annuellement par le tribunal du lieu de la faillite, en exécution de la loi du 31 mars 1833, sans que cependant on put, en l'absence d'un texte positif à cet égard, considérer comme nulle la convocation qui aurait été faite par des insertions contenues dans d'autres journaux.
- 25. Les créanciers ainsi convoqués doivent se présenter en personne ou par des fondés de pouvoirs, aux lieu, jour et heure sixés par les lettres de convocation, sous la présidence du juge-commissaire (art. 505).
- 26. Les créanciers mineurs ou interdits sont représentés à l'assemblée par leurs tuteurs. Nous examinerons plus tard quels sont les pouvoirs de ceux-ci lorsqu'il s'agit de pro-

céder à la formation du concordat. — V. in-

27. Le créancier dont la créance n'aurait pas été admise même par provision, et qui, par ce motif, n'aurait pas reçu de lettre de convocation, pourrait néanmoins se présenter à l'assemblée, si, dans l'intervalle, sa créance avait été reconnue par un jugement définitif; car une contestation reconnue mal fondée est

considérée comme non avenue.

28. Le failli doit également être appelé à l'assemblée. La loi veut qu'il s'y présente en personne, s'il a été dispensé de la mise en dépôt, ou s'il a obtenu un sauf-conduit; il ne peut s'y faire représenter que pour des motifs valables et approuvés par le juge-commissaire (C. comm., 505, § 2). La présence du failli est en effet nécessaire; lui seul est en état de fournir toutes les explications, de présenter complétement ses moyens de justification, d'indiquer les voies à prendre pour sauver du naufrage les débris de sa fortune; et, enfin, de faire des propositions à ses créanciers. Aussi la loi met-elle à cette convocation une sanction rigoureuse: l'article 586, 5°, range au nombre des cas de présomption de banqueroute simple celui où le failli ne peut justifier, par une cause légitime d'empéchement, son absence de l'assemblée.

29, Le refus par le failli de se présenter à l'assemblée est-il un obstacle absolu à la formation du concordat? Sous l'empire de l'ancien Code, l'affirmative n'aurait pas été douteuse, par le motif que ce refus aurait constitué le failli en état de banqueroute simple, et que, dans cet état, aucun concordat ne pouvait être forme (art. 519, 521 et 587 de l'ancien texte). La loi nouvelle a une disposition contraire (art. 511). M. Lainne (p. 206) en a conclu que le concordat pouvait avoir lieu nonobstant l'absence du failli. Telle est aussi l'opinion de M. Bédarride (nº 513). M. Renoyard (Traité des faillites et banqueroutes, sur l'art. 505) se prononce pour l'opinión contraire, sur le motif que le concordat n'est pas un acte passe entre les créanciers seulement, car, s'ils ne traitaient qu'entre eux, ils se constitueraient en état d'union, mais que c'est un traité entre le failli, d'une part, et la masse des créanciers de l'autre. a Or, dit-il, on ne comprendrait pas comment il existerait un concordat dans lequel le failli ne figurerait pas comme partie intègrante. » Il nous paraît évident, en effet, que

si la nouvelle loi a fait disparaître l'obstacle qu'opposaient les textes précités, elle n'a pu détruire celui qui résulte de la nature même des choses.

30. L'art, 517 de l'ancien Code confiait positivement au juge-commissaire la mission de vérifier les pouvoirs donnés, soit par le failli, soit par les créanciers qui ne se présentaient point en personne. La loi nouvelle garde le silence à cet égard. Mais il résulte d'une explication qui fut donnée par M. Renouard, rapporteur de cette loi à la chambre des députés, sur une interpellation qui lui fut adressée sur ce point, qu'une telle vérification était de plein droit, et qu'elle pouvait être faite par le juge-commissaire sans qu'aucune autorisation eût besoin d'être exprimée, Ce serait donc à lui à statuer, du moins provisoirement, sur la validité de ces pouvoirs.

31. Lorsque les créanciers et le failli se trouvent ainsi réunis, soit en personne, soit par des représentants, les syndics font à l'assemblée un rapport écrit sur l'état de la faillite, sur les formalités qui ont été remplies et les opérations qui ont eu lieu. Ce rapport, signé d'eux, est remis au juge-commissaire (art. 506) qui le dépose au greffe.

Ce rapport, comme tous les actes d'administration, engage la responsabilité des syndics; et si, après le concordat, il était prouvé qu'ils eussent sciemment altéré la vérité en faveur du failli, les créanciers auraient le droit d'obtenir contre eux personnellement la réparation du préjudice que cette forfaiture aurait pu leur causer, sauf au ministère public à poursuivre, en vertu des articles 596 et 597, dans l'intérêt de la vindicte publique.

— V. Banqueroute, art. 4, et Faillite.

32. S'il résultait du rapport des syndics qu'une ou plusieurs des formalités prescrites par la loi n'ont pas été remplies, le juge-commissaire pourrait-il ajourner l'assemblée? L'affirmative n'était pas douteuse sous l'empire de l'ancien Code. (Locré, Comment. sur l'art. 591; Pardessus, Droit comm., nº 1233.) Elle ne le serait pas non plus aujourd'hui car, tant que les formalités n'ont pas été toutes remplies, il ne peut être procédé au concordat, à peine de nullité (art. 507).

33. Le rapport des syndics indique nécessairement si le failli a été condamné pour banqueroute frauduleuse, ou s'il est poursuivi pour une telle cause, ou même s'il est en état de prévention de banqueroute simple. Dans le premier cas, le failli est radicalement incapable d'obtenir un concordat. — V. suprà, n° 12.

34. Si le failli est seulement poursuivi pour banqueroute frauduleuse, les créanciers doivent décider s'ils se réservent de délibérer sur un concordat, en cas d'acquittement; s'ils se décident dans ce sens, ils doivent surseoir à statuer jusqu'après l'issue des poursuites (art. 510). Mais il faut bien remarquer que le cas prévu par cet artiele n'est pas celui où il n'existerait contre le failli que de simples présomptions de banqueroute frauduleuse; il faut qu'une instruction commencée soit venue leur donner quelque consistance. En effet, « une présomption de banqueroute frauduleuse, dit M. Renouard (sur l'art. 510), doit se traduire immédiatement en poursuites criminelles. Chaque créancier, les syndics, le juge-commissaire, doivent immédiatement s'adresser au ministère public dont la sollicitude, en cas d'une présomption de crime, ne peut rester endormie. »

35. La question de sursis est une question grave; le refuser c'est élever une prévention criminelle au rang d'une preuve acquise de culpabilité; l'accorder, c'est laisser en suspens la position du failli et des créanciers pendant un temps qui peut être très-long. C'est pourquoi la loi veut que le sursis ne puisse être prononcé qu'à la majorité en nombre et en somme déterminée par l'article 507. (V. infrà, nos 50 et suiv.) Si l'une des deux majorités se prononce pour l'affirmative, nous pensons qu'il faudra renvoyer la délibération à huitaine, comme dans le cas de l'art. 509. (Bédarride, no 554. — V. infrà, no 59.)

36. Les jugements qui prononcent sur des sursis au concordat ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation. (C. com., art. 583, n° 4.)

37. Si, à l'expiration du sursis, il y a lieu de délibérer sur le concordat, on suivra les règles établies par l'art. 509. V. infrå, nos 40 et suiv.

38. Nous avons dit que le failli condamné pour banqueroute simple peut obtenir un concordat. (V. suprà, nº 13). Néanmoins la loi, en cas de poursuites commencées, autorise les créanciers à surseoir à délibérer jusqu'après l'issue des poursuites, en se conformant à ce que nous venons de dire pour le cas de prévention de banqueroute frauduleuse (art. 511). Cette fa-

culté de surseoir, en cas de simples poursuites, semble en contradiction avec celle qui permet le concordat même après une condamnation pour banqueroute simple; mais elle se justifie par cette considération que les créanciers peuvent trouver, dans l'instruction et les débats correctionnels, des éléments nouveaux propres à les éclairer sur la situation et la moralité du failli.

39. Nous ne parlerons pas ici d'un autre cas de sursis au concordat, qui est prévu par les articles 499 et 500. Ce sursis ne peut être prononcé qu'au moment où se fait la vérification des créances, matière qui ne rentre point dans cet article, et à laquelle nous renvoyons. — V. Faillite, De la vérification des créances.

CHAP. 4.—Formation du concordat. —Créanciers qui ont le droit d'y concourir. —Double majorité nécessaire. — Quand le concordat doit être signé.

40. Lorsque les syndics ont fait et remis leur rapport, et qu'il en résulte que toutes les formalités prescrites par la loi ont été scrupuleusement remplies, le failli est entendu dans ses explications (art. 506).

Chacune des personnes présentes peut également faire les observations qu'elle juge convenables. Ce droit appartient même aux créanciers qui sont garantis par une hypothèque ou par un gage, et qui n'ont pas voix délibérative. Il y a pour cela une double raison : d'abord, ils ont le droit de voter au concordat en renonçant à leurs hypothèques, gages ou priviléges (art. 508), et ils peuvent avoir des explications à demander pour s'éclairer sur le parti qu'ils ont à prendre; en second lieu, la même assemblée qui délibère sur le concordat peut le rejeter, et se constituer alors en union. Or les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis d'un gage, sont nécessairement admis à délibérer sur l'union, puisque la loi les y fait entrer : il est donc naturel qu'ils soient autorisés à exposer les motifs pour lesquels ils s'opposent au concordat pour amener la masse à préférer l'état d'union.

41. Lorsque, par suite des explications fournies, chacun se trouve suffisamment fixé sur la situation de la faillite et sur les propositions du failli, et qu'il est constant que toutes les formalités prescrites par la loi ont été remplies, le juge-commissaire invite les créanciers qui en ont le droit, à voter sur le point de savoir si le failli sera ou non admis au concordat.

- 42. Quels sont ces créanciers? Ce sont d'abord les créanciers chirographaires, dont les créances ont été vérifiées et affirmées ou admises par provision, ou qui n'ayant pas été admises lors de la vérification, ont été depuis reconnues par jugement, comme nous l'avons dit n° 27.
- 43. On doit également comprendre dans ce nombre ceux des créanciers qui ont pour obligé une caution ou un codébiteur solidaire du failli, bien que l'homologation duconcordat ne soit point un obstacle à leur recours contre ces derniers, ainsi que nous l'expliquerons plus tard.
- 44. Viennent ensuite les créanciers hypothècaires, inscrits ou dispensés d'inscription, et les créanciers privilégiés ou nantis d'un gage, qui renoncent à leurs hypothèques, gages ou priviléges; et ils sont censés y renoncer par cela seul qu'ils votent au concordat (art. 508). Mais cette renonciation n'est définitive que si le concordat reçoit son exécution. (Bédarride, n° 544.)
- 45. Toutefois, nous devons faire remarquer que si les porteurs de créances hypothécaires, privilégiées ou garanties par un gage, avaient, en outre, des créances d'une nature purement chirographaire, ils pourraient, à raison de ces dernières créances, intervenir au concordat, sans que leur vote entraînât une présomption de renonciation à leur droit d'hypothèque, de privilége ou de gage pour leurs autres créances ainsi garanties.
- 46. Si des mineurs ou des interdits sont intéressés dans une faillite comme créanciers, leurs tuteurs peuvent-ils concourir valablement au concordat? A cet égard, il faut distinguer:

Si les mineurs ou interdits n'ont que des créances chirographaires, les tuteurs peuvent donner un vote valable, sans se faire autoriser par le conseil de famille et sans prendre l'avis de trois jurisconsultes, comme l'exigent les art. 467 et 509 du Code civil pour les transactions ordinaires. En effet, bien que l'on puisse considérer un concordat comme une transaction entre le failli et ses créanciers, cependant les formes dont il est entouré et l'intervention de la justice peuvent dispenser le tuteur de recourir à une autorisation spéciale. (Pardessus, nº 1237; Boulay-Paty,

Traité des faillites, n° 257; Lainné, Comment. de la loi du 8 juin 1838, p. 219; Dict. du cont. comm., v° Faillite, n° 511.)

47. Mais il ne faut pas conclure de là que le tuteur ait, comme tout autre créancier agissant en son nom personnel, le pouvoir de renoncer au droit d'hypothèque, de privilége ou de gage qui appartient à son pupille, afin d'acquérir par cette renonciation la faculté de voter au concordat, en raison de la nature purement chirographaire qu'il voudrait attribuer à la créance du pupille. En effet, d'après les principes ordinaires, le tuteur n'est que l'administrateur des biens de son pupille et ne peut faire aucun acte excédant les bornes d'une simple administration, sans y être expressément autorisé suivant les formes déterminées par la loi. D'un autre côté, les dispositions du Code de commerce sur le concordat ont pour but de régler, en ce cas, l'exercice des droits des créanciers du failli sur ses biens mobiliers, et non sur ses biens immobiliers; or, si la liberté des conventions, de la part de ceux qui ont capacité pour contracter, peut faire réagir sur leurs droits hypothécaires leur vote au concordat, il n'en peut être de même relativement aux mineurs à l'égard desquels le concordat ne peut produire que son effet légal, et ne peut conséquemment que modifier l'exercice de leurs droits sur les biens mobiliers du failli. Si donc, en matière de faillite. les créances purement chirographaires des mineurs sont, comme celles des majeurs, assujetties aux conséquences du concordat consenti ou non pour eux, parce qu'il est obligatoire pour tous lorsqu'il a été homologué, il n'en peut être ainsi à l'égard de leurs créances hypothécaires auxquelles le concordat ne peut porteratteinte, et au bénéfice desquelles aucune renonciation ne peut être faite par le tuteur qui n'a pas capacité pour aliéner les biens et droits du mineur et spécialement les droits de cette nature, ni pour consentir une transaction sans l'observation des formalités prescrites par la loi. Tels sont les motifs d'un arrêt de la Cour suprême, du 18 juillet 1843 (S.-V. 43. 1. 778; J. P. 1843. 2. 679), par lequel elle a cassé un arrêt de la cour royale de Colmar, qui avait jugé contrairement à cette doctrine.

48. La parenté d'un créancier avec le failli ne fait point obstacle à ce qu'il vote au concordat. La vérification de sa créance est une garantie suffisante. (Pardessus, n° 1236; Dijon, 21 mai 1844, S.-V. 44. 2. 566; J. P. 1844. 2. 269.)

49. Le concordat ne peut s'établir que par le concours d'un nombre de créanciers formant la majorité, et représentant en outre les trois quarts de la totalité des créances vérisiées et assirmées, ou admises par provision (art. 507) (1).

Ainsi, cet article exige deux sortes de majorités : une majorité en nombre et une majorité en somme. Mais quels sont les éléments qui doivent servir à constituer l'une et l'autre?

50. Majorité en nombre. - Sous l'ancien Code, la majorité se calculait sur le nombre des créanciers ayant droit de voter et qui étaient présents. On l'avait ainsi décidé par interprétation de l'art. 522 du Code de commerce dans lequel on lisait : « Si la majorité des créanciers présents consent au concordat, mais ne forme pas les trois quarts en somme, la délibération sera remise à huitaine pour tout délai. » Mais la loi de 1838, tout en reproduisant, dans le nouvel art. 509, la disposition de l'art. 522 ancien, l'a cependant modifiée en retranchant le mot présents. On y lit en effet : « Si le concordat est consenti seulement par la majorité en nombre, ou par la majorité des trois quarts en somme, la délibération sera remise, etc. » En rapprochant cette disposition ainsi conçue de celle de l'article 507, qui exige, pour que le concordat s'établisse, le concours d'un nombre de cteanciers formant la majorité, il en résulte que la majorité exigée est celle de tous les créanciers avant droit de voter, d'après les règles établies plus haut (V. nº 49). Cette opinion, partagée par M. Renouard (sur l'art. 507), est généralement admise; elle l'est notamment par le tribunal de commerce de la Seine. MM. Pardessus (édit. révisée) et Bédarride (nº 520) pensent au contraire que la loi de 1838 n'a pas voulu introduire un droit nouveau à cet égard, et que la majorité en nombre, exigée encore aujourd'hui, est celle des suffrages réellement exprimés; mais cette opinion ne peut être utilement soutenue, quoiqu'elle ait été consacrée par un arrêt de la cour de Caen du 2 février 1842. (S.-V. 42. 2. 375; J. P. 1842. 2. 533; D. P. 42. 2. 196.)

51. Le créancier porteur de plusieurs titres de créances a-t-il autant de voix que de créances, ou n'en a-t-il qu'une seule pour toutes ses créances?

Un arrêt de la cour de Bordeaux, du 28 avril 1836 (S.-V. 36. 2. 361; J. P. 3° édit.; D. P. 36. 2. 147), avait établi à cet égard une distinction entre le cas où il s'agissait de créances appartenant au créancier antérieurement à la faillite, et le cas où le créancier n'avait acquis les créances que depuis l'ouverture. En ce qui concernait les premières, l'arrêt n'accordait au créancier qu'une seule voix dans les délibérations; à l'égard des créances acquises après la faillite, il accordait au cessionnaire autant de voix qu'il y avait de titres cédés distinctement.

Mais cette doctrine fut repoussée par un arrêt de la Cour suprême du 24 mars 1840 (S.-V. 40. 1. 311; J. P. 1840. 1. 442; D. P. 40. 1. 138), lequel décide « que le cessionnaire ne peut avoir un nombre de voix égal au nombre des cessions qui lui ont été faites; que le droit de voter dans une assemblée est un droit individuel qui ne peut être exercé qu'une seule fois par la même personne, quel que soit le nombre des titres qui le lui confèrent; que, pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'il existât dans la loi une disposition qui n'existe pas dans le Code de commerce; que la distinction établie par l'arrêt attaqué entre les cessions faites avant l'ouverture de la faillite, et celles faites postérieurement à cette ouverture, est une distinction arbitraire qui n'est également fondée sur aucune disposition de la loi. »

<sup>(1)</sup> Cette proportion a été adoptée par le Code russe (art. 1508). En Angleterre, d'après la loi du 2 mai 1825, le concordat, composition, doit être voté par les neuf dixièmes en somme de tous les créanciers présents, et par les neuf dixièmes en nombre des créanciers supérieurs à vingt livres. En Espagne, on exige la moitié plus un des créanciers et les trois cinquièmes du passif total (art. 1153 du Code). Les Codes de Hollande (art. 841), de Portugal (art. 1194), de Wurtemberg (art. 1130), exigent que le concordat réunisse les deux tiers des créanciers chirographaires et les trois quarts des créances, ou les trois quarts des créanciers et les deux tiers des créances. Le Code prussien sépare les créanciers en six classes, et il exige la majorité des sommes et des classes (art. 601 à 611). S'il y à partage de classes, le concordat peut être adopté par les unes et repoussé par les autres (art. 614); si la division est impossible, la déclaration de partage équivaut à un refus. (Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français, par M. de Saint-Joseph, p. 247, 122, 111, 103.)

- 52. M. Renouard, tout en blâmant aussi la distinction faite par la cour de Bordeaux, en fait à son tour une autre (t. 2, p. 68) qui ne nous paraît ni moins arbitraire ni moins en opposition avec l'arrêt de la Cour de cassation. Cet arrêt, en effet, rejette la pluralité des voix en faveur du même créancier, dans toutes les hypothèses et d'une manière absolue. M. Renouard pense, au contraire, qu'il est un cas où la pluralité des créances, même réunies dans une seule main, donne une pluralité de voix: c'est celui où le créancier est devenu cessionnaire postérieurement à l'époque de la vérification et affirmation des créances. Les efforts que fait M. Renouard pour justifier sa distinction viennent se briser contre les principes si solidement établis par l'arrêt précité de la Cour de cassation.
- 53. Réciproquement, si un créancier a cédé sa créance à plusieurs personnes, soit avant, soit après la faillite, il y a autant de créanciers que de cessionnaires.
- 54. A l'égard du fondé de pouvoirs de plusieurs créanciers, il faut décider autrement; il a un nombre de voix égal à celui des mandants qu'il représente. (Renouard, sur l'art. 507; Bédarride, n° 535; Boulay-Paty, Des faillites, n° 530.)
- 55. Majorité en somme. La majorité en somme doit se calculer, comme la majorité en nombre, sur la totalité des créances qui ont donné droit de voter au concordat. (C. com., 507, § 2, et 508.)
- 56. Le concordat qui serait intervenu en violation des dispositions de l'article 507, soit quant à l'époque où il a été consenti, soit quant à la majorité requise, serait frappé de nullité.
- 57. Le concordat doit être signé séance tenante, à peine de nullité (art. 509). On n'a pas voulu que le failli pût aller demander isolément des signatures, qui s'obtiennent toujours plus facilement de cette manière. Toutefois, cette disposition de la loi ne ferait point obstacle à ce qu'un concordat proposé dans une première séance, fût délibéré et voté dans une séance suivante, pourvu qu'il fût signé dans la séance même où il aurait été arrêté ou consenti. (Vincens, Expos. raison. de la législ. comm., t. 1er, p. 434; Pardessus, n° 1237; Renouard, sur l'art. 509.— Contrà, Bédarride, n° 546.)

Nous pensons même que la circonstance que quelques créanciers auraient signé le

concordat postérieurement à la délibération dans laquelle il aurait été consenti, n'entraînerait point la nullité de ce traité, s'il avait été d'abord signé, séance tenante, par un nombre de créanciers formant la majorité voulue, puisque, dans cette hypothèse, la signature des créanciers retardataires ne serait point indispensable pour la formation du concordat. (Pardessus, n° 1237; Nîmes, 18 mai 1813, S.-V. 14. 2. 137; J. P. 3° édit.; D. A. 8. 148.)

58. Des deux majorités qui sont nécessaires pour former le concordat, il peut se faire que le failli n'en obtienne aucune, ou qu'il n'en obtienne qu'une seule.

Dans le premier cas, les propositions du failli sont définitivement rejetées, et les créanciers sont de plein droit en état d'union. — V. Faillite.

- 59. Si la proposition du failli ne réunit que l'une des deux majorités, la loi autorise une seconde épreuve, et la délibération est remise à huitaine pour tout délai. Dans ce cas, les résolutions prises et les adhésions données, lors de la première assemblée, demeurent sans effet. (C. com., 509.)
- 60. Si, à cette seconde assemblée, le concordat ne réunit pas les deux majorités voulues, il est irrévocablement écarté. (Cass. 6 août 1840, S.-V. 41. 1. 65; D. P. 40. 1. 329.)
- 61. La loi a voulu fixer elle-même l'époque de la seconde assemblée, afin que les créanciers prévenus ainsi d'avance pussent faire les dispositions nécessaires pour pouvoir y assister dans le cas où le concordat ne serait pas voté dans la première réunion. Le jugecommissaire ne peut donc ni étendre ni abréger le délai de huitaine qu'elle détermine.

62. L'infraction à la disposition de l'article 509 entraînerait-elle la nullité du concordat?

Cette infraction peut avoir lieu de deux manières: ou parce que l'assemblée n'a pas été tenue au jour indiqué par l'article précité, ou parce que, à cette seconde assemblée, le vote du concordat n'ayant pu encore avoir lieu, un nouveau délai a été accordé.

63. Sous l'empire de l'ancien article 523, dont la disposition, en ce point, était semblable à celle du nouvel article 509, on décidait généralement que le délai de huitaine n'était prescrit que dans l'intérêt des créanciers, et qu'eux seuls pouvaient se prévaloir de l'inobservation de cet article, sans que le tribunal pût prononcer, pour cette cause, la nullité du concordat, soit d'office, soit sur la

demande du failli ou des tiers. (Paris, 15 novemb. 1836, S.-V. 37. 2. 22; J. P. 3º édit.)

Cette distinction ne serait plus admissible aujourd'hui en présence du nouvel art. 515, qui prescrit au tribunal de refuser l'homologation du concordat, en cas d'inobservation des articles précédents, au nombre desquels se trouve l'article 509.

La guestion doit donc être examinée en ellemême, et la solution dépendra tout à fait, selon nous, des circonstances qui auront accompagné soit le changement, soit la prorogation du jour de l'assemblée. Si les créanciers ont été prévenus, par une convocation spéciale, du changement de jour ou de la prorogation de délai, et si ce changement ou cette prorogation est suffisamment justifiée, nous pensons que la nullité du concordat ne devra point être prononcée, soit d'office par le tribunal, soit même sur la demande des créanciers; car, dans ce cas, aucun préjudice sérieux ne leur aura été causé. (Contrà, Bédarride, nº 547.) Si, au contraire, aucune convocation n'a été faite, ou si aucune cause grave et extraordinaire n'a nécessité le changement de jour ou la prorogation du délai, nous pensons que le tribunal devra, même d'office, annuler le concordat.

- 64. Renouard (sur l'art. 509) propose, pour le cas où il y aurait nécessité de remettre la délibération et le vote à un jour autre que celui qui avait été d'abord indiqué, un moyen qui mettrait à l'abri de tout reproche d'irrégularité: c'est de s'adresser au tribunal pour obtenir par jugement l'indication d'un autre jour. Ce parti scrait, en effet, le plus prudent. M. Pardessus (n° 1237) pense même que cette indication serait régulièrement faite par le juge-commissaire.
- 65. La loi ne contenant aucune disposition spéciale sur la forme et la rédaction du concordat, il s'ensuit que les parties peuvent le rédiger ainsi qu'elles le jugent convenable; et comme il doit être signé par le juge-commissaire et homologué par le tribunal, il acquiert ainsi un caractère aussi complet d'authenticité que s'il avait été passé devantnotaire.
- 66. Aussi, aucune formalité particulière n'est-elle requise à l'égard des mileurs et des interdits qui figurent au concordat. L'intervention de la justice tient lieu d'autorisation. Il en est ainsi, à plus forte raison, pour l'héritier bénéficiaire. (Pardessus, n° 1237; Boulay-Paty, n° 257.)

- 67. Aux termes des art. 72, 73 et 74 de la loi du 28 avril 1816, le concordat doit énoncer si les livres du failli sont timbrés et paraphés; s'ils ne le sont pas, le concordat ne peut recevoir d'exécution avant que les amendes aient été payées. « Mais, dit M. Lainné (p. 220), la rédaction ordinairement adoptée et d'après laquelle on se borne à constater que le failli justifie de ses pertes par des documents certains, a fait tomber cette disposition fiscale en désuétude, parce qu'en effet l'irrégularité et même l'absence de livres n'est point un obstacle au concordat. »
- CHAP. 5. Nécessité de l'homologation pour la validité du concordat. Droit d'opposition des créanciers. Droit du tribunal de resuser l'homologation, quoiqu'il n'y ait pas de créanciers opposants. Concordat obtenu à l'étranger. Appel du jugement qui accorde ou qui resuse l'homologation.
- 68. Après la signature, le concordat n'existe pas encore; il n'est qu'un projet de transaction arrêté entre les créanciers et le failli; il n'est parfait qu'après l'homologation du tribunal de commerce.
- 69. L'homologation peut être demandée par le failli, les syndics ou les créanciers; elle est poursuivie à la requête de la partie la plus diligente. (C. com., 513.)
- 70. Si le failli est décédé depuis l'obtention du concordat, ses héritiers peuvent en poursuivre l'homologation en son lieu et place. (Paris, 23 fév. 1839, S.-V. 39. 2. 135; J. P. 1839. 1. 282; D. P. 39. 2. 82.)
- 71. Il n'est pas nécessaire que la partie poursuivante assigne les autres intéressés pour être présents au jugement d'homologation; le tribunal prononce sur requête, après avoir examiné les pièces. (Boulay-Paty, n° 266.)
- 72. La demande est portée au tribunal de commerce saisi de la faillite, quand même tous les créanciers ne seraient pas ses justiciables. (C. pr. civ., 59; Pardessus, nº 1243.)
- 73. Si l'homologation est poursuivie à la requête du failli, les syndics et chacun des créanciers peuvent s'opposer à ce qu'elle soit accordée. (C. com., 512.)
- 74. Dans le cas où ni les syndics ni aucun des créanciers ne s'opposent à l'homologation du concordat, le tribunal peut encore la refuser dans certains cas spécifiés par l'art. 515.

« La loi, dit M. Renouard (sur l'art. 513), en autorisant le concordat, a cu en vue l'intérêt du failli malheureux et de bonne foi; la justice permettait et l'humanité conseillait d'alléger le fardeau des obligations qui continuent à peser sur lui et qu'il se trouve hors d'état de remplir.

» Un autre intérêt plus sacré encore aux yeux de la loi, celui des créanciers, appelait hautement sa sollicitude. Le concordat, destiné à fixer leur condition, ne doit exprimer que la volonté de la majorité d'entre eux.

» Au-dessus de la compassion envers le failli, au-dessus du respect pour la volonté de la majorité des créanciers, domine un autre intérêt, le premier de tous, celui de l'ordre social, de la loi, de la justice, de la morale publique.

» Si la majorité des créanciers ruine ou opprime la minorité, il y a blessure pour la justice; si des créanciers, fussent-ils unanimes, veulent rendre la vie commerciale à un homme dont l'impunité serait un scandale, dont l'improbité mettrait la bonne foi de tous en péril, il y a blessure pour la société.

» Il faut donc, pour qu'il y ait concordat, le consentement du failli, le consentement de la majorité des créanciers, le consentement de la société et de la justice représentées par l'autorité judiciaire. »

75. Le droit de former opposition au concordat appartient à tous les créanciers qui étaient aptes à y concourir, ou dont les droits ont été reconnus depuis et constatés antérieurement à l'opposition : telle est la disposition formelle de l'art. 512, dont la généralité comprend nécessairement même les créanciers qui ont accédé au concordat et l'ont signé. Des doutes s'étaient élevés sur ce dernier point sous l'empire de l'ancien Code, dont la rédaction était beaucoup moins explicite que celle de l'art. 512; aujourd'hui ces doutes ne sont plus possibles. Il est évident, d'ailleurs, qu'en signant le concordat, chaque créancier s'est réservé d'examiner les faits jusqu'à la consommation du traité, et n'a donné son adhésion qu'à des actes obligeant la masse entière. (Renouard, sur l'art. 512; Locré, t. 6, p. 363; Pardessus, nº 1239; Bédarride, nº 564; Colmar, 26 mai1840, J. P. 1840. 2. 283; D. P. 41. 2. 49.)

76. Les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis d'un gage, qui ont été exclus des délibérations du concordat parce qu'ils n'ont pas renoncé à leur garantie spéciale, ont néanmoins le droit de former opposition, si, depuis le concordat, ils ont renoncé à leur garantie particulière, puisque, par cette renonciation, ils sont devenus simples chirographaires, ou si, au moment de l'opposition, le prix des objets affectés à leur privilége ou hypothèque ayant été distribué, leurs créances n'ont pas été colloquées en rang utile. Mais la validité de l'opposition est, dans ce cas, subordonnée à la condition que le créancier n'ait absolument rien touché dans l'ordre, c'est-àdire que l'hypothèque ou le privilége n'ait produit aucun effet. (Bédarride, nº 359; Renouard, sur l'art. 503; Pardessus, nº 1239; - Cass. 12 déc. 1827, S.-V. 29. 1. 166; D. P. 28. 1. 56; — id., 21 déc. 1840, S.-V. 41. 1. 313; D. P. 41. 1. 73.)

77. La circonstance qu'un créancier aurait échoué dans une plainte en banqueroute simple ou frauduleuse ne lui ôterait point le droit de former opposition au concordat. (Renouard, sur l'art. 512; D. 40.2.17; Toulouse, 13 mars 1830, arrêt cité par M. Renouard.)

78. Le créancier dont la créance n'aurait été admise que provisionnellement peut former opposition, puisqu'il avait droit de concourir au concordat. Mais si, plus tard, sa créance est rejetée définitivement, son opposition n'est plus recevable.

79. Quant aux créanciers dont les créances n'ont point été vérifiées et affirmées, ils ne peuvent former opposition en demandant par le même acte à faire admettre leur titre: la constatation de leurs droits doit nécessairement précéder leur opposition. (Renouard, sur l'art. 512; — Nîmes, 17 janv. 1812, S.-V. 14. 2. 281; J. P. 3° édit.; D. A. 8. 141; — Paris, 25 fév. 1820, S.-V. 21. 2. 13; — Cass. 19 juin 1821, S.-V. 22. 1. 142; J. P. 3° édit.; D. A. 8. 142; — Colmar, 26 mai 1840, J. P. 1840. 2. 283; D. P. 41. 2. 49.)

80. Le juge-commissaire n'a pas le droit de former opposition au concordat; il doit seulement, d'après l'art. 514, faire au tribunal de commerce un rapport sur les caractères de la faillite et sur l'admissibilité du concordat avant qu'il ne soit statué sur l'homologation. — V. infrà, n° 94.

81. L'opposition, pour être recevable, doit être formée dans les huit jours qui suivent le concordat (C. com., 512). Ce terme est de rigueur; il n'est point prorogé en raison des distances; il s'applique aux mineurs, aux interdits, aux femmes mariées, sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris. On comprend cette sévérité de la loi, en songeant que les droits des créanciers vont se trouver en suspens pendant ces huit jours, et que cet état provisoire ne pourrait, sans être fatal aux intérêts de tous, se prolonger plus longtemps. Ce délai, par les mêmes raisons, serait également applicable aux créanciers reconnus seulement depuis le concordat. Il n'est pas nécessaire de leur signifier le concordat pour les mettre en demeure. (Bruxelles, 13 fév. 1811, S.-V. 11. 2. 483; J. P. 3º édit.; D. A. 8. 167; - Rouen, 14 avril 1813, S.-V. 13. 2. 258; D. A. 8. 146; — Aix, 24 août 1829, S.-V. 30. 2. 3; J. P. 3º édit; - Nancy, 14 décemb. 1829, S.-V. 30. 2. 69; D. P. 30. 2. 37; -Cass. 12 janv. 1831, S.-V. 31. 1. 76; D. P. 31. 1. 125; - Bordeaux, 27 juin 1832, S.-V. 33. 2. 560; D. P. 33. 2. 116; — Cass. 27 mars 1838, S.-V. 38. 1. 762; J. P. 1838. 2. 338; D. P. 38. 1. 207. — Contrà, Paris, 10 août 1811, S.-V. 12. 2. 107; J. P. 3º édit.; D. A. 8. 138.)

82. Cependant il est un cas particulier où nous pensons que l'opposition pourrait être reçue, même après l'expiration du délai de huitaine, et tant que le jugement d'homologation ne serait pas rendu : c'est celui où l'opposition serait motivée sur des faits de dol et de fraude. En effet, l'art. 518 permet aux créanciers de demander l'annulation du concordat. même après son homologation, pour cause de dol et de fraude découverts depuis cette époque. Or, le droit de faire annuler le concordat suppose, ce nous semble, celui d'y former opposition. Donc, malgré les termes absolus de l'art. 512, si l'homologation du concordat n'avait pas eu lieu aussitôt après la huitaine révolue, et si, le neuvième jour, un créancier découvrait des cas de dol et de fraude, son opposition devrait encore être admise. La Cour de cassation, sous l'empire de l'ancienne législation, s'est implicitement prononcée dans ce sens, en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Bordeaux du 2 décembre 1836. (Cass. 27 mars 1838, S.-V. 38. 1. 762; J. P. 1838. 2. 338; D. P. 38. 1. 207.)

83. La loi française est muette sur les moyens que peut invoquer l'opposant à l'appui de son opposition (1); mais elle exige, à

84. Le même auteur pense que les mots. opposition motivée, employés dans l'art. 512. indiquent que les moyens d'opposition doivent être contenus dans l'exploit lui-même, sans qu'il soit possible de s'en référer à un acte antérieur. Nous ne pouvons adopter cette opinion: la loi a voulu, sans doute, que les parties fussent instruites des moyens à l'aide desquels on attaque le concordat; mais son vœu est rempli, si l'on fait connaître d'une manière certaine l'acte dans lequel ces moyens se trouvent développés. C'est dans ce sens que s'est prononcée, sous l'empire de l'ancien art. 523, la cour royale de Caen, dont la doctrine doit être encore suivie aujourd'hui, puisque les termes du nouvel art. 512 sont aussi rigoureux que ceux de l'article qu'il a remplacé. (Caen, 20 février 1822, J. P. 3e édit.; D. A. 8. 150.)

85. L'opposition doitêtre signifiée au failli, et aux syndics comme représentant la masse; elle doit contenir assignation à la première audience du tribunal. (C. com., 512.)

86. Si l'assignation était nulle, l'opposition se trouverait elle-même frappée de nullité, encore qu'elle eût été formée dans les délais. (Jugem. du trib. de com. de la Seine, du 16 janv. 1840, consirmé par arrêt de la cour de Paris, le 7 juillet 1840, S.-V. 40. 2. 345; J. P. 1840. 2. 121; D. P. 40. 2. 224.)

87. Si un seul syndic a été nommé, et s'il se rend opposant au concordat, il devra provoquer la nomination d'un nouveau syndic, vis-à-vis duquel il sera tenu de remplir

pour lesquelles les créanciers dissidents peuvent former opposition: c'est pour vices de forme dans la tenue des assemblées, pour collusion ou pour défaut de droits légitimes de la part des votants, ou d'exagération frauduleuse de leurs créances (article 1157). Le Code hollandais (art. 845) autorise l'opposition lorsque l'actif excède la somme portée au concordat. (V. M. de Saint-Joseph, p. 122 et 111.)

peine de nullité, que ces moyens soient contenus dans l'opposition (art. 512). « Cette disposition rigoureuse, dit M. Lainné (p. 231), s'explique naturellement par l'intérêt de la masse et le danger qu'il y aurait à laisser à la disposition d'un créancier malveillant le pouvoir de lancer un acte d'opposition vague, indéterminée, qui aurait pour résultat de prolonger l'état provisoire dans lequel on se trouve. »

<sup>(1)</sup> Le Code espagnol a déterminé les causes

les formalités prescrites audit article (C. com., 512, § 3).

88. Lorsque le jugement de l'opposition est subordonné à la solution de questions étrangères, à raison de la matière, à la compétence du tribunal de commerce, ce tribunal doit surseoir à prononcer jusqu'après la décision de ces questions (art. 512, § 4). Le tribunal fixe alors un bref délai dans lequel le créancier opposant doit saisir les juges compétents et justifier de ses diligences (même art., § 5).

89. Nous avons dit, nº 34, que lorsque avant toute délibération sur le concordat, une instruction en banqueroute frauduleuse avait été commencée contre le failli, les créanciers avaient droit de surseoir au concordat jusqu'après l'issue des poursuites. On peut se demander si, dans les mêmes circonstances, le tribunal appelé à homologuer un concordat délibéré a le même droit : nous pensons que les mêmes raisons existent dans un cas comme dans l'autre, et que par conséquent la même solution doit avoir lieu. Il faut remarquer, d'ailleurs, que le concordat, même homologué, serait annulé par suite d'une condamnation en banqueroute frauduleuse (art. 520 et suiv.); dès lors ne vaut-il pas mieux, lorsque des poursuites sont commencées, laisser au tribunal le droit de suspendre sa décision sur l'homologation, que de l'exposer à la voir annuler par le résultat de l'instruction criminelle? Au surplus, pour que le sursis puisse être prononcé, il faut que les poursuites soient commencées; une simple plainte ne suffirait pas pour le motiver, pas plus qu'elle ne suffit pour motiver le sursis de la part des créanciers appelés à délibérer sur le concordat.

90. Puisque les oppositions au concordat peuvent être faites pendant la huitaine qui suit le jour où il a été signé, il s'ensuit que le tribunal ne doit pas statuer avant l'expiration de ce délai. C'est la prescription formelle de l'article 513. Un arrêt de la cour royale de Colmar, du 18 juillet 1826 (S.-V. 27. 2. 115; J. P. 3º édit.; D. P. 27. 2. 60), a décidé qu'un jugement d'homologation, quoique prématurément rendu, produisait effet, surtout s'il n'était survenu aucune opposition dans la huitaine. Cette solution serait évidemment inadmissible aujourd'hui, en présence du texte formel de l'art. 513. Un semblable concordat n'est pas dûment homologué, et il ne peut avoir d'existence légale qu'en vertu d'un autre ingement d'homologation rendu après les délais prescrits. (Renouard, sur l'art. 513; — Contrà, Bédarride, nº 587.)

91. Si, pendant le délai de huitaine, il a été formé des oppositions au concordat, le tribunal doit statuer sur ces oppositions et sur l'homologation par un seul et même jugement (art. 513, § 2).

92. Si l'opposition est admise, l'annulation du concordat est prononcée à l'égard de tous les intéressés (art. 513, § 3).

93. L'annulation du concordat ne fait pas obstacle à une nouvelle tentative, si l'opposition sur laquelle il a été annulé n'est pas fondée sur la fraude ou la banqueroute du failli, mais seulement sur l'omission de quelqu'une des formalités prescrites. (Pardessus, n° 1242.)

94. Dans tous les cas, avant qu'il soit statué sur l'homologation, le juge-commissaire, ainsi que nous l'avons déjà dit, n° 80, doit faire au tribunal un rapport sur les caractères de la faillite et sur l'admissibilité du concordat (article 514). Mais le défaut de rapport rendrait-il l'homologation nulle? Un arrêt de la cour de Douai, du 23 décembre 1839 (J. P. 1840. 2. 547; D. P. 41. 2. 43), a jugé l'affirmative, et M. Renouard (sur l'art. 514) approuve cette décision. Nous partageons cet avis. Le tribunal ne peut ainsi s'affranchir arbitrairement d'une formalité substantielle que la loi a expressément ordonnée.

95. Un concordat qui aurait été passé à l'étranger soit par un étranger, soit même par un Français, ne pourrait point être présenté à l'homologation d'un tribunal de commerce français. On ne pourrait pas non plus faire déclarer exécutoire en France un jugement d'homologation rendu par un tribunal étranger. « Les tribunaux français, dit M. Renouard (sur l'art. 515), n'ont autorité que sur les faillites ouvertes, instruites et suivies par-devant eux: ou les créanciers français accéderont à ce concordat, qui aura, alors, à l'égard des consentants, la force d'une convention privée; ou des poursuites seront exercées en France contre la personne ou contre les biens du failli; et, en ce cas, une procédure de faillite s'ouvrira conformément aux lois françaises. On aura, en fait, dans les opérations de la faillite, tel égard que de raison au concordat passé à l'étranger; mais ce traité ne peut recevoir en France aucun caractère public, aucune autorité légale autre que celle d'une convention volontairement acceptée. »

96. L'article 515 est ainsi concu : " En cas

d'inobservation des règles ci-dessus prescrites, ou lorsque des motifs tirés, soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créanciers, paraîtront de nature à empêcher le concordat, le tribunal en refusera l'homologation. »

D'après l'art. 526 de l'ancien Code, le tribunal ne pouvait refuser l'homologation que pour cause d'inconduite ou de fraude, et ce refus entraînait, comme conséquence nécessaire, la prévention de banqueroute. L'homologation, au contraire, avait pour effet de rendre le failli excusable et susceptible d'être réhabilité. Ce système avait de graves inconvénients. D'une part, toutes les irrégularités, tous les griefs étaient couverts par cela seul qu'aucun des créanciers ne les avait relevés. D'un autre côté, les créanciers, dans la crainte de se voir interdire un concordat, évitaient de signaler les faits de banqueroute, et les tribunaux eux-mêmes reculaient souvent devant les conséquences du refus d'homologation.

La nouvelle loi s'est montrée plus intelligente et plus sage. Elle n'attache ni à l'homologation un droit pour le failli à l'excusabilité, ni au refus d'homologation une prévention de banqueroute. Débarrassée de ces conséquences fâcheuses, elle a pu laisser au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser l'homologation dans tous les cas où l'exigerait l'intérêt public ou l'intérêt des créanciers.

De plus, elle a impérativement prescrit le refus d'homologation dans un autre cas, celui où les règles qu'elle a tracées n'ont pas été suivies.

97. On s'est demandé quelles sont ces règles à l'inobservation desquelles l'art. 515 attache cette rigoureuse conséquence. Sont-ce seulement les règles contenues dans le paragraphe sur la formation du concordat, dont l'art. 515 fait partie, ou bien aussi toutes celles qui précèdent ce paragraphe, à partir du commencement de la procédure de faillite?

Cette dernière interprétation serait bien judaïque. Il serait d'ailleurs aussi rigoureux que peu sage d'attacher le refus d'homologation à toute omission, à toute irrégularité, quelque peu importante qu'elle puisse être. Ce serait aller au delà des intentions du législateur, qui n'a évidemment eu la pensée, en se servant de cette expression: les règles ci-dessus prescrites, que de se référer aux dispositions du paragraphe dont l'art. 515 fait partie. S'il eût voulu renvoyer à d'autres dispositions comprises dans d'autres divisions et

sous d'autres rubriques, il l'eût fait expressément, comme on le voit dans une foule de cas.

98. Les jugements d'homologation sont susceptibles d'appel, car ces sortes de jugements ne sont pas compris par l'art. 583 du Code de commerce dans le nombre de ceux rendus en matière de faillite, dont il défend d'appeler; ce qui s'explique et se justifie par l'importance des jugements qui homologuent ou annulent les concordats.

Mais quelles sont les personnes auxquelles la voie de l'appel est ouverte?

A cet égard, il faut distinguer entre les jugements qui accordent l'homologation et ceux qui la refusent.

99. Lorsque le jugement homologue, le droit de l'attaquer par appel appartient à tous ceux qui avaient formé opposition au concordat : ainsi, aux syndics, s'ils s'étaient rendus opposants, et aussi, dans ce cas, à chacun des créanciers, quoiqu'ils n'aient pas formé d'opposition individuellement; car il est de principe que chacun des créanciers composant la masse est représenté par les syndics.

Si les syndics n'ont pas formé opposition, le droit d'appeler n'appartient qu'à ceux des créanciers qui se sont opposés. Ceux qui ne se sont pas opposés, n'ayant été parties dans l'instance ni par eux-mêmes ni par les syndics, ne peuvent appeler du jugement.

100. Lorsque le jugement refuse l'homologation, le droit d'appeler n'appartient qu'à ceux qui, soit par eux-mêmes, soit par les syndics, leurs représentants, ont poursuivi l'homologation. Tous les autres, et les syndics eux-mêmes aussi bien que le failli, s'ils n'ont pas été parties dans l'instance en homologation, sont non recevables à former appel; car il est de principe élémentaire que, pour être recevable à appeler d'un jugement, il faut y figurer en personne ou par un représentant.

C'est par oubli de ce principe fondamental que quelques auteurs, et notamment M. Renouard (sur l'art. 515), enseignent que l'appel contre le jugement qui a refusé l'homologation appartient tant au failli qu'à tout créancier qui, soit expressément, soit tacitement, a adhéré au concordat. Cette adhésion ne suffit pas; elle ne saurait suppléer à la présence ou à la représentation dans l'instance, sans lesquelles il n'y a point de droit d'appel.

101. Le délai d'appel est de quinzaine à

compter de la signification du jugement (Code com., 582).

Cette nécessité de la signification, pour faire courir le délai d'appel, serait, au besoin, une nouvelle preuve qu'en cette matière, comme dans toutes les autres, les seules parties qui figurent dans le jugement peuvent en appeler, car ce n'est apparemment qu'à elles que le jugement doit être signifié.

102. Puisque tous les créanciers qui n'ont pas figuré individuellement dans l'instance, sont réputés avoir été représentés par les syndics, lorsque ceux-ci y ont figuré, il est évident qu'aucun d'eux ne serait admis à former ni opposition ni tierce-opposition au jugement, la première de ces deux voies n'étant ouverte qu'à ceux qui n'ont pas comparu, et la seconde qu'à ceux qui n'ont pas été appelés lors de la décision, ni par eux-mèmes, ni par les personnes qu'ils représentent (C. de pr. civ., 474). V. Tierce-opposition. Mais il en serait autrement, si les syndics n'avaient pas figuré dans l'instance.

CHAP. 6. — Effets du concordat par rapport au failli, aux créanciers et aux cautions.

103. Le principal effet du concordat à l'égard du débiteur, c'est de faire cesser l'état de faillite, de mettre fin au dessaisissement dont le failli était frappé, et de le replacer à la tête de ses affaires.

104. La conséquence du rétablissement du failli à la tête de ses affaires, c'est que lui seul peut poursuivre l'exécution des jugements obtenus par les syndics contre les débiteurs de la faillite. (Bordeaux, 16 juillet 1840, J. P. 1840. 2. 358; D. P. 41. 2. 2.)

105. Lorsqu'il y a remise d'une partie de la dette, cette partie est éteinte avec ses accessoires, en ce qui concerne le failli; il n'existe plus, à cet égard, pour lui d'obligation légale, mais seulement une obligation naturelle, à laquelle sa conscience seule peut le contraindre de satisfaire. Il ne peut plus être désormais poursuivi que pour raison des dividendes qu'il s'est engagé à payer, quelle que soit devenue plus tard sa position de fortune (Poitiers, 9 nivôse an XI, S.-V. 3. 2. 518; J. P. 3° édit.; D. A. 8. 163). De telle sorte que le créancier du failli, qui devient son débiteur depuis l'ouverture de la faillite. ne peut compenser sa dette que jusqu'à concurrence de la partie de sa créance maintenue par le concordat. (Cass. 24 nov. 1841, S.-V. 42. 1. 80; J. P. 1841. 2. 726.)

106. Mais, d'un autre côté, le failli ne peut être admis à la réhabilitation, et faire disparaître ainsi les traces du caractère de failli attaché à sa personne, qu'après avoir acquitté intégralement en capital, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues à quelque titre que ce soit. (C. com., 604.) V. Réhabilitation. C'est aussi sous ce mot que nous examinons le point de savoir quels seraient les droits du créancier non payé, dans le cas où la réhabilitation aurait été obtenue frauduleusement.

107. Si le traité concède des délais au failli, celui-ci ne pourra pas non plus être poursuivi avant l'expiration des termes accordés, quoique ses ressources aient augmenté avant l'époque convenue pour l'exigibilité des dividendes.

108. La libération résultant du concordat s'étend-elle jusqu'à dispenser le failli, qui vient à la succession d'un de ses créanciers, d'y faire le rapport de la portion de dette dont la remise lui a été consentie?

109. La plupart des auteurs considérant la remise faite au failli par son auteur comme un avantage, et se fondant sur les termes généraux des articles 829, 843 et 851 du Code civil, se sont prononcés en faveur du Rapport. (V. Merlin, Répert., v° Rapport à succession, § 3, n° 16; Delvincourt, t. 2, p. 350; Duranton, t. 7, n° 310; Grenier, Des donations, n° 522; Chabot, Comm. sur les success., art. 843, n° 23; Poujol, Des successions, art. 843, n° 10; Conflans, Jurispr. sur les success., p. 431.) Ces auteurs se sont tous appuyés, du reste, sur l'opinion anciennement èmise par Pothier (Des successions, chap. 4, art. 2, § 2).

Cette doctrine a été adoptée par quelques cours royales. (Bordeaux, 16 août 1827, Devillen. et Car., 8. 2. 406; J. P. 3º édit.; D. P. 33. 2. 157; — Paris, 13 août 1839, S.-V. 39. 2. 531; J. P. 1842. 2. 443; D. P. 40. 2. 3; — Rennes, 17 avril 1834, J. P. 3º édit.; — Paris, 11 janv. 1843, J. P. 1843. 1. 687; — id., 21 déc. 1843, S.-V. 44. 2. 80; J. P. 1844. 1. 366.)

110. Cependant quelques auteurs professent une opinion contraire (Renouard, Des faillites, sur l'art. 516; Lainné, Des faillites, p. 249; Vazeille, Des successions, sur l'art. 853, n° 4), et leur système a reçu une sorte de consécration d'un arrêt de la Cour de cassation que nous examinerons plus loin.

111. Les motifs principaux que l'on invoque à l'appui de ce dernier système, sont:

1º Que, par l'effet du concordat, le failli se trouve libéré, aux yeux de la loi civile, de la portion de dette qui lui a été abandonnée par ses créanciers, absolument comme s'il l'avait payée: de telle sorte que ce qu'il reste devoir à ses cohéritiers, alors qu'il vient à la succession de son créancier, ce qu'il doit seulement rapporter, c'est le dividende promis par le concordat.

2º Qu'une égalité parfaite doit régner entre tous les créanciers du failli; que si le père du concordataire voulait, après le concordat, réclamer de son débiteur, indépendamment des dividendes promis, le complément de sa dette, il serait évidemment non fondé; que par conséquent ses héritiers, n'ayant pas plus de droits que lui, ne peuvent pas plus que lui obtenir ce complément au moyen du rapport. Examinons ces deux objections.

112. Le failli, dit-on, est pleinement libéré par le concordat, absolument comme s'il l'avait payée, de la portion de dette dont il lui est fait remise.

Mais n'est-ce pas là, d'abord, étendre singulièrement les termes de l'article 516 du Code de commerce sur les effets du concordat? Sans doute, il résulte bien de cet article qu'en dehors du traité, la loi refuse toute action au créancier pour se faire payer de ce qu'il aura abandonné. Mais en même temps elle considère si peu la dette comme réellement éteinte, qu'elle fait au failli qui voudra plus tard obtenir sa réhabilitation, une obligation absolue de la payer intégralement (C. com. 604). Est-il donc vrai de dire que, par l'effet de la remise, le debiteur failli est exactement dans la même position que s'il avait payé?

113. Qu'importe, au surplus, au regard des cohéritiers du failli, que celui-ci soit ou non considéré comme libéré à l'égard de ses créanciers? Un fait reste toujours constant, c'est qu'il a reçu de l'auteur commun et qu'il n'a pas rendu à sa succession. Il ne s'agit pas de revenir contre le concordat, ni d'altérer en quoi que ce soit les effets de cet acte par rapport aux autres créanciers, ni même par rapport au failli, mais uniquement d'apprécier, par rapport à la succession qui vient de s'ouvrir et seulement entre les cohéritiers, quel est le caractère de l'abandon fait à l'un d'eux d'une partie de sa dette. « Or, dit Duranton (ubi sup.), de quelque manière qu'on voulût considérer la chose, soit comme remise forcée, ce qui est vrai, soit comme libéralité pure, ce qui n'est pas, le rapport n'en scrait pas moins dû, puisqu'il y aurait toujours eu avantage pour l'héritier, et avantage recu du défunt, ce qui suffit, aux termes de l'article 843 du Code civil, pour qu'il y ait lieu au rapport.»

114. On invoque les principes de l'égalité entre créanciers, qui sont la base de la loi sur les faillites. Mais, relativement à la question qui nous occupe, les cohéritiers du failli peuvent-ils, sous quelque rapport que ce soit. être considérés comme créanciers? Deux hypothèses peuvent se présenter :

115. Ou le concordat aura été consenti par le père de son vivant; c'est l'hypothèse dans laquelle nous nous étions placés au numéro précédent; et alors, au point de vue de la faillite et des créanciers, tout est consommé, lorsque la succession vient à s'ouvrir; la situation du failli et celle des créanciers ont été définitivement fixées. Ce qu'il s'agit d'assurer, ce n'est plus l'égalité entre créanciers, qui a recu satisfaction, mais bien l'égalité entre cohéritiers, dont la loi a fait aussi une règle fondamentale, à laquelle on ne peut arriver qu'au moyen du rapport, et qui est entourée de telles protections, que par une remarquable fiction, le partage que peuvent faire entre eux les cohéritiers est réputé remonter non-seulement au jour du décès de l'auteur commun, mais même jusqu'au jour où ce dernier s'est réellement dessaisi.

116. Ou le concordat n'a pas encore été fait et il s'agit d'y procéder : le décès de l'auteur commun est arrivé entre la déclaration de faillite et la résolution des créanciers. Si les cohéritiers se présentaient comme créanciers ordinaires, nul doute qu'ils ne dussent subir la loi du concordat dans toute sa rigueur. Mais pour déterminer ce qu'ils ont à faire dans cette occurrence, ou quel sera à leur égard l'effet du concordat consenti par les autres créanciers sans leur concours, il faut d'abord examiner si, dans l'actif du failli, la part qu'il peut prétendre dans la succession paternelle figurera comme n'ayant aucune réduction à subir proportionnellement à celle de ses cohéritiers; ou si, au contraire, elle sera diminuée de ce qu'il a recu de son auteur à titre de prêt.

117. C'est toujours, on le voit, se demander, comme dans la première hypothèse, si les règles ordinaires du rapport et du partage entre cohéritiers, sont ou non applicables au cas de faillite. Seulement, ici la question change de face et s'élargit; la véritable difficulté, en définitive, est de savoir si en général les prêts d'ascendant à descendant conservent, par rapport aux héritiers, le caractère ordinaire de prêts, ou s'ils ne doivent pas toujours, au contraire, lorsqu'ils n'ont pas été remboursés lors de l'ouverture de la succession, être considérés comme un avancement d'hoirie.

118. Les dispositions du Code civil semblent, à cet égard, formelles. « Chaque cohéritier, porte l'article 829 du Code civil, fait rapport à la masse.... des dons qui lui ont été faits et des sommes dont il est débiteur. »— « Tout héritier, même bénéficiaire, dit l'article 843, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, directement ou indirectement..... »— « Le rapport, ajoute l'article 851, est dû de ce qui a été employé pour l'établissement d'un des cohéritiers, ou pour le paiement de ses dettes. »

119. Bien que ces dispositions semblent ne comporter aucune distinction, on a fait, pour le cas de faillite, ce raisonnement. S'il résulte des circonstances, a-t-on dit, que l'intention de l'auteur commun, en prêtant à son héritier présomptif, a été uniquement de venir au secours de celui-ci, et non de faire une spéculation dans son propre intérêt, le rapport sera dû par le failli, car c'est évidemment un avantage qui lui a été fait. Si, au contraire, on peut induire des faits qu'il y a eu de la part de l'ascendant prêteur l'intention de faire une spéculation dans son intérêt personnel, ou tout au moins un placement jugé avantageux, le rapport ne sera pas dû, car dans ce cas l'ascendant, ou ses représentants, se trouve exactement dans la position des créanciers ordinaires.

120. La Cour de cassation a rendu, le 22 août 1843, un arrêt contraire au rapport, et qui est évidemment intervenu sous l'influence de ces idées.

« Attendu en droit, porte cet arrêt, que de la combinaison des articles 829 et 843 du Code civil, il résulte que tout héritier venant à succession doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt par donation

entre vifs, directement ou indirectement, et les sommes dont il est débiteur; que même, à l'égard de ces dernières, c'est moins un rapport qu'il fait que le paiement de la dette dont il se trouve chargé envers la même succession;

» Attendu que de la combinaison des articles 894, 1106, 1892, 1905 du Code civil, il résulte aussi que le prêt à intérêt est un contrat à titre onéreux, et nullement une donation; lors surtout que, par le taux du même intérêt et par d'autres circonstances, il est prouvé que le prêt a été consenti plutôt à l'avantage du prêteur que pour celui de l'emprunteur;

» Attendu enfin qu'en cas de faillite, si le concordat accorde au failli une réduction de sa dette, il est pleinement libéré en justice de tout ce qui excède la somme à laquelle sa dette a été réduite (C. com. anc., 525, nouv. 518);

» Et attendu qu'il a été déclaré en fait par l'arrêt attaqué, d'une part, que le prêt dont il s'agit au procès n'a pas été fait par la veuve Valeau dans l'intérêt personnel d'Auguste-Léon, son fils, mais moyennant 6 010 par an; que ce prêt paraissait alors beaucoup plus avantageux pour elle que celui qu'elle avait fait antérieurement dans la maison Ansel, qui ne lui donnait que 4 010; qu'il ne résulte d'aucun acte de la cause que la mère ait eu l'intention d'avantager son fils, et qu'elle ne lui a fait ni donation, ni avantage quelconque sujet à rapport dont les héritiers pussent se plaindre;

» Attendu qu'il a été déclaré aussi en fait, d'autre part, par l'arrêt attaqué (ce qui n'est pas contesté au procès), que, par le concordat consenti de la manière et dans les formes voulues par la loi, les créanciers d'Auguste-Léon Valeau lui ont fait remise de 82 0/0, et que, parmi ces créanciers, a figuré et signé ce concordat la femme Valeau, représentée par Valeau Junior, son autre fils; que, dans ces circonstances et d'après ces faits, en décidant qu'Auguste-Léon Valeau ne devait aucun rapport à la succession maternelle comme donataire de sa mère, et qu'il ne devait y rapporter que le dividende établi par le concordat, dont il se trouvait seulement débiteur envers ladite succession, l'arrêt attaqué n'a violé ni les articles 829 et 843 du Code civil invoqués par les demandeurs, ni aucune autre loi; « La cour rejette, » (S.-V. 44. 1. 186; J. P. 1844. 1. 16.)

121. Quelque remarquables que soient les

motifs de cette décision, nous ne saurions adopter la distinction sur laquelle elle repose et qui n'est nulle part écrite dans la loi. Du moment qu'il y a eu prêt, il y a évidemment lieu à rapport, car la disposition de l'art. 829 du Code civil est formelle, générale et absolue. Pour le décider autrement, il faudrait aller jusqu'à refuser aux avances faites le caractère de prêt; et, en se placant dans les termes de l'art. 853, considérer ces avances comme étant de la nature des profits que l'héritier a pu retirer des conventions passées avec le défunt, lesquels sont dispensés du rapport, lorsqu'à l'époque où ces conventions ont été faites, elles ne présentaient aucun avantage indirect (1). Mais un prêt, même à intérêt, ne peut en aucun cas avoir ce caractère; comme en réalité l'emprunteur seul doit profiter des bénésices que ce prêt peut produire dans le commerce, il est évident que c'est dans toutes les suppositions un avantage qui lui est fait, et dont il doit compte à ses cohéritiers, car l'on ne peut rendre ceux-ci passibles de la perte, alors qu'il n'y avait pour eux aucune chance de gain.

122. Nous n'hésitons donc pas à penser que le rapport est dû dans toutes les circonstances et sans distinction, quelles qu'aient été la nature du prêt ét l'intention de l'ascendant prêteur.

Ajoutons que si, dans quelques rares espèces, il était possible d'apprécier exactement, comme dans celle qui a donné lieu à la décision de la Cour suprême, l'intention de l'ascendant prêteur, il serait impossible de déterminer un caractère général d'après lequel on reconnaîtrait, dans tous les cas, cette intention. Les auteurs qui se prononcent pour la distinction que nous avons signalée, ont émis l'opinion qu'il fallait prendre pour règle cette circonstance, que des intérèts auront ou non été stipulés. Mais tout le monde comprendra l'incertitude d'une telle règle et les résultats injustes qu'elle pourrait amener. De ce que l'ascendant prêteur cherche à retirer de ses fonds un intérêt qu'il trouverait ailleurs, on ne saurait conclure qu'il fasse une spéculation dans son intérêt personnel, alors surtout que, d'un autre côté, ce placement manquera souvent des garanties les plus essentielles.

123. En ce qui concerne les créanciers, le concordat homologué leur donne le droit d'exiger le dividende aux époques convenues. Ce droit appartient même aux créanciers inconnus qui, ne se sont pas présentés à la faillite; mais, d'un autre côté, le concordat devient obligatoire pour tons ceux qui avaient droit d'y concourir. (V. suprà, nos 42 et suiv.) Sous l'empire de l'ancien art. 524, la Cour de cassation et certaines cours royales jugeaient que le concordat n'était pas opposable à un créancier qui n'avait été ni porté au bilan, ni appelé aux opérations de la faillite. (Cass. 17 janv. 1826, S.-V. 26. 1. 194; J. P. 3e édit.; D. P. 26. 1. 104; id., 24 août 1836, S.-V. 36. 1. 737; D. P. 37. 1. 38). En supposant que cette jurisprudence que les auteurs combattaient (V. Pardessus, nº 1250; Boulay-Paty, nº 278) fût alors fondée, elle ne le serait plus aujourd'hui en présence des termes de l'art. 516, qui comprend dans l'énumération des créanciers obligés par le concordat, ceux portés ou non portés au bilan, ceux vérifiés ou non vérifiés; ceux admis par provision à délibérer, en vertu des art. 499 et 500, quelle que soit la somme que le jugement définitif leur ait ultérieurement attribuée; enfin, même ceux qui sont domiciliés hors du territoire continental de la France. (Cass. 3 juin 1845, Gazette des Trib. du 4.)

On comprend que la loi ne pouvait disposer autrement. Si quelques-uns des créanciers n'étaient pas liés par le concordat, leur condition, en devenant meilleure, rendrait pire celle des créanciers obligés; car le failli étant tenu de payer aux premiers la totalité de leurs créances, et à des termes plus rapprochés que ceux fixés par le concordat, aurait plus de peine à remplir ses obligations envers les derniers.

124. Puisque le concordat homologué devient une loi obligatoire pour tous les créanciers, il s'ensuit qu'aucun d'eux ne peut, en dehors des termes de ce traité, exercer une action quelconque contre le failli. Toutefois, un arrêt de la Cour de cassation, du 20 juin 1838 (J. P. 1838. 2. 330; D. P. 38. 1. 292), établit, dans ses motifs, une exception à cette règle pour le cas où le failli, par une obligation contractée de bonne foi et sans préju-

<sup>(1)</sup> C'est, en effet, sur la seule disposition de l'art. 853 que s'appuie M. Vazeille pour soutenir qu'au cas de faillite, il n'y a pas lieu à rapport à l'égard des prêts proprement dits, de quelque nature qu'ils soient. (Vazeille sur l'art. 851, n° 9.)

dice pour les autres créanciers, aurait donné à quelques-uns d'entre eux un droit particulier, et par là une action spéciale à exercer uniquement contre lui. Nous n'avons rien à objecter contre cette doctrine; mais il nous semble que les circonstances signalées par l'arrêt peuvent difficilement se rencontrer.

125. Les créanciers hypothécaires sont en dehors du concordat; par conséquent ils peuvent poursuivre sur les biens qui leur ont été affectés le paiement de leurs créances pour la totalité, et sans être tenus d'observer les termes fixés par le concordat. Mais le concordat lie les créanciers hypothécaires et privilégiés relativement à l'exercice de leurs droits sur les biens à l'égard desquels l'affectation spéciale à l'hypothèque ou au privilége ne leur a pas été conservée. (Arg. de l'art. 516; Renouard, sur l'art. 516.)

126. Si le concordat porte remise de la contrainte par corps, les créanciers privilégiés et hypothécaires sont également déchus du bénéfice de cette voie d'exécution dans le cas où elle serait attachée à leur créance. (Pardessus, n° 1248.)

127. M. Renouard pense que le concordat est un obstacle à ce qu'un créancier hypothécaire qui n'y aurait pas figuré, ou qui n'y aurait figuré que pour une créance chirographaire, puisse poursuivre ultérieurement le failli comme stellionataire, et le faire condamner par corps au paiement de sa créance hypothécaire. Selon lui, la loi nouvelle a trop clairement placé sous l'empire d'une condition commune toutes les actions des créanciers, pour que l'on puisse accorder à qui que ce soit, même à raison du stellionat, une action exceptionnelle emportant contrainte par corps, et qui, créant des obligations et des voies d'exécution que le concordat n'a pas prévues, placerait le failli dans l'impossibilité de remplir les engagements consacrés par ce traité. « Le gage hypothécaire, dit-il, est seul placé hors de la faillite; là où manque le gage, les droits du créancier ne s'exercent que dans les conditions et les termes de tous les droits du reste de la masse. On doit, ajoute-t-il, sous la loi nouvelle, admettre cette solution avec 'd'autant moins de scrupule, que l'action pour dol en nullité du concordat, même homologué, peut, suivant les circonstances, demeurer ouverte, en vertu de l'art. 518, en faveur du créancier victime du stellionat. » (Renouard, sur l'art. 516.)

Ces raisons ne nous semblent pas décisives. L'action en stellionat se rattache au droit hypothécaire, auguel le concordat ne porte aucune atteinte. Le stellionat est une fraude dont la contrainte par corps est la peine, contrainte par corps qui n'a nul rapport avec celle qui dépend de la nature commerciale des créances, et dont le concordat a pu faire remise. C'est au surplus dans ce dernier sens que s'est prononcée la Cour suprême, le 28 janvier 1840, en cassant un arrêt de la cour de Besançon, qui avait jugé conformément à l'opinion de M. Renouard. (S.-V. 40. 1. 105; J. P. 1840. 1. 316; D. P. 40. 1. 109; — V. aussi Bordeaux, 9 déc. 1834, S.-V. 35. 2. 269; D. P. 35. 2. 109; - Paris, 26 fév. 1833, S.-V. 33. 2. 574; D. P. 33. 2. 126; — id., 13 nov. 1843, S.-V. 44. 2. 22; J. P. 1844. 1.53.)

128. Lorsque le concordat provoqué par le failli a été homologué, il forme entre lui et les créanciers une véritable transaction qui ne lui permet plus d'attaquer aucune des créances comprises dans le traité; en donnant son consentement au concordat, il reconnaît les titres des divers créanciers qui y sont intervenus, et qui n'ont pas besoin d'autre justification pour recevoir le dividende qui leur est attribué par cet acte. (Colmar, 19 nov. 1813, S.-V. 14. 2. 287; D. A. 8. 166; - Douai, 16 avril 1813, S.-V. 14. 2. 286; J. P. 3e édit.; D. A. 8. 166; — Nîmes, 20 nov. 1829, S.-V. 30. 2. 160; J. P. 3º édit.; D. P. 30. 2. 133; — Cass. 23 avril 1834, S.-V. 34. 1. 230; D. P. 34. 1. 178; — Bordeaux, 6 déc. 1837, S.-V. 39. 2. 194; D. P. 39. 2. 103; - Pardessus, nº 1249; Renouard, sur l'art. 503; contrà, Bédarride, nº 593.)

129. Les engagements qui sont pris par un failli dans un concordat sont des engagements commerciaux dont l'exécution peut être demandée par la voie de la contrainte par corps, à moins qu'il n'y ait une convention contraire à cet égard. (Bordeaux, 6 déc. 1837, S.-V. 39. 2. 194; D. P. 39. 2. 103.)

130. Mais ce principe est-il tellement absolu qu'il puisse s'appliquer même aux créances purement civiles qui ont figuré dans le concordat, et qui, de leur nature, n'entraînent point la contraînte par corps?

La cour royale de Paris, par arrêt du 22 juin 1844 (J. P. 1844. 2. 92), a jugé que le concordat qui se bornait à accorder au failli des termes ou la remise d'une partie de la dette n'opère pas novation, et qu'il laisse subsister le titre primitif avec les effets et les voies d'exécution qui y étaient attachés par la loi.

Cette doctrine nous paraît exacte: pour avoir été produite à la faillite et avoir subi les réductions du concordat, la créance n'a pas changé de nature; elle n'est pas devenue commerciale de civile qu'elle était; et si elle est moins avantageuse que les créances commerciales auxquelles est attaché l'exercice de la contrainte par corps, il en était déjà ainsi avant la faillite; pourquoi après la faillite en serait-il différemment?

- 131. L'homologation conserve à chacun des créanciers sur les immeubles du failli l'hypothèque inscrite en vertu du troisième paragraphe de l'article 490, c'est-à-dire l'hypothèque prise au nom de la masse sur les immeubles du failli dont les syndics connaissaient l'existence (art. 517). Ainsi les créances chirographaires se trouvent converties en créances hypothécaires; elles ne concourent pas avec les créances hypothécaires antérieures à la faillite, mais elles priment celles qui sont postérieures à cette époque. Cependant les créanciers peuvent renoncer à cette garantie, s'ils pensent que cette renonciation donnera au failli de plus grandes facilités pour les nouvelles opérations de son commerce.
- 132. Aux termes du même article 517, les syndics, pour remplir le but du premier paragraphe, doivent faire inscrire au bureau des hypothèques le jugement d'homologation, à moins qu'il n'en ait été décidé autrement par le concordat.
- 133. M. Pardessus (n° 1248) pense que les syndics doivent prendre des inscriptions individuelles et séparées au profit de chaque créancier dénommé au procès-verbal d'admission des créances; MM. Lainné, Renouard (sur l'art. 517) et Bédarride (n° 601) sont d'avis, au contraire, qu'il suffit d'une simple inscription du jugement d'homologation indiquant les noms de ceux auxquels cette inscription doit profiter. Il nous semble que, dans le silence de la loi, cette dernière opinion, qui aurait pour effet d'obtenir une notable économie dans les frais, mérite la préférence sur l'autre.
- 134. Mais l'inscription ne pourrait être rayée qu'en justifiant de la libération envers tous les créanciers dénommes au concordat, à

moins qu'il ne s'agît que d'une radiation partielle concernant uniquement ceux des créanciers envers lesquels il y aurait eu libération individuelle. (Renouard, loc. cit.)

135. Quant au renouvellement de l'inscription, il ne peut s'effectuer que par les créanciers individuellement, puisque, après que le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée, il n'y a plus ni syndics ni masse. (Renouard, loc. cit.) Il ne pourrait, selon le même auteur, y avoir lieu au renouvellement de l'inscription collective, qu'au cas de seconde faillite.

136. Puisque l'inscription faite en vertu de l'art. 517 n'a pour but que de conserver celle qui avait été prise précèdemment, il est clair que l'hypothèque doit dater du jour de la première inscription; cette hypothèque est générale puisqu'elle est judiciaire. (C. civ., 2123.)

137. Les syndics n'étant que les mandataires des créanciers, il en résulte que s'ils négligeaient de prendre l'inscription, les créanciers ou l'un d'eux pourraient la prendre eux-mêmes.

138. Le jugement d'homologation produit contre les tiers qui ont cautionné l'exécution du concordat, le même effet que contre le failli, c'est-à-dire que le cautionnement est présumé immobilier, à moins de stipulation contraire. « Il convient donc, dit M. Bédarride, à ceux qui ne voudraient consentir qu'un cautionnement mobilier ou immobilier, avec dispense d'hypothèques, de s'en expliquer dans le concordat, pour ne pas se trouver engagés autrement et au delà de leurs intentions.

139. Nous ajouterons que les cautions qui ont garanti l'exécution du concordat, ayant les mêmes obligations que le failli, sont tenues même envers les créanciers non vérifiés, à moins qu'elles n'aient expressément limité leur garantie aux créances vérifiées et assirmées. (Bordeaux, 6 déc. 1837, S.-V. 39. 2. 194; D. P. 39. 2. 103;—Paris, 9 juillet 1828, S.-V. 28. 2. 257; J. P. 3° édit.; D. P. 28. 2. 166.)

140. Les créanciers, en accordant au failli un concordat, ne se déterminent qu'en vue de leur intérêt combiné avec le sien; d'où la conséquence que le concordat ne profite point aux codébiteurs solidaires; car, ainsi que le dit M. Pardessus (n° 1247), « c'est précisément dans la crainte de n'être pas payé par un débiteur qu'on exige des obligés solidaires ou accessoires. 5 Le créancier conserve donc toujours son action contre les obligés solidaires et les cautions. C'est une exception au principe posé dans les art.. 1285 et 1287 du Code civil, d'après lesquels le paiement fait par l'un des débiteurs solidaires posite à tous les autres, et celui fait par le débiteur principal libère la caution. Ainsi, il est admis que l'adhésion sans réserve du créancier au concordat ne fait nul obstacle à l'exercice de son droit contre les les coobligés et les cautions solidaires. (Lyon, 14 juin 1826, S.-V. 26. 2. 283; J. P. 3° édit.; D. P. 26. 2. 216; — Paris, 8 juin 1831, S.-V. 31. 2. 221; J. P. 3° édit.; D. P. 31. 2. 222.)

141. Il y a plus, le débiteur solidaire ou la caution qui paierait pour le compte du failli la partie de la dette dont remise lui a été consentie par ses créanciers, ne pourrait se faire rembourser par lui. Ce résultat peut paraître bizarre, car si le débiteur n'obtenait pas de concordat, nul doute que la subrogation existerait au profit du débiteur solidaire ou de la caution. Si donc la position du failli concordataire est plus avantageuse pour lui-même, il est vrai de direqu'elle est plus préjudiciable aux intérêts de ses codébiteurs solidaires et de ses cautions, que s'il n'obtenait pas de concordat; mais tel est précisément l'esprit de la loi, dont le but a été de venir au secours du commercant malheureux et de bonne foi; ce but serait manqué, si les cautions et les codébiteurs solidaires du failli pouvaient exercer leurs recours contre lui, à raison des compléments de dividendes qu'ils auraient payés, puisque la créance qu'ils exerceraient en vertu de leur subrogation ayant déjà recu un dividende, ce serait la faire entrer deux fois en contribution. Telle est, au surplus, l'opinion des auteurs. — (V. notamment Pardessus, nº 1247; Boulay-Paty, nº 293, et Lainné, p. 247.)

142. Il faut appliquer aux termes de paiement stipulés par le traité ce que nous venons de dire pour la remise des dettes; le codébiteur solidaire ou la caution ne peuvent s'en prévaloir,

143. Le concordat qui est obligatoire, ainsi que nous l'avons dit nos 123 et 124, pour le failli et pour les créanciers chirographaires, est sans influence à l'égard des tiers, qui ne peuvent ni en souffrir ni en profiter. Il faut appliquer, en ce qui les concerne, les principes qui règlent les effets généraux des conventions et de la chose jugée. Ainsi, par exemple, le concordat ne pourrait pas être op-

posé aux créanciers de la femme du failli qui aurait fait cession de tous ses droits aux créanciers de la faillite; les créanciers de la femme auraient droit de faire saisir-arrêter les créances transportées sans signification par leur débitrice. (Cass. 19 janv. 1820, S.-V. 21. 1. 100; J. P. 3° édit.; D. P. 20. 1. 143.)

144. Suivant l'ancien Code, les syndics devaient rendre compte de leur gestion après la signification du jugement d'homologation. D'après l'article 519 de la loi nouvelle, les fonctions des syndics ne cessent que lorsque le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée. La signification aura donc désormais pour objet unique de faire courir le délai d'appel.

145. Les syndics rendent leur compte définitif au failli en présence du juge-commissaire; ce compte est débattu et arrêté. Les syndics y portent les honoraires que l'article 462 leur alloue. Ils remettent au failli l'universalité de ses biens, livres, papiers et effets; le failli en donne décharge. Il est dressé du tout procès-verbal par le juge commissaire. En cas de contestation, le tribunal de commerce prononce.

146. Il a été jugé, sous l'ancienne loi, que les syndics provisoires étaient tenus solidairement et par corps de payer les reliquats du compte de leur gestion. (Paris, 30 déc. 1837, S.-V. 38. 2. 136; J. P. 1838. 1. 146; D. P. 38. 2. 23.) Nous ne voyons aucun motif qui dût faire décider autrement sous la loi nouvelle. (Bédarride, n° 628.)

147. Le Code de 1807 ne soumettait pas le failli concordataire à la surveillance de ses créanciers; toutefois il n'était pas rare de voir stipuler dans un concordat que le failli ne serait capable d'aucun acte, soit de disposition, soit même d'administration, sans l'assistance et le consentement exprès de commissaires nommés par les créanciers. La jurisprudence avait sanctionné ces sortes de stipulations, qui devraient être respectées encore aujourd'hui. (Bédarride, n° 611.) (1).

Mais à l'égard des tiers, le failli est réputé relevé purement et simplement du dessaisissement (Pardessus, n° 1246; — Cass. 21 juin 1825, S.-V. 26.1.301; J. P. 3° édit.; D. P. 25.

<sup>(1)</sup> Le Code espagnol (art. 1162) soumet le failli concordataire à la surveillance de l'un des créanciers nommé par l'assemblée, à moins de conventions contraires.

1. 225); cela toutesois ne fait point obstacle à ce que les commissaires nommés au failli ne puissent actionner ses débiteurs (Paris, 27 mai 1840, J. P. 1840. 2. 120), car ils sont investis de pouvoirs réguliers.

#### CHAP. 7. — De l'annulation et de la résolution du concordat.

148. Une fois que le concordat est homologué, il ne peut plus être annulé pour les vices de forme ou l'inobservation des conditions prescrites, dont nous avons traité plus haut (C. com., 518). Toutes les nullités sont couvertes par le vote de la majorité et par l'homologation du tribunal. Mais il peut encore être annulé ou résolu pour d'autres causes que la loi détermine.

Nous expliquerons d'abord les causes et les effets particuliers de l'annulation et de la résolution; nous traiterons ensuite des effets qui sont communs à l'une et à l'autre de ces actions.

#### § 1er. — Causes et effets particuliers à l'annulation du concordat.

149. Le concordat peut être annulé pour cause de dol découvert depuis l'homologation, et résultant, soit de la dissimulation de l'actif, soit de l'exagération du passif. (C. com., 518.)

Ainsi, cette action en nullité n'est admissible qu'à une double condition; il faut : 1° que le dol n'ait été découvert que postérieurement à l'homologation; 2° que ce dol consiste, soit dans la dissimulation de l'actif, soit dans l'exagération du passif. Aucune autre espèce de dol ne pourrait servir de fondement à cette action. Ces restrictions ont pour but de ne pas ouvrir une voie trop large aux attaques contre un traité auquel l'intérêt de la majorité des créanciers veut qu'on donne la plus grande stabilité.

150. On doit remarquer que ces cas de dol sont du nombre de ceux qui donnent lieu à la condamnation pour banqueroute frauduleuse. (C. com., 591.) — V. Banqueroute, n° 29. On pourrait s'étonner dès lors que la loi ait autorisé deux moyens d'annulation du concordat pour une seule et même cause. Mais on a pensé que des commerçants pourraient éprouver de la répugnance à traduire le failli en cour d'assises. L'expérience atteste d'ailleurs que, soit difficulté de dissiper

les nuages dont les débiteurs ont soin d'envelopper leurs opérations, soit indulgence du jury, peu de condamnations sont prononcées pour banqueroute frauduleuse; c'est pour cela que le législateur a cru devoir réserver aux créanciers l'action civile en même temps que l'action criminelle, ce qui est, au surplus, conforme au droit commun.

151. L'action en nullité pour dol appartient à tous et à chacun des créanciers qui ont concouru ou qui sont censés avoir concouru au concordat; à ceux dont la créance n'est reconnuc qu'après la clôture du procèsverbal de vérification et d'affirmation, ou même postérieurement à l'homologation du concordat. (Renouard, sur l'art. 520; — Lyon, 15 mars 1838; J. P. 1838, 2.566; D. P. 39. 2.162.)

152. Elle doit être portée devant le tribunal consulaire, mais on comprend que, quelle que soit la décision du tribunal, elle ne peut paralyser l'action du ministère public, si ce dernier juge à propos d'agir au criminel dans l'intérêt de la société.

153. La loi ne disant point dans quel délai cette action doit être intentée, il faut suivre la règle générale tracée par l'article 1304 du Code civil pour la prescription des actions en nullité ou en rescision, et décider que l'action sera prescrite par le laps de dix années, à partir de la découverte du dol. (Bédarride, n° 615.)

154. Dans le projet, l'article 518 contenait un deuxième paragraphe portant qu'à partir de la même époque (de l'homologation du concordat), aucune action en banqueroute simple ne pourrait être intentée.

« Cet article, dit M. Duvergier (Lois et ordonn., etc., sur l'art. 518 de la loi du 28 mai 1838), avait été dicté par la crainte qu'une poursuite simple ne fût un moyen indirect de faire tomber le concordat, et ne devînt une arme dangereuse entre les mains d'un créancier qui pourrait, en menaçant de s'en servir, arracher au failli des avantages particuliers. On a dit, pour le faire effacer de la loi, que c'était faire dépendre le délai de la prescription des délits que pourrait commettre le failli, de la volonté des créanciers et non de la loi; qu'en cela, on dérogeait au droit commun; que cependant ces délits, pour lesquels on accordait un droit de grâce aux créanciers, ne sont pas de peu d'importance, puisqu'ils touchent à l'ordre public. Ces considérations amenèrent la suppression

du paragraphe, du consentement du gouvernement.»

155. Il résulte de cette suppression que l'action en banqueroute simple est recevable, même après l'homologation du concordat, et ne se prescrit, comme tous les délits, que par trois années révolues, à compter du jour où le fait duquel résulterait particulièrement le délit de banqueroute aura été commis. Mais par la même raison que la condamnation pour banqueroute simple ne fait point obstacle à l'obtention d'un concordat (V. suprà, nº 13), elle ne ferait point non plus tomber le concordat consenti.

156. La condamnation du failli pour banqueroute frauduleuse, prononcée depuis l'homologation du concordat, est une seconde cause d'annulation. On a vu (n° 12) que si la condamnation était prononcée antérieurement, le concordat ne pouvait point avoir lieu.

Le fait de la condamnation du failli pour banqueroute frauduleuse annule forcément le concordat, lors même que les créanciers désireraient qu'il fût maintenu. Cela résulte de la combinaison des articles 520 et 522, et surtout de la disposition de ce dernier article, d'après laquelle, sur le vu de l'arrêt de condamnation pour banqueroute frauduleuse. le tribunal doit procéder à la nomination de nouveaux syndics, et prendre d'autres mesures qui toutes supposent le concordat anéanti. Ces expressions prouvent également que la nullité, dans ce cas, n'a pas besoin d'être prononcée par le tribunal, et qu'elle a lieu de plein droit. « On ne comprendrait pas, dit M. Renouard (sur l'art. 520), que cette annulation, impérieusement commandée en cas de banqueroute frauduleuse, fût, après l'arrêt de la cour d'assises, remise en question devant le tribunal de commerce, qui n'aurait plus rien à juger sur un fait judiciairement établi. »

157. Lorsque après l'homologation du concordat, le failli sera poursuivi pour banqueroute frauduleuse et placé sous mandat de dépôt ou d'arrêt, le tribunal de commerce pourra prescrire telles mesures conservatoires qu'il appartiendra. Ces mesures cesseront de plein droit du jour de la déclaration qu'il n'y a lieu à suivre, de l'ordonnance d'acquittement ou de l'arrêt d'absolution. (C. com., 521.)

Dans la discussion, on avait proposé de supprimer de cet article les mots: et placé sous mandat de dépôt ou d'arrêt, afin que si le prévenu était en état de mandat d'amener, ce qui peut durer longtemps lorsqu'il est en fuite, le tribunal de commerce pût prendre les mesures conservatoires nécessaires. Le Moniteur du 3 avril 1838, deuxième supplément, page 800, dit que l'article fut adopté avec cette modification. Nous voyons cependant que l'article a conservé sa rédaction primitive; c'est sans doute par erreur, car cette modification était aussi juste qu'utile.

158. L'annulation du concordat, soit pour dol, soit par suite de condamnation pour banqueroute frauduleuse intervenue après l'homologation, libère de plein droit les cautions (C. com., 520, § 1er); et c'est avec raison. car l'annulation n'ayant lieu gu'en cas de fraude pratiquée par le débiteur, et les créanciers pouvant s'autoriser de cette fraude pour faire tomber la stipulation du concordat, il est juste que la caution, qui a été induite comme eux en erreur, ne puisse pas demeurer obligée. Elle aura même le droit de répéter la somme qu'elle aura déjà payée. La caution ne jouit pas des mêmes avantages dans le cas de simple résolution du concordat, ainsi que nous l'expliquerons ci-après.

159. Dans le sein de la commission de la chambre des députés, on agita la question de savoir si, en cas de condamnation pour banqueroute simple postérieurement à l'homogation, les cautions seraient également libérées. La commission se prononça pour la négative, et déclara qu'en admettant le maintien possible du concordat dans ce cas (hypothèse que la loi a convertie en réalité, ainsi que nous l'avons dit), on ne pouvait admettre le principe de la libération des cautions.

160. Le failli dont le concordat a été an-

nulé pour cause de dol ou de banqueroute frauduleuse n'est plus apte à en obtenir un second; il n'en est pas de même dans le cas de simple résolution. — V. Infrà, n° 181.

## § 2. — Causes et effets particuliers à la résolution du concordat.

161. Outre le droit de faire annuler le concordat pour cause de dol découvert depuis l'homologation, ou de condamnation pour banqueroute frauduleuse, l'article 520 du Code de commerce accorde encore aux créanciers la faculté de poursuivre la résolution devant le tribunal de commerce pour inexécution par le failli des conditions qui lui avaient été imposées par le traité. Il semble qu'il n'était pas besoin d'une stipulation spéciale à cet égard, et que la résolution devait résulter nécessairement des principes du droit commun en matière de conventions synallagmatiques. Toutefois, comme sous le Code ancien quelques auteurs n'admettaient pas, dans ce cas, l'esset de la condition résolutoire tacite, la nouvelle disposition a du moins l'avantage de lever toute incertitude sur ce point.

162. La résolution du concordat n'a pas lieu de plein droit, car l'inexécution, à l'égard d'un créancier seulement, des conditions du concordat, ne fait pas revivre, de plein droit, l'état de faillite (Paris, 11 août 1843, arrêt cité, nº 170.) La résolution peut-elle être demandée par un seul créancier, comme l'annulation pour dol, ou faut-il, pour la faire prononcer, l'intervention de la majorité des créanciers? En 1836, la commission de la chambre des pairs avait formellement déclaré, par l'organe de son rapporteur, que, pour provoquer la résolution du concordat, il fallait la majorité des créanciers exigée pour le former, en vertu de ce principe que les parties qui ont concouru à la formation d'un contrat ont seules capacité pour le dissoudre; un amendement fut rédigé dans ce sens. Mais, en 1838, la commission de la chambre des députés fut d'un avis contraire; elle pensa que la résolution du concordat pouvait être provoquée par un seul créancier, si ce créancier n'était pas payé des engagements pris par le concordat, et elle supprima l'amendement de la chambre des pairs. « Après le concordat formé, disait le rapporteur, il n'existe plus de masse, plus de communauté, plus de majorité, plus de minorité, plus de droits collectifs; chacun peut poursuivre l'exercice de ses droits individuels par tous les movens qui lui restent en vertu du concordat. La majorité serait souvent impossible à retrouver, s'il s'était écoulé, par exemple, plusieurs années depuis la formation du concordat. Ce serait soumettre à une condition impossible la résolution qu'il importe de prononcer. Il pourrait même arriver que la majorité fût désintéressée, et qu'elle n'eût plus aucun intérêt à faire prononcer la résolution. » (Bédarride, nº 635; Renouard sur l'article 529.)

Nous verrons infrà, n° 169, quels sont les effets de la résolution prononcée sur la demande d'un seul créancier.

163. La loi n'ayant point fixé de délai particulier pour intenter la demande en résolution, ce délai est, selon la règle générale, de trente ans, à compter du dernier terme accordé au failli pour exécuter ses engagements.

164. A la différence de l'annulation, la résolution ne libère point les cautions qui sont intervenues au concordat, afin d'en garantir l'exécution totale ou partielle; la loi exige seulement qu'elles soient présentes ou dûment appelées dans l'instance en résolution. (C. com., 520.)

Cette disposition a soulevé des objections très-vives à la chambre des pairs, notamment de la part de M. Tripier, rapporteur, parlant au nom de la commission : « Comment voudriez-vous, disait-il, que lorsqu'un débiteur est dépouillé de tous les avantages du concordat, la caution restât obligée à payer pour lui? Le premier effet de la résiliation, c'est d'annuler entièrement le concordat. De ce moment, la règle de droit, sauf les conventions particulières, c'est que le concordat est annulé, surtout à l'égard de la caution qui n'est intervenue que pour faire jouir le débiteur du bénéfice du contrat. Quelle sera donc la position des créanciers? Ils auront à choisir, ou de rester dans les termes du contrat, ou d'en provoquer l'annulation. S'ils trouvent que le débiteur ne présente pas de solvabilité suffisante, et que la caution soit bonne, c'est à eux de ne pas provoguer l'annulation, et alors ils conserveront contre la caution tous les droits que leur confère le concordat. S'ils trouvent, au contraire, qu'il y a bénéfice pour eux à demander la résiliation, la caution ne peut plus être obligée. »

Ces raisons ne purent prévaloir : « En matière de concordat, disait M. Vincens, commissaire du roi, les circonstances qui amènent l'intervention d'une caution ne sont pas les mêmes que dans les autres transactions. On traite avec un homme dont la solvabilité peut à bon droit être contestée. Les créanciers avaient un gage; ils vont l'abandonner à un homme qui sort à peine d'un état de déconfiture. Ils le font, ou parce qu'il leur reste quelque confiance dans sa bonne foi, ou parce qu'une caution garantit les dividendes auxquels ils vont se réduire; eh bien, dans ce cas, la caution, quoiqu'elle sache bien quel est l'état d'impuissance du débiteur, sait bien aussi qu'elle a contracté une obligation aussi directe que possible, et elle n'a pas dû croire qu'elle en sera affranchie, s'il plaît au débiteur de ne pas payer. Le concordat est fait pour tous, même pour les refusants, pour les absents, pour ceux qui ont formé opposition et ont perdu leur procès. Et cependant un seul viendra et dira: Je ne suis pas payé, je poursuis la résiliation, toutes les cautions seront déchargées. Cette résiliation accordée, le débiteur aura reçu tout l'actif, l'aura dilapidé, caché peut-être, et se sera expatrié; vous aurez abandonné le gage et vous ne pourrez aller à la caution, qui a connu le risque qu'elle courait et qui s'est bien engagée; et ce sera peut-être une connivence du failli avec un de ses créanciers qui, sans qu'aucun des autres en puisse rien savoir, aura rompu le contrat pour tous. » Telles sont les raisons qui ont motivé cette disposition. - V. nº 186.

165. De l'obligation imposée au créancier qui demande la résolution du concordat d'appeler en cause les cautions du failli concordataire, peut-on conclure que si, devant le tribunal, les cautions offrent d'exécuter intégralement le concordat, en désintéressant le créancier, celui-ci devra être débouté de sa demande?

M. Bédarride (n° 644) se prononce pour la négative. Il soutient que, lorsque l'inexécution du concordat se réalise, les créanciers sont investis d'une double faculté, 1° celle de se faire payer par les cautions, 2° celle de retirer au failli le bénéfice du concordat, et que ces deux facultés peuvent être simultanément exercées.

Nous ne saurions admettre cette opinion. Du moment que les cautions offrent de payer tout ce qui est dû d'après le concordat, on ne peut pas dire que le concordat n'est pas exécuté; et, d'après les règles du droit commun, il doit être maintenu, il n'y a plus de raison d'en prononcer la résolution. Quelle serait, d'ailleurs, la nécessité d'appeler en cause les cautions, si elles ne pouvaient, en s'exécutant, arrêter l'action en résolution?

166. L'étendue de l'obligation des cautions, dans l'hypothèse de la résolution du concordat, est subordonnée soit à la liquidation de l'actif, dans le cas où cette résolution est suivie d'un contrat d'union, soit aux clauses du nouveau concordat, dans le cas où il en est accordé un au failli.

Si les cautions ont garanti la totalité des dividendes, les à-compte payés par le failli, avant la résolution, les ont libérées d'autant. De plus, tout ce qui est produit par les répartitions que l'union amène est d'abord imputé sur les sommes dues par les cautions, et elles n'ont à payer que la différence entre la somme touchée par le créancier et le dividende cautionné. Si, par suite de la liquidation et des à-compte payés, le créancier se trouvait avoir trop reçu, les cautions pourraient se faire restituer l'excédant.

Si les cautions n'ont garanti qu'une partie des dividendes promis, les à-compte payés par le failli, ou résultant de la liquidation, devront être imputés d'abord sur la partie non cautionnée, et ensuite sur celle garantie par les cautions. (Bédarride, n° 646.)

167. La résolution du concordat n'est pas un obstacle à ce que le failli puisse en obtenir un second, ainsi que nous l'expliquerons ciaprès, n° 181. Dans ce cas, les cautions qui avaient garanti l'exécution du premier ne peuvent plus être recherchées à raison de leur concours à ce concordat, à moins qu'elles n'aient renouvelé leurs engagements dans le second: il y a novation dans le titre. (Code civ., 1281; Bédarride, n° 647.)

### § 3. — Effets communs à l'annulation et à la résolution.

168. Nous n'avons signalé jusqu'à présent que les effets spéciaux soit à l'annulation, soit à la résolution du concordat. Il en est d'autres qui sont communs à ces deux modes d'anéantissement du concordat et qui intéressent soit le failli, soit les tiers, soit les créanciers.

Le premier de ces effets, c'est de donner immédiatement ouverture à une seconde faillite, ou, pour parler plus exactement, de faire reprendre la première dans l'état où on l'avait laissée, en acceptant les faits nouveaux qu'elle a fait surgir. C'est ce que supposent les mesures prescrites par les art. 522 et suivants du Code de commerce; nous les expliquerons tout à l'heure.

169. Cet effet a-t-il lieu, dans le cas de résolution, même alors qu'elle n'a été prononcée que sur la demande d'un seul créancier?

Ceux qui admettent la négative, au nombre desquels on compte M. Duvergier (Collec. des lois, t. 38, p. 398), s'emparent des paroles prononcées par M. Teste, garde des sceaux, lors de la discussion: « Le concordat, disait le ministre, est, quant à ses résultats, un acte divisible, et la résolution ne doit avoir effet qu'à l'égard de celui qui l'a demandée. » Les

partisans de ce système sont obligés de reconnaître que, dans le cas d'annulation du concordat pour cause de dol, cette annulation produit ses effets à l'égard de tous les créanciers, quoique demandée par l'un d'eux seulement; mais ils cherchent à repousser l'argument d'analogie qui découle naturellement de cette disposition de la loi, en disant que, dans le premier cas, le dol est un tort commis envers tous les créanciers, tandis que les cas d'inexécution sont personnels à ceux vis-à-vis desquels le débiteur a manqué à ses engagements. Ils ajoutent que le droit de chaque créancier d'exiger l'exécution des engagements pris envers lui est individuel, et ne doit pas entraver le libre exercice des droits des autres créanciers.

Cette argumentation ne nous paraît pas concluante, et nous nous rangeons à l'opinion contraire. En voici les raisons:

En premier lieu, il faut remarquer que, dans le cas de résolution du concordat, et sans distinguer entre le cas où elle est demandée par un ou plusieurs créanciers et celui où elle est demandée par tous, l'article 522 du Code de commerce replace le débiteur en état de faillite, c'est-à-dire dans une position évidemment indivisible.

Ensuite, on peut opposer aux paroles de M. Teste celles de M. Quénault, rapporteur à la Chambre des députés, qui repoussait implicitement, mais très-positivement, les conséquences de la divisibilité du concordat.

Ensin, et ce motif nous paraît déterminant, la résolution du concordat à l'égard d'un créancier, alors qu'il continuerait de subsister à l'égard des autres, blesserait nécessairement le principe d'égalité qui doit régner entre eux, puisque le premier pourrait réclamer la totalité de sa créance, tandis que les autres n'auraient droit qu'aux dividendes promis par le concordat. (Pardessus, n° 1251; Bédarride, n° 638; de Saint-Nexent, t. 3, p. 280.)

170. Si un créancier, au lieu de faire résoudre le concordat faute de payement des dividendes promis, préfère poursuivre le débiteur, pourra-t-il lui demander la totalité de la créance et exercer la contrainte par corps en vertu de son titre originaire?

Nous n'hésitons pas à résoudre négativement cette question; car, tant que le concordat n'est pas résolu, le créancier ne peut agir en vertu de son titre primitif; et dès que le concordat est résolu, le débiteur est replacé en état de faillite, comme nous l'avons dit plus haut, n° 169, et les créanciers ne peuvent plus exercer leurs droits qu'en commun.

Cependant la cour royale de Paris a jugé le contraire, par un arrêt du 11 août 1843 (S.-V. 43. 2. 546; J. P. 1843. 2. 696). Il est vrai que, dans l'espèce de cet arrêt, le concordat contenait la clause formelle qu'à défaut de paiement des dividendes promis, les créanciers rentreraient dans la plénitude de leurs droits contre le failli. Mais cette circonstance, sur laquelle la cour s'est particulièrement fondée, nous paraît sans influence sur la question; car, dans le concordat, comme dans tous les contrats synallagmatiques, la condition résolutoire est toujours sous-entendue pour le cas où l'une des parties n'exécutera point son obligation (C. civ., 1184); et il est indifférent que cette condition soit ou ne soit pas expressément écrite. Examinons donc le motif donné par la cour indépendamment de cette clause purement oiseuse.

Ce motif est que, par l'effet du concordat, le failli a été remis à la tête de ses affaires, et que l'état de faillite a cessé. Cela est incontestable, mais là n'est pas la question. Il ne s'agit pas de savoir si le concordat a fait cesser la faillite, mais bien si le concordat peut être regardé comme résolu sans que cette résolution ait été prononcée, et si, quand elle a été prononcée, le débiteur n'est pas retombé en état de faillite. Or, il ne peut, sur ces deux points, planer aucun doute.

171. L'annulation et la résolution du concordat ont pour effet de priver le failli de tous les avantages qui lui avaient été assurés par ce traité, — V. infrà, n° 183.

172. Telles sont les conséquences de l'annulation et de la résolution du concordat, par rapport à l'état du failli. Nous avons maintenant à examiner celles qui concernent les tiers qui ont traité avec lui pendant le temps qu'il a eu l'administration de ses biens.

173. Aux termes de l'art. 525 du Code de commerce, les actes faits par le failli postérieurement au jugement d'homologation et antérieurement à l'annulation ou à la résolution du concordat, ne peuvent être annulés qu'en cas de fraude aux droits des créanciers. Ainsi le sort de ces actes est régi par les dispositions du droit commun, et aucune des nullités portées par les articles 446 et suivants du Code de commerce n'est applicable.

174. Il nous reste à indiquer quelles sont,

en cas d'annulation ou de résolution prononcée du concordat, les mesures à prendre en ce qui concerne les créanciers. Elles sont prescrites par l'article 522 en ces termes:

« Sur le vu de l'arrêt de condamnation pour banqueroute frauduleuse, ou par le jugement qui prononcera soit l'annulation, soit la résolution du concordat, le tribunal de commerce nommera un juge-commissaire et un ou plusieurs syndics. Ces syndics pourront faire apposer les scellés. Ils procèderont sans retard, avec l'assistance du juge de paix, sur l'ancien inventaire, au récolement des valeurs, actions et des papiers, et procèderont, s'il y a lieu, à un supplément d'inventaire. Ils dresseront un bilan supplémentaire. Ils feront immédiatement afficher et insérer dans les journaux à ce destinés, avec un extrait du jugement qui les nomme, invitation aux créanciers nouveaux, s'il en existe, de produire, dans le délai de vingt jours, leurs titres de créances à la vérification. Cette invitation sera faite aussi par lettres du greffier, conformément aux articles 492 et 493. »

175. Remarquons en passant la rédaction vicieuse qui résulte de ces mots: « le récolement des valeurs, actions et des papiers;... » il est probable que le projet originaire portait valeurs actives, et qu'un copiste mal habile aura mis: « valeurs, actions, » ce qui ne s'explique pas. On ne récole pas des actions, à moins qu'il ne s'agisse d'actions de compagnies; mais alors pourquoi parler de cette sorte de titre plutôt que de tout autre?

176. Le quatrième paragraphe de l'article n'exige la formalité de l'affiche et de l'insertion dans les journaux que lorsqu'il y a des créanciers nouveaux; mais les mesures conservatoires prescrites par les premiers paragraphes, et qui ont pour but de constater la situation du failli au moment de la réouverture de la faillite, doivent être prises dans tous les cas.

177. Par créanciers nouveaux, il faut entendre les créanciers postérieurs à l'homologation du concordat; la loi leur accorde un délai de vingt jours comme à ceux antérieurs au concordat.

178. Il est procédé sans retard à la vérification des titres de créances produits en vertu de l'article précédent. Il n'y a pas lieu à nouvelle vérification des créances antérieurement admises et affirmées, les quelles par conséquent ne peuvent pas être contestées par les créan-

ciers nouvellement admis, sans préjudice néanmoins du rejet ou de la réduction de celles qui depuis auraient été payées en tout ou en partie (art. 523). La vérification des nouvelles créances doit se faire en la forme déterminée par les art. 498 et suivants. — V. Faillite.

179. Ces opérations mises à fin, s'il n'intervient pas de nouveau concordat, les créanciers seront convoqués à l'effet de donner leur avis sur le maintien ou le remplacement des syndics (art. 524).

180. Ces mots de l'article, « s'il n'intervient pas de nouveau concordat, » ne se trouvaient pas dans le projet. Le rapporteur de la commission justifia ainsi cette intercalation: « Nous avons entendu l'article comme M. Gaillard de Kerbertin, en laissant les choses sous l'empire du droit commun. Le projet semble supposer qu'il ne peut intervenir de concordat dans aucun cas, et c'était aller trop loin que d'admettre cette supposition : car il peut être question du cas de résolution du concordat; il peut y avoir des créanciers nouveaux, et il est impossible d'empêcher ces créanciers nouveaux, et même les créanciers anciens, lorsque le failli n'est pas un banqueroutier, lorsqu'il n'est pas placé dans un état d'incapacité, de former, s'ils le jugent à propos, s'ils jugent que cela soit dans leur intérêt, un nouveau concordat. C'est cette prévision d'un cas qui se présentera rarement. mais qu'il ne faut pas cependant exclure, qui est l'objet des dispositions insérées dans l'article 524. »

181. Ainsi, il ne peut pas intervenir un nouveau concordat dans tous les cas. Cela est notamment impossible dans le cas où le premier concordat a été annulé par suite de la condamnation du failli comme banqueroutier frauduleux. — V. suprà, nº 160.

Lorsque la cause de l'annulation est le dol du failli, comme ce dol résulte d'une dissimulation de l'actif ou d'une exagération du passif, c'est un cas de banqueroute frauduleuse. Or, ou le ministère public poursuit, et alors il y a lieu à délibérer sur un sursis, comme il a été expliqué, n° 34, et, en cas d'acquittement, il pourra intervenir un second concordat; ou le ministère public ne poursuit pas, et, dans ce cas, aucun texte ne défend de passer un concordat; mais le tribunal devrait en refuser l'homologation, car l'intérêt public et l'art. 515 lui en font une loi.

Voilà pour les cas d'annulation du concordat. Mais, dans le cas de résolution, rien ne s'oppose à la formation et à l'homologation d'un nouveau concordat.

182. Si les créanciers n'accordent pas un second concordat, ou si le tribunal refuse d'homologuer celui qu'ils auraient accordé, il y a lieu de procéder à un contrat d'union; c'est pourquoi les créanciers sont appelés, comme dans le cas de l'art. 529, à donner leur avis sur le maintien ou le remplacement des syndics.

183. Par l'effet, soit de l'annulation, soit de la résolution du concordat, les créanciers rentrent dans la plénitude de leurs droits à l'égard du failli (aft. 526, § 1<sup>er</sup>). Chacun d'eux peut donc exiger de lui le paiement intégral de sa créance originaire, en principal, intérêls et frais, sans autre déduction que celle résultant des à-compte déjà reçus.

184. Mais il n'en est pas de même pour ce qui concerne les créanciers entre eux.

« Sous le Code, disait le rapporteur à la chambre des députés, les créanciers de l'ancienne faillite étaient sacrifiés aux créanciers nouveaux. Si, par exemple, une remise de 60 p. 0/0 avait été faite par le concordat et que la perte fût de 90 p. 0/0 dans la seconde faillite, les créanciers anciens n'avaient droit qu'à un dixième des 40 p. 0/0 auxquels ils avaient consenti à réduire leur créance originaire. Une telle combinaison blessait profondément l'équité : la remise n'est consentie par les créanciers qu'en vue et à condition du paiement partiel qui leur est promis. S'ils ont recu une partie de leur dividende, qu'une part correspondante de leur créance première se trouve éteinte, rien de plus juste; mais toute la part de leur créance première, correspondante au dividende qui leur a été promis et qui ne leur a pas été payé, doit revivre à leur profit.

Tels sont les motifs des dispositions nouvelles de l'article 526, ainsi conçu : « Les créanciers antérieurs au concordat rentreront dans l'intégralité de leurs droits à l'égard du failli seulement; mais ils ne pourront figurer dans la masse que pour les proportions suivantes, savoir : s'ils n'ont touché aucune part du dividende, pour l'intégralité de leurs créances; s'ils ont reçu une partie du dividende, pour la portion de leurs créances primitives correspondante à la portion du dividende promis qu'ils n'auront pas touchée. » 185. Outre le droit qui appartient aux créanciers de la première faillite de se présenter à la seconde pour l'intégralité de la portion de leurs créances sur laquelle ils n'ont reçu aucun dividende, ils peuvent encore se prévaloir, vis-à-vis des créanciers nouveaux, du droit de préférence que leur assure sur les immeubles du failli l'hypothèque prise à leur profit, en vertu de l'article 490.

Mais nous devons faire remarquer que si, par suite de la vente de ces immeubles, les concordataires ont touché une partie des dividendes promis, leur créance aura été diminuée d'autant, par application de la disposition de l'article 526 précité. Il devra en être ainsi, soit que le paiement hypothécaire ait eu lieu avant l'annulation ou la résolution du concordat, soit qu'il ait eu lieu depuis. Le cumul dans l'un ou l'autre de ces deux cas réduirait l'actif du failli au préjudice des créanciers nouveaux, contrairement au texte et à l'esprit de la loi.

186. Nous avons établi (suprà, nº 164) que les cautions se trouvent libérées lorsque le concordat est annulé, mais qu'il en doit être autrement lorsque ce contrat est simplement résolu. Dans ce dernier cas, les créanciers nouveaux peuvent-ils exclure les anciens de tout concours dans la répartition de l'actif, sous prétexte que pouvant se faire payer par les cautions de l'intégralité de leur dividende, ils sont en réalité désintéressés? Nous ne le pensons pas; car les créanciers qui ont figuré dans le concordat ont un double droit, celui de se faire payer par les cautions, et celui de venir dans les répartitions de l'actif. Nous ajouterons que les créanciers nouveaux ne peuvent pas non plus se faire subroger dans les droits qu'avaient les anciens créanciers contre les cautions, mais que celles-ci, au contraire, doivent obtenir des créanciers qu'elles ont désintéressés la subrogation dans leurs droits, pour venir en leur lieu et place prendre part à la répartition de l'actif, jusqu'à concurrence de ce qu'elles ont payé, si le dividende excède les sommes cautionnées.

187. Il peut arriver que le failli n'exécute pas les conditions de son concordat, sans que l'annulation ou la résolution en soit demandée par ses créanciers, et qu'il y ait ainsi ouverture à une seconde faillite. Dans ce cas, le sort des créanciers est réglé comme s'il y avait eu résolution sur leur demande. (C. comm., 526, § dernier.)

188. Mais, à part les exceptions ci-dessus, concernant le sort des créanciers, il faut appliquer à la seconde faillite, qui a lieu sans que la résolution du concordat ait été préalablement prononcée, les principes généraux en cette matière.

Ainsi, la faillite ne pourra être déclarée qu'autant qu'il y aura eu cessation de paiement, et que cette cessation réunira les caractères indiqués par l'article 437 du Code de commerce.

De même, les actes et paiements faits par le failli aux approches de cette nouvelle faillite, tomberaient sous l'empire des présomptions et distinctions créées par les articles 446, 447 et 448. — V. Faillite.

CHAP. 8. — Des avantages particuliers stipulés par des créanciers en raison de leur vote.

189. Il arrivait fréquemment, sous l'ancienne loi, que le vote de certains créanciers en faveur du concordat était acheté par des avantages particuliers stipulés en dehors des conditions faites à la masse. Il en résultait que ces traités particuliers absorbaient les ressources destinées à faire face aux obligations du concordat; que les créanciers les plus loyaux et les plus humains se trouvaient frustrès de tout paiement, au profit des créanciers les plus durs et les plus avides, et que les résolutions du concordat, auxquelles on ne peut honnêtement prendre part qu'autant qu'on y doit être soumis, étaient prises par des créanciers qui s'étaient mis secrètement en mesure de s'y soustraire. C'est à ce grave abus que l'article 597 a eu pour but de porter remède.

« Le créancier, porte cet article, qui aura stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite, ou qui aura fait un traité particulier duquel résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli, sera puni correctionnellement d'un emprisonnement qui ne pourra excèder une année, et d'une amende qui ne pourra être au-dessus de 2,000 francs.

— L'emprisonnement pourra être porté à deux ans, si le créancier est syndic de la faillite. »

« Les conventions seront, en outre, ajoute l'article 598, déclarées nulles à l'égard de toutes personnes, et même à l'égard du failli. — Le créancier sera tenu de rapporter à qui de droit les sommes ou valeurs qu'il aura recues en vertu des conventions annulées. »

Enfin, l'article 599 dispose que, « dans le cas où l'annulation des conventions serait poursuivie par la voie civile, l'action sera portée devant les tribunaux de commerce. »

Pour l'examen des questions qui se rattachent aux divers traités de cette nature, V. Banqueroute, art. 4; V. surtout Faillite, art. des crimes et délits commis dans les faillites par d'autres que les faillis.

#### CHAP. 9. — Enregistrement.

190. Aux termes de l'art. 14 de la loi du 24 mai 1824, les concordats ou atermoiements consentis conformément aux articles 507 et suivants du Code de commerce ne sont assujettis qu'au droit fixe de trois francs, quelle que soit la somme que le failli s'oblige à payer. Nous pouvons ajouter que dans le cas où il existerait un acte de cautionnement, il ne serait soumis qu'au même droit. En effet, l'article 69, § 2, nº 8 de la loi de frimaire an vII, porte bien que les cautionnements de sommes et valeurs mobilières sont soumis au droit de 50 centimes pour 100, qui doit être percu indépendamment de celui de la disposition que le cautionnement, la garantie ou l'indemnité aura pour objet; mais cet article ajoute, sans pouvoir l'excéder, expressions que l'administration de l'enregistrement a reconnu devoir s'appliquer aux actes passibles du droit fixe, comme à tous autres. -V. Faillite, Union.

CONCUBINAGE.—1. Cette expression désigne le commerce d'un homme et d'une femme qui ne sont point mariés, et qui vivent ensemble comme s'ils l'étaient. Il ne faut pas confondre ce commerce avec le concubinatus des Romains.

- 2. « Les citoyens romains, dit Pothier (Contrat de mariage, n° 6), pouvaient contracter deux différentes espèces de mariages: on appelait l'une justæ nuptiæ, et l'autre concubinatus. »
- 3. Le concubinatus, plutôt toléré que permis, fut reconnu par les lois, per leges nomen assumpsit (l. 3, § 1, ff. De concub.), vers l'époque d'Auguste; mais il ne constituait, pour la femme surtout, qu'une union peu honorable, que l'on a comparée aux mariages connus aujourd'hui, dans quelques pays, sous le nom

de mariages morganatiques ou mariages de la main gauche. On distinguait le concubinatus de la liaison illicite qui constitue chez nous le concubinage et que les Romains désignaient sous le nom de stuprum.

- 4. Le concubinatus qui pouvait, au gré des parlies, se dissoudre ou se changer en justes noces, ne rattachait les enfants qui en étaient issus à leur père par aucun lien civil de famille (agnatio). Désigné. sous le nom de liberi naturales, ils avaient un père certain et pouvaient être légitimés; mais ils différaient des enfants naturels reconnus du droit français, en ce qu'ils ne suivaient pas la condition de leur père et n'avaient aucun droit sur son hérédité.
- 5. Le concubinatus, dans lequel, suivant l'expression de Pothier, l'homme prenait une femme sans se donner une épouse, fut reconnu par l'Église et élevé par elle à la dignité de sacrement (Pothier, eod., nos 7 et 8). Les empereurs chrétiens s'efforcèrent toutefois de le faire disparaître, et Léon le philosophe l'abolit par une constitution (V. Novell. Leon., 91), qui fut suivie dans les pays où le droit romain était en vigueur. (Cujas, Observat., liv. 5, ch. 6; Woet, Pandect., liv. 25, tit. 7, no 3; Perezius. Cod., liv. 5, tit. 26, no 3.)
- 6. Notre ancienne jurisprudence ne reconnaissait d'autre union légitime entre l'homme et la femme que le mariage; des peines pécuniaires étaient quelquefois infligées aux concubins, et la déclaration de 1639 privait d'effets les mariages qu'ils contractaient in extremis. (Denisart, v° Concubinage.)
- 7. Le concubinage, tel que nous l'avons défini en commençant cet article, constitue aujourd'hui un état évidemment immoral, mais dont le législateur n'a pas cru devoir s'occuper. Le silence du Code sur cette matière a fait naître une question grave sur laquelle les opinions paraissent aujourd'hui fixées, celle de savoir s'il existe entre concubins une incapacité de donner et de recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament.
- 8. Les lois romaines qui prohibaient les donations entre époux (l. 1, ff. De donat. int. vir et uxor.), les permettaient à ceux qui vivaient dans le concubinatus (l. 31, ff. De donat.; l. 3, § 1, ff. De donat. int. vir.). On a prétendu que les institutions d'héritier et les legs étaient interdits aux concubins. Cette assertion, re-

produite par M. Rolland de Villargues (Répert. du notariat, v° Concubinage, n° 1), est inexacte: les textes cités par cet auteur (l. 13, ff. De his quæ est indign.; l. 6, Cod. De incest. nupt.) décident seulement que ceux qui vivent dans un commerce incestueux ou adultérin ne peuvent rien recevoir l'un de l'autre par testament; mais la loi 16, § 1, ff. De his quæ est indign., prouve, comme l'a enseigné Cujas (Respons. Papin. l. 12), que la concubine solidum capere potuitex amici sui testamento sive vice conjugis.

9. Les donations entre concubins étaient prohibées dans l'ancien droit français. Plusieurs coutumes les interdisaient d'une manière formelle; et la maxime, don de concubin à concubine ne vaut, était généralement admise.

L'art. 132 de l'ordonnance de janvier 1629, connue sous le nom de Code Michaud, déclara « toutes donations faites à concubines, nulles et de nul effet, » et les parlements qui, comme ceux d'Aix et de Rennes, n'avaient pas enregistré cette ordonnance, prononçaient également la nullité. (Ricard, Donations, 1re part., n° 408; Furgole, Testaments, ch. 6, sect. 2, n° 85.)

- 10. Des motifs d'humanité avaient toutefois fait admettre quelques adoucissements à
  la prohibition que nous venons d'indiquer.
  On maintenait, lorsque le concubinage n'était entaché ni d'adultère ni d'inceste, les
  libéralités rémunératoires qui n'excédaient
  pas la quotité disponible, et celles qui étaient
  faites à titre d'aliments. (Ricard, eod., n° 414,
  415, 416; Cass. 1er fructidor an XIII, S.-V.
  6. 1. 57; J. P. 3° édit.; D. A. 5. 243; —
  Poitiers, 2 juin 1808, S.-V. 8. 2. 232; J. P.
  3° édit.; D. A. 5. 245.)
- 11. Le concubin donateur n'était pas facilement admis à alléguer sa propre turpitude pour faire révoquer la donation qu'il avait consentie (Denizart, vo Concubinage; Rolland de Villargues, eod., nº 7; - Besançon, 25 mars 1808, S.-V. 9. 2. 14; J. P. 3° édit.; D. A. 5. 245); et la preuve du concubinage, rejetée lorsqu'elle pouvait troubler une union légitime (Nîmes, 29 thermidor an XII, S.-V. 4. 2. 543; J. P. 3º édit.; D. A. 5. 543; Rolland de Villargues, nº 8 et 9), n'était admise que lorsqu'il existait une sorte de notoriété publique ou un commencement de preuve par écrit. (Poitiers, 23 thermidor an x1, S.-V. 3. 2. 492; D. A. 5. 243; — id., 2 juin 1808, S.-V. 8. 2. 232; J. P. 3e édit; D. A. 5. 245.)

12. La législation intermédiaire n'a pas relevé les concubins de l'incapacité qui les frappait. La jurisprudence a reconnu que, dans le silence des lois du 17 nivôse an 11 et du 4 germinal an viii, l'ancien droit était seul applicable. (Cass. 13 août 1816, S.-V. 16. 1. 343; J. P. 3º édit.; - id., 19 janvier 1830, S.-V. 30. 1. 69; J. P. 3º édit.; D. P. 30. 1. 85; Merlin, Quest. de droit, vº Concubinage, nº 2; Rolland de Villargues, nº 12.)

13. Le Code civil n'a pas consacré l'incapacité des concubins; ce point est aujourd'hui hors de doute. On a cependant objecté que si les obligations fondées sur une cause illicite sont nulles, il en devrait être de même des dispositions à titre gratuit (1131, 1133); on a trouvé qu'il était contradictoire et dangereux de permettre à la concubine qui n'a pas d'enfants de recevoir, tandis que, d'après les art. 908, 911, 757, 762 combinés, celle qui a des enfants ne le peut, puisqu'elle est réputée personne interposée entre le donateur et les enfants. Il est d'ailleurs immoral, a-t-on dit, que la concubine, qui est évidemment coupable, puisse profiter des libéralités de son complice, tandis que l'enfant illégitime, auquel on ne saurait imputer le vice de sa naissance, ne le peut pas. (Delvincourt, t. 1, p. 231, note 9.)

Ces considérations, dont la gravité ne peut être contestée si l'on envisage la question sous le point de vue moral, tombe devant le texte de l'art. 902 du Code civil qui permet les libéralités, soit entre-vifs, soit testamentaires, à toutes personnes, à l'exception seulement de celles que la loi en déclare incapables. Or, loin de prononcer l'incapacité des concubins, les rédacteurs du Code civil ont supprimé l'article du projet d'après lequel « ceux qui ont vécu ensemble dans un concubinage notoire étaient déclarés respectivement incapables de se donner. »

Tous les jurisconsultes qui ont écrit depuis la promulgation du Code ont soutenu la validité des libéralités faites entre concubins; tous enseignent que les tribunaux ne pourraient, sans violer la loi, créer une incapacité qu'elle n'a point établie; et que, sauf le cas où il existe des enfants reconnus, à l'égard desquels le concubin donataire doit être considéré comme personne interposée, les dispositions à titre gratuit ne peuvent être annulées par cela seul qu'un concubinage, même notoire, aurait existé entre l'auteur de | 5. 248; — Pau, 20 mars 1822; S.-V. 22. 2.

ces dispositions et la personne appelée à les recueillir. (Merlin, Répert., vº Concubinage, nº 2; Grenier, Donations, t. 1re, nº 148; Toullier, t. 5, nº 719; Dalloz, vo Dispositions entre-vifs, t. 5, ch. 2, sect. 1, art. 3; Favard, Répert., vo Adultère, § 1, t. 1, p. 125; Duranton, t. 8, nº 242; Chabot, Questions transitoires, vo Concubinage; Vazeille, Donations, art. 901, nº 17; Rolland de Villargues, vis Concubinage, nº 13, et Donation, nº 150.)

14. Cette doctrine a été sanctionnée par de nombreuses décisions judiciaires; et si les tribunaux n'ont pas constamment validé les dons entre concubins, l'espèce d'hésitation que l'on peut remarquer dans la jurisprudence tient uniquement aux circonstances qui accompagnaient certaines libéralités, et à la forme dans laquelle elles avaient été faites.

C'est ainsi que la cour d'Angers a annulé, le 19 janvier 1814 (S.-V. 15. 2. 55; J. P. 3° édit.; D. A. 5. 247), pour cause d'interposition, et conformément aux articles 762, 908 et 911, une donation faite à une concubine, mère d'un enfant adultérin.

C'est ainsi encore que, conformément aux art. 1131 et 1133, plusieurs libéralités, faites au moven de billets dont la cause avouée était le concubinage, ont été déclarées nulles (Besançon, 25 mars 1808, S.-V. 9. 2. 14; J. P. 3º édit.; D. A. 5. 245; -Grenoble, 17 janvier 1812, S.-V. 13. 2. 11; J. P. 3º édit.; D. A. 5. 246). La cour de Besancon a même décidé que la nullité des billets souscrits au profit d'une concubine pouvait être prononcée contre le tiers porteur de ces effets, lorsque ce tiers avait connaissance de la cause qui les avait fait souscrire.

15. La nullité des dons entre concubins pourrait ètre prononcée s'il était prouvé que ces dons ont été le résultat de la suggestion ou de la captation. Nous ne pensons pas toutefois que l'on puisse, comme l'a fait la cour de Paris, par arrêt du 31 janvier 1814 (J. P. 3e édit; D. A. 5. 238; Rolland de Villargues, nº 15), admettre en principe que le concubinage établit une présomption de captation.

16. Hors les cas que nous venons de signaler, la jurisprudence a constamment validé les libéralités faites au profit de concubines. (Nîmes, 29 thermidor an XII, S.-V. 4. 2. 543; D. A 5. 248; - Turin, 7 juin 1809, S.-V. 10. 2. 46; J. P. 3° édit.; D. A.

223; D. A. 5. 253; — Poitiers, 19 avril 1822, J. P. 3° édit.; D. A. 5. 254; — Grenoble, 15 juin 1822, S. V. 25. 2. 136; D. A. 5. 254; — Montpellier, 25 mars 1824, S.-V. 24. 2. 275; D. A. 5. 255; — Paris, 17 juillet 1826, S.-V. 29. 2. 104; D. P. 28. 2. 245; — Montpellier, 13 février 1829. S.-V. 30. 2. 13; D. P. 30. 2. 9; — Bordeaux, 21 août 1833, J. P. 3° édit.; D. P. 34. 2. 202.)

17. L'art. 1468 du Code de la Louisiane déclare que ceux qui ont vécu dans le concubinage ne peuvent se faire de donations immobilières: les donations mobilières sont permises, pourvu qu'elles n'excèdent pas la dixième partie de la valeur totale des biens du donateur. Le même article relève de cette incapacité ceux qui viennent ensuite à se marier.

CONCUSSION. — 1. On désigne par ce mot le fait des fonctionnaires et officiers publics, ou de leurs commis et préposés, qui abusent de leur autorité pour exiger ou percevoir ce qu'ils savent n'être pas dû, ou excéder ce qui est dû pour droits, taxes, contributions ou revenus, ou pour salaires ou traitements. (C. de pr., 174.)

On appelle concussionnaire celui qui se rend coupable de ce fait.

2. La concussion diffère de la corruption en ce qu'elle exige la somme qu'elle perçoit, tandis que la corruption se borne à l'agréer quand elle lui est offerte. La première impose une perception illégitime en la présentant mensongèrement comme étant conforme à la loi; la seconde suppose une sorte de traité intervenu entre le corrupteur et le fonctionnaire public, par lequel celui-ci trafique de son devoir. Corruptio quando à sponte pecuniam dante judex injustitiam facit; concussio, quando pecuniam non à sponte dante recepit, sed extorquet (Farinacius, opera criminalia, Quest. 111, n° 39). — V. Corruption.

3. La concussion se distingue également du crime de péculat, qui consiste dans la soustraction des deniers de l'état de la part de ceux qui en ont le maniement. (C. pén., 169 et suiv.) — V. Péculat.

ART. 1er. — Historique.

ART. 2. — Conditions constitutives du crime de concussion.

§ 1er. — Abus de l'autorité publique.

§ 2. — Illégitimité de la perception.

§ 3. — Connaissance par l'agent de l'illégitimité de la perception.

ART. 3. — Peines. — Complicité. — Compétence. — Prescription.

#### ART. 1er. - Historique.

- 4. La concussion et la corruption, malgré la différence qui les sépare, avaient été confondues dans la même classe de délits par les lois romaines et par notre ancienne législation.
- 5. Les jurisconsultes romains appelaient concussion aussi bien le fait d'un magistrat qui recevait des présents ou des sommes d'argent pour porter ou anéantir une accusation, que le fait d'un officier public qui imposait une perception illicite, en vertu d'un faux ordre du préfet de la province. (l. 1 et 2, ff. De concuss.) Il est bien clair cependant que le premier de ces faits était un fait de corruption et non de concussion.
- 6. La concussion donnait lieu à une action en répétition de la part des provinces ou des personnes lésées, d'où est venue la qualification de crimen repetundarum, sous laquelle elle est désignée dans plusieurs lois romaines. (ff. De leg. Jul. repetund.) Outre cette action à laquelle ils étaient soumis, les coupables étaient quelquefois condamnés à la peine de la confiscation et même à celle de l'exil. (l. 1, Cod., De rustic. ult. oblig. evoc; l. 7, \$3, ff. Ad. leg. Jul. repetund.)
- 7. Dans notre ancienne législation francaise, le terme de concussion était spécialement réservé pour désigner les prévarications dont les juges et gens du roi se rendaient coupables, quoiqu'elles ne constituassent pour la plupart que des faits de corruption (ord. de Moulins, art. 19 et 20; ord. de Blois, art. 114; ord. de 1667, tit. 21, art. 15). On qualifiait d'exactions les prévarications des gouverneurs et intendants des provinces, qui donnaient à prix d'argent des exemptions pour la milice et les corvées; des capitaines et membres des compagnies des gens de guerre, qui exigeaient ou extorquaient des deniers pour exempter les communes ou les maisons du logement militaire; des seigneurs qui surchargeaient leurs sujets de nouveaux impôts; le nom de malversation était donné aux actes des officiers de justice, tels qu'huissiers, gref-

fiers, procureurs et notaires, qui abusaient de leurs fonctions pour vexer les parties. (Muyart de Vouglans, *Mat. crim.*, p. 262.)

8. Les peines différaient selon les circonstances du fait et la qualité des personnes: la plus faible était l'interdiction des fonctions, et la plus forte, la mort. (Ord. de 1629, art. 166; ord. de Blois, art. 280, 282, 305.)

9. Le Code pénal de 1791, sans définir le crime de concussion, le punissait de six ans de fers, sans préjudice de la restitution des sommes reçues illégitimement (C. pén. des 25 sept. - 6 oct. 1791, 2° part., tit. 1°, sect. 5, art. 14). La loi des 16-29 septembre 1792 en soumit la poursuite à des formes particulières (V. tit. 12, art. 1 et 5), et le Code du 3 brumaire an IV en déféra le jugement à des jurés spéciaux. (Art. 517.)

10. Le Code pénal de 1810 a comblé la lacune qui existait dans celui de 1791, en définissant le crime de concussion d'une manière nette et précise, par l'article 174 ainsi concu: « Tous fonctionnaires, tous officiers publics, leurs commis ou préposés, tous percepteurs des droits, taxes, contributions, deniers, revenus publics ou communaux, et leurs commis ou préposés, qui se seront rendus coupables du crime de concussion, en ordonnant de percevoir, ou en exigeant ou en recevant ce qu'ils savaient n'être pas dû, ou excéder ce qui était dû pour droits, taxes, contributions, deniers ou revenus, ou pour salaires ou traitements, seront punis, savoir: les fonctionnaires ou les officiers publics, de la peine de la réclusion; et leurs commis ou préposés, d'un emprisonnement de deux ans au moins, et de cinq ans au plus. — Les coupables seront, de plus, condamnés à une amende dont le maximum sera le quart des restitutions et des dommages-intérêts, et le minimum le douzième. »

### ART. 2. — Conditions constitutives du crime de concussion.

11. Des termes de l'article 174 précité, il résulte que le crime de concussion ne peut exister que par la réunion de trois conditions, à savoir : 1° qu'il y ait eu abus de la puissance publique ou des droits attachés à la fonction ou à la charge publique; 2° que la perception ait été illégitime; 3° que l'illégitimité de la perception ait été connue de l'officier, agent ou préposé. Chacune de ces conditions étant constitutives du délit, doit né-

cessairement être constatée dans le verdict du jury; l'omission d'une seule rendrait nulle la déclaration de culpàbilité, et l'application de la peine n'aurait plus de base légale. MM. Chauveau et Faustin Hélie, qui émettent cette opinion (*Théorie du Code pénal*, t. 4, p. 128), citent à l'appui un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1821 (Devillen. et Car. 6. 1. 397; J. P. 3° édit.; D. A. 8. 697).

#### § 1er. - Abus de l'autorité publique.

12. Le crime de concussion ayant pour caractère un abus de l'autorité publique, ne peut être imputé qu'aux fonctionnaires ou officiers publics, ou à ceux qui, en leur nom et sous leur responsabilité, exercent une fonction ou charge publique. Concussio (dit Farinacius (Quest. 3, n° 43), à concutere, hoc est intimorare, quando quis in officio constitutus aliquid à subditis extorquet metu, vi, minis, vel persuasionibus secreté vel expresse illatis.

La circonstance de la fonction publique est également signalée comme essentielle par les lois romaines : Lege Julia repetundarum censetur qui cum aliquam potestatem haberet pecuniam acceperit. (1. 3, ff. Ad leg. Jul. repetund.) Lex Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias quas quis in magistratu, potestate, curatione (publica), legatione, vel quo alio officio, munere, ministeriove publico cepit. (l. 1, ff. ibid.) « Ce crime (de concussion), disait l'orateur du gouvernement, existe toutes les fois qu'un fonctionnaire exige ou reçoit ce qu'il sait ne lui être pas dû, ou excéder ce qui lui est dû; et l'on conçoit aisément que, s'il importe de poser des barrières contre la cupidité, c'est surtout quand elle se trouve unie au pouvoir : cette circonstance tient à l'essence du crime. » (1).

13. Il semblerait, par la manière dont l'article 174 est rédigé, qu'il aurait voulu établir une ligne de démarcation entre les fonctionnaires ou officiers publics, et les receveurs de taxes et contributions, et ne point considérer la qualité de fonctionnaire ou officier public comme une condition indispensable,

<sup>(1)</sup> Le pronom lui, qui est deux fois répété dans cette phrase, semblerait faire supposer que la concussion ne doit être punie qu'autant que la perception illégale profite au fontionnaire ou agent; mais cette circonstance est indifférente. — V. infra, no 35.

pour que les receveurs pussent se rendre coupables de concussion. Mais, ainsi que le font remarquer MM. Chauveau et Hélie (t. 4, p. 113), ce serait une erreur, puisque l'article ne rappelant point ces percepteurs dans la nomenclatures de ses dispositions pénales, ils ne peuvent évidemment être compris dans la disposition générale qu'en qualité de fonctionnaires ou officiers publics.

14. Si la perception illégale est commise par une personne qui n'exerce aucune autorité ou fonction publique, et qui n'est ni le commis ni le préposé d'un fonctionnaire ou officier public, elle ne peut que donner lieu à l'action condictio indebiti, ou constituer le délit d'escroquerie, selon les circonstances.

15. Il n'est pas toujours aisé de déterminer à quelles personnes convient la qualité de fonctionnaire ou officier public, ou de commis ou préposé d'un fonctionnaire public, dans le sens de l'article 174. La jurisprudence de la Cour de cassation elle-même a varié à cet égard. Ainsi, un arrêt de cette cour, du 2 janvier 1817 (S.-V. 17. 1. 192; J. P. 3e édit.; D. A. 2. 111), a décidé que le fermier des droits d'étalage dans les halles d'une commune n'avait qu'un titre privé; qu'il ne devait pas être considéré comme exerçant sa perception en qualité de fonctionnaire ou officier public, ou de commis ou préposé d'un fonctionnaire public, et que, par conséquent, il ne pouvait se rendre coupable de concussion; tandis qu'elle a positivement jugé le contraire par un arrêt du 14 août 1840 (S.-V. 40. 1. 820; J. P. 1840. 2. 533; D. P. 40. 1. 339), sur le motif que les droits de hallage des communes ayant été placés par les différentes lois de sinance, notamment par celles de 1838 et de 1839, parmi les contributions publiques, le fermier était nécessairement, par son adjudication ou sa soumission, commis ou préposé, au nom de la commune, à la perception de ces droits. La doctrine de ce dernier arrêt, qui avait déjà été consacrée par un arrêt de la même cour, du 7 avril 1837 (S.-V. 37. 1. 342; J. P. 1837. 1. 401; D. P. 37. 1. 520), et par un arrêt de la cour de Lyon, du 28 juin de la même année (J. P. 1837. 2. 396), nous semble devoir être préférée à celle de l'arrêt de 1817, bien qu'elle soit désapprouvée par MM. Bourguignon (Codes crim., sur l'art. 174, nº 4) et Morin (Dict. de dr. crim., p. 356.) — V. Chauveau et F. Hélie (t. 4, p. 107et 113). 16. Le directeur d'un établissement de prêts sur gages, qui l'exploite en son propre nom et exclusivement pour son compte particulier, ne peut, lors même que cet établissement a été autorisé par une ordonnance municipale, être considéré ni comme fonctionnaire ou officier public, ni comme étant commis à la perception de deniers ou contributions publiques, et ne se trouve point compris par conséquent dans les termes de l'article 174 (Cass. 4 juin 1812, S.-V. 13. 1. 50; J. P. 3° édit.; D. A. 8. 696).

17. Pour qu'il y ait concussion, il ne suffit pas toujours que le prévenu soit revêtu de la qualité de fonctionnaire ou d'officier public, ni qu'il appartienne à l'administration de l'état. Il faut encore que la perception illicite qui lui est reprochée constitue un fait rentrant dans l'exercice de ses fonctions, de telle sorte que le contribuable puisse et doive croire que celui à qui il paye le droit avait qualité et pouvoir de l'exiger ou de le recevoir.

C'est pourquoi la Cour de cassation a vu une escroquerie plutôt qu'un acte de concussion dans le fait d'un garde-chasse qui avait abusé de sa qualité pour exiger d'un délinquant une somme d'argent, en lui promettant de ne pas rédiger contre lui un procès-verbal qu'il n'avait pas le droit de dresser (31 mars 1827, S-V. 27. 1. 397; D. P. 27. 1. 429.) La même Cour a qualifié de corruption et non de concussion, le fait d'un garde-chasse qui, dans les mêmes circonstances, avait reçu sans avoir exigé. (5 mai 1837, S.-V. 38. 1. 70; J. P. 1837, 2, 346.) La Cour de Limoges a rendu une décision analogue à l'égard d'un gendarme qui s'était fait remettre une somme d'argent par un voyageur dont le passe-port était irrégulier, en lui inspirant la crainte d'être conduit par lui en prison, ce qu'il n'avait pas le droit de faire. (4 janv. 1836, S.-V. 36. 2. 131; D. P. 36. 2. 77.)

18. L'article 174 serait applicable aux ministres qui se rendraient coupables de concussion, comme à tous autres fonctionnaires publics. L'article 56 de la charte constitutionnelle le disait expressément; et, bien que la charte de 1830 n'ait pas prévu spécialement ce crime, les ministres qui s'en rendraient coupables n'en pourraient pas moins être poursuivis en vertu de la disposition générale de l'article 174. Mais à la chambre des députés seule appartiendrait le droit de

les accuser, et à la chambre des pairs celui de les juger, pour ce crime comme pour tous les autres. (Charte de 1830, art. 47.)

19. Les avoués, les huissiers et les commissaires-priseurs, qui reçoivent des taxes supérieures aux tarifs, sont-ils compris dans la disposition de l'article 174? Point de doute que la question posée en ces termes généraux ne doive être résolue affirmativement, car les individus dont nous parlons sont des officiers publics, dont les fonctions se rattachent à l'administration de la justice.

Toutefois, on ne doit point qualifier de concussion toutes les perceptions illégales quelconques qui seraient commises par ces officiers. A cet égard, il faut distinguer soigneusement le cas où la perception illicite ne s'applique qu'à des taxes et salaires dus pour émoluments, de celui où elle s'applique à des déboursés pour lesquels l'officier ministériel demande à la partie une somme plus forte que celle qu'il a versée lui-même à l'état.

Dans la première hypothèse, l'infraction ne doit, selon nous, être considérée que comme une simple contravention disciplinaire, si la perception demandée par l'officier a été consentie volontairement et en connaissance de cause par la partie. Cette opinion, qui semble contredite par un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1821 (Devillen. et Car. 6. 1. 397; J. P. 3° édit.; D. A. 8. 698), se justifie par la différence qui existe entre la fonction et l'office.

« Le fonctionnaire public rétribué par l'état, dit M. Morin (p. 357), ne peut que par extension ou abus des droits attachés à ses fonctions, ajouter une rétribution quelconque à la rétribution de l'état; tandis que l'officier public, exploitant une charge publique à ses risques, périls et fortune et sans autre rétribution que celle qu'il reçoit des personnes qui ont recours à son ministère, peut trèsbien, à raison de soins extraordinaires, ou pour tout autre motif analogue, demander ou recevoir une allocation supérieure à celle fixée par les tarifs. La culpabilité sur ce point ne pourrait donc exister pour ce dernier, qu'à la condition de demander ou de recevoir comme allocation conforme au tarif une allocation supérieure. » — V. infrà, nº 21.

20. Ces considérations cessent d'être applicables dans le second cas, celui où l'officier ministériel demande à la partie des droits supérieurs à ceux qu'il a payés ou qu'il doit

payer à l'état. En ce qui concerne la perception de ces droits, l'officier ministériel doit être rangé sur la même ligne que tous autres percepteurs de deniers publics, et dès lors la perception illicite dont il se rend coupable a tous les caractères du crime de concussion.

Les lois particulières qui ont règlé les tarifs dus aux officiers ministériels viennent à l'appui de cette distinction. Ainsi, le décret du 16 février 1807 porte que les avoués et huissiers ne pourront exiger de plus forts droits que ceux énoncés au tarif y annexé, à peine de restitution, dommages-intérêts et d'interdiction, s'il y a lieu; mais il ne déclare pas ces officiers coupables de concussion. (V. art. 66 et 151.) Le décret du 18 juin 1811. qui fixe le tarif des droits dus en matière criminelle, pose également comme règle générale, que les greffiers et huissiers ne pourront exiger d'autres et plus forts droits que ceux qui leur sont attribués par ce décret, à peine de destitution et d'une amende de 500 à 6,000 fr.; et il ajoute, comme règle spéciale: « Sans préjudice toutefois, suivant la gravité des cas, de l'application de la disposition de l'article 174 du Code pénal. » Ce n'est donc que dans certains cas particuliers que ces officiers ministériels se rendent coupables du crime de concussion. Or ces cas ne peuvent être que ceux où ils exigent, à titre de restitution des droits dus à l'état pour les actes qu'ils passent, des sommes supérieures à celles qu'ils ont réellement versées. L'article 625 du Code de procédure civile prévoit toutefois un autre cas de concussion, spécial aux huissiers et aux commissaires-priseurs: c'est lorsque ces officiers reçoivent des adjudicataires des sommes au-dessus de l'enchère. dans les adjudications qu'ils sont autorisés à passer.

21. On a vu que dans le premier cas indiqué n° 19, la concussion disparaît toutes les fois que l'émolument supérieur au tarif a été sciemment et comme tel alloué par la partie, soit spontanément, soit sur la demande de l'officier ministériel. Si au contraire celui-ci exige ou reçoit cet émolument comme allocation conforme au tarif, il doit être réputé concussionnaire, et puni des peines prononcées par l'article 174 (Cass. 7 avril 1842, S.-V. 42. 1. 890; J. P. 1842. 2. 664; Carnot, Comment. sur le C. pén., art. 174, n° 11; Bourguignon, sur le même article, n° 2; Chauveau et Hélie,

t. 4, p. 110 et suiv.; Morin, p. 358; Massabiau, Manuel du proc. du roi, t. 3, nº 2548). On devrait le décider ainsi surtout à l'égard de l'officier ministériel qui refuserait de donner quittance des salaires par lui réclamés (Cass. 15 juillet 1808, S.-V. 17. 1. 321; J. P. 3° édit.; D. A. 8. 697), et de celui qui, afin d'augmenter la somme de son salaire, supposerait, dans un mémoire de frais, des actes qui n'existeraient pas.

22. Ce que nous venons de dire des officiers publics en général, s'applique aux agents de change et courtiers de commerce qui exigent et recoivent au delà des droits qui leur sont attribués par le tarif (arrêté du 27 prair. an x, art. 20), ainsi qu'aux officiers de l'état civil ou tous autres dépositaires de leurs registres qui percoivent d'autres et de plus forts droits que ceux qui sont fixés par les règlements (déc. 12 juillet 1807, art. 4); enfin, aux porteurs de contraintes qui commettent des exactions dans l'exercice de leurs fonctions. En effet, ces agents étant expressément chargés d'exercer seuls les fonctions d'huissiers pour les contributions directes, étant nommés et commissionnés par les sous-préfets, assujettis à la formalité du serment et appelés à faire de fréquents actes d'exécution, tels que commandements et saisies, sont de véritables officiers publics (Cass. 6 oct. 1837, S.-V. 37. 1. 993; J. P, 1837. 2. 487; D. P. 38. 1. 209. — Massabiau, t. 3, nº 2548). — V. Commissairespriseurs, nº 54; Caisse des consignations, nº 45; Communes, nº 370; Contrainte.

23. L'article 174 est-il également applicable aux notaires? Carnot (article 174, nº 13) se prononce pour la négative, sur le motif que l'article 51 de la loi du 25 nivôse an x1 a autorisé ces officiers à traiter de leurs honoraires à l'amiable avec les parties. Mais on peut répondre que si ces officiers ne sont pas susceptibles d'être réputés concussionnaires pour les honoraires trop élevés qu'ils exigeraient, il n'en est pas de même pour les droits d'enregistrement et autres qu'ils payent au trésor pour le compte de leurs clients et qu'ils se font rembourser ensuite. Aussi les auteurs de la Théor. du Code pén. (t. 4, p. 110) et M. Morin (p. 357) les rangent-ils sur la même ligne que les autres officiers ministériels en ce qui concerne le délit de concussion.

24. La deuxième catégorie de personnes pouvant se rendre coupables de concussion, aux termes de l'article 174, comprend les 413, 421, 422, 425.

commis ou préposés des fonctionnaires, officiers publics ou percepteurs de taxes, qui ont exigé ou reçu ce qu'ils savaient n'être pas du ou excéder ce qui était dû. Pour que ces commis ou préposés puissent être déclarés coupables, il est nécessaire, mais il suffit que le fait incriminé soit tel qu'il eût donné lieu à des poursuites vis-à-vis du fonctionnaire ou officier public, si celui-ci s'en était personnellement rendu coupable. On comprend néanmoins que la criminalité est moindre de la part du simple commis ou préposé que de la part du fonctionnaire ou officier public luimême. En effet, disent MM. Chauveau et F. Hélie (t. 4, p. 115), « Si le commis ou préposé abuse de l'autorité qu'il exerce, cette autorité ne lui est point personnelle, il ne l'exerce que par délégation; c'est plutôt un abus de confiance qu'un abus d'autorité. L'officier public, au contraire, trahit le dépôt qu'il tient de l'état; il abuse de la puissance qui a été remise entre ses mains; il viole, outre le devoir moral que lui traçait sa conscience, celui que lui imposaient ses fonctions. En outre, le danger du crime n'est pas le même : les pouvoirs limités d'un commis ne lui permettent ni les mêmes actes, ni les mêmes exactions. » C'est par suite de cette différence que la concussion, quiest un crime de la part des fonctionnaires ou officiers publics, n'a plus été considérée que comme un délit de la part de leurs commis ou préposés'(1).

25. Il importe, d'après cela, de bien tracer la ligne qui sépare le fonctionnaire, l'officier public ou le percepteur, de leurs commis ou préposés; or il nous semble qu'on doit entendre, en cette matière, par commis ou préposés, les individus qui ne sont point personnellement revêtus d'un caractère public, et qui n'agissent dans leurs fonctions qu'au nom, dans l'intérêt et sous la responsabilité de leurs supérieurs. (Chauveau et F. Hélie, t. 4, p.116; Massabiau, t. 3, n° 2550.)

Conformément à cette définition, la Cour de cassation a décidé qu'un préposé des douanes, exerçant une autorité personnelle au nom de la loi par le droit qu'elle lui donne de concourir à la rédaction des procès-verbaux,

<sup>(1)</sup> Dans les royaumes de Naples et de Prusse, cette distinction n'est pas admise. — V. Lois pénales de Naples, art. 196 et 197; Code prussien, art. 337, 413, 421, 422, 425.

lesquels sont crus jusqu'à inscription de faux, était un fonctionnaire ou officier public, et non un commis ou préposé (Cass. 21 avr. 1821, Devillen. et Car. 6. 1. 423; J. P. 3º édit.; D. A. 8. 697); qu'il en était de même des geôliers et concierges des prisons et maisons de détention, qui percevaient un nombre de journées de garde qu'ils savaient ne pas leur être dû, les geôliers et concierges étant sinon des fonctionnaires, au moins de véritables officiers publics (id., 26 août 1824, S.-V. 25. 1. 77; J. P. 3e édit.; D. P. 25. 1. 30); que les secrétaires de mairies, en tant qu'ils étaient chargés du recouvrement des deniers destinés à l'acquit des droits fiscaux des adjudications, n'étaient point de simples agents ou préposés de l'administration municipale; qu'ils étaient revêtus d'une qualité publique qu'ils tenaient directement de la loi (V. LL. 22 frim. an VII, \$ 4; 15 mai 1818, art. 79), et que, dès lors, la perception par eux faite de droits supérieurs à ceux établis par les tarifs constituait le crime et non le délit de concussion. (id., 28 mai 1842, S.-V. 42. 1. 849; J. P. 1842. 2. 455.)

#### § 2. — Illégitimité de la perception.

26. Le second élément que nous avons indiqué comme constitutif de la concussion, est l'illégitimité de la perception. Une perception légale en elle-même, quelque vexatoires que soient les circonstances qui l'ont accompagnée, ne peut faire réputer l'officier public ou le commis concussionnaire. Mais ces circonstances peuvent, suivant leur nature et leur variété, constituer d'autres crimes ou délits à la charge de ceux auxquels elles sont imputées. — V. Abus d'autorité, § 2.

27. L'illégitimité d'une perception résulte de l'une de ces trois causes: ou de ce que la perception n'a pas été autorisée parune loi ou par un règlement exécutoire, ou de ce qu'elle excède les droits, taxes et salaires qui pouvaient être perçus, ou de ce qu'elle a pour objet une somme qui avait déjà été payée et qui par conséquent n'était plus due. Le principe sur lequel reposent les deux premières de ces causes est posé dans l'article 40 de la charte, et se trouve développé dans l'article 94 de la loi du 15 mai 1818, dont la disposition relative à la perception des contributions publiques de cette année, a été reproduite depuis dans les diverses lois de finances; cet article porte : « Toutes contributions directes ou indirectes, autres que celles maintenues ou autorisées par la présente loi, à quelque titre et sous quelque dénomination qu'elles se perçoivent, sont formellement interdites, à peine contre les autorités qui les ordonneraient, contre les employés qui confectionneraient les rôles et ceux qui en feraient le recouvrement, d'être poursuivis comme concussionnaires, sans préjudice de l'action en répétition, pendant trois années, contre tous receveurs, percepteurs ou individus qui auraient fait la perception, et sans que, pour exercer cette action devant les tribunaux, il soit besoin d'une autorisation préalable. »

28. D'après les lois romaines, l'officier public n'était réputé concussionnaire que lorsqu'il avait exigé les sommes induement reçues (V. nº 12). Il n'en est pas de même sous le Code pénal actuel, dont l'article 174 fait consister la concussion non-seulement dans le fait, de la part de l'agent, de percevoir, en l'exigeant, une somme qu'il sait n'être pas due, mais aussi dans le fait de recevoir cette somme sans l'avoir exigée. La commission du corps législatif avait proposé. afin de caractériser pleinement le crime en cette circonstance, de réunir les deux faits, celui d'exiger et celui de recevoir. « Exiger sans recevoir, disait-elle, c'est manifester l'intention sans compléter le crime; recevoir après avoir exigé, c'est manifester l'intention et consommer. Celui qui exige ce qui n'est pas dû, peut être refusé ou se tromper : la condition serait entièrement juste si l'on mettait ces mots: en exigeant et recevant.» Mais cet amendement fut rejeté par le Conseil d'état dans sa séance du 9 janvier 1810, par la raison que la conjonctive et aurait absous celui qui aurait reçu sans avoir exigé, et que ce fait, beaucoup plus commun que l'autre, était tout aussi digne de répression. Depuis, cette interprétation a été consacrée par la jurisprudence et les auteurs. (V. Cass. 5 mai 1837, S.-V. 38. 1. 70; J. P. 1837. 2. 346; D. P. 37. 1. 400.—Bourguignon, Jurisp. des Codes crim., sur l'art. 174, C. pén., nº 7; Chauveau et Hélie, Théorie du Code pénal, 1re édit., t. 4, p. 119; Morin, Dict. de droit crim., vº Forfaiture.)

29. Mais si le fait seul d'une perception illégitime suffit pour constituer le crime de concussion, en est-il de même du fait d'exiger sans recevoir? Y a-t-il, par exemple, concussion lorsqu'un fonctionnaire ou officier public exige qu'on lui remette ou se fait promettre quelque argent en dehors de son traitement ou salaire, quoique cette exigence ou cette promesse n'aient point reçu leur exécution? Dans la pensée de la commission du Corps législatif. la tentative infructueuse n'aurait pu donner lieu à l'action pénale; il aurait fallu, pour cela, comme nous venons de le voir, que le crime eût été consommé par la perception. Mais l'art. 174, conçu dans un autre esprit, yeut que la culpabilité puisse résulter de la simple tentative. Se faire promettre, exiger, sans recevoir, est, d'après cet article, comme le fait de recevoir après avoir exigé, un élément constitutif de la concussion. Comment, d'ailleurs, n'en serait-il pas ainsi, quand le sait seul de recevoir sans avoir exigé entraîne l'application de cet article? On ne doit pas même rechercher la cause pour laquelle la promesse ou l'exigence n'a point été suivie d'exécution.

30. Ensin, le crime de concussion existe, de la part du fonctionnaire ou officier public, non-sculement par le fait d'avoir exigé ou reçu une taxe illégitime, mais encore par le fait d'avoir donné l'ordre de l'exiger ou de la

recevoir.

31. La perception la plus minime, si elle est faite illicitement, sussit pour constituer la concussion. En effet, que la perception soit minime ou considérable, la violation des devoirs imposés par la fonction ou la charge publique, dont le coupable est investi, est la même; la loi ne s'est attachée et ne devait s'attacher qu'à la circonstance de l'illégitimité de la perception (Chauveau et Hélie, t. 4, p. 120; — Cass. 7 avril 1842, S.-V. 42. 1. 890; J. P. 1842. 2. 664; D. P. 42. 1. 366) (1).

§ 3. — Connaissance par l'agent de l'illégitimité de la perception.

32. L'abus de l'autorité publique et l'illégitimité de la perception ne sussisent pas pour constituer la concussion; il saut, deplus, ainsi que nous l'avons dit, n° 11, que cette illégitimité ait été connue du fonctionnaire, officier public, commis ou préposé. C'est l'application à un genre de délit particulier de la règle générale qui régit les matières criminelles. Ainsi la bonne foi couvre le crime ou plutôt empêche que le crime n'existe; et cette bonne foi est incontestable lorsqu'il est prouvé que la perception a été la suite d'une erreur ou d'une fausse interprétation soit de la loi, soit du règlement en vertu duquel elle a été faite.

33. D'après cela, on ne devrait point réputer concussionnaire un receveur de l'enregistrement qui percevrait une somme supérieure à celle due, mais avec la croyance qu'elle était due (Carnot, C. pen., t. 1er, p. 509, no 10); ni un préposé de l'octroi qui exigerait irrégulièrement le paiement d'une amende à raison d'une contravention régulièrement constatée (Cass. 28 nivôse an XIII, Devillen. et Car. 2. 1. 57; J. P. 3° édit.); ni un sous-préset qui percevrait un droit d'expédition sur la vente des biens communaux, s'il était prouvé que cette perception, établie ostensiblement et avouée par ce fonctionnaire, avait été basée sur une assimilation erronée des biens communaux aux biens nationaux (Avis du Conseil d'état, du 16 juillet 1817); ni enfin le gressier d'une justice de paix qui percevrait, en vertu d'un simple usage, un droit qui n'était réellement pas dû d'après la loi, l'usage sussisant pour exclure toute idée de mauvaise foi de la part du fonctionnaire. (Arrêt de rejet de la Cour de cassation, du 7 sept. 1838, qui n'est point rapporté dans les recueils, mais que l'on trouve mentionné dans le Bulletin criminel de cassation, t. 43, nº 309.)

34. Puisque la connaissance de l'illégalité de la perception est un des éléments constitutifs de la concussion, il convient, mais il n'est pas indispensable, que cette circonstance soit explicitement énoncée dans l'arrêt de renvoi; s'y trouvant implicitement comprise par l'effet et le sens du titre de l'accusation, elle devrait, dans tous les cas, être soumise au jury. (Cass. 15 mars 1821; Devillen. et Car. 6. 1.

397; J. P. 3e édit.; D. A. 8. 698.)

35. Lorsqu'à la circonstance de l'illégitimité de la perception vient se joindre celle de la connaissance, de la part de l'agent, de cette illégitimité, vainement celui-ci, pour échapper à l'application de l'art. 174, prouverait-il que la perception qu'il a opérée ne devait point tourner et n'a point tourné à son profit personnel, mais au profit de l'état. Cela

<sup>(1)</sup> La loi prussienne, au contraire, gradue les peines selon la quotité des sommes indûment perçues (art. 413, 421 et 422 du Code. Notre Code n'applique cette règle qu'aux crimes résultant de soustractions ou détournements de deniers (V. Code pén, 169), parce qu'on suppose, dans ce cas, que l'agent a eu la pensée de faire un emprunt momentané et de restituer plus tard, supposition qui ne peut pas être admise dans le cas de concussion.

peut paraître rigoureux, car il est difficile de supposer que l'agent, en l'absence de tout intérêt personnel, ait agi dans une intention coupable. Cependant la solution indiquée a été acceptée par tous les auteurs d'une manière absolue, et se trouve justifiée par le texte de la loi qui n'admet aucune distinction, et par son esprit révélé par la discussion qui a eu lieu au Conseil d'état.

M. Regnaud ayant posé en principe « qu'on devait punir comme concussionnaire quiconque percevrait ou ordonnerait de percevoir ce qui n'était pas alloué par la loi, lors même que la perception ne tournerait pas à son profit. » M. Berlier réclama contre une règle aussi absolue: « Si un ordonnateur, dit-il, interprétant mal un règlement ou faisant une fausse application du tarif, prescrit à ses inférieurs une perception excessive, mais dont le produit tourne au profit du trésor public, deviendra-t-il concussionnaire? Quelque fatigantes que soient de telles personnes pour la société qu'elles vexent, et quelque intérêt qu'ait un gouvernement juste à réprimer leur faux zèle, on ne saurait voir en eux de vrais concussionnaires. '» Mais à ces objections il fut répliqué « qu'une telle doctrine n'était propre qu'à introduire et faciliter les extensions de perception et la violation de la propriété; que les tribunaux ne pouvaient réprimer de tels abus, puisqu'ils ne pouvaient connaître des actes administratifs, et qu'il fallait punir toute perception qui était faite au mépris des lois et règlements. » En conséquence, M. Treilhard proposa de substituer à ces mots employés dans le projet: Ce qu'ils savaient ne LEUR être pas dû, ceux-ci: Ce qu'ils savaient n'être pas dû, qu'on remarque dans la rédaction définitive. (V. Proc. verb. du Cons. d'état, séance du 5 août 1809.)

36. Mais l'art. 174 doit-il ètre appliqué avec la même rigueur au cas où la perception a tourné au profit de l'état que lorsqu'elle a tourné au profit particulier de l'agent? MM. Chauveau et F. Hélie (t. 4, p. 123 et suiv.) enseignent la négative, et leur opinion, éminemment équitable, ne peut manquer de prévaloir. « Il est, disent ces auteurs, dans la nature des choses de ne pas faire abstraction, dans la distribution de la peine, du but que s'est proposé l'auteur de la concussion: si les deniers extorqués ont été détournés à son profit, sa culpabilité s'aggrave de toute la criminalité du vol; s'il n'a été mu, au con-

traire, que par l'excès d'un faux zèle pour les intérêts de l'état, si les deniers perçus indûment ont profité au trésor, le crime n'est plus qu'un abus d'autorité, odieux sans doute, mais qui se dégage de l'immoralité du vol. Le châtiment doit donc avoir deux degrés pour ces deux hypothèses. »

37. Les commis ou préposés, qui ont perçu des droits qui n'étaient pas dus, peuvent-ils, pour leur justification, exciper des ordres de leurs supérieurs? Cette question fut aussi agitée lors de la discussion de l'article 174 au Conseil d'état. « Si un fonctionnaire, disait M. Berlier, autorise son inférieur à faire des perceptions indues, pour les partager ensuite avec lui, nul doute que tous les deux ne soient coupables de concussion. » Mais si le commis ou préposé n'a tiré aucun lucre de la perception illicite, s'il ne s'est point entendu avec son supérieur et n'a fait qu'exécuter l'ordre qui lui a été donné, que décider? M. Massabiau (t. 3, nº 2550) pense qu'il doit. dans ce cas, être excusable, et que le supérieur seul est passible de l'application de l'art. 174. Mais les auteurs de la Théorie du Code pénal (t. 4, p. 125) font surce point une distinction qui a été admise par M. Morin (v° Forfaiture), et que nous croyons aussi tout à fait conforme à l'esprit de la loi. Si le commis ou préposé a connu l'illégitimité de la perception ordonnée par son chef, il ne saurait, en se couvrant de cet ordre, échapper à l'application de l'art. 174. (V. Comptables publics, nº 7.) Si, au contraire, le commis ou préposé a pu croire à la légalité de l'ordre, cet ordre sera sa justification. Mais MM. Chauveau et Hélie observent avec raison qu'il sera souvent difficile aux commis et préposés de méconnaître l'illégitimité de l'ordre qui leur aura été donné: car les droits et taxes à percevoir sont clairement énoncés par les lois et les règlements; et les fonctions mêmes qu'ils exercent leur font supposer assez de discernement et de lumières pour savoir où s'arrête le droit de la perception.

Cette distinction a été consacrée par plusieurs législations étrangères. (V. Code prussien, art. 413 et 414; Code du Brésil, art. 135.) Il est même des législations qui ne punissent les officiers publics ou employés que dans le cas où ils ont exigé, pour leur profit particulier, ce que la loi ne leur permettait pas de recevoir (V. Code de Naples, art. 196). Farinacius suppose également que la concussion

n'a lieu que lorsque la taxe perçue a prosité au percepteur: « Inducit ad sibi dandum munera aut pecuniam. » (Quest. 111).

38. Le fonctionnaire public qui commet lui-même une perception illicite ne peut jamais être admis à se justifier en excipant de l'obéissance par lui due à ses supérieurs dans l'ordre hiérarchique. En investissant le fonctionnaire inférieur d'une partie de la puissance publique, la loi lui a, en effet, imposé des devoirs plus rigoureux qu'au commis ou préposé. L'obéissance par lui due aux ordres de son supérieur est essentiellement subordonnée à la condition que ces ordres seront conformes aux lois et règlements. (Chauveau et Hélie, p. 127; Morin, ubi suprà. — V. cependant Massabiau, loc. cit.)

# ART. 3. — Complicité. — Peines. — Compétence. — Prescription.

39. Complicité. — Nous avons vu au mot complicité (nos 58 et suiv.), qu'en règle générale le complice doit être puni de la même peine que l'auteur principal, sauf les cas où la loi en a disposé autrement; et en ce qui concerne la concussion, aucune disposition n'y a dérogé; il suit de là qu'en cette matière le principe général subsiste dans toute sa force.

40. Doit-on l'appliquer également au commis ou préposé qui agit de complicité avec le fonctionnaire public? Le doute peut venir de ce que l'art. 174, en ne soumettant le simple commis ou préposé qu'à la peine de l'emprisonnement, tandis qu'il déclare le fonctionnaire passible de la réclusion, semble avoir fait rentrer le commis dans la catégorie des exceptions prévues par la disposition finale de l'art. 59. Mais il est à remarquer que l'article 174 ne considère le commis que comme auteur principal, et que rien n'indique dans son texte qu'il ait voulu le considérer en même temps comme complice: dès lors il s'en réfère pour ce cas aux règles générales de la complicité, telles qu'elles sont posées aux articles 59 et suivants. — V. Complicité, nos 58, 59. 60.

Il peut paraître étrange, au premier abord, qu'un individu puisse être puni, comme complice, plus sévèrement qu'il ne l'aurait été comme auteur principal, surtout lorsque le fait est le même. Mais il faut remarquer que ce fait tire un degré de gravité de la qualité du fonctionnaire auquel le commis s'associe.

La loi a rendu le fonctionnaire passible d'une plus forte peine, parce que ce crime est plus odieux quand il émane d'un fonctionnaire public; qu'il porte atteinte à la considération dont les fonctions publiques doivent être environnées; que, d'un autre côté, il offre plus de dangers, la concussion pouvant être exercée sur une plus grande échelle que lorsqu'elle est l'œuvre d'un simple commis. Lors donc que celui-ci s'associe au fonctionnaire, il s'identifie avec lui, il assume par conséquent toute la responsabilité du fait auquel il participe, et il doit être puni de la peine des complices.

41. M. Morin renverse la proposition et il se demande quelle serait la peine du fonctionnaire, s'il était, non auteur principal du crime, mais simple complice de ses commis? « L'art. 174, dit-il, semble trancher cette question dans le sens de la plus forte peine. en faisant résulter le crime de complicité de la simple perception illicite. La perception illicite est évidemment, dans ce cas, le fait commun du fonctionnaire ou officier public et du commis; il n'y a de différence que dans l'initiative de cette perception, qui ne peut être imputée qu'au premier; mais l'élément constitutif de la concussion se bornant à la perception, il en résulte que cette dissérence ne peut changer, vis-à-vis du fonctionnaire ou de l'officier public, l'incrimination dont il s'agit. » ( Dictionnaire, vº Forfaiture.) A ces raisons, nous en ajouterons une qui nous paraît sans réplique : c'est que s'il en était ainsi, il serait trop facile au fonctionnaire de se soustraire à l'aggravation de peines que la loi prononce contre lui, en mettant ses exactions sous le couvert d'un employé subalterne.

42. Les auteurs de la théorie du Code pénal enseignent (t. 4, p. 115) que si le fonctionnaire avait connu les exactions de son commis, il serait réputé les avoir autorisées, et devrait dès lors être considéré comme complice. Ils invoquent à l'appui de leur opinion la loi 1, Cod. Ad leg. Jul. repetund. M. Morin (eod.) ajoute qu'il en serait de même, bien que ce fonctionnaire n'en eût pas personnellement profité. Il y a peut-être quelque chose de trop rigoureux dans cette dernière doctrine. Nous avons peine à comprendre que la simple connaissance, si elle se présentait isolée de tout autre fait de participation, pût constituer la complicité. En effet, la loi exige

non-seulement que l'agent ait eu connaissance, mais encore qu'il ait aidé et assisté; l'aide et la connaissance sont donc deux éléments distincts et nécessaires, qui doivent exister à la fois.

- 43. Si la concussion avait eu lieu à l'aide d'un faux, c'est la peine du faux qu'il faudrait appliquer. (Cass. 15 niv. an XII, Devillen. 1. 1. 913; J. P. 3° édit.; D. A. 8. 381; Carnot, t. 1, p. 528, n° 5.)
- 44. Peines.—L'art. 174 prononce deux sortes de peines contre les individus déclarés coupables de concussion : l'une corporelle, l'autre pécuniaire.
- 45. La peine corporelle est la réclusion contre les fonctionnaires ou officiers publics; contre leurs commis ou préposés, un emprisonnement de deux ans au moins et de cinq ans au plus.
- 46. La peine pécuniaire prononcée par l'article 174 consiste dans une amende dont le maximum est le quart des restitutions et des dommages-intérêts qui sont prononcés en faveur de la partie civile, et le minimum le douzième.
- 47. Cette proportion établie par l'article 174 entre l'amende et les dommages intérêts et restitutions, prouve que l'amende ne peut avoir d'autre base que les dommages-intérêts et les restitutions mêmes; d'où l'on doit conclure que s'il n'y a pas lieu de prononcer de condamnation pour cette dernière cause, par le motif, par exemple, que la perception, bien qu'exigée, n'a pas été faite, le coupable ne peut point être non plus condamné à l'amende. Tel est le sentiment de MM. Chauveau et Hélie (t. 4, p. 128).
- 48. Une seconde consequence qui découle de la même règle, c'est que l'arrêt qui condamne un individu, comme coupable de concussion, à la peine accessoire de l'amende, doit énoncer le montant des restitutions ou dommages-intérêts; l'arrêt dans lequel cette énonciation aurait été omise ne permettant pas de vérisier si l'amende a été prononcée dans les limites légales, encourrait nécessairement la censure de la Cour suprême. (Cass. 7 avril, 184', S.-V. 42. 1. 890; J. P. 1842. 2. 664; D. P. 42. 1. 366; Chauveau et Hélie, loc. cit.)
- 49. Compétence. La compétence, en matière de concussion, se détermine d'après les règles générales tracées par les art. 179 et 231 du Code d'instruction criminelle, combinés

avec les art. 1, 7 et 9 du Code pénal. En conséquence, ce fait, lorsqu'il est réputé crime comme étant puni de la peine de la réclusion, doit être jugé par les cours d'assises; lorsqu'il n'est réputé que simple délit, par les tribunaux de police correctionnelle. On objecterait vainement que l'art. 174 n'emploie que la seule qualification de crime pour désigner le fait des fonctionnaires ou officiers publics et celui de leurs commis ou préposés; c'est là une dénomination générique que le législateur a employée uniquement comme telle, et non en vue de déroger aux règles générales de compétence. — V. Délit.

La jurisprudence a consacré cette interprétation de l'art. 174 toutes les fois que l'occasion s'en est présentée. Ainsi la Cour de cassation, après avoir décidé, par un arrêt du 7 avril 1837, rapporté suprà, nº 15, que le fermier des droits de pesage, mesurage et jaugeage d'une ville ne pouvait être considéré que comme un simple commis ou préposé, l'a renvoyé devant la juridiction correctionnelle pour yêtre jugésur les faits de concussion qui lui étaient reprochés; et la chambre des appels correctionnels de la cour de Lyon, à laquelle l'affaire fut renvoyée, n'hésita point à en connaître. (Lyon, 28 juin 1837, J. P. 1837. 2. 396.)

- 50. Si un préposé ou commis était poursuivi en même temps qu'un fonctionnaire ou officier public et à raison du même fait, ils devraient être tous deux traduits devant la cour d'assises; il est de principe, en effet, que, lorsque des causes, appartenant chacune à des juridictions diverses à raison de la pénalité différente qu'elles entraînent, doivent être jointes, attendu leur connexité, c'est la juridiction la plus élevée qui seule peut en connaître. — V. Connexité (en matière criminelle).
- 51. Bien que les dommages-intérêts et restitutions doivent servir de base pour l'évaluation de l'amende, néanmoins c'est à la cour d'assises et non au jury qu'il appartient de les fixer, lorsque la concussion est qualifiée crime. En effet, disent MM. Chauveau et Hélie (t. 4, p. 120), « Le crime de concussion ne dépend pas de la quotité du produit des faits élémentaires qui constituent la concussion, et le crime existe indépendamment du bénéfice qu'on en retire. Or, si ce bénéfice n'est point une circonstance constitutive du crime, ce n'est point au jury qu'il appartient de l'apprécier. » La Cour de cassation s'est pronon-

cée dans ce sens par arrêt du 26 août 1824 (S.-V. 25. 1. 77; J. P. 3° édit.; D. P. 25. 1. 30).

52. Prescription. — En matière de concussion, la durée de la prescription se règle d'après les principes ordinaires posés dans les art. 637 et 638 du Code d'instruction criminelle. Ainsi, le fait ne se prescrit que par dix ans, lorsqu'il est réputé crime, et par trois ans, lorsqu'il ne constitue qu'un simple délit. (Cass. 26 août 1824, S.-V. 25. 1. 77; J. P. 3° édit.; D. P. 25. 1. 30.) — V. Prescription (en matière criminelle).

CONDICTIO, — CONDICTIO INDEBITI, — CONDICTIO SINE CAUSA. — 1. Le mot condictio, que l'on rencontre si fréquemment dans les compilations justiniennes, a été employé, à diverses époques et suivant les modifications qu'a subies la procédure romaine, dans plusieurs acceptions.

2. Synonyme de denuntiatio (Inst., De action. § 15), ce mot servit à désigner, dans les premiers temps de Rome, celle des cinq legis actiones (V. Actions, nos 26, 27) par laquelle le demandeur avertissait son adversaire de se présenter, après un délai de trente jours, pour recevoir un juge. (Caius, Inst., liv. 4, § 18.)

3. Plus tard, et à l'époque où régnait le système formulaire (V. Actions, nos 11 et 29), le mot condictio, pris dans le sens le plus large, servit à désigner les actions personnelles qui tendaient à faire reconnaître que le défendeur devait donner ou faire quelque chose: appellantur... in personam actiones, quibus dari sierive oportere intendimus, condictiones. (Caius, eod., § 5.)

Cette définition, toutefois, n'embrasse pas, comme elle paraît le faire, toutes les actions personnelles: la condictio désignait seulement l'action in personam, qui tend à obtenir du défendeur la datio, c'est-à-dire la translation de la propriété d'un objet. (Ducaurroy, Inst., n° 1230, 1231.)

4. Nul ne pouvant acquérir ce qui lui appartient déjà, le propriétaire d'une chose ne peut la réclamer par la condictio : conclure à ce que la propriété de ma chose me soit transférée, serait, en effet, prétendre l'impossible.

Toutefois, et pour multiplier contre les voleurs les modes de poursuite, on avait admis que le propriétaire d'une chose volée pourrait, au moyen de la condictio furtiva, actionner le la cour royale de Paris.

voleur ou ses héritiers. Cette exception, difficile à justifier (Ducaurroy, eod., n° 1232), est la seule qui ait été faite à la règle qu'on ne peut condicere sa propre chose (l. 12, sf. Usufruct. quemadm. cav.).

5. Il existait un grand nombre de condictiones spéciales dont plusieurs sont, au digeste et au code, l'objet de titres particuliers : c'est ainsi que, par la condictio ob turpem causam, on répétait les objets transférés dans un but illicite, et qu'on poursuivait, par la condictio certi, le paiement d'une somme due par suite d'un prêt de consommation.

Deux condictiones sont surtout importantes: la condictio indebiti et la condictio sinè caus a.

6. La condictio indebiti (V. ff. liv. 12, tit. 6; Cod., liv. 4, tit. 5), fondée sur le principe d'équité que nul ne doit retenir ce qu'il a reçu sans cause, était accordée à celui qui avait payé par erreur ce qu'il ne devait pas. En faisant ce paiemeut, celui qui se croyait débiteur s'était dessaisi de la propriété de sa chose, et il agissait, pour la réclamer, comme s'il avait fait un mutuum.

Pothier a consacré une partie de son Traité du prêt de consomption à ce qu'il nomme le quasi-contrat promutuum, c'est-à-dire au paiement de l'indû et à la condictio indebiti qui en résulte. Bien que les jurisconsultes modernes aient employé l'expression condictio indebiti, et que les art. 1235, 1376 et 1377 du Code civil consacrent le principe sur lequel cette action est fondée, toutes les règles du droit romain sur cette matière ne sont pas applicables aujourd'hui. — V. Quasi-contrat.

7. La condictio sinè causà (V. ff, liv. 12, tit. 7; Cod, liv. 4, tit. 9) était accordée à celui qui, ayant transféré une chose sans but et sans motif, voulait la répéter. On a trouvé une grande analogie entre cette action et celle par laquelle l'acheteur évincé peut, en cas de vente sans garantie, se faire restituer, par le vendeur, le prix qu'il a payé. (C. civ., 1629; — Duranton, t. 16, n° 262; Delvincourt, t. 2, p. 154, note 5; Duvergier, Vente, t. 1, n° 339; Pothier, Vente, n° 185.)

CONDITION (1). — 1. Ce mot, que les étymologistes font dériver du verbe condere (établir, constituer, faire qu'une chose existe), a,

<sup>(1)</sup> Article de M. Gauthier la Chapelle, avocat à la cour royale de Paris.

dans le langage du droit comme dans le langage ordinaire, plusieurs acceptions qu'il importe de distinguer.

On appelle souvent condition ou status d'une personne la qualité à raison de laquelle elle a des droits et des devoirs particuliers : c'est ainsi que les art. 12 et 19 du Code civil déclarent que « la femme suivra la condition de son mari, » et que les jurisconsultes romains enseignent que le jus connubii a pour effet ut qui nascitur patris conditioni accedat. (Gaius, Instit., liv. 1, § 80.)

Quelquefois on entend par condition la situation dans laquelle se trouve placée une personne par suite d'un engagement qu'elle a pris envers un tiers, ou qu'un tiers a pris envers elle. C'est dans ce sens qu'il est de principe, dans les contrats, que la condition pire est celle de l'obligé; c'est dans ce sens aussi que les Institutes (liv. 1er, tit. 21) permettent au pupille meliorem suam conditionem facere sans le concours de son tuteur.

Dans les art. 355, 1108 et 2219 du Code civil, les conditions sont les éléments indispensables à l'existence d'un acte ou d'un droit. C'est dans le même sens que le chapitre premier du titre du mariage a pour rubrique : « Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage. »

Dans d'autres articles, et notamment dans les art. 530, 1121 et 2013, le mot condition, pris dans un sens très-étendu, exprime une des clauses, une des dispositions contenues dans un contrat. Il arrive très-fréquemment, dit Toullier (t. 6, nº 467), que l'on ajoute à une convention des pactes accessoires ou des clauses pour imposer à l'une des parties, ou à toutes les deux, certaines obligations qui modifient le contrat, qui en altèrent ou qui même en changent quelquefois la nature : tous ces pactes accessoires sont vulgairement appelés les conditions du contrat, parce qu'on les considère comme des conditions sans lesquelles il n'aurait pas été passé. Le mot conditio a quelquesois été pris dans le même sens par les jurisconsultes romains (V. l. 21. § 3, ff. De ann. legat.; 1. 3, ff. De donat.); mais ils employaient de préférence le mot pactum pour désigner les clauses dont il s'agit. (Domat, Lois civiles, liv. 1er, tit. 1er,

Dans un sens plus restreint, une condition n'est souvent qu'une obligation, une charge imposée à une personne: c'est ainsi que les art. 953, 954 et 956 du Code civil règlent les effets de la révocation des donations pour cause d'inexécution des conditions, et que l'art. 1052 parle de la condition de restituer des biens grevés de substitution.

Enfin, dans son acception technique, le mot condition désigne une modalité qui, ajoutée à certains actes, fait dépendre leur existence ou leurs effets d'un événement futur et incertain.

2. Ces deux dernières acceptions ont été, il faut le reconnaître, perpétuellement confondues par les rédacteurs du Code civil. Ils ont employé le mot condition pour désigner tantôt l'obligation imposée à une personne, et tantôt l'événement futur et incertain auquel est subordonnée l'existence d'un droit.

Il eût été facile, comme on l'a fait dans les art. 548, 918, 1048, 1050 et 1406, d'appliquer le mot charge aux obligations imposées à une partie, et de n'employer le mot condition que pour exprimer le cas d'un événement sutur et incertain. On eût évité par là de comprendre sous la même dénomination deux objets tout à fait distincts. Il est incontestable, en effet, que la donation sous condition dont parle l'art. 1086 et l'obligation sous condition dont il est question aux art. 1181 et 1182, diffèrent essentiellement l'une de l'autre : la première existe et produit tous ses effets du jour où elle a été faite, tandis que la seconde, purement éventuelle, ne prendra naissance que lorsque l'événement prévu par les contractants sera arrivé.

Une disposition faite avec charge peut, à la vérité, être résolue, si cette charge n'est pas accomplie; mais une pareille chance ne rend pas la disposition conditionnelle: la disposition faite avec charge est pure et simple, c'est la résolution seule qui est subordonnée à une condition.

La qualification de conditionnelle a été employée avec plus de réserve par les rédacteurs du Code civil; ils ne l'ont appliquée qu'aux dispositions dont l'existence est soumise à un événement futuret incertain. (V.C. civ., 1168, 2132, 2148 n° 4, 2163.)

3. « La matière des conditions est immense, » a dit avec raison un des interprètes du Code civil (Duranton, t. 9, n° 286). Ajoutons que cette matière n'a été méthodiquement exposée ni dans les compilations justiniennes, ni même dans notre Code civil.

En traitant des conditions dans divers

titres du Digeste, les rédacteurs de cet ouvrage les ont presque toujours rattachées d'une manière exclusive à certaines dispositions spéciales, telles que l'institution d'héritier, le legs, le fidéicommis, la stipulatio et les autres contrats. Ils ont résolu, il est vrai, la plupart des questions que peut faire naître l'application de telle condition à tel acte, mais les décisions qu'ils nous ont transmises sont loin de former un corps de doctrine et de présenter un ensemble complet.

Habitués à prendre à peu près au hasard parmi les fragments du corpus juris ceux qui pouvaient servir à trancher les guestions qu'ils avaient à résoudre, les interprètes n'ont pas hésité à appliquer aux conditions en général des règles établies par les jurisconsultes romains pour certaines conditions spéciales seulement. Confondant surtout les dispositions testamentaires avec les stipulations, ils ont appliqué aux conditions qui peuvent modifier les unes et les autres les mêmes textes, sans remarquer que la stipulatio, contrat stricti juris par excellence, était soumise à l'interprétation la plus rigoureuse, tandis que la faveur dont jouissaient les dispositions testamentaires avait insensiblement amené les prudents à déroger, à leur égard, au strictum jus, et à ne s'attacher qu'à faire prévaloir la volonté du disposant.

La confusion que nous venons de signaler se retrouve dans le Code civil. L'observation faite par M. Duvergier (Vente, t. 1, n° 75), « que les caractères de chaque espèce de conditions ne sont pas assez nettement déterminés, et que les différentes branches du système se mêlent d'une façon inextricable, » nous paraît parfaitement juste (V. n° 59). On a également reproché aux art. 1169, 1170, 1171 de reproduire, d'une manière inexacte, une division empruntée aux anciens auteurs. (Demante, Programme du cours de Code civil, n° 605). — V. n° 48.

Il est à regretter que la doctrine n'ait pas encore tenté de suppléer à la loi, en substituant aux explications de détail et à l'interprétation des textes isolés une théorie générale des conditions.

Chap. 1er. — De la condition en général. —
De ses diverses espèces. — De la condition suspensive et de la condition résolutoire.

SECT. 1re. — De la condition en général.

[Condition (4-3). — Suppose un fait futur (6-8), — incertain (9-14). — Distinguer la condition de la cause (19-22), — de la démonstration (23), — du terme 24-28), — du mode (29-30). — Expressions qui constituent la condition (31-44).]

Sect. 2. — Des diverses espèces de conditions.

[Division des conditions (45):—positives, négatives (46), — suspensives, résolutoires (47), — casuelles, potestatives, mixtes (48), — possibles, impossibles (49), — promiscuæ, non promiscuæ (50), — expresses, tacites (51-56), — divisibles, indivisibles (57), — Facti, juris (58).]

§ 1er. — De la condition suspensive. § 2. — De la condition résolutoire.

CHAP. 2. — Des actes qui peuvent et de ceux qui ne peuvent pas être modifiés par une condition.

[Règles générales (74-81). - Vente (82-87). - Echange (88-89). - Louage (90-91). Société (92, 93, 94). — Mandat (95). — Prêt (96). — Dépôt (97). — Transaction (98). — Compromis (99). - Gage (100). - Cautionnement (101). - Hypothèque (102). - Réméré (103). — Conventions matrimoniales (104). — Libéralités (105). - Partage d'ascendant (106). - Usufruit (107). - Usage (108). - Servitudes (109). - Acceptation de lettres de change (111). - Délaissement (112). - Remise de la dette (114). - Desistement (115). - Acceptation de succession (116). — Renonciation (117). - Tutelle (118). - Adjudication (119). -Option (120). - Adoption (121). - Autorisation maritale (122).]

Chap. 3. — Des conditions prohibées par la loi, et de leur influence sur les dispositions qui y sont subordonnées.

SECT. 1<sup>re</sup>. — Des conditions prohibées par la loi.

§ 1er. — Conditions impossibles.

[Impossibilité physique, morale (128), — de fait (129), — temporaire (130-133), — relative (134), — partielle (135).]

§ 2. — Conditions immorales.

[Conditions immorales (137-139),— qui portent atteinte au maringe (140-151), — à la liberté religieuse (152-155), — à la liberté civile (156-163).]

§ 3. — Conditions illicites.

[Conditions illicites (164). — Obstacles apportés à l'exercice des droits civiques (165),

— civils ou de famille (166-180). — Modifications illicites (181).

§ 4. — Conditions potestatives de la part de l'obligé.

[Leur effet (183-185). — Conditions si voluero, cùm voluero (186); — quand je pourrai (187); si je le juge raisonnable (188); — à ma satisfaction (189); — si j'aliène (190; — si je teste propriétaire (191); — si je deviens propriétaire (192); — si je fais un testament (193); — si nous vivons ensemble (194); — si je ne me marie pas (195); — si je prends un état (196). — Restrictions proposées à l'art. 1174 (198-200). — Conditions dérisoires (202), — contradictoires (203-204), — prépostères (205-206), — captatoires (207).]

SECT. 2. — De l'influence des conditions prohibées sur les dispositions qui y sont subordonnées.

CHAP. 4. - De l'effet des conditions.

SECT. 1 re. — Effets de la condition suspensive:

§ 1 cr. - Lorsqu'elle est encore pendante.

[Effets généraux (228-230). — Enregistrement (231). — Propriété de la chose due (232. — Possession (233). — Fruits (234). — Risques (235). — Faculté d'aliéner 236). — Prescription (237). — Revendication (238). — Paiement, offres (240-241). — Droit éventuel du créancier (242-247). — Faculté de faire des actes conservatoires (248-249). — Exemples (250-267). — Application des règles précédentes aux legs (268-269)]

§ 2. — Lorsqu'elle est accomplie.

[ Rèyles générales (270-274). — Rétroactivité de la condition (275). — Ses consequences (276-298) ]

§ 3. - Lorsqu'elle est défaillie.

SECT. 2. — Effets de la condition résolutoire:

§ 1er. — Lorsqu'elle est encore pendante. [Elle ne suspend pas la disposition (310). — Conséquences (311-316).]

§ 2. — Lorsqu'elle est accomplie.

[Cette condition est expresse ou tacite (317-318). — Cas où elle est expresse (319-322). — Cas où elle est tacite (323-328). — Marche à suivre dans les deux cas (329-337). — Nature de l'action en résolution (338-357). — Compétence (358). — Prescription (359). — Effets de la résolution (360-383). — Enregistrement (384.)]

§ 3. — Lorsqu'elle est défaillie.

CHAP. 5. — De l'accomplissement des conditions.

[Règles générales (388-389). — Accomplissement in formà specificà ou per æquipollens (390-394). — Accomplissement par un tiers (395), — après la mort (396-398), — par les incapables (399). — Cas où il y a plusieurs conditions (400-405). — L'accomplissement est-il divisible (406)? — Délai de l'accomplissement (407-415). — Cas où la condition est réputée accomplie (416-422). — Effets de l'accomplissement (423-425). — Preuve de l'accomplissement (426-429). — Cas où un terme est joint à la condition (430-433).]

CHAP. 1°. — De la condition en général. —
De ses diverses espèces. — De la condition
suspensive et de la condition résolutoire.

SECT. 1re. — De la condition en général.

4. La condition peut être définie: le cas d'un événement futur et incertain auquel est subordonnée l'existence d'un acte ou d'un droit. La disposition soumise à cette chance prend le nom de conditionnelle (C. civ., 1168, 2132, 2148 n° 4, 2163), ou d'éventuelle (2148, 2163), par opposition à la disposition certine (C. civ., 2213; C. proc. civ., 551), ou pure et simple (C. civ., 1014, 1584).

5. Tout événement auquel on subordonne l'existence ou les effets d'un acte ne constitue pas une condition. « Pour qu'une condition, dit Pothier, ait l'effet de suspendre une obligation, il faut, 1° que ce soit la condition d'une chose future; 2° d'une chose qui peut arriver ou ne pas arriver; 3° d'une chose licite, possible et qui ne soit pas contraire aux bonnes mœurs; 4° il faut ensin que la condition ne détruise pas la nature de l'obligation.» (Pothier, Obligations, n° 202 à 205.)

6. L'événement prévu doit être futur, et l'engagement que les contractants subordonnent à un fait accompli n'est pas conditionnel. Toute condition suppose une éventualité qui ne peut exister lorsque l'on s'oblige, par exemple, à payer une somme « si tel vaisseau est entré hier dans le port. » Cet événement, en effet, quoique ignoré des parties, est ou n'est pas arrivé. Dans le premier cas, l'existence de l'obligation n'a jamais été suspendue, et dans le second, l'obligation n'a jamais existè: Conditio in præteritum, non tantum

in præsens tempus collata, statim aut peremit obligationem, aut omnino non differt. (1. 100 ff, De verb. oblig.).

On peut incontestablement s'engager à donner ou à faire quelque chose, si tel événement est ou n'est pas arrivé, mais un pareil engagement n'offre rien de conditionnel : l'exécution est retardée jusqu'à ce que, comme le dit Pothier (cod., n° 202), « le créancier se soit rendu certain du fait et qu'il l'ait notifié au débiteur; ce retard emporte nécessairement un terme, mais ne saurait constituer une condition; car si l'ignorance dans laquelle se trouvent les parties suspend l'exécution de la convention, elle ne peut empêcher que l'événement soit ou ne soit pas arrivé. »

7. A ces principes, qui paraissaient consacrés par l'article 1168, les rédacteurs du Code civil ont substitué, dans l'article 1181, une doctrine complétement inexacte: « L'obligation contractée sous une condition suspensive, porte cet article, est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. »

Cette étrange disposition, fondée probablement sur la distinction faite par quelques anciens auteurs entre les conditions qui portent sur un fait déjà arrivé, et celles qui portent sur un fait futur (Voët, Pand. liv. 28, tit. 7, n° 17; Furgole, ch. 7, sect. 2, n° 1; Duranton, t. 8, n° 99), a été vivement critiquée. Tous les interprètes ont reconnu que, même dans les testaments, l'évênement actuellement arrivé ne peut constituer une condition.

Si l'obligation dont il s'agit était conditionnelle, son existence serait in suspenso jusqu'à ce que les contractants eussent connaissance de l'arrivée de l'événement, et cependant l'article 1181 lui-même déclare que l'obligation « a son effet du jour où elle a été contractée; » si elle était conditionnelle, la chose due resterait aux risques du débiteur, et cependant il est certain que si l'événement est arrivé, cette chose est, à moins de stipulations contraires, aux risques du créancier.

Le legs subordonné au cas où un évènement est arrivé est transmissible aux héritiers du légataire, si celui-ci meurt après l'arrivée de l'événement, mais avant qu'on en ait connaissance; ce qui n'aurait pas lieu si un pareil legs était conditionnel. (C. civ., 1040. —V. Delvincourt, t. 2, p.14, note 1<sup>re</sup>; Duranton, t. 9, n° 289, t. 11, n° 11, 12, 73; Toullier, t. 6, n° 475; Zachariæ, t. 2, § 302.)

Vainement a-t-on dit, pour justifier l'article 1181, que « l'incertitude des parties sur l'événement suffit pour le faire considérer, en ce qui concerne la validité du contrat, comme s'il n'était pas arrivé. » (Pardessus, Cours de droit commercial, t. 2, n° 184.) Cette incertitude ne peut suspendre l'existence du contrat: Quæ enim sunt certa non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint. (Inst. De verb. oblig. § 6; l. 120, ff. eod.; l. 37, 38, 39, ff. De reb. credit.)

Un passage du discours de M. Bigot de Préameneu, au corps législatif, prouve que les rédacteurs du Code n'ont même pas pensé qu'il pût entrer dans l'intention des parties de subordonner sciemment l'existence d'une convention à un événement déjà arrivé : « Si par erreur, dit-il, les contractants avaient cru futur et incertain un événement déjà existant, mais qui n'était point à leur connaissance, la modification qu'ils auraient eu l'intention de faire à leur engagement se trouverait remplie; conséquemment il serait valable, et il devrait avoir sur-le-champ son exécution. » (Fenet, t. 13, p. 242). Nous n'irons pas aussi loin que M. de Préameneu; nous admettons que les parties peuvent contracter précisément en vue d'un événement déjà arrivé qu'elles ignorent, mais nous déciderons avec Pothier ( V. les exemples qu'il cite, nº 202), qu'un pareil engagement n'est pas conditionnel.

Supposons, par exemple, que, paracte passé aujourd'hui à Paris, Paul vende à Louis sa maison, sous la condition suspensive expresse « que la vente n'aura lieu qu'autant que l'avoué chargé par Paul d'acquérir pour lui une maison vendue hier à Lyon, se sera rendu adjudicataire. » Cette vente, qui paraît conditionnelle si l'on s'en résère à l'art. 1181, est en réalité pure et simple. Si l'on admet, en esset, comme le font tous les interprètes, que l'arrivée de la condition purifie le contrat dès qu'elle a eu lieu (V. nº 270), et avant même d'être connue, il faut également admettre que la disposition faite lorsque l'événement est déjà arrivé, ne peut être conditionnelle : Cum ad præsens tempus conditio confertur, dit Papinien (1. 37, ff. De reb. credit.), stipulatio non suspenditur... eadem sunt, et cum in præleritum conditio confertur.

En admettant avec Cujas (Definit. Papi-

nian., liv. 1; Op. posth., t. 1, p. 624) que la vente dont nous parlons soit soumise à une quasi-condition, il faut reconnaître que cette quasi-condition ne saurait produire les effets de la condition véritable.

On a contesté l'intérêt pratique de la difficulté qui nous occupe, et Merlin n'a vu, dans la controverse élevée sur ce point, « qu'une question de mots fort peu importante. » (Répert., v° Condition, sect. 1, § 2, n° 1; Championnière et Rigaud, Traité des droits d'enregist., n° 734, 742, 748.)

Il y a, ce nous semble, une importance trèsgrande à décider que la vente est pure, puisque cette solution met, du jour du contrat et avant que la connaissance de l'événement soit acquise, l'objet vendu aux risques de l'acheteur, tandis que, si la vente était soumise à une condition suspensive, cet objet demeurerait aux risques du vendeur.

8. Celui qui a contracté sous la condition d'un événement déjà arrivé, peut-il discéder du contrat tant que la connaissance de l'arrivée de l'événement n'est pas acquise?—V. n° 230.

. Merlin enseigne (Répert., eod.) que toutes les clauses du genre de celle qui nous occupe se convertissent en une promesse de donner tel objet, si vous me prouvez telle chose. Cette doctrine ne tendrait-elle pas à faire considérer comme de véritables paris, et à faire, en conséquence, annuler les conventions soumises à la condition d'un événement déjà arrivé? —V. Pari.

- 9. Si l'événement actuellement arrivé pouvait constituer une condition suspensive, il pourrait également constituer une condition résolutoire, et cependant le Code a gardé le silence sur ce point. « Si l'événement ignoré, dit M. Demante, avait été pris pour condition résolutoire, l'ignorance pourrait bien donner lieu à l'exécution provisoire de l'obligation et suspendre, de fait, les restitutions jusqu'à la connaissance acquise. Mais, en réalité, l'obligation n'aurait jamais existé, et c'est pour défaut de cause, dès le principe, que les restitutions devraient s'opérer après la connaissance acquise. » ( Programme du cours de droit civil, nos 601, 615.)
- 10. La condition suppose un événement incertain (C. civ., 1168, 1181): un fait qui doit nécessairement arriver ne laisse subsister aucun doute sur l'existence de la disposition que l'on y a subordonnée; il en retarde seulement l'exécution et ne constitue en réa-

lité qu'un simple terme: Qui sub conditione stipulatur, quæ omni modo exstatura est, dit Ulpien (l. 9, § 1, ff. De novat.) purè videtur stipulari.

On a fait observer que la loi et les auteurs gardent le silence sur les signes auxquels on doit attacher la certitude d'un événement, et l'on a proposé de distinguer le cas où il s'agit d'un événement passé de celui où il s'agit d'un événement futur.

L'événement passé doit être réputé certain dès qu'il est arrivé, et quoiqu'il ait été ignoré des parties au moment de la convention.

La certitude d'un événement futur doit être déterminée, au contraire, non pas d'après la nature des choses, mais d'après les connaissances que les parties peuvent avoir. Nec rerum naturam intuendam, in quâ omnia certa essent, cum futura utique fierent; sed nostram inscientiam aspici debere (l. 28, § 5, ff. De judic.)—V. Championnière et Rigaud (Traité des droits d'enregistrement, t. 1, nos 742, 743).

11. Toutefois, dans les dispositions testamentaires, qui sont toujours présumées faites en considération de la personne du légataire, le cas d'un événement qui doit nécessairement arriver peut constituer une condition. S'il est certain, en effet, que l'événement arrivera, il est incertain s'il arrivera du vivant du légataire ou après sa mort, et si, par conséquent, la disposition aura ou n'aura pas d'effet. Tel est le sens de la règle, Dies incertus conditionem in testamento facit. (l. 75, ff. De condit. et demonst.; l. 1 § 2, 79 § 1, ff. eod.; l. 4, ff. Quand. dies legat.)

Pour appliquer sainement cette règle, il est nécessaire de distinguer si le dies incertus se rapporte à la substance même du legs ou à son paiement; car ce dies, qui, dans le premier cas, est une condition, ne constitue qu'un terme dans le second. Ainsi, par exemple, le legs fait à Titius lorsqu'il aura tel âge, lorsqu'il se mariera, est conditionnel et n'aura d'effet qu'autant que Titius sera parvenu à l'âge fixé ou se sera marié; tandis qu'au contraire, le legs fait à Titius et déclaré payable lorsqu'il aura tel âge n'est pas conditionnel, et serait dû aux héritiers du légataire si celui-ci était mort avant d'avoir atteint l'âge sixé par le testateur. (Furgole, Testaments, ch. 7, sect. 3, nos 25, 27, 28; Ricard, Disposit. condit., ch. 2, nº 33; Toullier, t. 6, nº 478; Rolland de Villargues. Répert. du notariat, ve Condition, nos 17, 18, 19, 20.)

- 12. La question de savoir si le dies incertus a été appliqué à la substance même du legs ou à son paiement, est une question de fait qui ne peut être résolue qu'en recherchant l'intention du testateur (Duranton, t. 9, n° 292). Les décisions des lois romaines sur ce point ne doivent pas être admises sans examen.
- 13. La règle dies incertus facit conditionem n'a jamais été appliquée aux conventions. Toute personne qui contracte étant présumée stipuler non-seulement pour clle-même, mais encore pour ses héritiers et ayants-cause (Code civ., 1122; l. 9, ff. De probat.), il importe peu de savoir si le fait prévu s'accomplira avant ou après la mort des contractants. (Pothier, no 203; Furgole, no 32; Duranton, t. 11, no 14; Toullier, t. 6, no 477, 479.) Ainsi, par exemple, le cas de la mort de l'un des contractants ou d'un tiers constitue plutôt un terme qu'une condition. (1. 45, § 1 et 3, ff. De verb. oblig.) Ainsi, à plus forte raison, le jour qui arrivera nécessairement, calendis januariis centesimis, ne saurait constituer une condition (1. 21, ff. Quand. dies legat.; Toullier, t. 6, nº 476; Rolland de Villargues, cod., nº 14.)
- 14. Si le jour incertain était de telle nature qu'il pût arriver ou ne pas arriver, il aurait le caractère de condition dans les contrats aussi bien que dans les dispositions testamentaires (Furgole, n° 32; Rolland de Villargues, cod., n° 22.)

Deux événements qui doivent nécessairement arriver peuvent également constituer une condition, en ce sens que l'on peut s'obliger pour le cas où l'un d'eux arrivera avant ou après l'autre : le fait qu'une personne survivra ou ne survivra pas à une autre, forme condition, même dans les contrats.

15. Il faut encore, pour qu'une condition soit valable, que ce soit la condition d'une chose possible, tivite, et qui ne soit pas contraire aux bonnes mœurs (C. civ., 900, 1172; Pothier, n° 204). Nous aurons occasion de développer ce principe en traitant des conditions prohibées. — V. n° 127, 137, 164.

pas contraire à la nature même de l'obligation. Toute obligation devant imposer au débiteur la nécessité légale de faire, donner ou ne pas faire quelque chose, serait détruite

par la condition qui laisserait à celui qui s'engage la faculté de faire ou de ne pas faire, de donner ou de ne pas donner. — V. nº 183.

- 17. Il ne faut pas confondre le contrat conditionnel avec le contrat aléatoire, et il faut distinguer avec soin de la condition proprement dite, plusieurs modalités qui peuvent affecter les contrats ou les dispositions à titre gratuit; ces modalités sont notamment: la cause, la démonstration, le terme et le mode.
- 18. La condition, si navis ex Asià venerit, si navis redierit, que l'on rencontre si fréquemment dans les lois romaines (Instit., De inutil. stip., § 14; 1. 63, ff. De verb. obl.; 1. 2, 10 et 21, ff. De condit. et demonst.). a fait présumer à quelques interprètes que le contrat d'assurances maritimes n'était pas inconnu aux anciens. (V. Contrat d'assurances maritimes.) Quelle que soit la valeur de cette conjecture, il faut se garder de confondre les contrats conditionnels avec les contrats aléatoires. Si la prévision d'un événement sutur et incertain forme la base des uns et des autres (C. civ., 1104, 1168, 1964), il y a entre eux cette différence que l'existence du contrat aléatoire est certaine, que les obligations qui en résultent ne sont ni suspendues ni résolubles, et qu'il n'y a d'incertain que la chance de perte ou de gain, tandis que le contrat conditionnel ne produit pas d'obligation proprement dite, mais une simple espérance qui peut ne jamais se réaliser (Pothier, Assurances, nº 5; Pardessus, Cours de droit commercial, t. 2, nos 290 et 299). A l'exemple donné par M. Rolland de Villargues (vº Aléatoire, nº 6), pour faire comprendre la distinction que nous venons d'établir, nous ajouterons qu'un contrat peut être à la fois aléatoire et conditionnel: telle serait la vente d'un coap de filet consentie par un pêcheur, « s'il obtient d'un tiers la permission de pêcher qu'il a demandée. »
- 19. C'est surtout à l'égard des dispositions testamentaires qu'il importe de distinguer la cause de la condition. Souvent le legs est rémunératoire et n'est fait que dans la vue de récompenser les services que le légataire a purendre au testateur. Ce legs, suivant l'expression des interprètes, a son motif dans le passé, comme le legs fait avec charge a son motif dans le futur; il diffère du legs conditionnel en ce que ce dernier n'a de valeur qu'autant que l'événement prévu par le disposant se réalise, tandis que, en règle générale, la va-

lidité du legs fait sub caus à ne dépend point de la réalité du motif exprimé par le testateur.

20. On trouve aux Institutes l'exemple d'un legs avec cause, et d'un legs conditionnel : en léguant « à Titius, parce qu'il a géré mes affaires, » je fais un legs rémunératoire; tandis que lorsque je lègue « à Titius, s'il a géré mes affaires, » je fais un legs conditionnel, qui ne sera valable que si Titius m'a réellement rendu le service dont j'ai fait mention. (Instit., De legat., § 31; l. 17, § 2 et 3, ff. De condit. et dem.)

21. En décidant, en principe, que la fausseté de la cause ne viciait pas le legs, quia
ratio legandi legato non cohæret (l. 72, \$6,
ff. eod.), et parce que la véritable cause de
toute libéralité consiste dans un sentiment
de bienfaisance, les Romains réservaient cependant à l'héritier institué le droit de repousser, per exceptionem, la demande du légataire, lorsqu'il était prouvé que le testateur
n'avait légué qu'en considération du motif
exprimé, si heres probetur aliàs legaturus
non fuisse.

22. La décision des lois romaines doit être suivie aujourd'hui, et c'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier quelle a pu être l'intention du testateur en indiquant la cause qui le détermine à léguer. Souvent cette cause aura peu d'importance, et son absence ne viciera pas la disposition : ainsi, le legs fait à une personne « parce qu'elle a éprouvé des pertes dans telle opération, » ne sera pas réputé conditionnel, tandis que celui fait « si telle opération ne réussit pas, » le serait incontestablement.

Le pronom indicatif qui, employé à la place de la conjonction parce que, indique plus ordinairement une cause qu'une condition (V. Duranton, t. 9, nos 335 à 341); mais c'est l'intention, bien plus encore que l'emploi de tel ou tel terme, que les juges doivent considérer.

23. Quoique les rédacteurs du Digeste aient traité dans un même titre (liv. 35, tit. 1) De conditionibus et demonstrationibus, les interprètes ont toujours distingué ces deux modalités.

On donne le nom de démonstration (V. ce mot) à la désignation faite, dans un acte, au moyen d'une circonstance ou d'une qualité, soit de la personne au profit de laquelle on dispose ou avee laquelle on contracte, soit

de la chose qui fait l'objet de la disposition ou du contrat.

Les jurisconsultes distinguent deux espèces de démonstrations: la démonstration nécessaire, qui tombe sur la substance de la chose ou sur la personne, et la démonstration abondante, qui consiste dans l'indication superflue d'une circonstance, lorsque la chose ou la personne étaient déjà suffisamment désignées. (V. Barry, De succession., liv. 17, tit. 1.—Instit., De legat., § 30.)

La fausseté de la démonstration nécessaire entraîne la nullité de la disposition, qui ne saurait subsister si la chose désignée ou si la personne indiquée n'existent point. Aussi cette démonstration constitue-t-elle une sorte de condition qui suspend l'existence de la disposition.

La démonstration abondante, au contraire, ne laisse subsister aucune incertitude; sa fausseté n'entraîne pas plus que la fausse cause la caducité du legs: Neque ex falsà demonstratione, dit Ulpien (Regul. de legat. § 19), neque ex falsà causà legatum infirmatur. Il faudrait, pour admettre cette caducité, qu'il fût prouvé que la désignation faite par le disposant constituait, dans son intention, une condition sans laquelle il n'aurait pas légué.

Le legs des fruits que produira tel fonds dans l'année qui suivra celle du décès du testateur, renferme la condition tacite, s'il naît des fruits, mais ce legs n'est pas, à proprement parler, conditionnel; il ne deviendrait pas caduc si le légataire mourait après le décès du testateur et avant la naissance des fruits (Duranton, t. 9, n° 290).—V. Démonstration.

24. La prévision d'un événement sutur et incertain emporte nécessairement l'idée d'un délai, pendant lequel les effets de l'acte subordonné à cet événement restent in suspenso, et, dans ce sens, toute disposition conditionnelle est, en même temps, à terme. Mais le terme, proprement dit, diffère de la condition, en ce qu'au lieu de suspendre l'existence de la disposition, il ne fait qu'en retarder l'exécution. Plusieurs conséquences importantes dérivent de cette différence consacrée par l'article 1185 : ainsi, l'objet dû à terme est aux risques du créancier, tandis que la chose due sous une condition suspensive demeure aux risques du débiteur (C. civ., 1182); ainsi, ce qui a été payé par erreur avant l'échéance du terme n'est pas sujet à

répétition, tandis que ce qui l'aurait été avant l'arrivée de la condition pourrait être répété (C. civ., 1186, 1377. — l. 16, ff. De condict. indeb. — Pothier, Oblig., n° 218); ainsi encore, la mort du légataire survenue avant l'échéance du terme, n'empêche pas la transmissibilité de son droit à ses héritiers, tandis que la mort survenue avant l'accomplissement de la condition entraîne la caducité du legs (C. civ., 1040, 1041).

La faillite du débiteur qui rend exigibles les dettes dont le terme n'est pas encore échu (C. civ., 1188; C. de com., 444), n'a pas le même effet à l'égard des dettes conditionnelles (V. Duranton, t. 11, n° 10 et 103). — V. n° 261.

25. Il est souvent difficile de déterminer si c'est un terme ou une condition que les rédacteurs d'un acte ont entendu apposer.

Les jurisconsultes enseignent généralement que le sens conditionnel s'exprime par la conjonction si, ou par les locutions en cas que, pourvu que, à condition que, autant que, tandis que la conjonction lorsque ou quand n'emporte qu'un simple terme; mais ils reconnaissent, en même temps, que c'est surtout l'incertitude de l'événement prévu, et l'influence que cet événement doit exercer sur l'existence de la disposition, qui constitue la condition : c'est à l'intention des parties bien plus qu'à l'emploi de telle ou telle expression qu'il faut s'attacher. (1. 101, § 2, ff. De condit. et demonst.; Ducaurroy, Instit. nº 597; Duranton, t. 11, nºs 40, 41; Toullier, t. 5, nº 676.)

26. On a prétendu, et cette opinion paraît justifiée par les lois romaines (l. 8, Cod. De test. manum.; l. 49, § 1 et 2, ff. De legat. 1°; l. 21, 22, ff. Quand. dies legat.), que, dans les dispositions à titre gratuit, la particule lorsque ou quand exprime plutôt une condition qu'un terme; tandis que, dans les dispositions à titre onéreux, au contraire, elle exprime plutôt un délai qu'une condition.

Cette distinction (Furgole, Testaments, ch. 7, sect. 6, n° 29; Toullier, t. 6, n° 520) ne doit pas empêcher de rechercher, avant tout, quelle a pu être, soit qu'il s'agisse de dispositions à titre gratuit ou d'actes à titre onéreux, l'intention des parties, et d'examiner si la particule lorsque ou quand s'applique à la disposition elle-même ou seulement à son exécution. — V. n° 11.

27. Il est difficile de déterminer si la dis-

position faite tant que telle chose existera, ou jusqu'à ce que telle chose arrive, est à terme ou conditionnelle. Si, par exemple, j'ai donné l'usufruit d'un fonds à un tiers « tant que mon fils sera en démence ou jusqu'à ce que mon fils ait recouvré sa raison, » il est évident que l'usufruit s'éteindra par le retour de mon fils à la raison; mais s'il meurt sans l'avoir recouvrée. l'usufruit cessera-t-il? Les lois romaines décidaient que l'usufruit ne devait pas cesser, bien qu'il pût paraître limité, sous quelques rapports, à la durée de la vie du fils du disposant. (1. 32, § 6, ff. De usu et usuf. legat.; 1. 12. Cod. De usuf. et habit.) On a prétendu que cette décision ne devait pas être suivie sous l'empire du Code civil, qui regarde la condition comme accomplie lorsqu'il est certain que l'événement prévu n'arrivera pas (C. civ., 1177. - Pothier, Pandect., lib. 30, nº 167; Duranton, t. 4, nº 509; Toullier, t. 3, nº 454). C'est encore à l'intention qu'il faut, ce nous semble, s'attacher dans ce cas, et, comme l'a enseigné Toullier (t. 5, nº 676), les parties qui veulent prévenir toute interprétation arbitraire devront avoir soin d'expliquer leur volonté sans équivoque.

28. Lorsque la même disposition renferme à la fois une condition et un terme, il faut distinguer si ce terme n'est apposé qu'à la condition seule, ou s'il l'est en même temps à la condition et à la disposition.

Lorsque le terme n'est apposé qu'à la condition, la dette est exigible à l'instant même où l'événement prévu est arrivé, tandis qu'au contraire, lorsque le terme a été ajouté en même temps à la condition et à la disposition, la dette ne devient exigible que lorsque le terme est expiré, quoique la condition se soit accomplie avant cette expiration. Dans ce cas, disent les docteurs, l'arrivée de l'événement a purifié l'obligation, c'est-à-dire, l'a rendue pure et simple de conditionnelle qu'elle était; mais elle ne deviendra exigible qu'à l'expiration du terme fixé pour son exécution. (Pothier, Oblig., n° 237; Duranton, t. 11, n° 59, 102; Toullier, t. 6, n° 617.)

Nous aurons occasion de revenir sur ce point en traitant de l'accomplissement des conditions — V. nº 430.

29. Tous les jurisconsultes reconnaissent qu'il importe de distinguer la condition du mode.

On donnait le nom de modus, dans le droit romain, au but assigné à un legs par le disposant, lorsque, par exemple, il déclarait que telle somme était léguée à une personne pour que cette personne donnât ou fît quelque chose: Quod si cui in hoc legatum sit, dit Caïus, ut ex eo aliquid faceret, sub modo legatum videtur (1. 17, § 4, ff. De condit. et demonst.). L'objet légué sub modo n'était livré au légataire que lorsqu'il avaitaccompli ou garanti qu'il accomplirait la volonté du testateur (l. 40, § 5, ff. eod:). Mais, à la différence de la condition, le modus ne suspendait pas l'effet du legs, quoique, sous quelques rapports, la disposition faite sub modo pût être assimilée à la disposition conditionnelle: perinde fere habetur, ac si sub conditione relictum esset. (1. 92, ff. eod.; -V. Vinnius, Instit. de legat., § 31; Ducaurroy, Instit., nº 733.)

30. On appelle modes, en droit français, toutes les clauses ajoutées à une disposition pour imposer aux parties, ou à l'une d'elles, certaines obligations qui modifient la disposition.

Mode devient alors synonyme de charge, et, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, il est à regretter que les rédacteurs du Code civil aient si souvent donné le nom de condition à de simples charges ou modes (C. civ., 1052, 1121).

Le mode ne suspend point, comme la condition proprement dite, l'existence ni l'exécution de la convention; et si le défaut d'accomplissement du mode entraîne la résolution de la disposition, il ne faut pas en conclure que le mode se confonde entièrement avec la condition résolutoire.

31. La question de savoir si une disposition est modale ou conditionnelle ne peut se résoudre qu'en recherchant l'intention des parties; car, ainsi qu'on l'a fait observer, la même clause peut constituer un mode ou une condition. Si cette clause, en effet, suspend l'effet de la disposition, elle constitue une condition; si, au contraire, sans suspendre l'effet de la disposition, elle impose seulement une charge aux deux parties ou à l'une d'elles, elle ne constitue qu'un simple mode: C'est en considérant le mode comme une charge, que Ricard (Dispositions conditionnelles, nº 5) a donné le nom de dispositions onéreuses à celles que l'on désigne aujourd'hui sous le nom de modales. (Duranton, t. 9, nos 314, 315, 316.)

32. La volonté des parties se manifeste or-

dinairement par les expressions qu'elles ont employées. Mais lorsqu'on réfléchit à l'imperfection du langage, à la précipitation et à l'ignorance qui président si fréquemment à la rédaction des actes, on conçoit qu'en cette matière surtout, le sens littéral des termes ne doit jamais l'emporter sur l'intention.

Les règles tracées par les interprètes pour déterminer si une disposition est modale ou conditionnelle sont de deux sortes : les unes fondées sur le but que les contractants se sont proposé; les autres, sur les termes dont ils se sont servi.

33. Pour qu'une disposition soit modale, les docteurs exigent que la charge imposée à l'une des parties ne soit pas établie dans son propre intérêt, mais dans l'intérêt de la personne qui l'impose ou dans celui d'un tiers. Ainsi, disent-ils, dans le don fait à une personne d'une somme pour acheter une terre, il n'y a ni mode ni condition, mais un simple motif, ou, comme le dit Toullier, une cause impulsive qui ne produit pas d'action pour contraindre à acheter la terre, et dont le défaut d'accomplissement ne donne pas lieu à la révocation de la libéralité.

Lorsque la charge est établie à l'avantage d'un tiers, à l'avantage de celui qui l'impose, ou par suite d'une considération étrangère à l'intérêt de celui à qui elle est imposée, elle constitue un mode. Ainsi, la donation d'une somme faite par contrat de mariage au futur époux, «pour acheter une terre qui demeurera propre à la future épouse, » serait modale, et le donateur pourrait exiger que l'acquisition fût faite, ou refuser de compter la somme. (l. 71, ff. De condit. et demonst.; Cujas, Quest. Papin., liv. 17; Toullier, t. 6, nos 505, 506, 507, 508; Rolland de Villargues, vo Condition, nos 29 à 36; Duranton, t. 9, nos 333, 334.)

34. Dans quel cas les clauses analogues à celle que nous venons de citer constituerontelles une condition? La solution de cette question est entièrement abandonnée à la sagacité des magistrats, et ils devront examiner avec soin les termes dans lesquels les clauses auront été rédigées. Il n'est pas inutile de signaler les principales locutions qui, dans l'opinion des commentateurs, constituent soit le mode, soit la condition. Il ne faut pas toutefois exagérer, comme l'ont fait quelques auteurs, l'importance de telle ou telle expression : on conçoit qu'en pareille matière, les

mots ne peuvent rien avoir de sacramentel.

35. La particule si emporte, par elle-même et sans équivoque, l'idée de condition; énoncée littéralement ou par des équivalents, tels, par exemple, que en cas que, supposé que, elle caractérise tellement la condition, que, lors même qu'elle est sous-entendue, elle établit une sorte de condition tacite. Ainsi le legs fait à Titius renserme la condition tacite si voluerit, c'est-à-dire que Titius acceptera. Cette condition tacite n'empêcherait pas du reste la transmissibilité du legs aux héritiers du légataire, si celui-ci mourait avant d'avoir accepté, tandis qu'elle pourrait l'empêcher, si, au lieu d'être sous-entendue, elle avait été formellement exprimée. (1. 69, ff. De condit. et demonst.; Voet, ad Pandect., liv. 28, tit. 7, nos 3; Toullier, t. 6, no 510, 511.)

36. Les mots a sin que, à l'effet de, à charge ou à condition de, n'exprimant le plus souvent qu'une charge, constituent un simple mode. (l. 80, ff. eod.; Toullier, t. 6, n° 512.) Si toutefois, après avoir imposé la charge, on ajoutait les mots et non autrement, ou toute autre expression qui sit connaître que la volonté des parties est subordonnée à l'accomplissement de cette charge, la disposition deviendrait conditionnelle. (Furgole, ch. 7, sect. 3, n° 36, 46; Toullier, t. 6, n° 515.)

37. La disposition devient également conditionnelle toutes les fois qu'elle ne doit, suivant l'acte, être exécutée qu'après l'accomplissement de la charge: aussi, la formule après que telle chose aura ou n'aura pas été faite, constitue-t-elle une condition suspensive. (Furgole, eod., n° 41; Merlin, Répert., v° Mode, p. 316; Toullier, t. 6, n° 515, 516.)

38. La clause pourvu que détermine-t-elle un mode ou une condition? Les interprètes sont divisés sur ce point. Ricard enseigne (Disposit. condit, n° 18) qu'elle constitue une condition; mais la loi 41, ff. De contrah. empt., prouve que cette clause est tout à fait équivoque et peut déterminer, d'après l'intention des parties, aussi bien un mode qu'une condition. Si, aux mots pourvu que, on avait ajouté auparavant, ou toute autre expression indiquant que la charge doit être remplie avant l'exécution de la disposition, la clause serait évidemment conditionnelle. (Furgole, eod., n° 41; Merlin, Répert., v° Mode; Toultier, t. 6, n° 518.)

39. En admettant que les mots pourvu que présentent un sens équivoque, les juris-

consultes que nous venons de citer décident que, dans les testaments, lorsqu'il y a doute, la disposition doit être réputée plutôt modale que conditionnelle : telle était, dans l'ancien droit, l'opinion de Dumoulin (Cout. de Paris, § 20, glose 7, nos 3 et 8; Toullier, t. 6, no 519), fondée sur cette règle d'interprétation que lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en produirait aucun. (l. 12, ff. De reb.; dub.; C. civ., 1156.)

40. Nous avons déjà vu que la particule lorsque ou quand peut exprimer, suivant l'intention des parties, une condition ou un délai. Ainsi, par exemple, la libéralité faite au profit de Paul lorsqu'il sera nominé à tel emploi, doit être réputée conditionnelle, tandis que le prêt fait à Paul et remboursable lorsque Paul aura trente ans, est à terme. — V. les autres exemples cités par Toullier, t. 6, n° 520.

Toullier, t. 6, nº 520.
41. Le relatif qui peut, su

41. Le relatif qui peut, surtout dans les dispositions testamentaires, donner lieu à de sérieuses difficultés : il peut être en effet employé, soit pour désigner l'objet légué ou la personne du légataire, soit pour apporter une restriction qui rende la disposition conditionnelle. Ainsi, le legs fait à Titius qui a épousé ma nièce, n'est qu'une disposition faite cum demonstratione, tandis que le legs fait à Titius qui épousera ou qui doit épouser ma nièce, est soumis à la condition suspensive que le mariage de Titius avec la nièce du testateur se réalisera. (l. 6, ff. De legat.; 75, § 2, ff. eod.; Cujas, Julian. Digest., lib. 33; Instit. de legat., § 31; Vinnius, sur ce paragraphe, nos 2, 3, 4; Merlin, Répert., vo Qui; Duranton, t. 9, nº 295. - V. aussi les auteurs cités par Toullier, t. 6, nº 521, au sujet de la règle: Relativum Qui adjectum verbo futuri temporis facit conditionem, et perindè est atque si dictum fuisset.)

42. Le gérondif en faisant, en payant, et la préposition moyennant, qui tient du gérondif, désignent, comme le pronom qui, tantôt un mode et tantôt une condition.

Suivant Bartole et Dumoulin (Cout. de Paris, § 20, glose 7, n° 6), le gérondif joint à un verbe ou à un participe qui regarde le futur, fait condition, tandis qu'il ne constitue qu'un mode lorsqu'il est joint à un verbe ou à un participe du temps présent.

Cette règle, admise dans notre ancienne

jurisprudence, avait été modifiée par Ricard (Disposit. condit., nº 68) et par Furgole (ch. 7, sect. 3, nº 45). Ces deux auteurs appliquaient la distinction de Dumoulin aux contrats dont l'exécution est présente; mais ils enseignaient que, dans les testaments qui ne produisent d'effet qu'au décès du disposant, le gérondif constitue toujours une condition qui doit être accomplie pour que le légataire ait droit à la libéralité qui lui a été faite. (Toullier, t. 6, nºs 522, 523.)

43. Les mots « sous la condition de faire telle chose, à condition qu'il fasse, ou qu'il fera telle chose, » ne rendent point la disposition conditionnelle, lorsqu'ils sont joints à d'autres termes qui désignent le mode. (V. Furgole, eod., nº 42; Toullier, t. 6, nº 517; Duranton, t. 9, n° 296.)

44. Une disposition modale ne changerait pas de nature par cela seul qu'elle serait soumise à une condition qui suspendrait le droit du tiers au profit duquel le mode est établi: la loi 71, \$1, ff. De condit. et demonst., donne l'exemple d'une clause de ce genre. (Rolland de Villargues, v° Condition, n° 37, 38.)

Doit-on, dans le silence du Code, appliquer au mode les règles qui concernent les conditions impossibles, immorales et illicites? Faut-il suivre, à l'égard des dispositions faites sous un mode impossible ou illicite, l'article .900 ou l'article 1172? — V. Mode.

SECT. 2. — Des diverses espèces de conditions.

45. Les interprètes et les docteurs ont multiplié les divisions des conditions jusqu'à l'excès; plusieurs de ces divisions sont inutiles, et quelques-unes sont complétement inexactes. — V. nº 7.

Nous nous contenterons d'exposer les divisions consacrées par le Code civil et celles dont la connaissance peut être utile pour l'intelligence des lois romaines et des écrits des jurisconsultes.

Observons, avant tout, que ces divisions dérivant des divers aspects sous lesquels une même condition peut être envisagée, n'ont rien d'exclusif; il paraît même impossible qu'une condition ne rentre pas à la fois dans plusieurs des divisions que nous allons parcourir. — V. n° 59.

46. Considérée en elle-même, la condition est positive ou negative: la condition positive est celle qui consiste dans le cas où un

événement arrivera; la condition négative, celle qui consiste dans le cas où un événement n'arrivera pas. (Pothier, Oblig., n° 200; Toullier, t. 6, n° 501)

Cette division, qui correspond à la distinction faite par Pothier (nº 204), d'après la loi 7. ff. De verb. obliq., entre les conditions qui consistent in faciendo et celles qui consistent in non faciendo, a de l'importance (Duranton, t. 11, nº 57): elle est implicitement consacrée par les art. 1168, 1176 et 1177 du Code civil, et elle a d'ailleurs été formellement reconnue dans la discussion du Conseil d'état. Cambacérès ayant demandé pourquoi la distinction des conditions en positires et négatives n'avait pas été indiquée, M. Bigot de Préameneu répondit que cette distinction avait paru suffisamment énoncée dans les articles 1176 et 1177. (Locré, t. 12, p. 160, nº 2; Fenet, t. 13, p. 68.)

47. Considérées sous le rapport de l'effet qu'elles doivent produire sur les droits qui en dépendent, les conditions sont suspensives (V. n° 60) ou résulutoires (V. n° 66).

« Lorsqu'une condition, dit M. Blondeau (Chrestomathie, p. 452, note 2), vient modisier une manière d'acquérir, il en résulte : - ou bien, que celui qui était propriétaire au moment où cette manière d'acquérir a eu lieu, conserve le titre de propriétaire et le droit d'agir comme tel, sauf à voir son droit s'évanouir, et même les aliénations ou démembrements par lui consentis être considérés comme non avenus, si tel événement se réalise; — ou bien, que le titre de propriétaire se trouve transféré à un autre individu, mais avec la chance, pour lui, de voir son droit s'évanouir, et même les aliénations ou démembrements qu'il pourrait consentir être considérés comme non avenus, par l'accomplissement de la condition. »

Dans le premier cas, la condition s'appelle suspensive; elle s'appelle résolutoire dans le second.

Cetté division des conditions est la plus importante; nous la développerons bientôt.

48. Selon que l'événement prévu est plus ou moins indépendant de la volonté des parties, les conditions se divisent en casuelles, potestatives et mixtes.

On a reproché à cette division de n'avoir qu'une faible importance à l'égard des obligations conventionnelles. N'était-il pas indispensable cependant, ainsi qu'on l'a remarqué, de consacrer le principe que la condition potestative de la part de l'obligé entraîne à tel point la nullité de la disposition qui y est subordonnée, que cette disposition ne constitue qu'un pur sait privé d'esset légal, n'engendre aucune obligation et ne produit pas même le spes debitum iri des jurisconsultes romains? Est-il bien vrai, d'ailleurs, que la condition casuelle n'ait que peu d'importance à l'égard des obligations conventionnelles? Cette condition n'est-elle pas, au contraire, la seule dont l'esset soit réellement suspensis? (V. Championnière et Rigaud, Droits d'enregist., n° 703, 704, 705.)

On a également reproché aux rédacteurs du Code civil de n'avoir pas reproduit avec exactitude, dans les articles 1169, 1170, 1171, la doctrine des anciens auteurs. Il est certain que les définitions contenues dans ces articles laissent beaucoup à désirer.

La condition casuelle est, d'après l'article 1169, « celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. » Lette condition peut également dépendre de la volonté d'un ou de plusieurs tiers (l. 43 et 44, ff. De verb. oblig.): la vente dont le prix est laissé à l'arbitrage d'un tiers (C. civ., 1592), quanti ille æstimaveril, est faite sous une condition casuelle (Instit., De empt. et vendit., § 1er; Gaius, Instit., liv. 3, § 140; l. 15, Cod., De contrah. empt.; Troplong, Vente, n° 53; Duranton, t. 16, n° 110), et il est rare qu'une condition casuelle ne soit pas plus ou moins subordonnée au fait ou à la volonté d'un tiers.

L'art. 1170 définit la condition potestative « celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. » Cette définition, rapprochée des articles 944 et 1174, a fait naître de sérieuses difficultés.

On s'est demandé d'abord si, en parlant, dans l'article 1170, « d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une des parties de faire arriver ou d'empêcher, » le législateur avait eu en vue une simple manifestation de volonté, si voluero, ou un fait quelconque que l'une des parties peut, à son gré, accomplir ou ne pas accomplir. On a cité à ce sujet deux lois romaines, dont la première déclare qu'un legs ne peut dépendre de la volonté de l'héritier (l. 43, § 2, ff. De legat., 1°); tandis que la seconde décide que le legs fait sous la

condition que l'héritier ne montera pas au Capitole est valable, quamvis in potestate ejus sit ascendere, vel non ascendere (1. 3, ff. De legat., 2°). Ne faut-il pas, a-t-on dit, conclure de ces deux textes que si l'obligation qui dépend uniquement d'une manifestation de la volonté du débiteur, est nulle, celle qui dépend d'un événement qu'il est au pouvoir du débiteur de faire arriver ou d'empêcher ne l'est pas?

Cette conclusion, admise par Pothier dans l'ancien droit, l'a été par plusieurs jurisconsultes modernes. L'obligation de payer cent. si voluero, est nulle, disent-ils, tandis que l'obligation de payer cent si je bâtis un mur est valable. Si je veux ou si je bâtis un mur. sont deux conditions potestatives, dans le sens del'art. 1170, puisqu'il dépend de moi de vouloir ou de ne pas vouloir, de bâtir ou de ne pas bâtir. Mais l'art. 1174 ne s'applique qu'à la première de ces deux conditions; celle de bâtir un mur ne vicie pas la convention qui, loin de dépendre du pur arbitre du débiteur, comprend deux obligations distinctes, l'une principale, de ne pas bâtir le mur; l'autre accessoire et constituant une sorte de clause pénale, de payer cent, si je n'accomplis pas l'obligation principale. Ainsi, l'obligation ne doit pas dépendre de la seule volonté du débiteur, mais elle peut dépendre d'un fait qu'il est en son pouvoir d'exécuter. (Pothier, Oblig., nº 48; Toullier, t. 6, nºs 494, 495; Delvincourt, t. 2, p. 15, note 1; Zachariæ, t. 2, \$ 302, p. 297.)

On a proposé, pour éviter toute équivoque, de lire, dans l'article 1174, « condition pure-ment potestative, » au lieu de « condition potestative seulement. » (Delvincourt, t. 2, p. 15; Toullier, t. 6, n° 494; Rolland de Villargues, v° Condition, n° 149.)

Cette correction n'est pas admissible: l'article 69 du projet déclarait nulle «l'obligation contractée sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige, » et le mot purement fut retranché sur la demande du tribunat, afin d'éviter les difficultés qui pourraient s'élever sur la question de savoir si telle condition, reconnue d'ailleurs pour potestative, est ou n'est pas purement potestative. (Fenet, t. 13, p. 148.)

La suppression faite sur l'observation du tribunat ne permet pas d'admettre, sous l'empire du Code civil, la distinction faite par les commentateurs entre la condition purement potestative, si je veux, qui annulerait la disposition, et la condition simplement potestative, si je fais telle chose, qui la laisserait subsister.

La disposition de l'article 1174, ainsi entendu, a été justement critiquée, et l'on a signalé la contradiction dans laquelle est tombé le législateur en annulant l'obligation contractée sous condition potestative, et en validant celle qui dépend d'une condition mixte. La condition mixte, en effet, est d'abord potestative : lorsque je vous promets dix, « si j'épouse telle personne, » je suis aussi libre de ne jamais payer, en ne me mariant pas, que lorsque j'ai promis la même somme, « si je vais à Paris. » (V. Championnière et Rigaud, eod., nos 708 et 709.)

Les deux jurisconsultes que nous venons de citer proposent d'entendre l'article 1174 dans un sens tout à fait différent de celui que son texte présente au premier coup d'œil: au lieu de prononcer la nullité de la disposition subordonnée à un fait qui est au pouvoir de l'une des parties, cet article déciderait seulement que l'accomplissement d'une pareille condition ne rétroagit pas au jour du contrat (V. eod., nos 710, 711). Cette interprétation est conforme à la doctrine enseignée, dans l'ancien droit, par Fonmaur (Traité des lods et ventes, no 361).

L'art. 1171 répute mixte la condition « qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. »

Doit-on également considérer comme mixte la condition qui dépend tout à la fois de la volonté de l'une des parties et du hasard?

L'affirmative est généralement admise; car, dit-on, la volonté d'un tiers étant incertaine constitue un véritable hasard. (Duranton, t. 11, nº 19; Delvincourt, t. 2, p. 14, note 7; Toullier, t. 6, nº 500; Zachariæ, t. 2, § 302.) Quelques jurisconsultes paraissent même ne considérer comme véritablement mixte que la condition qui dépend, en même temps, du hasard et de la volonté de l'une des parties. (Rolland de Villargues, eod., nºs 58, 60; Ortolan, Instit., liv. 3, tit. 15, § 4.)

Quelques interprètes assimilaient, dans l'ancien droit, la condition potestative et la condition mixte. Dans cette dernière, en effet, il y a toujours quelque chose de potestatif, et il est presque impossible que l'exécution de la première dépende absolument de celui

à qui elle est imposée: la condition potestative, « si je vais à Paris, » dépend de ma volonté, sans doute, mais il peut toujours se présenter des circonstances qui gênent ma liberté ou qui la détruisent entièrement. (Fonmaur, eod., n° 355 bis; Merlin, Répert., v° Condition, sect. 2, § 3).

49. On a encore distingué les conditions suivant qu'elles ont pour objet un fait possible ou impossible, licite ou illicite, honnête ou déshonnête, et suivant qu'elles sont écrites ou non écrites. Nous ferons observer, à ce sujet, que la prétendue division des conditions en possibles et impossibles (Duranton, t. 11, nos 32 et 33; Zachariæ, t. 2, § 302), que quelques commentateurs (Voët, ad Pandect... liv. 28, tit. 7, nº 9) présentent comme la principale, præcipua, n'existe pas. Il n'y a point de condition impossible, puisque toute condition suppose, entre l'accomplissement et le non accomplissement d'un fait, une alternative que l'on ne peut concevoir lorsque ce fait ne doit pas se réaliser : dans ce cas. le non accomplissement est certain et la disposition pure et simple. On a toutefois donné, par un facheux abus de mots, le nom de condition impossible à celle que les parties ont fait dépendre d'un événement contraire à l'ordre de la nature. (V. Ducaurroy, Instit., nos 597, 600.)

50. Les jurisconsultes romains divisaient les conditions en promiscuæ et non promiscuæ (l. 11, § 1er, ff. De condit. et demonst.; Duranton, t. 11, n° 52): les premières étaient celles que le légataire pouvait accomplir, quand et toutes les fois qu'il le voulait; toutes les autres étaient réputées non promiscuæ. Il y avait entre elles cette différence que la condition non promiscua, apposée à une disposition testamentaire, pouvait être accomplie même avant la mort du disposant, tandis que la condition promiscua ne pouvait être valablement accomplie qu'après le décès et lorsque le légataire savait qu'elle lui était imposée (l. 2 ff, eod.).

Cette différence était fondée, dit-on, sur ce que, dans les conditions non promiscuæ, le testateur n'ayant eu en vue que l'exécution d'un fait, il suffisait que ce fait existât pour que sa volonté parût accomplie, tandis que, dans les conditions promiscuæ, c'était le fait personnel du légataire que le testateur avait exigé: sa volonté n'avait donc pas été accomplie quand la chose avait été faite avant qu'on

ne sût qu'il l'avait prescrite. Le légataire, dit Pothier, obtemperare videri non potest, si fato fecerit. (Pandect., liv. 35, tit. 1er, n° 109.)

Quelques jurisconsultes pensent que cette division est admissible dans notre droit. (Del-

vincourt, t. 2, p. 15, note 4.)

51. Les conditions se divisent encore en expresses et tacites. Les articles 1183 et 1184 consacrent, quant à la condition résolutoire, cette distinction qui s'applique également à la condition suspensive.

La condition expresse ou formelle, que l'on nomme aussi condition de fait, est celle qui a été textuellement apposée à une disposition: c'est la condition intrinsèque des jurisconsultes romains (l. 99, ff. De cond. et demonst.) et des docteurs.

La condition tacite ou sous-entendue, que l'on nomme aussi condition de droit, est celle qui, inhérente à la nature même d'un acte, est suppléée par la loi dans le silence des contractants: c'est la condition extrinsèque des docteurs, c'est-à-dire celle qui n'est pas apposée d'une manière expresse à la disposition, mais qui vient d'ailleurs. (Duranton, t. 11, n° 37; Toullier, t. 6, n° 502; Rolland de Villargues, eod., n° 68 et 69.)

52. Quelques auteurs, et notamment Toullier (t. 6, n° 503), font dériver les conditions tacites de trois causes : 1º de la loi, comme dans le cas des art. 920, 953, 954, 955, 960, 1088, 1588, 1657, 1184; 2° de la nature des choses, lorsque la chose qui est l'objet d'une convention ou d'un legs n'existe point encore, mais peut exister ou ne pas exister: telle serait, par exemple, la vente des fruits à naître d'un fonds (1. 1, § 3, ff. Decondit. et demonst.); cette espèce de condition tacite prend quelquefois le nom d'assignat limitatif; 3° de la volonté vraisemblable et présumée des parties: on en trouve de nombreux exemples dans les lois romaines. (Voët, ad Pandect., liv. 28, tit. 7, nº 4; Rolland de Villargues, eod., nos 151 à 165.)

Ce n'est qu'avec la plus grande réserve que les conditions tacites résultant de l'intention présumée doivent être sous-entendues dans les actes. Le principe général, en cette matière, a-t-on dit avec raison, est qu'on ne doit point admettre de conditions tacites fondées sur des conjectures extrinsèques, souvent étrangères ou éloignées, presque toujours fausses ou équivoques, et qui rendraient tout arbitraire et incertain. (Cujas, Observat.,

liv. 25, cap. 18; Furgole, chap. 7, sect. 3, nos 18 et 19; Toullier, eod., no 504.)

53. Il arrive quelquesois qu'une condition expresse, apposée à une première disposition, est tacitement rappelée dans une seconde : les lois 77, ff. De cond. et demonst., et 18, § 1, ff. De condit. instit., en offrent un exemple.

54. L'insertion textuelle d'une condition légale dans un acte ne suffit pas pour rendre cet acte conditionnel. Ainsi, la donation entre vifs faite sous la condition « qu'il ne surviendra pas d'enfant légitime au donateur, » n'est pas conditionnelle; il en serait de même du legs fait à une personne sous la condition « que cette personne survivra au testateur. » La non-survenance d'enfants et la survie du légataire sont des conditions extrinsèques qui n'enlèvent pas aux dispositions que l'on y subordonne en termes exprès le caractère de dispositions pures et simples (l. 22, § 1er, ff. Quand. dies legat.; Voët, ad Pandect., liv. 28, tit. 7, nº 3; Ducaurroy, Instit., nº 597; Duranton, t. 11, nos 37, 38 et 39).

55. Les conditions établies par le texte même de la loi sont-elles expresses ou tacites? Quelques doutes se sont élevés sur ce point (Zachariæ, t. 2, § 302; Duranton, t. 11, n° 37): la dénomination de tacites nous semble préférable à leur égard.

56. M. Grenier a signalé, dans son Traité des donations (t. 1, n° 141), l'existence d'une condition d'une nature toute particulière, «qui ne serait ni poteștative ni casuelle, et que, dès lors, on ne pourrait considérer ni comme suspensive ni comme résolutoire. » Cette condition, à laquelle M. Grenier donne le nom de temporaire ou à temps, résulterait, par exemple, de ce qu'un donataire ne devrait entrer en possession de l'objet donné qu'à une époque déterminée, comme à une cessation d'usufruit, ou lors d'un autre événement certain en lui-même, dont l'époque serait seulement incertaine. Cette prétendue condition sui generis n'est autre chose, à notre avis, qu'un dies incertus. — V. suprà, nos 10 à 14.

57. On a distingué les conditions en divisibles et indivisibles (dividuæ et individuæ): les premières peuvent être accomplies per partes, tandis que les secondes doivent l'ètre in totum (l. 44 § 8, 56, ff. De condit. et demonst.; Voët, ad Pandect., liv. 28, tit. 7, n 5).

58. On trouve dans les lois romaines plusieurs autres divisions des conditions. Julianus distingue (l. 21, ff. De condit. et demonst.) la

conditio facti de la conditio juris. Cette division, qui a quelque analogie avec celle des conditions en expresses et tacites, a été expliquée par Cujas dans ses Recitationes solemnes (Julian. Digest., lib. 31).

Paulus et Mœcianus établissent, dans les lois 60 et 91, ff. eod., deux autres divisions au sujet desquelles on peut consulter Pothier

(Pandect., liv. 35, tit. 1, no 16).

59. On a déjà vu (nº 45) que les divisions qui précèdent n'ont rien d'exclusif, et qu'une condition rentre presque toujours dans plusieurs d'entre elles. La condition si navis ex Asia venerit est à la fois casuelle, positive, possible, licite et expresse; elle peut être, en outre, suspensive ou résolutoire, suivant qu'elle suspend ou qu'elle résilie la disposition à laquelle elle a été apposée.

Les qualifications diverses que les rédacteurs du Code et les interprètes ont cru devoir donner aux conditions ont été critiquées, et l'on a prétendu que les divisions qui précèdent, symétriquement opposées les unes aux autres, sont plus ingénieuses qu'exactes et utiles. - V. Duvergier, Vente, t. 1, nº 75.

#### \$ 10r. - De la condition suspensive.

60. La condition suspensive est, d'après les articles 1168 et 1181, celle qui suspend l'existence, et par conséquent l'exécution d'une disposition, jusqu'à ce qu'un événement sutur et incertain soit arrivé : c'est celle dont l'accomplissement, dans le langage des jurisconsultes modernes, donne à l'obligation sa

force juridique.

61. La condition suspensive est la condition par excellence, et ce n'est pas sans raison que, dans le langage habituel (Rolland de Villargues, vo Condition, no 1), le nom de condition lui est presque exclusivement réservé. Il en était de même à Rome : les clauses résolutoires insérées dans les conventions portaient le nom de pacta, leges, ou de leges contractús; le mot conditio désignait la condition suspensive; et, dans l'opinion des jurisconsultes romains, les dispositions soumises à des clauses résolutoires, loin d'être conditionnelles. étaient pures. Cette doctrine est enseignée par Ulpien, qui, en exposant les effets de l'addictio in diem, déclare (1.2, ff. De in diem addict.) que, lorsque les parties sont convenues qu'il y aurait vente nisi melior conditio offeratur, le contrat est conditionnel, tandis que, lorsqu'il a été convenu que la vente serait résolue, meliore conditione allata. le contrat est pur et simple, mais susceptible d'être résolu conditionnellement. (V. aussi 1. 1, ff. De leg. commiss.)

62. C'est dans le même sens que Cujas a défini la condition : Conditio, dit-il, est causa. qua existente, nascitur obligatio; deficiente, nulla constituitur; suspensa, suspenditur. - Conditio ità efficit ne ante nascatur obligatio, vel constituatur quam ea lex impleta fuerit (Cujas, Quæst. Papinian. lib. 17; 1. 71, ff. De condit. et demonst.).

Pothier a également adopté les idées des jurisconsultes romains, et c'est toujours la condition suspensive qu'il a eu en vue en exposant la théorie des obligations conditionnelles: il suffit, pour s'en convaincre, de comparer les nos 198, 199, 202, avec le no 224 de son Traité des obligations.

63. Les jurisconsultes qui ont écrit depuis la publication du Code civil, reconnaissent que la véritable obligation conditionnelle est celle dont l'existence est suspendue jusqu'à l'arrivée d'un événement futur et incertain; mais ils ajoutent que la loi a pu toutefois considérer aussi comme telle l'obligation sujette à résolution. En effet, disent-ils, cette obligation, quoique parfaite dans le principe. dépend d'une condition, puisque la réalisation de cette condition doit la résoudre : elle est donc conditionnelle (Toullier, t. 6, nº 472: Demante, nos 599, 600, 601; Duranton, t. 11. n° 8).

Il est évident que, dans plusieurs articles du Code, et notamment dans l'article 1185. le mot condition ne peut s'entendre que de la condition suspensive.

64. Les interprètes ont signalé, dans la définition que donne l'article 1181 du Code civil de la condition suspensive, de graves inexactitudes.

Ainsi, au lieu de dire, dans le deuxième alinea, que, « dans le premier cas, » c'est-àdire lorsque la condition consiste dans un événement futur et incertain, « l'obligation ne peut être exécutée qu'après que cet événement estarrivé, » il aurait fallu dire que l'obligation n'existe qu'après que cet événement est accompli; et il aurait fallu ajouter que l'obligation ne peut être exécutée qu'après que l'arrivée de cet événement est connue des contractants; car, ainsi que nous le verrons (nº 426), c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation conditionnelle à prouver

que la condition s'est réalisée (Delvincourt, t. 2, p. 16, note 1).

En prévoyant l'arrivée de l'événement, le même alinéa paraît supposer que la condition suspensive est toujours positive: il n'en est pas ainsi, cette condition peut être fondée sur le cas où un événement n'arrivera pas.

Le troisième alinéa déclare que, « dans le second cas, » c'est-à-dire lorsque l'événement est déjà arrivé, « l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée. » Il est évident, d'après le principe de rétroactivité de la condition suspensive (C. civ., 1179), que, dans le premier cas aussi, c'est-à-dire lorsque l'événement est futur et incertain, l'obligation produit des effets du jour où elle a été contractée (Duranton, t. 11, n° 72).

65. La condition suspensive peut être expresse ou tacite: on doit ranger parmi les dispositions soumises à une condition suspensive tacite, les donations faites en faveur du mariage (C. civ., 1088), la vente faite à l'essai (1588), les conventions matrimoniales (l. 21 ff. De jure dot.) et le cautionnement d'une dette future (l. 6, § 1, ff. De fidejuss.; l. 35, ff. De judiciis).

### § 2. — De la condition résolutoire.

66. La condition résolutoire est, d'après l'article 1183, celle dont l'accomplissement opère la révocation de l'obligation, et remet, pour l'avenir, les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Il eût peut-être été plus exact de dire, comme dans l'article 1168, que cette condition opère la résiliation de l'obligation.

Les rédacteurs du Code civil ont aussi considéré, dans le huitième alinéa de l'article 1234, la condition résolutoire comme un mode d'extinction des obligations. Nous aurons occasion de revenir sur ce point, en exposant les effets des conditions (V. n° 306).

67. La condition résolutoire est, comme la condition suspensive, expresse ou tacite. Cette distinction, textuellement établie par les articles 1183 et 1184, a une grande importance. La condition résolutoire tacite, à laquelle on pourrait presque donner le nom de résolution judiciaire, n'opérant, comme on l'a fort bien dit, « que d'une manière oblique, » exige une demande en justice; elle laisse aux magistrats la faculté d'examiner quelles ont pu être les causes du retard, et leur donne même le pouvoir d'accorder au

défendeur un délai selon les circonstances. La condition résolutoire expresse, au contraire, opère, par le seul fait de son accomplissement, la résolution de la convention, sans que le juge puisse vérifier les motifs du retard, ni accorder aucune prorogation de délai. — V. nos 318 et suiv.

Les articles 843, 865, 920, 929, 930, 953, 954, 955, 1654, 1655, 1656, 1659, 1674, 1741, 1912 du Code civil offrent de nombreux exemples de conditions résolutoires, tant expresses que tacites.

68. Parmi les conditions résolutoires auxquelles se réfèrent les articles que nous venons de citer, on a proposé de distinguer celles qui produisent leur effet de droit, et celles qui ne le produisent, en quelque sorte, que officio judicis. Les premières opèrent, par le seul fait de leur arrivée, l'anéantissement rétroactif de la disposition, comme l'arrivée de la condition suspensive en opère l'existence rétroactive.

On a également proposé de subdiviser les conditions résolutoires tacites dont l'effet a lieu de droit en deux classes: 1° celles qui n'étant établies par la loi que d'après l'intention présumée des parties, peuvent être rejetées par une déclaration expresse; 2° celles qui, fondées sur des motifs d'intérêt général, ne le peuvent pas.

La condition résolutoire tacite du rapport, apposée par l'article 843 du Code civil à toute libéralité faite à un successible, rentre dans la première classe, puisqu'il suffit, pour l'exclure, de déclarer que la libéralité est faite par préciput ou hors part (C. civ., 843, 919); tandis que la condition résolutoire tacite que toute donation excédant la portion disponible pourra être réduite (C. civ., 920), et celle que toute donation entre vifs est révocable pour survenance d'enfant (C. civ., 960), rentrent dans la seconde classe, puisqu'elles ne peuvent jamais être exclues par le disposant (C. civ., 844, 965).

69. La condition résolutoire sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne remplit pas son engagement, n'était pas admise dans notre ancienne jurisprudence d'une manière aussi formelle qu'elle l'est aujourd'hui.

que, » exige une demande en justice; elle laisse aux magistrats la faculté d'examiner résoudre les conventions bilatérales, en cas quelles ent pu être les causes du retard, et leur donne même le pouvoir d'accorder au n'avait lieu qu'à l'égard des contrats innom-

més; dans les contrats nommés, au contraire, dans l'emptio-venditio, par exemple, le vendeur qui avait consenti à se dessaisir de la propriété, et qui avait, selon l'expression des jurisconsultes romains, suivi la foi de l'acheteur, ne pouvait, à défaut de paiement du prix, reprendre l'objet vendu ni par la revendication proprement dite, ni par l'action en résolution du contrat. Il n'avait, pour obtenir le paiement du prix, qu'une simple action in personam contre l'acheteur (Cod., 1. 8, De contrah. emp.; 1. 14, De rescind. vendit.). Cette différence entre les contrats nommés et innommés a été exposée avec une grande lucidité par Doneau (V. Troplong, Vente, nº 621).

70. Cette doctrine, consacrée par la jurisprudence, était la loi de la plupart des pays de droit écrit lors de la publication du Code civil (Montpellier, 7 fév. 1828, S.-V. 28. 2. 246; D. P. 28. 2. 234; — Cass. 4 mars 1828, S.-V. 28. 1. 78; D. P. 28. 1. 161). Le vendeur ne pouvait, à défaut de paiement du prix, reprendre l'objet vendu, lors même que, dans le contrat, une clause expresse de réserve du domaine avait été stipulée en sa faveur.

Dans les pays de coutume, au contraire, la clause résolutoire était sous-entendue dans le contrat de vente (Pothier, Vente, n° 476). On étendit, ainsi que l'a fait remarquer M. Troplong, à tous les contrats nommés, une règle d'équité que les Romains avaient restreinte aux contrats innommés, et d'après laquelle celui qui donnait une chose pour en toucher une autre qu'il ne recevait pas, avait action pour répéter ce qu'il avait livré.

Cette jurisprudence des pays de coutume a été consacrée par l'article 1184. Mais, ainsi que l'enseigne le jurisconsulte que nous venons de citer, « si l'on veut tenir compte des droits des tiers et de la publicité du régime hypothécaire, la clause résolutoire est un embarras contre lequel le Code civil a vainement lutté. » (Troplong, Vente, n° 61, 621, 622; id., Hypothèques, n° 190, 191, 192.)

71. La condition suspensive et la condition résolutoire sont complétement distinctes l'une de l'autre dans le texte de la loi et le langage de la science : cependant elles paraissent parfois se confondre, en raison des caractères communs qu'elles présentent. La condition résolutoire, en effet, qui, en se réalisant, fait évanouir une obligation, donne ouverture en même temps à une obligation différente, à l'é-

gard de laquelle elle paraît n'avoir été qu'une condition suspensive. Ainsi, par exemple, tout contrat de vente renferme, d'après les art. 1184 et 1654, cette condition tacite que si l'acheteur ne pave pas le prix, il sera tenu de rendre l'objet vendu : le vendeur est donc créancier de la chose, sous la condition suspensive que la condition résolutoire se réalisera, c'est-àdire que l'acheteur ne payera pas le prix. L'obligation de rendre la chose si on ne paye pas le prix, est une obligation contractée sous condition suspensive, comme celle de payer cent francs si tel vaisseau arrive. Seulement, et pour que l'obligation ne dépende pas du pur arbitre de l'obligé, la loi accorde au vendeur le choix de demander la résolution ou l'exécution du contrat (C. civ., 1184).

Cette observation a une grande importance pratique, puisqu'elle peut, ainsi que nous le verrons plus tard, conduire à appliquer à la condition suspensive les règles établies pour la condition résolutoire, et vice versa (Troplong, Vente, nos 59 et suiv.; Zachariæ, t, 2, § 302, note 5). — V. nos 314, 315, 380.

72. Toutefois, comme il existe, entre la condition suspensive et la condition résolutoire, cette différence que la première suspend, tant qu'elle n'est pas accomplie, tandis que la seconde ne suspend pas l'exécution de la disposition, il est toujours essentiel de distinguer si une condition insérée dans un acte a été considérée par les parties comme suspensive ou résolutoire.

Il est évident qu'il faut suivre le sens naturel des expressions employées dans la rédaction de l'acte, en observant toutefois que, d'après l'article 1156, l'intention des parties doit toujours l'emporter sur le sens littéral des termes.

On a posé, à cet égard, une règle générale: c'est que lorsque les termes destinés à exprimer l'événement prévu portent directement sur l'effet de la convention, la condition est suspensive; et lorsqu'ils portent sur la résolution de cet effet, la condition est résolution est résolution est résolution est résolution (t. 11, n° 8, 44), d'après la loi 2, ff. De in diem addict.

73. Une disposition peut-elle être soumise à la fois à une condition suspensive et à une condition résolutoire? L'affirmative n'est pas douteuse : on a cité pour exemple le cas d'une donation faite en faveur de mariage par une personne qui n'a, au jour de la do-

nation, ni enfants, ni descendants légitimes. Cette donation est soumise à la fois à la condition suspensive tacite que le mariage aura lieu (1088), et à la condition résolutoire étahlie par l'article 960, en cas de survenance d'enfants (Duranton, t. 11, n° 93).

CHAP. 2. — Des actes qui peuvent et de ceux qui ne peuvent pas être modifiés par une condition.

74. Tout acte peut-il être fait sous condition? Cette question, qui se présente naturellement à l'esprit, n'a jamais été, ce nous semble, nettement posée par la doctrine. Les jurisconsultes qui ont écrit sur les diverses parties du droit ont bien examiné, il est vrai, si telle disposition spéciale pouvait ou non être faite sous condition, mais aucun d'eux n'a tenté de formuler une règle générale ou de faire l'énumération des actes qui peuvent être subordonnés à une condition, et de ceux qui ne le peuvent pas.

75. Le législateur ne s'est pas non plus explicitement prononcé surce point. Si, d'une part, la théorie des conditions a été exposée d'une manière assez générale par rapport aux contrats (C. civ., 1168 à 1184) et aux libéralités (C. civ., 900), soit entre vifs (C. civ., 944, 945, 946, 953, 954, 956), soit testamentaires (C. civ., 1040, 1041, 1046), soit en faveur de mariage (C. civ., 1086, 1092), pour donner lieu de croire que tout acte peut être fait sous condition, il existe, d'un autre côté, dans nos Codes, plusieurs dispositions qui semblent avoir un caractère limitatif.

Faudrait-il conclure, par exemple, de l'article 580 qui permet « d'établir l'usufruit à condition, » et de l'article 1584, qui porte que « la vente peut être faite sous une condition soit suspensive, soit résolutoire, » qu'un acte ne peut être modifié par une condition que lorsque la loi l'a expressément permis? Faudrait-il, à l'inverse, conclure des articles 124 et 372 du Code de commerce, qui défendent d'accepter une lettre de change et de faire le délaissement d'une chose assurée, sous condition, que tout acte peut être conditionnel, à moins qu'il n'existe une prohibition écrite dans la loi? Ces deux conclusions seraient égalemen Lausses, et l'argument à contrario doit être rejeté dans ce cas.

76. Le pouvoir de modifier, par une condition, les divers actes auxquels la volonté de l'homme donne naissance nous paraît être de

droit commun: toute disposition peut être, au gré des parties, pure et simple ou conditionnelle, et le pouvoir de créer une convention emporte, à notre avis, celui d'en subordonner l'existence ou les effets à l'arrivée d'un événement futur et incertain. Il n'en doit être autrement que lorsqu'il existe dans la loi une prohibition expresse ou implicite, ou lorsque la nature même de l'acte est inconciliable avec l'incertitude qu'entraîne toujours la condition. Il est évident, par exemple, que s'il dépend des auteurs d'un enfant naturel de le reconnaître ou de ne pas le reconnaître, de le légitimer ou de ne pas le légitimer, il n'est pas en leur pouvoir de reconnaître ou de légitimer sous condition : l'état des personnes ne peut rester en suspens. « On ne peut modifier, dit M. Blondeau (Chrestomathie, p. 452, note 2), par des conditions proprement dites, que les événements qui émanent de la volonté individuelle; les particuliers sont maîtres de renoncer au bénéfice des autres événements; mais comme ces événements ne dépendent pas de leur volonté, cette volonté ne peut pas non plus en limiter les effets.»

77. Remarquons d'abord que certains engagements sont, par leur nature et indépendamment de toute manifestation de la volonté de ceux qui les contractent, essentiellement conditionnels: leur existence est de droit subordonnée à l'arrivée d'un événement futur et incertain, qu'il est dès lors superflu de prévoir. Ainsi, par exemple, la clause pénale (V. c. mot, no 3) est une convention conditionnelle qui n'oblige celui qui l'a consentie que si l'engagement principal n'est pas accompli. Ainsi, par exemple, le cautionnement produit une obligation conditionnelle qui ne prendra naissance que si le débiteur principal ne satisfait pas à son engagement ( V. Cautionnement, nº 3). Ces deux conditions, inhérentes à la clause pénale et au cautionnement, n'ont pas besoin d'être exprimées.

78. Les parties peuvent-elles, en apposant une condition à un acte dont la nature est déjà conditionnelle, imprimer à cet acte un nouveau caractère d'éventualité? Elles le peuvent sans aucun doute, et la seconde condition peut être expresse ou tacite. Si, par exemple, « je cautionne, si navis ex Asià venerit, la somme de mille francs, que Primus doit prêter à Secundus, » mon engagement est soumis: 1° à la condition expresse que le vaisseau arrivera; 2° à la condition tacite que

es mille francs seront prêtés à Secundus (V. Cautionnement, nº 13), et 3° à la condition, inhèrente à tout cautionnement, que Secundus

ne remboursera pas les mille francs.

79. Ce que nous venons de dire s'appliquerait également, si, au lieu d'être soumis à une seule condition légale, l'acte était soumis à deux ou à plusieurs. Les parties pourraient également ajouter une condition qui introduirait dans la disposition une nouvelle chance de non réalisation. Ainsi, à une donation de biens à venir faite entre époux par contrat de mariage, et subordonnée par la loi à la double condition de la célébration du mariage (C. civ., 1088) et de la survie du donataire (C. civ., 1092, 1093), on pourrait apposer la condition que la donation n'aura lieu que si navis ex Asià venerit.

80. Il est à remarquer toutesois que lorsque les parties ajoutent une condition expresse à celles qui résultent de la nature même de l'acte, la condition expresse n'est que secondaire et reste presque toujours subordonnée à l'accomplissement des conditions légales. Ainsi, dans les exemples que nous venons de citer, il est évident que la caution ne pourrait pas s'engager pour le cas où la dette ne serait pas contractée, ou pour le cas où le débiteur accomplirait son obligation. Le conjoint donateur ne pourrait pas non plus déclarer que la donation de biens à venir aura son effet lors même que le mariage ne s'ensuivrait pas; mais il pourrait, par une déclaration expresse, déroger à la condition de survie.

81. Sans prétendre donner ici la liste complète des dispositions qui peuvent être modifiées par une condition et de celles qui ne le peuvent pas, nous nous contenterons de signaler, mais seulement à titre d'exemples, les principaux actes que la loi et la doctrine permettent ou défendent de faire sous condition, et ceux à l'égard desquels il existe encore du doute.

La première des trois catégories que nous venons d'indiquer, c'est-à-dire celle des actes qu'il est permis de faire sous condition, est incontestablement la plus nombreuse, puisque, en principe et de droit commun, toute disposition peut être conditionnelle, à moins que sa nature ou la loi ne s'y opposent.

82. En déclarant, dans l'article 1584, que · la vente peut être faite sous condition suspensive ou résolutoire, le législateur n'a fait qu'éhoncer un principe consacré par les lois romaines et admis par tous les jurisconsultes: Emptio tam sub conditione, quam purè contrahi potest. (Inst., De empt. § 4; 1. 20, ff. locati; Domat, liv. 1, tit. 2, sect. 1, no 6.)

83. Les conditions qui peuvent affecter la vente sont très-nombreuses : indépendamment de la condition résolutoire tacite, résultant de l'inexécution des obligations qui naissent du contrat (C. civ., 1184, 1610, 1654), la vente peut être consentie sous la condition suspensive que le prix sera fixé par un tiers. (C. civ., 1592; l. 15 Cod., de contrah. empt.; Troplong, Vente, nº 155); qu'il y aura pesage ou mesurage des objets vendus (1585; l. 34, § 5, ff. De contrah. empt.; Voët, Pandect., eod, nº 24; Duranton, t. 16, nº 88; Troplong, Vente, nos 58, 82); qu'il y aura dégustation (C. civ., 1587; Troplong, eod., nos 96, 97), ou essai (C. civ.. 1588; Pothier, Vente, nº 266; Troplong, eod., nos 105, 106, 107). La vente faite avec arrhes est également soumise à une sorte de condition (C. civ. 1590; Troplong, Vente, nos 58, 141; Duvergier, Vente, no 133). - V. Arrhes.

84. Les conditions résolutoires les plus fréquentes, en matière de vente, sont le pacte commissoire (C. civ., 1656) et le pacte de réméré (1659). - V. Commissoire (pacte) et Réméré.

85. La vente peut être subordonnée à la condition que, dans un délai fixé, il ne se présentera pas un nouvel acheteur offrant un prix plus élevé que le premier. Cette clause, connue à Rome sous le nom d'addictio in diem, constitue-t-elle une condition suspensive ou résolutoire? La solution de cette question dépend uniquement de l'intention des contractants; c'est toujours le quod actum est des jurisconsultes romains (1. 2, ff. De in diem addict. — V. nº 61), qui doit être considéré dans ce cas (Troplong, eod., nº 78; Duvergier, eod., no 77). - V. Vente.

86. On peut convenir que la vente sera constatée par écrit et demeurera, jusqu'à la rédaction del'acte, dans les termes d'un simple projet. La question de savoir jusqu'à quel point cette convention rend la vente conditionnelle, est vivement controversée (Troplong, Vente, nos 19, 63; Duvergier, Vente, nºs 80, 167). La même difficulté peut s'élever à l'égard de plusieurs autres contrats, et notamment à l'égard du louage (V. Troplong, Louage, nº 106 ). - V. Contrat, Louage, Vente.

87. On a tenté d'assimiler aux conditions

proprement dites qui peuvent être apposées au contrat de vente certaines clauses, telles que la réserve de déclarer command, la prohibition d'aliener imposée à l'acheteur et la stipulation que telle chose, exceptée de la vente, sera réservée au vendeur ou à un tiers (Troplong, Vente, nº 63). Ces diverses conventions ou charges ajoutées à la vente, ne constituent pas, à notre avis, de véritables conditions (Duvergier, Vente, nº 80). -V. Vente.

88. L'article 1584 est évidemment applicable à l'échange (C. civ., 1707); et, indépendamment de la condition résolutoire tacite établie par l'article 1184, le réméré peut être stipulé dans l'échange comme dans la vente. (Duranton, t. 16, nº 548; Troplong, Echange, nos 3, 9, 17).

89. L'échange peut aussi être contracté sous la condition suspensive quanti ille æstimaverit. Quoiqu'il n'y ait point de prix à déterminer dans l'échange, les copermutants peuvent n'être pas d'accord sur la valeur de leurs propriétés respectives, et ils peuvent convenir, aux termes de l'article 1592, qu'un tiers décidera, après avoir fait l'estimation des objets à échanger, s'il y a une soulte à payer, et quel en doit êtrele montant. Si, dans cette hypothèse, le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point d'échange. (Grenoble, 8 novembre 1806, Devillen. et Car. 2. 2. 174; J. P. 3º édit.; D. A. 12. 937. — Duvergier, Echange, nº 420.)

90. Le louage, soit de choses, soit d'ouvrage peut, comme la vente, être fait sous condition: Sicut emptio, ità et locatio sub conditione fieri potest (1. 20, ff. locati). Ainsi, dans le louage comme dans la vente, le prix peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers (Inst., De locat., § 1). Le louage est-il, dans ce cas, subordonné à la condition suspensive casuelle que le tiers fera l'estimation? L'affirmative paraît incontestable d'après les lois 15, Cod. De contrah. empt., 25, ff. locati, et d'après l'article 1592 du Code civil (Duranton, t. 17, nº 11). Toutefois, Pothier a proposé (Louage, nº 37) de faire dépendre la solution de cette question des circonstances et de l'intention présumée des contractants. - V. Louage.

91. Les articles 1729, 1741, 1752, 1764, 1766, 1816 du Code civil appliquent au louage la condition résolutoire tacite résultant de l'inexécution des engagements (C. civ., 1184).

92. Les anciens jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si la société peut être contractée sub conditione. Les doutes qui s'étaient élevés à ce sujet tiendraient-ils, ainsi que l'a pensé Cujas (Pothier, Pandect., liv. 17, tit. 2, no 10), à ce que la société universelle suppose une sorte de mancipatio des biens de chaque associé. et que la mancipatio ne pouvait être faite ni à terme, ni sous condition? Ce point est resté fort obscur, et les conjectures des commentateurs (Voët, Pandect., liv. 17, tit. 2, nº 1; Perezius, Cod., liv. 4, tit. 37, nº 3) ne nous semblent pas avoir fait connaître les véritables motifs qui pouvaient s'opposer à l'existence d'une société conditionnelle.

La question fut, au reste, tranchée par Justinien, qui décida (1. 1, ff. Pro socio; L. 6 Cod., eod.) que la société pouvait être formée sub conditione.

93. Cette décision doit être suivie sous l'empire du Code civil : la société civile et la société commerciale peuvent être contractées purement et simplement, ou sous condition. (Duranton, t. 17, nº 460; Pardessus, Droit commercial, nº 1052.) On peut convenir que la société n'aura lieu que si tel événement arrive. (Troplong, Société, nº 521.) Ainsi, par exemple, je puis, comme le dit Pothier (Société, nº 64), contracter avec quelqu'un une société qui n'aura lieu que s'il épouse ma fille. Dans ce cas, la condition venant à s'accomplir, rétroagira au jour du contrat. On peut également soumettre à une condition les apports que doivent faire les associés. (Troplong, eod., nos 931, 932; Duvergier, Société, nº 138, 146.)

94. On pense que la participation aux bénéfices peut être conditionnelle à l'égard de l'un des associés, et que l'on peut même convenir que la totalité des gains appartiendra à l'un des associés, sub conditione. - V. Troplong, eod., nº 645, 646, 647.)

La condition résolutoire tacite (1184) est appliquée à la société par l'art. 1871, comme elle l'était par les lois romaines (l. 14, ff. Pro socio) et par notre ancienne jurispru-

dence. (Pothier, eod., nº 152.)

95. Le mandat peut être donné et accepté sous condition; aucun doute ne s'est élevé sur ce point: Mandatum... sub conditione sieri potest. (Inst., De mandat., § 12; l. 1, § 3, ff. Mandati; Duranton, t. 18, nº 225.)

96. Le contrat de prêt peut également être

fait sous condition. La loi 10, ff. De reb. credit., offre l'exemple d'un mutuum ou prêt de consommation soumis à une condition : ce prêt n'existera que lorsque la condition sera accomplie, et jusque-là les choses prêtées demeureront aux risques du prêteur. Domat décide le contraire (Lois civiles, liv. 1, tit. 6, sect. 1. nº 12), en se fondant sur la loi 4, ff. De reb. credit.; mais sa décision a été rejetée avec raison par MM. Duvergier (Prêt, n°s 187, 188) et Duranton (t. 17, n° 560).

97. Le dépôt peut être fait sub conditione; la loi 1, § 34, ff. Depositi, le décide formellement, et rien ne s'oppose à ce qu'il en soit de même aujourd'hui. La condition si voluisses, dont parle cette loi, venant à se réaliser, opère en quelque sorte la résolution du dépôt, qui se transforme en un véritable prêt de consommation. Cette mutation met, ainsi que nous venons de le voir, l'objet déposé aux risques de l'emprunteur. (Duranton, t. 18, n° 24.)

98. Rien ne s'oppose à ce que la transaction soit faite sous condition suspensive ou résolutoire (Duranton, t. 18, n° 394). Voët invoque (Pandect., liv. 2, tit. 15, n° 1), à l'appui de cette opinion, la loi 9, Cod. De transact.; cette loi nous paraît prévoir le cas d'une transaction faite avec charges, plutôt que celui d'une transaction faite sub conditione.

99. Le compromis, qui est une véritable convention synallagmatique soumise aux règles du droit commun sur les contrats, nous paraît, comme la transaction, susceptible d'être modifié par une condition. Cet acte emporte toujours, ainsi qu'on l'a fait observer, une obligation conditionnelle d'abandonner le droit litigieux, si la décision des arbitres enjoint de le faire. (Carré, Lois de la procédure, t. 6, n° 597.)

100. Indépendamment de la condition tacite qui subordonne l'existence des contrats accessoires à celle de la convention dont ils sont destinés à garantir l'exécution, on peut apposer à chacun d'eux une condition expresse. Ainsi le gage peut être donné sous condition. (l. 13, § 5. ff. De pign.; l. 2 et 7, eod. Qui potior.).

Les Romains ajoutaient quelquesois au contrat de gage une sorte de vente conditionnelle: Ut si intrà certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem, justo pretio tunc æstimandam. (l. 16, § 9,

ff. De pign.) - V. Commissoire (Pacte), nº 12, et Antichrèse, nº 24.

101. Le cautionnement peut être contracté sous condition (l. 6, § 1, ff. De fide juss.; Pothier, Obligations, n° 224), pourvu que cette condition ne rende pas l'obligation de la caution plus rigoureuse que celle du débiteur principal. (Duranton, t. 18, n° 313.) — V. Cautionnement, n° 67.

tre consentie sous condition (l. 11, ff. Qui potiores; l. 16, § 7, eod. De pign.). Les interprètes sont d'accord sur ce point; mais ils ne le sont pas sur la question de savoir si l'hypothèque établie sur une chose dont on n'est pas propriétaire, à condition qu'on le deviendra (l. 7, § 1, ff. Qui potiores), est valable. (Troplong, Hypothèques, n° 528; Duranton, t. 19, n° 367.) — V. n° 192; V. aussi Hypothèque.

103. Rien ne s'oppose à ce qu'une clause conditionnelle soit elle-même consentie sub conditione: le pacte de réméré, qui n'est qu'une condition résolutoire ajoutée à la vente (Cass. 18 mai 1813, S.-V. 13. 1. 326; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 743), peut être établi purement et simplement ou sous condition. On peut convenir, par exemple, que le vendeur n'exercera le pacte de rachat que si l'acheteur n'a pas disposé, avant son décès, de l'objet vendu. (Troplong, Vente, n° 705. — Cass. 7 juin 1814, S.-V. 15. 1. 10; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 902.)

104. Il est aujourd'hui reconnu que les futurs époux peuvent convenir, dans leur contrat de mariage, que la communauté n'aura lieu que si tel événement arrive; par exemple, si la femme survit au mari, ou s'il naît des enfants du mariage. (V. Communauté conjugale, n° 18.) Cette convention ne donne lieu à aucune dissiculté lorsque la condition se réalise, car alors l'existence de la communauté rétroagit au jour de la célébration du mariage. Lorsqu'au contraire la condition ne se réalise pas, les jurisconsultes sont divisés sur la question de savoir quel est le régime sous lequel se trouvent les époux. (Renusson, Traité de la communauté, part. 1, sect. 1, nº 1, ch. 4, nº 8; Lebrun, Communauté, liv. 1, ch. 3, nº 18; Duranton, t. 14, nº 97; Toullier, t. 12, nº 84; Delvincourt, t. 2, p. 95, note 5.) - V. Contrat de mariage.

105. Toute libéralité, soit entre-vifs, soit testamentaire, peut être faite sous condition.

Il existe, entre les conditions apposées aux conventions et celles qui affectent les donations et les testaments, une différence importante, consacrée par les art. 900 et 1172, sur laquelle nous reviendrons bientôt (nº 208). Il existe aussi, à l'égard des conditions apposées aux legs, une règle toute spéciale, celle de la non rétroactivité (C. civ., 1040), que nous aurons également occasion de dévelo pper (n° 276).

Les interprètes distinguent avec soin, à l'égard des donations entre-vifs, la condition proprement dite, du motif qui a pu engager le disposant à donner. (V. 1, 3, ff. De donat.; Domat, liv. 1, tit. 10, sect. 1, nº 13; Rolland de Villargues, vo Donation, nos 323, 324, 325.) - V. Donation.

106. Nous n'hésitons pas à décider que l'on peut modifier par une condition certains actes qui, sans être à proprement parler des donations entre-vifs ou des legs, sont soumis aux mêmes formes que ces deux dispositions, ou produisent les mêmes effets. Ainsi, le partage d'ascendants, qui, bien qu'il soit soum is aux conditions requises pour la validité des donations ou des testaments, n'est qu'une simple distribution de biens, peut être pur et simple, ou conditionnel (Duranton, t. 9, nºs 628, 629). Ainsi, la dispense du rapport ajoutée après coup, aux termes de l'art. 919, à une donation, peut également être faite sub conditione.

107. L'art. 580 qui permet d'établir l'usufruit à condition ne distingue pas si la condition est suspensive ou résolutoire (Proud'hon, Usufruit, t. 1, nos 403, 404). Dans le premier cas, le droit de l'usufruitier rétroagit au jour du contrat ou au jour du décès du testateur, si l'usufruit a été accordé par testament; dans le second, l'arrivée de la condition fait cesser l'usufruit. (1. 12, Cod. De usuf.; Duranton, t. 4, nos 506, 507, 509; Toullier, t. 3, nº 454.)

108. L'art. 580 est applicable à l'usage et à l'habitation : ces deux droits peuvent, comme l'usufruit, être établis sous condition suspensive ou résolutoire. (Proudhon, Usufruit, t . 6, nos 2753, 2825.) On a même demandé si la concession d'un droit d'habitation, faite p: ir contrat de mariage ou par testament, n'est pa is toujours soumise à la condition tacite qu t'il existera une ou plusieurs maisons dans succession du disposant. (Proudhon, eod., nº '2801.) - V. Habitation.

subordonner l'existence des servitudes réelles. jura prædiorum, à une condition: Servitutes ipso jure, dit Papinien (1. 4, ff. De servitut.), neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt. L'usufruit pouvait, au contraire, être établi sub conditione (1. 16, ff. Quib. mod. usuf. finit.). Cujas (V. Quæst. Papinian., liv. 7) a cherché dans la nature des servitudes prédiales le motif de cette différence, qui était, en fait, de peu d'importance, puisque l'on pouvait, d'une manière indirecte et au moyen d'un pactum adjectum, apposer une condition à la constitution des servitudes (l. 4, ff. eod.).

Il était reconnu, dans notre ancienne jurisprudence, que les servitudes peuvent être établies sous condition (Dumoulin, De divid., part. 3, nº 313; Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 1, nº 8); et cette doctrine est, de l'aveu de tous les jurisconsultes, consacrée par l'art. 686 du Code civil qui, n'apporte à la constitution des servitudes que les restrictions réclamées par l'intérêt public. (Delvincourt, t. 1, p. 172; Toullier, t. 3, nos 602, 683; Pardessus, Servitudes, nos 5, 317; Duranton, t. 5, no 480.)

110. On a enseigné, et cette doctrine nous paraît parfaitement juste, qu'il existe des conditions qui, applicables à certains actes, ne le sont pas à d'autres, et que, si toute convention peut être, au gré des parties, pure et simple ou conditionnelle, il n'en faut pas conclure que la même condition soit indistinctement applicable à tous les contrats. Vinnius cite, à ce sujet (Instit. liv. 3, tit. 25, § 4, nº 1), la condition suspensive, si res intrà certum diem placuerit, qu'il présente comme exclusivement applicable à la vente. Cette opinion ne nous paraît pas admissible, et nous n'hésitons pas à décider que le louage, l'échange et la société peuvent être subordonnés, comme la vente, à cette condition.

111. Nous avons signalé (nº 75) deux textes qui prohibent d'une manière expresse l'emploi de la condition : ce sont les art. 124 et 372 du Code de commerce.

L'art. 124 déclare que l'acceptation d'une lettre de change ne peut être conditionnelle. On a expliqué cette disposition en disant que le tiré étant considéré comme mandataire du tireur, doit exécuter son mandat de la manière dont il a été donné. Le porteur peut donc refuser l'acceptation qui serait faite sous la condition, par exemple, que le 109. Le droit romain ne permettait pas de l tireur fera provision avant l'échéance, ou pour valoir si le tiré n'a pas déjà accepté un autre exemplaire de la lettre. (Pardessus, Droit commercial, t. 2, n° 370.)

Pothier indique toutefois (Contrat de change, nº 47) certaines restrictions que le tiré peut apporter à son acceptation sans la rendre conditionnelle.—V. Lettre de change.

112. L'art. 372 porte que le délaissement des objets assurés ne peut être conditionnel, car un pareil délaissement ne transférerait pas la propriété à l'assureur. Ainsi l'assuré ne peut délaisser avec la condition que si le navire est relâché, il continuera de lui appartenir. (Pardessus, eod., t. 3, nº 853.)

113. La nature et la forme de certains actes paraissent s'opposer à ce qu'ils soient faits sous condition: tels étaient à Rome les actus legitimi, sur le caractère et le nombre desquels il existe encore bien des doutes. (Cujas, Quæst., Papinian. liv. 28; Pothier, Pandect., liv. 50, tit. 17, nº 1435.) Actus legitimi, qui recipiunt... conditionem, dit Papinien (l. 77, ff. Dereg. jur.), in totum vitiantur per conditionis adjectionem. Le même jurisconsulte range parmi les actus legitimi, l'acceptilatio, l'aditio hereditatis, la tutoris datio, la mancipatio et la servi optio.

It n'est pas inutile d'examiner si la prohibition de la loi romaine est applicable à ceux de ces actes qui existent encore dans notre droit.

114. L'acceptilatio était un paiement fictif, imaginaria solutio (Instit., Quib. mod. oblig. tollit., § 1), qui a une grande analogie avec la remise de la dette: cette remise, lorsqu'elle est expresse, peut se faire, comme toute autre libéralité, purement et simplement, ou sous condition. La dette remise sous condition subsiste sous la condition contraire. (1. 36, ff. De reb. credit.; Duranton, t. 12, nº 358; Pothier, Obligations, nº 571.)

115. Ce que nous venons de dire de la remise de la dette n'est pas applicable au désistement réglé par les art. 402, 403 du Code de procédure. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent que le désistement ne peut être conditionnel, et que le défendeur n'est jamais tenu d'accepter qu'un désistement pur et simple. (Chauveau sur Carré, Lois de la procéd., t.'3, 'Quest. 1460, 1461.) — V. Désistement.

116. Il est universellement reconnu que l'acceptation d'une succession ne peut pas plus que l'hereditatis aditio des Romains être faite sous condition. Accepter conditionnel

lement serait mettre aux droits des tiers une restriction qui ne peut être établie à leur insu: ainsi l'acceptation ne peut être faite sous la condition de ne payer sur les biens de la succession qu'une partie des dettes et charges, ou sous la condition si solvendo hereditas est. (l. 51, § 2, ff. De adquir. heredit. — Cass. 3 août 1808, S.-V. 8. 1. 490; J. P. 3° éd.; D. A. 12. 428; — Chabot, Successions, article 774, n° 10; Toullier, t. 4, n° 339; Duranton, t. 6, n° 368; Vazeille, Successions, t. 1, p. 131.) — V. Bénéfice d'inventaire.

147. La même décision doit être appliquée à la renonciation: celle qui serait faite, par exemple, pour le cas où la succession serait démontrée mauvaise, n'est pas admissible. (Chabot, eod.; Duranton, t. 6, n° 477.)

118. La prohibition de modisier, par une condition, la tutoris datio ne s'appliquait qu'à la tutelle dative. (l. 6, \$ 1, ff. De tutel.) Le magistrat devait toujours nommer le tuteur purement et simplement; la clause si satis dederit, qu'il pouvait ajouter à sa nomination, ne la viciait pas, et n'était regardée que comme une simple admonitio adressée au tuteur.

La tutelle testamentaire, au contraire, pouvait être déférée sous condition (Inst. qui testam. tut., § 3; l. 14, § 5, ff. De tutel.; l. 8, § 1 et 2, ff. De test. tutel.) suspensive ou résolutoire. Dans le premier cas, et jusqu'à l'événement de la condition, il y avait lieu à une tutelle dative, qui, par le fait, était conditionnelle, mais qui l'était plutôt par la volonté du testateur que par celle du magistrat. (Gaïus, Inst., liv. 1, § 186; Ducaurroy, Inst., n° 254.)

Cette distinction a été généralement adoptée par les jurisconsultes français. Ils enseignent que le survivant des père et mère peut, en nommant un tuteur, décider que ses fonctions cesseront, si, par exemple, telle personne revient en France, mais que le conseil de famille n'a pas le même droit. (Toullier, t. 2, n° 1105; Duranton, t. 3, n° 439; Rolland de Villargues, v° Tutelle, n° 74; Dalloz, v° Tutelle, ch. 2, sect. 4, n° 6.)

Nous sommes loin de partager cette opinion: en disant, comme on l'a fait, que les dispositions testamentaires peuvent être modifiées par toute condition qui n'est ni immorale, ni illicite, on a dit, à propos du testament, ce qu'il faut dire de tous les actes; et s'il peut être avantageux de subordonner la

nomination du tuteur à un événement futur et incertain, nous ne voyons pas pourquoi le conseil de famille serait incapable d'apprécier cet avantage. On sait d'ailleurs que le choix de la mère survivante n'a d'effet, dans certains cas (400), que lorsqu'il a été confirmé par le conseil de famille. Les jurisconsultes qui ont adopté la décision des lois romaines n'ont peut-être pas assez remarqué que cette décision est principalement fondée sur des motifs de forme aujourd'hui sans valeur.

La jurisprudence est encore muette sur ce point; les magistrats hésiteraient probablement, si la question leur était soumise, à infirmer la nomination d'un tuteur faite sous condition par le conseil de famille; ils hésiteraient bien plus encore à annuler, comme émanés d'un tuteur illégalement élu, les actes faits par celui auquel le conseil de famille aurait déféré la tutelle sous condition.

119. On ne trouve dans nos lois aucune trace de la forme d'aliénation solennelle connue à Rome sous le nom de mancipatio. (Gaïus. Instit., liv. 2, § 103, 104.) La vente la plus solennelle que nous connaissions, l'adjudication faite en justice, est véritablement conditionnelle; car l'adjudication préparatoire ne transfère pas immédiatement la propriété, et l'adjudication définitive elle-même est subordonnée, dans certains cas, à la condition tacite qu'il ne se présentera pas de surenchérisseur. Les auteurs sont divisés sur la question de savoir si cette condition est suspensive ou résolutoire. — V. Enchère, Surenchère.

120. La servi optio, c'est-à-dire le choix qu'un légataire avait droit de faire parmi les esclaves du testateur devait être pure et simple, et cette décision a été étendue par les interprètes à tous les legs d'option. (Instit., de legat., § 23.) En admettant, ce qui nous paraît incontestable, que le legs d'option soit permis sous l'empire du Code civil (Toullier, t. 5, n° 528, 529; Duranton, t. 9, n° 261), il faut lui appliquer la disposition de la loi 77, ff. De reg. jur., et décider que l'option ne peut être faite sous condition.

121. La disposition des lois romaines qui défend de faire l'adoption sous condition (l. 34, ff. De adopt.) doit être suivie dans notre droit. (Duranton, †. 3, n° 297.)

122. Rien ne nous semble s'opposer à ce que l'autorisation maritale et celle que le conseil de famille donne, dans certains cas, au tuteur soient conditionnelles. La tutoris auccondition (l. 8, ff. De auctorit. tut.); mais les motifs de cette prohibition, sur lesquels on est loin d'être d'accord, n'existent plus. Notre ancienne jurisprudence, si rigoureuse à l'égard de l'autorisation maritale, surtout dans les pays de coutume (V. Autorisation de femme mariée, nos 3, 4 et 5), l'était déjà bien moins que ne l'étaient les lois romaines à l'égard de l'auctoritas du tuteur. (Pothier, Puissance maritale, no 71.) C'est aux tiers qui contractent avec la femme ou avec le tuteur à vérisier si l'autorisation a été donnée, et à peser les chances auxquelles elle peut être subordonnée.

123. La prohibition de modifier certains actes par une condition ne doit s'entendre que de la condition expresse ou intrinsèque: la condition tacite ou extrinsèque établie par la loi ou inhérente à l'acte par la nature même des choses ne saurait le vicier (l. 77, ff. De regul. jur.). Aussi les interprètes appliquentils aux conditions tacites la maxime: Expressa nocent, non expressa non nocent. (Pothier, Pandect., liv. 50, tit. 17, n° 46.)

124. Deux ou plusieurs conditions peuvent, pourvu toutefois qu'elles ne soient pas contradictoires (V. n° 203), être apposées à la même disposition: il importe, ainsi que nous le verrons en parlant de l'accomplissement des conditions (n° 400), de distinguer si elles ont été établies conjointement ou disjointement.

125. Une condition peut être ajoutée après coup à la disposition qu'elle doit modifier. Cette adjonction tardive, qui ne peut jamais nuire aux tiers, constitue quelquesois une convention nouvelle. C'est ainsi qu'un pacte de réméré ajouté ex post facto à une vente, loin de la rendre résoluble, constituerait une nouvelle vente faite par l'acheteur au vendeur. — V. Réméré.

CHAP. 3. — Des conditions prohibées par la loi, et de leur influence sur les dispositions qui y sont subordonnées.

SECT. 1<sup>re</sup>. — Des conditions prohibées par la loi.

126. On peut distinguer quatre classes de conditions prohibées par la loi: 1° les conditions impossibles; 2° les conditions immorales; 3° les conditions illicites; 4° les conditions potestatives de la part de l'obligé.

Cette division est implicitement renfermée dans les art. 900, 944, 1172 et 1174 du Code civil.

## § 1er. — Conditions impossibles.

127. Nous avons déjà vu (n° 49) qu'il n'existe pas de condition impossible, mais que l'on est convenu de désigner par là toute condition à l'accomplissement de laquelle les lois de la nature mettent obstacle.

128. Les interprètes distinguent plusieurs espèces d'impossibilités :

1° L'impossibilité naturelle ou physique et l'impossibilité morale. La première résulte de l'ordre même de la nature : la condition si digito cœlum attigero (Instit., De inutil. stip., § 11) est physiquement impossible. L'impossibilité morale résulte de ce que le fait prévu est contraire aux lois ou aux mœurs : la condition moralement impossible se confond, comme on voit, avec la condition immorale et avec la condition illicite.

2º L'impossibilité de fait, qui a lieu lorsqu'une condition, possible en elle-même, ne devient impossible que par une circonstance que l'on y a ajoutée : telle serait la condition de bâtir un édifice en trois jours (l. 6, ff. De condit.).

3º L'impossibilité perpétuelle, qui ne peut jamais cesser, et l'impossibilité temporaire, qui, au contraire, peut prendre fin.

4º L'impossibilité absolue, qui ne permet à personne d'accomplir le fait prévu, et l'impossibilité relative ou personnelle, qui n'existe qu'à l'égard d'une ou de plusieurs personnes seulement (Furgole, Testaments, ch. 8, sect. 2, n° 21 et 25; Toullier, t. 6, n° 481).

129. Lorsque l'obstacle qui s'oppose à l'exécution de la condition ne résulte que de la brièveté du temps fixé dans l'acte, Ulpien déclare (l. 6, ff. De condit. instit.) la condition impossible, et sa décision a été adoptée par Furgole (eod., n° 26 et 27) et Toullier (t. 6, n° 481).

Il nous paraît plus exact de décider, comme l'a fait M. Duranton (t. 8, nº 114), que cette condition doit être réputée possible, et que ce sera au juge à fixer le délai dans lequel elle devra être accomplie (arg. des art. 1157, 1900 et 1901).

130. Les impossibilités qui ne sont pas perpétuelles de leur nature, mais qu'un événement prévu ou imprévu peut faire cesser, n'annulent pas la condition. En s'abstenant de définir l'impossibilité, le Code a abandonné aux juges le soin d'apprécier si tel fait doit, ou non, être réputé impossible, et s'il l'est perpétuellement ou temporairement (Toullier, t. 6, n° 483).

131. On a enseigné que les prohibitions qui ne peuvent être levées que jussû principis constituent une impossibilité qui vicie la condition (Furgole, eod., nos 78 et 79; Merlin, Répert., t. 10, p. 205). Cette doctrine, fondée sur la loi 39, § 10, ff. De legat. 1°, nous paraît fort contestable. Nous ne regarderions pas comme impossible, par exemple, la condition imposée à un oncle d'épouser sa nièce, puisque le mariage peut avoir lieu en vertu d'une dispense accordée par le roi; si cette dispense n'est pas accordée, la condition sera défaillie. La dispense à obtenir constitue une nouvelle condition tacite qui doit se réaliser, pour que la première, celle du mariage, puisse s'accomplir. (Ricard, eod., nº 262; Chabot, Quest. transit., vo Conditions concernant les mariages, p. 112; Toullier, t. 5, no 252; Coin-Delisle, nº 38; Dalloz, t. 5, p. 188; Duranton, t. 8, nº 125.)

132. La condition imposée à un donataire ou légataire d'obtenir des lettres de noblesse, ou même un titre déterminé, n'a rien d'impossible, puisqu'il dépend de celui qui veut prositer de la libéralité de solliciter ces lettres ou ce titre, dont l'obtention constitue un événement futur et incertain qui peut se réaliser (Rolland de Villargues, v° Noblesse, n° 13).

133. Il est universellement reconnu que la condition de changer de nom, ou d'en ajouter un à celui que l'on porte, ne doit pas être rangée parmi les conditions impossibles (l. 19, § 6, ff. De donat.; Merlin, Répert., v° Promesse de changer de nom; Guilhon, Donations, t. 3, p. 384; Rolland de Villargues, v° Nom, n° 31, 75 à 82; — Cass. 13 janvier 1813, S.-V. 13. 1. 97; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 414; — id., 16 nov. 1824, S.-V. 25. 1. 148; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 412; — id., 4 juillet 1836, S.-V. 36. 1. 642; D. P. 36. 1. 302).

Plusieurs ordonnances du roi (V. Toullier, t. 6, nº 644), portant autorisation de changer de nom, ont été motivées sur la nécessité où se trouvaient certains légataires de remplir la condition qui leur avait été imposée de porter le nom du testateur.

134. L'impossibilité relative ou personnelle ne vicie pas la condition: la promesse faite par celui qui efficere non potest, cum alii possibile est (l. 137, § 5, ff. De verb. oblig.) est valable (Ricard, Dispositions condit., n° 232; Duranton, t. 8, n° 112; Toullier, eod., n° 482) 135. La condition qui renferme des faits distincts, dont les uns sont possibles et les autres impossibles, ne doit pas être réputée complétement impossible, comme l'ont pensé quelques jurisconsultes romains (l. 6, § 1, ff. De condit. et demonst.); elle n'est impossible que pour partie, et doit être accomplie pour le surplus (l. 12, ff. De dote præleg.; Furgole, n° 27; Duranton, t. 8, n° 113).

136. Pour déterminer si un fait est possible ou impossible, il faut avoir égard, s'il s'agit d'un acte entre viss, au moment où la condition a été imposée; et s'il s'agit d'une disposition testamentaire, au moment du décès du disposant. Si donc le fait impossible ab initio est devenu possible postérieurement, la condition n'en sera pas moins soumise aux articles 900 et 1172. Le cas inverse, c'est-à-dire celui où le fait, d'abord possible, a cessé de l'être, présente plus de difticulté (V. Duranton, t. 8, nº 115). Il est du moins évident que celui qui n'a pas accompli la condition qui lui était imposée, ne peut jamais arguer de l'impossibilité survenue depuis la mise en demeure.

La loi 20 \$ 1, ff. De condit. instit., offre l'exemple d'une condition dont l'accomplissement, bien qu'impossible en apparence, peut cependant avoir lieu: un héritier est institué sous la condition d'affranchir l'un des esclaves de la succession; cette condition paraît impossible, car l'institué ne peut valablement affranchir avant d'avoir recueilli l'hérédité, et il n'est appelé à la recueillir que s'il affranchit l'esclave. La loi décide que bien que l'affranchissement fait par celui qui n'est pas encore héritier soit sans effet, cet affranchissement doit cependant avoir lieu pour que la condition soit remplie et que l'institution soit valable. — V. d'autres exemples de conditions de ce genre cités par Pothier (Pandect., liv. 35. tit. 1, nº 96). - V. aussi Cujas (Quæst. Papinian., liv. 27, ad leg. 54, § 1, ff. Mandat.) et Fern. de Retes (Opuscul., liv. 2, sect. 2, ch. 8).

On a également cité, comme exemple d'une condition impossible, le cas où un legs a été fait à condition d'affranchir un esclave qui se trouve libre au moment du décès du testateur: cette impossibilité doit-elle entraîner la caducité du legs? La solution d'une pareille question dépend de l'intention qu'a pu avoir le testateur en imposant la condition : « Aliter, a-t-on dit avec raison, implenda conditio, quam impleri testator jubet; aliter implen-

dum id propter quod datum fuit. Sufficit quandoque inaniter impleri conditionem quam testator apposuit; sed non sufficit inaniter impleri id, propter quod datum fuit aliquid, quia nec potest videri aliquis dedisse pro inani facto. (Fern. de Retes, liv. 2, sect. 2, ch. 8.— Thes. juris civ. et canon. de Merrman.)

#### \$ 2. - Conditions immorales.

difficile à définir. En déclarant telle toute condition contraire à l'ordre public (C. civ., 6 et 686), aux bonnes mœurs (1172 et 1387) ou simplement aux mœurs (900), on substitue, à une définition proprement dite, la question depuis longtemps controversée de savoir ce que l'on doit entendre, dans les lois, par mœurs ou bonnes mœurs (V. Dissertation, S.-V. 9. 2. 345), et celle de savoir si tout acte contraire aux mœurs ne porte pas nécessairement atteinte à l'ordre public.

138. On doit, ce nous semble, déclarer immorales non-seulement les conditions analogues à celle citée un peu crûment par Pothier (Obligations, n° 204), d'aller tout nu dans les rues, mais encore toutes celles qui auraient pour effet de gêner, d'une manière grave, la liberté des personnes, de méconnaître les préceptes de morale et d'honneteté généralement admis, ou de contrarier les principes religieux de celui à qui elles sont imposées. (Duranton, t. 11, n° 34.)

139. Un fait peut être contraire aux mœurs sans être défendu par aucune loi positive; mais un acte ne doit pas toujours être proscrit comme immoral par cela seul qu'il est réprouvé par l'opinion publique. (Turin, 30 mai 1811, S.-V. 12. 2. 241; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 55.) L'appréciation de la moralité ou de l'immoralité d'une condition ne peut jamais constituer, de la part des juges, un excès de pouvoir : c'est une décision en point de fait qui ne donne pas ouverture à cassation. (Cass. 11 niv. an 1x, S.-V. 1. 1. 386; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 525.)

140. Les conditions qui tendraient à gêner la liberté des mariages ont soulevé de nombreuses questions.

La condition de ne pas se marier, ou condition de non nubendo, est évidemment immorale lorsqu'elle est conçue en termes absolus (Ricard, n° 253; Furgole, eod., n° 54; Delvincourt, t. 1, p. 229, note 3; Toullier, t. 5,

n° 256; Duranton, t. 8, n° 120, 128; Coin-Delisle, n° 30; Dalloz, t. 5, p. 188). Cette décision, appuyée sur les lois romaines (l. 22, ff. De condit. et demonst.; l. 3, Cod., De indict. viduit.) et consacrée par la Cour de cassation, le 20 janvier 1806 (S.-V. 6. 1. 161; J. P. 3° édit,; D. A. 5. 199), a été critiquée par M. Favard (Répert., v° Donation entre vifs, sect. 1°, § 2, n° 2).

141. La condition de ne se marier qu'au gré d'un tiers, alterius arbitratû, est également réprouvée par les lois romaines (l. 72, § 4, ff. De condit. et demonst.; l. 54, § 1er, ff. De legat. 1°) et par les jurisconsultes (Cujas, Observat., liv. 17, cap. 22; Furgole, n° 59; Toullier, t. 5, n° 258; Duranton, t. 8, n° 121). — V. toutefois un arrêt de la Cour de cassation, du 5 avril 1836 (S.-V. 36. 1. 564; J. P. 3° édit.; D. P. 36. 1. 143), d'où il semble résulter que cette condition peut être valablement imposée.

Cette condition ne nous paraît licite que dans le cas où le tiers désigné serait un ascendant dont le consentement est requis pour la validité du mariage (Coin-Delisle, n° 34).

142. La condition imposée à un père de ne pas marier ses enfants est évidemment immorale; nul doute ne s'est élevé sur ce point (1.79, § 4, ff. De condit. et demonst.; Toulier, t. 5, n° 256; Duranton, t. 8, n° 121).

143. Lorsque la condition de ne pas se marier est limitée quant à sa durée, et que l'époque fixée n'est pas assez reculée pour faire dégénérer la condition en prohibition absolue, cette condition peut être maintenue (Duranton, t. 8, n° 129; Coin-Delisle, n° 31; Rolland de Villargues, v° Condition de ne pas se marier, n° 7).

144. La condition de ne pas épouser une ou plusieurs personnes déterminées ne doit être réputée immorale que lorsqu'il s'agit d'une personne que la conscience ou l'honneur prescrivent d'épouser. Ricard (eod., nos 255 et 256) et Furgole (eod., no 57) rejetaient cette condition, et leur opinion a été adoptée par plusieurs interprètes (Toullier, t. 5, nº 257; Grenier, Donations, nº 155). La solution d'une pareille question nous semble devoir dépendre des circonstances (Coin-Delisle, n° 32); elle en dépendrait surtout si la condition était de ne pas épouser le père ou la mère d'un enfant naturel de celui à qui elle est imposée. (Rolland de Villargues, eod., nº 11: Bruxelles, 6 mai 1809, S.-V. 9. 2. 341;

J. P. 3° édit.; D. A. 5. 196.) V., pour la validité de cette condition, Poitiers, 14 juin 1838 (S.-V. 38. 2. 373; J. P. 1838. 2. 459; D. P. 38. 2. 140).

145. La condition d'épouser une personne désignée n'a rien de contraire à la liberté du mariage (arg. de l'art. 1088; l. 31, 63 § 1<sup>et</sup>, 71 § 1<sup>et</sup>, ff. De condit. et demonst.; Ricard, n° 258; Furgole, n° 72; Delvincourt, t. 1, p. 229, note 3; Coin-Delisle, n° 35).—V. cependant Bastia, 2 juin 1828 (S.-V. 28. 2. 268; J. P. 3° édit.; D. P. 28. 2. 250). Si la personne désignée était indigne, la condition devrait être évidemment rejetée (Duranton, t. 8, n° 125; Toullier, t. 5, n° 251); elle ne devrait pas l'être, selon Toullier (n° 253), si la personne désignée se trouvait impubère, puisqu'il suffirait, pour que la condition pût s'accomplir, d'attendre l'époque de la puberté.

146. La condition d'épouser une personne d'une certaine classe est admissible, car elle gêne beaucoup moins la liberté de celui à qui elle est imposée que la condition d'épouser une personne déterminée.

La condition d'épouser une personne noble, proscrite avant la charte de 1814, à l'égard du moins de l'ancienne noblesse qui était supprimée (Cass. 13 mai 1813, Devillen. et Car. 4.1.350; J. P. 3° édit.; D. A. 5.192; — Rolland de Villargues, eod., n° 18), n'a rien d'immoral aujourd'hui (Dalloz, t. 5, p. 188; Coin-Delisle, n° 36): c'est aller trop loin, à notre avis, que d'affirmer, comme l'ont fait quelques jurisconsultes, qu'une pareille condition est « inconciliable avec nos mœurs actuelles sur la valeur réelle des titres purement nobiliaires. » (Duranton, t. 8, n° 126; Toullier, t. 5, n° 254.)

Nous rejetterions toutefois cette condition, si, en raison de la position sociale de celui à qui elle est imposée, elle avait pour résultat de rendre le mariage très-difficile; elle dégénérerait alors en une sorte de condition de non nubendo.

147. La condition d'épouser une personne professant telle religion est généralement réputée valable; car, dit-on, la conscience n'est jamais contrainte quand on a la liberté du refus (Rolland de Villargues, eod., n° 19; Duranton, t. 8, n° 125; Coin-Delisle, n° 37). Ce raisonnement ne nous paraît pas concluant : toute personne à laquelle on impose une condition immorale a également la liberté du refus. Si, pour apprécier la moralité d'une

condition, on doitexaminer, comme l'enseigne M. Duranton lui-même (t. 11, n° 34), si « elle est en opposition avec les principes religieux de celui à qui elle a été imposée, » il faut reconnaître que la condition d'épouser une personne professant telle religion doit être rejetée.

148. La condition de ne point épouser une personne d'un lieu déterminé n'a en ellemême rien d'immoral; cependant elle devrait être rejetée si elle avait pour résultat de rendre le mariage très-difficile (l. 64, § 1, ff. De condit. et demonst.; Furgole, n° 58; Toullier, t. 5, n° 258; Duranton, t. 8, n° 123), ou s'il était démontré qu'elle n'a été dictée que par un sentiment de haine pour une ville ou un pays (Coin-Delisle, n° 33; Vazeille, n° 11).

être quelquesois sondée sur de justes motifs: on a jugé qu'une mère avait pu disposer en saveur de ses enfants, tant qu'ils resteraient célibataires, si son intention avait été de leur assurer des secours tant qu'ils ne seraient pas mariés, plutôt que de leur interdire le mariage. (Liège, 8 janv. 1806, Devillen. et Car. 2. 2. 104; J. P. 3° édit.; D. A. 5. 196; — Rolland de Villargues, eod., n° 8.) Cette doctrine ne doit être admise qu'avec la plus grande réserve.

150. La condition de ne pas se remarier, admise dans le dernier état du droit romain (Novell. 22, ch. 44) et dans notre ancienne législation (Ricard, n° 245; Furgole, n° 60), a été déclarée illicite dans le droit intermédiaire, par les lois des 5 septembre 1791, 5 brumaire an 11, article 1, et 17 nivôse an 11, article 12; mais la jurisprudence s'efforça de restreindre cette prohibition (Duranton, t. 8, n° 128; Rolland de Villargues, eod., n° 28).

Depuis la promulgation du Code civil, la doctrine et la jurisprudence se sont accordées pour valider cette condition. On a reconnu qu'il ne fallait pas expliquer, comme l'a fait la cour de Bruxelles (6 mai 1809, S.-V. 9. 2. 341; J. P. 3° édit.; D. A. 5. 196), l'article 900 à l'aide des lois intermédiaires, et que les secondes noces sont plutôt défavorables que favorables (Merlin, Répert., v° Condition, sect. 2, § 5, art. 4; Grenier, Donations, n° 156 et 157; Chabot, Questions transit., v° Conditions concernant les mariages, § 4; Toullier, t. 5, n° 259; Duranton, t. 8, n° 127; Coin-Delisle, n° 39; Rolland de Vil-

largues, nos 26, 27 et 28; Proudhon, Usufruit. t. 1, nos 410, 411; Favard, Répert., vo Condition, no 4; — Cass. 20 janv. 1806, S.-V. 6. 1. 161; J. P. 3° édit.; D. A. 5. 199; - id., 18 juillet 1822, S.-V. 23. 1. 246; J. P. 3º éd.: D. A. 5. 203; - id., 24 janv. 1828, S.-V. 28. 1. 269; J. P. 3º édit.; D. P. 28. 1. 105; -Paris, 18 nivôse an XII, S.-V. 4. 2. 104; J. P. 3º édit.; D. P. 23. 1. 91; - Bruxelles, 20 mai 1807, S.-V. 7. 2. 308; - Colmar, 8 août 1819, S.-V. 20. 2. 34; J. P. 3º édit.; D. A. 12. 178; — Lyon, 18 nov. 1813, S.-V. 15. 2. 221; J. P. 3º édit.; D. A. 5. 203; - Toulouse. 25 avril 1826, S.-V. 27. 2. 13; J. P. 3º édit .: D. P. 27. 2. 19; - Rouen, 16 juillet 1834. S.-V. 34. 2. 443; J. P. 3º édit.; D. P. 35. 2. 39; — Poitiers, 14 juin 1838, S.-V. 38. 2. 373; J. P. 1838. 2. 459; D. P. 38. 2. 140; -Lyon, 22 déc. 1829, J. P. 3e édit.; D. P. 30. 2. 63; — Rolland de Villargues, eod., nº 26).

L'opinion contraire est soutenue par M. Dalloz (v° Disposit. entre vifs, ch. 1, n° 10, t. 5, p. 188).

151. Quelques jurisconsultes apportent à la condition de ne pas se remarier des restrictions qui ne nous paraissent pas admissibles: la condition peut être valablement imposée, non-seulement par l'un des époux à l'autre, mais même par un tiers (Furgole, n° 70; Coin-Delisle, n° 39; Rolland de Villargues, eod., n° 29; — Contrà, Duranton, t. 8, n° 128), et elle peut l'être lors même que celui à qui on l'impose n'a pas d'enfants de son premier mariage (Rolland de Villargues, eod., n° 30; Coin-Delisle, n° 39; — Contrà, Vazeille, n° 5; Duranton, eod.).

152. Les conditions qui portent atteinte à la liberté religieuse étaient prohibées par les lois des 5 septembre 1791 et 17 nivôse an 11, et le sont encore aujourd'hui. On doit, en conséquence, réputer immorale la condition de changer de religion et celle de n'en pas changer, ainsi que la condition imposée à des époux d'élever leurs enfants dans telle religion déterminée (Merlin, Répert., v° Condition, sect. 2, § 5; Toullier, t. 5, n° 264; Duranton, t. 8, n° 140; Grenier, n° 154; Vazeille, art. 900, n° 15; Rolland de Villargues, v° Condition, n° 121, 122. — Colmar, 9 mars 1827, S.-V. 27. 2. 176; J. P. 3° édit.; D. P. 28. 2. 32).

153. Les opinions sont loin d'être fixées sur la validité de la condition de se faire prêtre. Ricard, frappé du danger de déterminer, par des avantages de fortune, une vocation peu réséchie, proscrivait cette condition (n° 264), et son opinion a été adoptée par Grenier (n° 154, 157 bis), Duranton (t. 8, n° 137) et Dalloz (t.5, p. 189). Furgole, dont l'avis a été suivi par Toullier (t. 5, n° 265), maintenait, au contraire, cette condition (n° 89), en vue de la fin louable à laquelle elle tendait.

La décision de Ricard nous paraît préférable à celle de Furgole, mais nous admettrions toutefois l'opinion des jurisconsultes qui pensent que la solution d'une pareille question doit beaucoup dépendre des circonstances dans lesquelles la condition a été imposée: les tribunaux auront à apprécier si, en fait, une pareille clause porte ou non atteinte à la liberté religieuse (Rolland de Villargues, eod., n° 123).

154. La libéralité faite à une personne, non pas à condition de se faire prêtre, mais pour lui faciliter les moyens d'étudier et de se faire prêtre, est valable; elle l'est surtout si, à l'époque de la donation ou du testament, le donataire ou légataire se destinait déjà à l'état ecclésiastique (Duranton, t. 8, n° 138; Rolland de Villargues, eod, n° 124. — Grenoble, 22 déc. 1825, S.-V. 26. 2. 276; D. P. 26. 2. 83).

155. La condition de ne pas se faire prêtre, admise par Ricard (n° 270) et Furgole (n° 94), a toujours été regardée comme valable (Grenier, n° 154; Toullier, eod., n° 265; Duranton, eod., n° 136; Vazeille, n° 16; Rolland de Villargues, eod., n° 125).

156. Une condition ne doit pas toujours être réputée immorale, par cela seul qu'elle contrarie la volonté ou les inclinations de celui à qui elle est imposée. Ainsi, par exemple, la condition de résider dans un lieu désigné, celle de n'y pas aller, celle de demeurer avec certaines personnes, doivent être en général maintenues; elles peuvent cependant être rejetées dans quelques circonstances dont l'appréciation est abandonnée aux magistrats. La cour de Bourges a déclaré immorale et contraire à l'article 371 du Code civil la condition imposée par un fils à son père, dans une constitution de pension viagère, de résider dans un lieu désigné (Bourges, 9 août 1832, S.-V. 33. 2. 130; J. P. 3º édit.).

La Cour de cassation a maintenu, le 30 décembre 1819 (Devillen. et Car. 6. 1. 158; est douteux que les juges appliquassent au-J. P. 3° édit.), une libéralité faite par un jourd'hui les dispositions des lois de l'an II.

homme à une femme sous la condition de ne pas le quitter. Cette décision a été justement critiquée (Rolland de Villargues, eod., n° 111), car la condition dont il s'agit favorisera presque toujours le concubinage; et ce qui a été dit que « la condition ne se référait qu'à un projet de mariage, » paraîtra bien peu concluant, si l'on remarque que, dans l'espèce, le donateur était père d'un enfant de la donataire.

Domat enseigne que la condition de résider dans un lieu désigné est illicite (Lois civiles, liv. 3, tit. 1, sect. 8, n° 18); cette assertion peut être vraie lorsque la condition est imposée à une personne incapable de fixer elle-même sa résidence, par exemple, à une femme mariée. (Dalloz, v° Condition, n° 50. — Poitiers, 3 juin 1842, S.-V. 43. 2. 295; J. P. 1843. 1. 102; D. P. 43. 2. 57.)

157. La condition imposée à une mère de demeurer près de ses enfants et de les élever a toujours été validée (l. 8 et 72, ff. De condit. et demonst.; Furgole, n° 106; Proudhon, Usufruit, t. 1, n° 414, 415, 416). Cette condition peut même être imposée à une personne étrangère (Rolland de Villargues, eod., n° 108, 109, 110), par exemple, à un domestique (Toullier, t. 5, n° 262).

158. On a soutenu, devant la cour de Pau, que la condition « de ne point s'écarter de la conduite d'une honnête et décente fille » était immorale, en ce qu'elle porterait les héritiers du disposant à répandre des bruits calomnieux sur la conduite de la personne gratifiée. Ce système a été repoussé avec raison par arrêt du 1<sup>er</sup> février 1823 (S.-V. 24. 2. 45; J. P. 3° édit; D. A. 5. 194). Toute condition qui a pour but de maintenir celui à qui elle est imposée dans la ligne du devoir, est incontestablement conforme aux bonnes mœurs (Rolland de Villargues, eod., n° 97).

159. La condition d'exercer ou de ne pas exercer une profession désignée a fait naître quelques doutes. L'article 1er de la loi du 5 brumaire an 11 et l'article 12 de la loi du 17 nivôse an 11 rejetaient toute clause qui « gênait la liberté d'embrasser tel état, emploi ou profession. » On en a conclu que l'on ne peut interdire à une personne le droit d'exercer soit le commerce, soit un art ou une profession quelconque (Duranton, t. 8, n° 135). Cette décision nous paraît trop absolue; il est douteux que les juges appliquassent aujourd'hui les dispositions des lois de l'an 11.

160. La condition de n'embrasser aucune profession, quelle qu'elle soit, doit être rejetée, tandis que celle d'exercer un art ou un métier, en général, est au contraire morale, puisqu'elle a pour but d'empêcher celui à qui elle est imposée de vivre dans l'oisiveté. (Furgole, nº 99; Merlin, Répert., vº Condition, sect. 2, \$ 5; Duranton, t. 8, no 134; Rolland de Villargues, eod., nos 114, 115, 116; Vazeille, art. 900, nº 13.)

161. Furgole enseigne (nº 99) que la condition d'exercer un art ou un métier, en général, n'est pas valable, lorsque celui à qui elle est imposée est d'une telle qualité qu'il ne puisse exercer un art ou un métier sans se déshonorer. Cette opinion n'est pas admissible; mais la condition de prendre une profession désignée peut quelquefois froisser à tel point le donataire, que l'on doit laisser aux juges le pouvoir de la rejeter. Tel est l'avis de MM. Duranton (t. 8, nº 134) et Rolland de Villargues (eod., nº 118).

162. La condition de n'exercer toute sa vie qu'un métier désigné, sans pouvoir se livrer à d'autres occupations, est évidemment nulle; celle de prendre une profession déterminée n'empêche pas d'en exercer en même temps une ou plusieurs autres, s'il n'existe entre elles aucune incompatibilité (Furgole. nº 102; Rolland de Villargues, eod., nºs 119, 120). La validité de la condition de ne pas accepter tel genre de fonctions a été contestée (Toullier, t. 5, nº 267; Duranton, t. 8, nº 141).

163. Les interprètes reconnaissent que, pour apprécier la moralité d'une condition, il est nécessaire d'examiner avec soin les termes dans lesquels elle a été établie. Il est certain, par exemple, que la donation d'un immeuble « pour que le donataire en jouisse tant qu'il ne sera pas promu à un emploi » est licite, tandis que la libéralité faite à la condition « de n'exercer aucun emploi » ne le serait pas (Toullier, eod.; Duranton, eod.).

#### § 3. — Conditions illicites.

164. Il faut entendre par condition illicite ou contraire aux lois, non-seulement celle qui porterait à commettre les infractions prévues par les lois pénales, mais encore toute clause qui aurait pour but de conduire à des actions défendues ou réprouvées par la loi (Toullier, t. 5, nº 168).

165. Toute condition qui tendrait « à dé-

d'exercer les fonctions déférées par les lois aux citoyens, » était réputée illicite par les lois du 5 brumaire an 11, article 1, et 17 nivôse an II, article 12. On rejette encore aujourd'hui toute condition de renoncer aux droits ou devoirs civiques. (Merlin, Répert., eod., sect. 2, § 5, art. 5; Grenier, nº 153: Toullier, t. 5, nº 266; Duranton, t. 8, nº 139; Dalloz, t. 5, p. 188; Vazeille, nº 24; Rolland de Villargues, eod., nº 127.)

166. On doit également rejeter, en thèse générale, la condition de renoncer en tout ou en partie à la jouissance ou à l'exercice des droits civils. Ainsi, la condition de ne jamais intenter aucune action en justice, celle de ne pas tester, celle de relâcher les liens du mariage et de ne pas exercer la puissance maritale ou paternelle, sont évidemment illicites. (l. 5, Cod. De instit. et substit.; Ricard, nº 239; Merlin, Répert., eod., art. 5: Grenier, nº 153; Toullier, t. 5, nºs 266, 267; Duranton, t. 8, nos 139, 143; Dalloz, t. 5, p. 188; Vazeille, nº 24; Rolland de Villargues, eod., nos 129, 130.)

167. La condition de renoncer à des avantages purement pécuniaires n'a rien de contraire aux lois et doit être maintenue. Ce principe est admis par tous les jurisconsultes Grenier, nº 153; Toullier, t. 5, nº 269; Duranton, nº 145], mais son application présente d'assez graves difficultés.

168. La condition de renoncer à une succession, lorsqu'elle s'ouvrira, est-elle licite? On a dit, pour l'affirmative, que l'article 1130, applicable aux stipulations faites sur la succession d'une personne vivante, ne défend pas de faire une libéralité sous la condition que, lorsque la succession sera ouverte, le donataire ou légataire devra renoncer, s'il veut profiter de la donation ou du legs : ce n'est pas, a-t-on dit, imposer la condition de renoncer à la succession d'une personne vivante. Cette doctrine, professée par Toullier (t. 5, nº 269) et consacrée par la cour d'Angers, le 27 juillet 1827 (S.-V. 28. 2. 149; J. P. 3e édit.; D. P. 28. 2. 120), est repoussée par les articles 791 et 1130 du Code civil, qui prohibent d'une manière absolue tout pacte sur une succession future. La condition dont il s'agit n'a, en réalité, d'autre but que d'imposer, dès à présent, au donataire l'obligation de renoncer à une succession non ouverte (Dalloz, t. 5, p. 187; Duranton, nº 146; Vazeille, tourner de remplir les devoirs imposés et l nº 23; Rolland de Villargues, eod., nº 134). C'est en appliquant ces principes, que la Cour de cassation a décidé que la condition apposée à une constitution de dot faite par les père et mère « que le survivant d'eux jouira, pendant sa vie, de l'usufruit des biens du prédécédé, sans que la fille dotée puisse lui demander ni compte ni partage, » était nulle comme stipulation faite sur une succession non ouverte. (Cass. 16 janv. 1838, S.-V. 38. 1. 225; J. P. 1838. 1. 543; D. P. 38. 1. 111). — V. toutefois Cass., 20 janv. 1836 (S.-V. 36. 1. 83; J. P. 3° édit.; D. P. 36. 1. 42.)

169. La condition de ne pas demander le compte de tutelle ne paraît pas réprouvée par la loi: l'article 472 du Code civil n'interdit que les traités qui pourraient intervenir, dans un certain délai, entre le tuteur et le mineur devenu majeur. (l. 26, ff. De liberat. legat.; Ricard, n° 145; Furgole, n° 110; Duranton, t. 8, n° 145; Rolland de Villargues, v° Compte de tutelle, n° 11.)

170. La validité de la condition qui enlèverait à un père l'administration des biens donnés ou légués à ses enfants mineurs a été vivement controversée. Le chapitre 1er de la novelle 117 permet de priver le père de l'usufruit et de l'administration des biens donnés à ses enfants. Plusieurs jurisconsultes enseignent qu'il en est de même aujourd'hui et que les juges peuvent, eu égard aux circonstances et à la conduite du père, maintenir cette condition. (Duranton, t. 3, n° 375, t. 8, n° 144; Proudhon, Usufruit, t. 1, n° 240 à 249. — Paris, 24 mars 1812, S.-V. 12. 2. 329; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 815.)

Cette opinion nous paraît inconciliable avec l'article 387 du Code civil qui, en permettant uniquement d'enlever au père la jouissance des biens donnés, a évidemment entendu limiter les pouvoirs du disposant et proscrire la décision de la novelle 117. Aussi la cour de Besançon a-t-elle déclaré, le 15 novembre 1807 (S.-V. 8. 2. 97; J. P. 3° édit.; D. P. 8. 2. 156) cette condition contraire à la loi (C. civ., 389, 390, 391), et Toullier la répute-t-il immorale (V. t. 2, n° 1068), en ce qu'elle tend à inspirer aux enfants du mépris et de la défiance contre leurs parents, et à affaiblir la puissance paternelle. (V. Merlin, Répert., v° Puissance paternelle, sect. 5.)

171. La condition de donner à une personne incapable est contraire aux lois, et la décision des jurisconsultes romains qui la réputait licite (!. 55, ff. De condit. et de-

monst.) ne doit pas être suivie. Toullier enseigne (t. 6, n° 486) qu'une pareille condition insérée dans un contrat le rendrait nul (C. civ., 1172). Si elle était apposée à un legs, le même jurisconsulte ne pense pas qu'elle dût être réputée non écrite (C. civ., 900), mais que la somme que le légataire était chargé de donner à la personne incapable devrait être attribuée aux héritiers du testateur, à moins qu'il ne résultât des termes du testament qu'il y a lieu à accroissement en faveur du légataire (Rolland de Villargues, eod., n° 135).

172. La condition de ne point aliener, admise par les lois romaines (l. 9, Cod., De pact. int. empt.; l. 3, ibid., De condit. ob caus. dat.; l. 7, ibid., De reb. alien.), constituait dans notre ancienne jurisprudence une sorte de substitution tacite, lorsqu'elle était imposée en faveur d'une personne déterminée (Pothier, Substitutions, sect. 2, art. 2; sect. 3, art. 3, § 1; Ricard, Substitutions, n° 329).

Cette condition ne serait considérée aujour-d'hui que comme un simple conseil non obligatoire, nudum præceptum (l. 38, § 4, et l. 93, ff. De legat. 3°), si elle était imposée purement et simplement; si elle était, au contraire, sanctionnée par une clause pénale, elle pourrait produire des effets, car elle n'a en elle-même rien de contraire aux lois. (Toullier, t. 5, n° 51, et t. 6, n° 488. — V. Cassation, 2 janv. 1838, S.-V. 38. 1. 634; J. P. 1838. 1. 553; D. P. 38. 1. 110.)

173. La condition de n'aliéner qu'en faveur de certaines personnes désignées est-elle valable? Ne constitue-t-elle pas une substitution prohibée? — V. Substitution.

174. La condition d'affirmer par serment que l'on accomplira les charges imposées dans un acte ne paraît pas illicite. Cette condition, permise à Rome dans les contrats (l. 39, ff. De jurejur.), était réputée non écrite dans les dispositions de dernière volonté (l. 8, ff. De condit. instit.; Furgole, chap. 7, sect. 2, n° 48). Cujas a tenté (Julian. Digest., lib. 10) de justifier cette distinction, qui n'est plus admissible: la condition du serment est valable aujourd'hui dans les testaments comme dans les contrats (Toullier, t. 6, n° 489; Rolland de Villargues, eod., n° 138).

175. La condition d'émanciper un enfant est valable, sous l'empire du Code civil, comme elle l'était en droit romain (l. 92, ff. De condit. et demonst.; Duranton, t. 8, n° 142), tandis que celle de ne pas émanciper devrait être rejetée (arg. de l'art. 1388).

176. La condition de faire une chose frappée par la loi d'une prohibition temporaire est généralement regardée comme licite, malgré la disposition de la loi 35, § 1, ff. De verb. oblig. En effet, dit-on, les parties ont pu prévoir que la prohibition cesserait, et on doit supposer qu'elles n'ont entendu établir la condition de faire la chose prohibée que sous la condition tacite que cette chose serait permise (Toullier, t. 5, n° 252, et t. 6, n° 484; Rolland de Villargues, eod., n° 139).

177. La condition imposée à un héritier ab intestat de respecter une disposition faite en faveur d'un incapable est illicite (Proudhon, Usufruit, t. 2, nos 698 à 701). L'exhérédation prononcée contre des héritiers, s'ils critiquent une disposition renfermant substitution prohibée, nous paraît également contraire à la loi. — V. Substitution. (Dalloz,

vº Condition, § 4, nos 104 à 108.)

178. La condition de ne pas faire une chose impossible, immorale ou illicite, est-elle valable? Il faut distinguer : la condition de ne pas faire une chose naturellement impossible. si digito cælum non attigero, ne vicie pas la disposition à laquelle elle est apposée (Instit., De inutil. stip., § 11; 1. 7, ff. De verb. oblig.; C. civ., 1173), tandis que la condition de ne pas saire une chose contraire aux lois ou aux mœurs est généralement rejetée, parce « qu'il est contraire à la justice et à la bonne soi de stipuler une somme pour s'abstenir d'une chose dont nous sommes d'ailleurs obligés de nous abstenir. » (Pothier, Obligations, nº 204; Toullier, t. 6, nºs 122, 481; Delvincourt, t. 2, p. 14, note 11; Duranton, t. 11, nº 35.)

179. On doit ranger parmi les conditions illicites toutes celles qui auraient pour résultat de transformer une disposition permise en une disposition prohibée. C'est en se fondant sur ce principe, que plusieurs interprètes réputent illicite la condition qui résoudrait une donation entre vifs, « si le donateur échappe à un danger prévu. » Cette condition, disent-ils, transformant la donation entre vifs en une donation mortis causá, est proscrite par le Code civil.—V. Donation, Donation à cause de mort.

180. Toute condition qui, apposée à une disposition à titre gratuit, tendrait à frustrer les héritiers légitimaires de la portion de biens qui leur est réservée par la loi, doit être

réputée illicite. — V. Portion disponible, Réserve.

181. Il existe, indépendamment des conditions contraires à la loi, des modifications illicites qui ne peuvent être ajoutées aux conditions permises. C'est ainsi que le retour conventionnel, qui constitue une condition résolutoire permise par l'article 951 du Code civil, ne peut être valablement stipulé au profit d'un tiers autre que le donateur, et que la faculté de réméré ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq ans (C. civ., 1660).

182. C'est à celui qui prétend qu'une condition doit être rejetée à prouver qu'elle est impossible, immorale ou illicite; les juges doivent, dans le doute, se décider pour le maintien de la condition (Toullier, tome 6, n° 488).

# § 4. — Conditions potestatives de la part de l'obligé.

183. Toute obligation emporte l'idée du vinculum juris des jurisconsultes romains (Inst. De oblig., p°.), c'est-à-dire de la nécessité légale imposée à une personne de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose (C. civ., 1101): la condition qui détruirait cette nécessité, et qui ferait dépendre l'existence de l'engagement du pur arbitre de la personne obligée, est donc nulle: nulla promissio poiest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit. (l. 108, § 1, ff. De verb. oblig.; Pothier, Oblig., n° 205; — C. civ., 1174.)

184. La disposition soumise à une pareille condition ne produit aucun effet et constitue ce que les docteurs nomment actus meri facti, sinè ullo juris effectu. Quelle qu'ait pu être l'intention des rédacteurs de l'acte, ils n'ont rien fait, et toutes les clauses qui dépendent de la condition potestative ne peuvent être considérées que comme un simple projet. On a décidé avec raison que les actes de cette nature n'étaient pas passibles du droit proportionnel. — V. Championnière et Rigaud, nos 705, 706, 707, 718.

185. Il est évident que la condition potestative de la part du créancier n'annule pas la disposition qui en dépend : cette condition, très-fréquente surtout dans les actes de dernière volonté, suspend-elle l'existence du droit qui y est subordonné? Cette question, importante pour la perception des droits d'enregistrement, doit être résolue affirmativement : la Cour de cassation l'a reconnu, après quelque hésitation, par arrêt du 10 mai 1831 (J. P. 3º édit.; D. P. 31. 1. 167). — V. Championnière et Rigaud, nos 713 à 717.

186. Les §§ 2 et 3 de la loi 46, ff. De verb. oblig., renferment, au sujet de la condition potestative, une doctrine qui a beaucoup occupé les interprètes, et qui a fait naître la question, encore si controversée, de savoir si la promesse faite cum voluero et celle faite si voluero sont également nulles.

Paul décide, dans le § 3, que la promesse faite si voluero est nulle: ce point est hors de doute. Dans le § 2, au contraire, il rejette l'opinion de quelques jurisconsultes qui annulaient également la promesse faite cum voluero. «Si stipulatus fuero, cum volueris, dit-il, la stipulation n'est inutile que, si, antequam constituas, morieris. » Ces derniers mots consacrent-ils la validité ou la nullité de la promesse faite cum voluero?

Pothier enseigne (Obligations, nº 47; Pandect., liv. 45, tit. 1, nº 99) que la promesse faite cum voluero n'était pas purement potestative, et qu'elle ne laissait au choix du promettant que le temps auquel il l'accomplirait; il ajoute que, dans notre droit, la promesse faite cum voluero et celle faite si voluero sont également nulles.

Quelques jurisconsultes admettent l'interprétation de Pothier, et rejettent sa décision. Il existe, à leur avis, une différence trèsréelle entre la promesse faite si voluero, qui est subordonnée à une condition purement potestative, et celle faite cum voluero, qui n'a rien de conditionnel, mais qui doit être accomplie dans un délai indéfini, qu'il dépend du débiteur de prolonger ou d'abréger (Voët, Pandect., liv. 45, tit. 1, n° 20; Malleville, art. 1174; Toullier, t. 6, n° 498; Rolland de Villargues, v° Condition, n° 49.)

D'autres interprètes, rejetant l'explication donnée par Pothier, pensent que le § 2 n'admet la validité de la promesse faite cum voluero, que lorsque le promettant a déclaré, avant de mourir, sa volonté de l'exécuter. (Duranton, t. 11, nos 27, 28, 29.) Cette interprétation, empruntée à Cujas (Ad tit. de verb. obl., liv. 17, t. 1, p. 1203), est d'autant plus naturelle que le mot constituere ne signifie pas, comme paraît le supposer Pothier, payer, mais bien convenir de payer à jour fixe. (Ducaurroy, Instit., no 1209; Ortolan, Instit., t. 2, p. 1124.)

Quel que soit, au surplus, le sens de la loi ro-

maine, la promesse faite cum voluero nous paraîtrait, en principe, valable en droit français. Nous serions porté à croire, d'après l'article 1157 du Code civil, que celui qui a fait cette promesse a entendu contracter un engagement sérieux, dont il a eu l'intention de laisser l'exécution à la charge de ses héritiers, plutôt que de s'obliger à payer de son vivant.

187. La promesse de payer quand le débiteur le pourra est valable : elle est expressément permise par l'article 1901, et constitue plutôt un terme qu'une condition (Duranton, t. 11, nos 28, 29).

188. L'obligation de donner ou de faire quelque chose, si je le juge raisonnable, est valable, selon Pothier, attendu qu'il n'est pas laissé à mon choix de donner ou de ne pas donner, de faire ou de ne pas faire, « puisque je suis obligé, au cas que cela soit raisonnable » (nº 48). Cette opinion, fondée sur la loi 11, § 7, ff. De legat. 3°, a été justement critiquée, et l'on a distingué avec raison la condition, si cela est raisonnable, qui est indépendante de la volonté de l'obligé, de celle qui nous occupe et qui est entièrement dépendante de l'opinion que se formera le débiteur. (1. 35, § 1, ff. De contrah. empt.; Duranton, t. 11, nos 21, 22, 23; Toullier, t. 6, no 499; Rolland de Villargues, eod., nº 50.)

Quelques-uns des jurisconsultes que nous venons de citer enseignent que, dans les testaments, la condition, si mon héritier le juge à propos, pourrait être admise (Rolland de Villargues, eod., n° 51). Nous pensons avec M. Duranton que la validité d'un legs fait en de pareils termes serait fort douteuse. — V. Legs.

189. La cour de Paris a jugé, le 30 mars 1842 (S.-V. 43. 2. 113), que celui qui ouvre un crédit peut se réserver de n'escompter que les valeurs qu'il jugera à sa satisfaction; qu'une pareille clause ne détruit pas le lien de droit et ne constitue pas une condition potestative prohibée par l'art. 1174 du Code civil.

190. La promesse de vendre un objet, si je me décide à aliéner, a paru à la cour de Grenoble dépendre d'une condition potestative proscrite par l'art. 1174 (23 mai 1829, S.-V. 29. 2. 177; J. P. 3° édit). Cette décision, contre laquelle on s'est vainement pourvu en cassation (Cass. 9 juillet 1834, S.-V. 34. 1. 741; J. P. 3° édit.; D. P. 34. 1. 300), a été justement critiquée par M. Troplong (Vente, n° 52 et 132); car je puis être forcé d'aliéner par suite de l'état de mes affaires ou des pour-

suites de mes créanciers. La Cour de cassation, en rejetant le pourvoi, n'a nullement reconnu que la condition fût potestative.

191. La condition, si, à telle époque, je suis encore propriétaire, ne dépend pas non plus du pur arbitre du débiteur; car, d'une part, je puis être privé de ma propriété par une expropriation forcée, et de l'autre, il faut, pour que je cesse d'être propriétaire, que je trouve un tiers qui consente à acquérir : cette condition est mixte. (Cass. 17 déc. 1828, S. V. 29. 1. 255; D. P. 29. 1. 67; — Troplong, Vente, nos 52 et 132. — Contrà, Poitiers, 18 août 1826 : l'arrêt est rapporté par M. Troplong, no 132.

192. La condition, si je deviens propriétaire, ne nous paraît pas non plus potestative dans le sens des art. 1170 et 1174 du Code civil. On a prétendu que l'hypothèque consentie sur un immeuble, sous la condition que j'en deviendrai propriétaire, devait être déclarée nulle (Duranton, t. 19, n° 367); mais on a répondu avec raison (Troplong, Hypothèques, t. 2, n° 528) que cette condition, formellement admise par les lois romaines (l. 7, § 1er, ff. Qui potior.; l. 16, § 7, ff. De pign.), est sous-entendue (2125) toutes les fois que le débiteur n'a sur l'objet hypothéqué qu'un droit soumis à une condition suspensive.) — V. n° 102.

193. Quoique la confection et la révocation d'un testament dépendent de la seule volonté du testateur, la Cour de cassation a décidé qu'un acte souscrit au profit d'un tiers, à condition que ce tiers disposerait par testament, en faveur du souscripteur, de tout ou partie de ses biens, n'est pas soumis à une condition potestative dans le sens des art. 1170 et 1174, et que, si la condition a été accomplie, la nullité de l'acte qui la contient ne peut être demandée sous le prétexte qu'il dépendait du testateur de ne pas remplir la condition, en ne faisant pas son testament, ou en le révoquant après l'avoir fait. (Cass. 2 juillet 1839, S.-V. 39. 1. 975; J. P. 1839. 2. 431; D. P. 39. 1. 355.)

194. La donation faite sous la condition que le donateur et le donataire vivront ensemble n'est pas soumise à une condition potestative. On a soutenu que le fait de séparation dépendait du pur arbitre de l'obligé; mais cette prétention a été rejetée, le 29 décembre 1825, par la Cour de Toulouse (S.-V. 27. 2. 207), qui a reconnu que la condition de sépa-

ration était mixte et dépendait de la volonté des deux parties.

195. La condition, si je ne me marie pas, ou si je ne me remarie pas, est purement potestative, puisqu'il dépend de ma seule volonté de ne pas contracter mariage (Toullier, t. 5, nº 273). La condition, si je me marie, a également paru potestative à quelques jurisconsultes, parce que, disent-ils, il dépend de ma seule volonté de rester célibataire ou de me marier. (Grenier, Donations, nos 13, 14, 15). Cette assertion a été contestée : le concours de deux volontés étant indispensable, a-t-on dit, pour que le mariage ait lieu, la condition est bien plutôt mixte que potestative (Duranton, t. 8, nº 477; Toullier, t. 5, nº 272). Si on la répute potestative, parce qu'il suffit de mon refus pour empêcher (C. civ., 1170) le mariage, il faudrait également réputer potestative la condition de se marier avec une personne déterminée, car je puis refuser d'épouser cette personne. (Vazeille, nº 3; Rolland de Villargues, vo Donation, no 344.)

196. La condition de prendre un état, déterminé ou non, est réputée potestative (Grenier, n° 12; Duranton, n° 477; Rolland de Villargues, eod., n° 341); celle d'aller ou de ne pas aller dans un lieu désigné a été l'objet d'une vive controverse. (V. Ricard, n° 1038; Pothier, n° 48; Grenier, n° 11; Duranton, n° 477; Rolland de Villargues, eod., n° 342.) Ne pas aller dans un lieu dépend presque toujours de la volonté de celui à qui la condition est imposée, mais y aller n'en dépend pas toujours. — V. n° 48.

197. C'est surtout à l'égard des donations entre vifs que la question de savoir si une condition est, ou non, potestative, est importante : cette condition n'est pas seulement réputée non écrite (C. civ., 900), elle entraîne la nullité de la libéralité (C. civ., 944), à moins qu'elle ne soit apposée à une donation faite par contrat de mariage (C. civ., 1086). — V. Donation.

198. Quelques jurisconsultes, limitant l'application de l'art. 1174 du Code civil à la condition suspensive, enseignent que « si l'on ne peut faire dépendre de la volonté de celui qui s'oblige la naissance de l'obligation, en mettant la condition suspensive purement à sa discrétion, il n'en est pas de même de la condition résolutoire. » Ils citent, à l'appui de cette doctrine, le pacte de réméré qui fait dépendre la résolution de la vente de la volonté

du vendeur (1659), et la condition si res emptori displicuerii (l. 3, ff. Qu.b. mod. pign. solv.), qui subordonne cette résolution au pur arbitre de l'acheteur. (Pardessus, Droit commercial, t. 1, n° 239; Toullier, t. 6, n° 497.)

Cette distinction nous paraît inconciliable avec l'art. 1588 du Code civil qui soumet la vente à l'essai à une condition suspensire purement potestative de la part de l'acheteur. N'a-t-on pas confondu, en faisant la distinction que nous combattons, deux choses essentiellement distinctes, le contrat et l'obligation? Dans la vente à réméré, il dépend du vendeur de résoudre le contrat, et dans la vente à l'essai, il dépend de l'acheteur de le faire naître, mais il ne peut dépendre ni de l'un ni de l'autre de se soustraire aux obligations qui résultent de cette naissance ou de cette résolution. S'il dépend du vendeur de résoudre la vente, il ne peut dépendre de lui de rembourser ou de ne pas rembourser le prix qu'il a reçu; et s'il dépend de l'acheteur à l'essai d'acheter ou de ne pas acheter, il ne peut dépendre de lui de payer ou de ne pas payer le prix En achetant à l'essai, l'acheteur convient d'achèter, s'it le veut, comme en vendant avec faculté de rachat, le vendeur convient de rèsoudre la vente, s'il le veul. La première de ces conditions est suspensive, la seconde est résolutoire, mais toutes deux sont également potestatives.

199. On a également voulu limiter l'application de l'article 1174 aux contrats unilatéraux. « Dans les conventions synallagmatiques, a-t-on dit, le contrat peut être fait sous une condition potestative, tantôt suspensive, tantôt résolutoire, de la part de l'une des parties, et même quelquefois de la part de toutes deux. » (Duranton, t. 11, n° 29 et 30.) Ainsi, ajoute-t-on, l'achat à l'essai, la vente à réméré, l'achat résoluble si res emptori displicuerit, et la location avec pouvoir de résoudre avant le terme fixé, dépendent de la volonté de l'une des parties.

Cette assertion, fondée sur la même confusion d'idées que la précèdente, nous paraît tout aussi contestable : le mandat et l'anti-chrèse peuvent cesser par la volonté d'une seule des parties (C. civ., 2003 et 2087), et ces deux contrats sont unilatéraux.

200. Les auteurs qui admettent la distinction que nous venons d'indiquer reconnaissent toutefois que si l'existence du contrat peut dépendre de l'une des parties, il ne saurait dépendre de son pur arbitre d'être ou de n'être pas obligée. On peut convenir que l'acheteur ne sera pas tenu, s'il le veut, de prendre la chose (Amiens, 25 avril 1826, J. P. 3º édit.; D. P. 29. 2. 248), tandis que la vente faite quanti velis est nulle (l. 35, § 1er, ff. De contrah. empt.; Duranton, eod.; Vinnius, Inst. de empt., § 4; Troplong, Vente, t. 1, n° 51).

Peut-être serait-il plus exact de dire que, lorsque l'existence d'un contrat synallagmatique dépend de la volonté de l'une des parties, la convention devient, en quelque sorte, unilatérale de bilatérale qu'elle était. Dans la vente à l'essai, par exemple, le vendeur est obligé sous la condition casuelle que la chose plaira à l'acheteur, tandis que celui-ci n'est obligé que sous la condition purement potestative si voluerit.

201. Indépendamment des conditions impossibles, immorales, illicites, et de celles qui dependent du pur arbitre de l'obligé, il en existe quelques autres dont la doctrine s'est particulièrement occupée : ce sont les conditions ineptes ou dérisoires, les conditions contradictoires, les conditions préposières, et celles qui rendent captatoire la disposition testamentaire à laquelle elles sont apposées

202. Le Code civil a gardé le silence sur les conditions ineptes ou dérisoires : il nous paraît évident que ces conditions doivent être rejetées, et que les dispositions des lois romaines leur sont applicables. Ainsi, nous déciderions avec Toullier (t. 6, nº 490) que ces conditions, qui peuvent entraîner la nullité des conventions auxquelles elles sont apposées, et qui, dans les testaments, doivent être réputées non écrites (l. 14, ff. De condit. instit.; 1. 113, § 5, ff. De legat, 1°; l. 14, § 5, ff. De religios.), sont quelquefois telles, qu'elles font naître un grave soupçon de démence contre le testateur. Ajoutons, toutesois, avec le même jurisconsulte, qu'en cette matière, les juges doivent examiner avec soin les circonstances et rechercher l'intention du disposant; car une bizarrerie peut n'être ni un acte de démence ni un acte contraire aux lois ou aux mœurs. (Rolland de Villargues, vo Condition, nos 145 à 148.)

203. Deux conditions insérées dans la même disposition peuvent être contradictoires et de nature à s'entre-détruire réciproquement : tel serait le cas où une somme aurait été promise, si tel vaisseau entre dans le port ou s'il n'y entre pas. La disposition, dans ce cas, doit

être réputée pure et simple; car puisqu'il est certain, dès le moment du contrat, que l'un des deux événements arrivera, il ne peut y avoir condition. (Duranton, t. 11, n° 33.)

204. Le legs fait sous une pareille condition, sive illud factum fuerit, sive non fuerit, était toutefois considéré, à Rome, comme disposition conditionnelle incertaine. S'il est indubitable, en effet, que l'événement prévu se réalisera d'une manière ou de l'autre, il n'est pas certain qu'il se réalise avant la mort du légataire: ce legs était donc caduc si le légataire mourait pendant l'alternative (l. 13, ff. Quand. dies tegat.; Ducaurroy, Inst., n°601).

V. Legs.

205. On peut assigner à l'exécution d'une obligation conditionnelle une époque autre que celle de l'accomplissement de la condition; mais le peut-on, lorsque cette époque précède la réalisation de la condition? Tel était, à Rome, l'effet de la condition prépostère, dont la stipulation suivante nous offre un exemple: Si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? Cette stipulation, dans laquelle, selon l'expression de Vinnius, le stipulant siliam vult nasci antè matrem, était réprouvée par l'ancien droit romain. L'empereur Léon la permit dans les conventions dotales, et Justinien, transformant cette exception en règle générale, décida que la condition prépostère pourrait être valablement insérée dans les testaments et dans les conventions. Les dispositions soumises à cette modalité étaient réputées conditionnelles, et ne s'exécutaient qu'après l'accomplissement de la condition (l. 25, Cod. De testament; Inst., De inutil. stipul., § 14; Vinnius, hic.). 206. Dans le silence de la jurisprudence et de la doctrine, nous déciderions que la condition prépostère est permise aujourd'hui : une disposition aussi bizarre se présentera rarement sans doute; mais ne pourrait-on pas, ainsi que l'a enseigné M. Ortolan (Instit., liv. 3, tit. 19, § 14), « lui donner ce sens raisonnable, que, la condition s'accomplissant plus tard, le paiement serait effectué, tant pour les fruits ou pour les intérêts que pour tous autres accessoires, comme si ce paiement avait dû être fait au jour même de la stipulation?»

207. Les conditions qui avaient pour effet de rendre les institutions ou les legs captatoires, étaient réprouvées par les lois romaines: elles étaient apposées dans le but de provo-

quer une libéralité réciproque au profit du testateur. Ces conditions, dont les textes offrent de nombreux exemples (l. 71, ff. De heredib. instit), n'étaient pas simplement réputées non écrites, elles viciaient totalement, même dans le testament militaire, les institutions d'héritiers ou les legs qui y étaient subordonnés (l. 64, ff. De legat. 1°; l. 70, ff. De heredib. instit.; l. 11, Cod., De testam. milit.). On les distinguait avec soin des conditions conçues in præteritum et des libéralités mutuelles qui étaient permises. (V. Vinnius, Instit., De heredib. instit., \$9, n° 1.) — V. Legs, Testament.

SECT. 2. — Influence des conditions prohibécs sur les dispositions qui y sont subordonnées.

208. Toute disposition soumise à une condition prohibée n'est pas frappée de nullité par la loi; il existe, sur ce point, dans la législation et dans la doctrine, des distinctions dont plusieurs sont, il faut le dire, difficiles à justifier. On a distingué, à l'égard des conditions impossibles, si l'impossibilité est physique ou morale, et si la condition est positive ou négative; on a encore distingué à l'égard des conditions impossibles, immorales ou illicites, si elles sont apposées à une donation entre viss ou testamentaire, ou si elles le sont à un contrat. « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, porte l'art. 900 du Code civil, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites, » tandis qu'aux termes de l'art. 1172, « toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. »

Il existe, comme on voit, entre l'art. 900, qui annule la condition en maintenant la disposition principale, et l'art. 1172, qui les annule toutes deux, une antinomie de principes que les interprètes ont, à notre avis, vainement tenté d'expliquer.

209. Est-il vrai, comme on l'a enseigné (Dalloz, v° Disposition entre vifs, ch. 1, t. 5, p. 186), que la contradiction dont il s'agit existat dans les lois romaines? L'affirmative semble résulter de plusieurs textes, et notamment de la combinaison des §§ 10, Inst., De heredib. instit. et 11, Instit., De inutil. stipul.

Mais il est à remarquer, d'une part, que

certaines conditions prohibées, telles, par exemple, que les conditions désignées par les docteurs sous le nom de perplexæ (1. 16, ff. De condit. inst.), et les conditions impossibles propter personæ qualitatem, n'étaient pas seulement réputées non écrites, mais viciaient les dispositions testamentaires qui en dépendaient (V. Janus à Costa, Instit., De hered. inst., § 10). Il résulte, en outre, d'un texte de Gaïus, que la différence consacrée par Justinien entre les testaments et les contrats ne fut jamais admise par les Proculiens, et que les Sabiniens qui la firent prévaloir convenaient eux-mêmes qu'il était à peu près impossible de la justifier, et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest (Gaïus, Instit., liv. 3, § 98). Il faut donc reconnaître que, dans les vrais principes de la législation romaine, l'insertion d'une condition impossible ou illicite entraînait la nullité des testaments comme celle des contrats, et que ce n'est que par suite de l'extrême faveur dont jouissaient les dispositions testamentaires, que l'on introduisit une distinction impossible à justifier, et qui, du reste, ne s'appliquait ni à la donation entre vifs, ni même à la donation mortis causa (V. Ducaurroy, Instit., nos 600, 1009).

210. Les interprètes qui ont écrit avant la découverte des institutes de Gaïus ont essayé de découvrir cette idonea diversitatis ratio que les Sabiniens avaient vainement cherchée. On peut consulter sur ce point Cujas (l. 7, ff. De verb. oblig.), Janus à Costa (Instit., De heredit. inst., § 10) et Vinnius, eod., n° 2 et 3).

211. La distinction consacrée par Justinien fut admise dans notre ancien droit, même dans les pays de coutume (Toullier, t. 5, n° 245). Une condition impossible ne peut, disait-on, suspendre ni l'effet ni l'exécution d'une disposition, puisque ce n'est pas une condition proprement dite. Le legs subordouné à une pareille condition doit donc être réputé pur et simple, car, entre une prétendue condition qui ne peut subsister, et un legs fondé sur la volonté du défunt, il faut préférer le legs. Le testateur a, en effet, témoigné qu'il voulait que la chose léguée appartînt au légataire plutôt qu'à ses héritiers (Ricard, Disposit. condit., n° 223).

212. Cette doctrine fut proscrite dans plusieurs parties de l'Europe; et, comme l'a dit Toullier (n° 245), les jurisconsultes philosophes rejetèrent, comme injuste et déraisonnable, la distinction du droit romain, celle du moins qui avait prévalu au temps de Justinien. Grotius en particulier la combattit, et son opinion fut consacrée par le Code-Frédéric (2° part., liv. 7, tit. 13, § 5, n° 1) et par le Code Prussien (t. 1, n° 584, p. 458). L'article 559 du Code du canton de Vaud a toutefois reproduit la disposition de l'article 900 du Code civil.

213. La législation intermédiaire ne se contenta pas de maintenir la distinction que l'ancien droit avait adoptée. La loi du 5 septembre 1791, confirmée par celles des 5 brumaire et 17 nivôse an 11, déclara que les clauses impossibles ou illicites seraient réputées non écrites, non-seulement dans les testaments, mais même dans les donations entre vifs et autres actes. L'application de ces lois, qui restèrent en vigueur jusqu'à la promulgation du Code civil (Toullier, t. 5, n° 250; Merlin, Répert., v° Condition, sect 2, § 5), a fait naître une foule de questions transitoires. (V. Chabot, Quest. transit., v° Conditions concernant les mariages.)

214. Les rédacteurs du projet de Code civil se contentèrent d'ajouter à la sin de l'article 67 du titre Des conventions en général, qui est devenu l'article 1172 du Code, « qu'il en est autrement à l'égard des dispositions testamentaires; » mais cette disposition qui pouvait s'entendre en ce sens, « que la condition elle-même n'est pas nulle » (V. les Observations de la cour de Lyon, Fenet, t. 4, p. 135) fut supprimée, et l'art. 900 paraît avoir été voté sans discussion. (V. Locré, Législation civile, t. 11, p. 7, 88 et 108.) D'après ce que rapporte M. Malleville (t. 2, p. 314, et t. 3, p. 43), l'art. 900 aurait été considéré comme une exception à la règle générale posée dans l'art. 1172, et cette exception aurait paru justifiée par la faveur due aux dispositions à titre gratuit.

215. Les jurisconsultes qui ont écrit depuis la promulgation du Code ont reproduit, pour concilier les articles 900 et 1172, les explications à l'aide desquelles les anciens interprètes avaient prétendu justifier la doctrine des Sabiniens. (V. Toullier, t. 5, n° 241 à 247; id., t. 6, n° 485; Duranton, t. 8, n° 100 à 107; Delvincourt, t. 1, p. 229, note 3; Grenier, Donations, t. 1, n° 149; Rolland de Villargues, v° Condition, n° 143; Demante, Programme du cours de Code civil, t. 2, n° 248; Locré, Législat. civile, t. 12, n° 59,

p. 388.) On a même été plus loin, et l'on a nié qu'il existât une contradiction entre les articles 900 et 1172 (V. Fenet, t. 13, p. 240).

216. Il nous paraît aussi impossible de nicr que d'expliquer la contradiction dont il s'agit, et nous préférerions aux nombreux moyens de conciliation qui ont été proposés l'aveu fait par M. Maleville, que l'article 900 est du nombre de ceux qui doivent éprouver une réforme dans la révision du Code civil (Toullier, t. 5, nº 247).

217. Jusqu'à cette réforme, l'article 900 est incontestablement applicable; mais toutes les fois que le doute sera possible, l'article 1172 devra, ce nous semble, être suivi.

Nous n'hésiterions pas, par exemple, à prononcer, aux termes de l'article 1172, la nullité des libéralités soumises à des conditions prohibées, si ces libéralités n'avaient pas été faites dans les formes prescrites pour la validité des actes portant donation entre vifs (931). (V. Favard, Répert., v° Donation entre vifs, sect. 1, § 2, n° 3; — Cass. 11 juin 1811; cet arrêt est rapporté par Duranton, t. 8, n° 108).

Nous n'hésiterions pas non plus à appliquer l'article 1172 aux actes qui, bien que revêtus des formes extérieures de la donation entre vifs, ne contiendraient en réalité que des contrats proprement dits. Les expressions employées et les formes suivies par les contractants ne doivent jamais empêcher les juges de rechercher la véritable nature des engagements (Duranton, t. 8, nº 110; Rolland de Villargues, vº Donation, nº 357. — Contrà, Coin-Delisle, nº 4).

218. Lorsqu'un acte renferme plusieurs dispositions distinctes, il faut examiner si les conditions qu'on y a apposées s'appliquent à toutes les dispositions, ou seulement à quelques-unes d'entre elles. Ainsi, par exemple, si l'on a inséré dans un contrat de mariage des conditions prohibées, les clauses auxquelles s'appliquent ces conditions et celles qui s'y rattachent comme conséquences seront nulles; les autres dispositions du contrat ne le seront pas.

Si ces conditions s'appliquaient à une donation entre vifs contenue au contrat de mariage, elles seraient réputées non écrites et la donation aurait son effet (Duranton, t. 14, nºº 33, 34).

219. Lorsqu'un acte renserme une libéralité au prosit d'un tiers (C. civ., 1121, 1973), il faut distinguer si la condition prohibée a été apposée à la disposition principale ou à celle faite au profit du tiers. Dans le premier cas, on devra appliquer l'article 900 ou l'article 1172, selon qu'il s'agira d'une donation ou d'un contrat; et s'il s'agit d'un contrat, sa nullité entraînera celle de la libéralité accessoire. Dans le second cas, nous inclinerions à appliquer l'article 1172, plutôt que l'article 900.

220. L'article 900 ne parlant pas, comme la loi du 5 septembre 1791, « des donations et autres actes, » ne nous paraît applicable qu'à la donation entre vifs proprement dite. Nous appliquerions, au contraire, l'art. 1172 aux divers contrats de bienfaisance, tels, par exemple, que le prêt à usage, le dépôt et le mandat.

221. Nous appliquerions également l'article 1172 aux dispositions à titre gratuit qui ne sont, à proprement parler, ni des donations entre vifs, ni des contrats. C'est ainsi que nous annulerions la remise de la dette (C. civ., 1282), celle de la solidarité (C. civ., 1210) et celle du cautionnement (C. civ., 1287), faites sous une condition prohibée.

222. Les interprètes qui ont prétendu justifier la disposition de l'article 900 ont avoué que son application pourrait être quelquesois sérieusement contestée, à l'égard surtout de la donation entre vifs. S'il était constant, en fait, que le donataire connaissait l'impossibilité de la condition, ou s'il avait promis, en acceptant la libéralité, de commettre une action criminelle, il serait bien dissicile, malgré le texte de l'article 900, de se borner à réputer la condition non écrite, et de ne pas prononcer la nullité de la disposition. — V. Donation.

223. Il est à remarquer que plusieurs articles du titre *Des donations* dérogent d'une manière formelle à l'article 900, et appliquent aux libéralités entre vifs la doctrine consacrée par l'article 1172 pour les contrats. Tels sont les articles 896, 944, 945 et 946, que les interprètes ont signalés comme contenant des exceptions à l'article 900. (Delvincourt, t. 1, p. 268, note 2; Duranton, t. 8, n° 90; Toullier, t. 5, n° 13; Grenier, *Donations*, t. 1, p. 104, n° 3; Merlin, *Répert.*, v° Substit. Fideicommis., sect. 1, § 14, n° 2.)

224. La combinaison des articles 900 et 1172 a fait naître une difficulté assez grave : on s'est demandé si le mot condition doit être pris dans le même sens dans ces deux articles.

Il paraît certain que, dans l'article 900, le législateur a entendu parler non-seulement de la condition proprement dite, c'est-à-dire du cas d'un événement futur et incertain, mais encore des charges dont une disposition peut être grevée. Ainsi, soit que le disposant ait légué un objet à Titius, s'il fait telle chose illicite, ou si tel événement impossible arrive, soit qu'il ait chargé Titius de faire une chose contraire aux lois ou aux mœurs, la charge ou la condition sera seule rejetée, et la libéralité aura son effet (Duranton, t. 8, nº 111).

Le sens du mot condition, dans l'article 1172, est beaucoup plus douteux. Selon quelques interprètes, il ne faut entendre par condition dans cet article, que le cas d'un événement futur et incertain, et il ne faudrait pas annuler les conventions contenant des charges ou clauses prohibées, lors même que ces charges auraient été stipulées sous le mode conditionnel (Duranton, t. 11, nº 36). Selon d'autres, au contraire, la loi, dans l'article 1172, « confondant les charges avec les conditions proprement dites, a voulu dire que la partie à laquelle une charge pareille serait imposée ne serait pas tenue de la remplir. » (Demante, Programme du Cours de Code civil, t. 2, nº 607.)

225. La disposition des art. 1172 et 1173 du Code civil s'applique à la condition résolutoire comme à la condition suspensive. L'obligation contractée sous la condition résolutoire de faire une chose impossible ou illicite, doit être déclarée nulle.

## CHAP. 4. — De l'effet des conditions.

226. L'effet principal de toute condition est de suspendre, soit la naissance de l'obligation lorsque la condition est suspensive, soit sa résolution lorsque la condition est résolutoire. Cette suspension produit d'importantes conséquences: nous allons les parcourir, tant à l'égard de la condition suspensive que de la condition résolutoire.

## SECT. 1rc. - Effets de la condition suspensive.

227. Trois époques distinctes sont à considérer pour déterminer les effets de la condition suspensive : 1° celle où la condition est encore pendante; 2° celle où la condition est accomplie; 3° celle où la condition est défaillie.

§ 1er. — Effets de la condition suspensive lorsqu'elle est pendante.

228. Tant que la condition suspensive est pendante, l'obligation n'existe point encore, et l'on s'est demandé si celui au profit duquel elle a été contractée doit être réputé créancier.

Les jurisconsultes romains paraissent avoir été divisés sur ce point. Selon les uns, il ne résultait aucun lien d'une obligation conditionnelle, tantùm spes est debitum iri (Inst., De verb. oblig., § 4), et le stipulant n'avait que l'espoir de devenir créancier. Selon d'autres, le titre de créancier appartenait à celui qui avait stipulé sous condition. (l. 42, ff. De oblig. et act.)

Cette contradiction, qui existe plus encore dans les termes que dans les principes du droit, s'explique en remarquant que si la stipulation conditionnelle ne constitue point la dette, mais seulement l'espoir et la possibilité d'une dette qui ne prendra naissance qu'après la réalisation de la condition, cette stipulation ne laisse cependant rien à la discrétion du promettant, et que s'il n'y a pas de dette, il y a cependant un lien. — V. Ducaurroy, Instit., nos 966-968.

2?9. Les rédacteurs du Code civil semblent avoir adopté la doctrine des jurisconsultes romains. Si, aux termes des articles 1168, 1181, l'obligation conditionnelle n'existe pas encore, les articles 1180 et 1182 prouvent qu'il existe cependant un créancier et un débiteur.

Posons donc en principe que si le droit qui doit dériver du contrat n'existe pas encore, il existe cependant un droit quelconque, et que si l'obligation est incertaine, la convention ne l'est pas : jusqu'à ce que l'espérance du créancier soit réalisée ou détruite, le débiteur ne peut se soustraire à l'engagement qu'il a pris.

230. Tant que la condition suspensive est pendante, existe-t-il un contrat, et, soit que ce contrat existe, soit qu'il n'existe pas, l'une des parties peut-elle discéder sans le consentement de l'autre?

M. Troplong, qui examine ces questions à l'égard de la vente, décide (Vente, t. 1, n° 54) que « lorsque la condition est suspensive, la vente est parfaite en ce sens que l'une des parties ne peut en discéder sans le consentement de l'autre. »

La première partie de cette proposition a été vivement attaquée, et l'on a soutenu, avec raison, que, sous l'empire du Code comme sous celui de l'ancienne jurisprudence, le contrat conditionnel n'existe pas encore et ne prendra naissance qu'à l'événement de la condition.

Faut-il toutesois conclure de cette solution, importante au point de vue siscal, que l'une des parties puisse, en discédant, pendente conditione, enlever à l'autre l'espérance qu'elle lui a consérée? Non, sans doute; cette espérance est irrévocable, elle résulte d'une convention actuelle et parsaite; mais le contrat conditionnel n'existe pas encore, et, comme l'a dit Faber (liv. 3, tit. 39, desinit. 23, note 33): Quamdiù conditio pendet, quod sub conditione factum est nihil est. (V. Championnière et Rigaud, Droits d'enregist., nos 687 à 694.)

Lorsque les parties ont pris pour condition (V. n° 7) un événement déjà arrivé, mais inconnu d'elles, le contrat existe; il est pur et simple, et l'un des contractants ne peut, jusqu'à ce que la connaissance de l'événement soit acquise, discéder sans le consentement de l'autre.

231. Il est'aujourd'hui reconnu que les dispositions soumises à une condition suspensive ne sont passibles que du droit fixe, et qu'il n'y a ouverture au droit proportionnel que lorsque la condition se réalise. La jurisprudence est fixée sur ce point, et les prétentions de la régie, souvent reproduites, ont été constamment repoussées par la Cour de cassation. (Cass. 28 janv. 1819, S.-V. 19. 1. 262; J. P. 3º édit.; D. A. 7. 82; — id. 24 décemb. 1821, S.-V. 22. 1. 335; J. P. 3° edit.; D. A. 7. 83; - id. 19 juin 1826, S.-V. 27. 1. 447; J. P. 3º édit.; D. P. 26. 1. 328; — id. 27 mai 1823, S.-V. 24. 1. 31.; J. P. 3º édit.; D. A. 7. 195; - id. 13 avril 1825, S.-V. 26. 1. 191; J. P.  $3^{e}$  édit.; D. P. 25. 1. 270; -id. 12 juill. 1832, S.-V. 32. 1. 616; J. P. 3e édit.; D. P. 32. 1. 335; — id. 10 janv. 1833, S.-V. 33. 1. 129; J. P. 3° édit.; D. P. 33. 1. 56.)

Quelques actes toutesois, bien que soumis à une condition suspensive, sont passibles du droit proportionnel: tel est le contrat de mariage pour les donations qu'il contient. (V. Rolland de Villargues, v° Enregistrement, n° 119 et 120.)

232. Tant que la condition reste en suspens, la propriété de la chose qui a été promise appartient au débiteur : ce principe, consacré par les lois romaines (l. 12, § 2, ff. Famil. ercisc.; l. 8, ff. De pericul. rei vend.), est

fondé sur ce que celui auquel la chose doit ètre livrée sous condition ne pouvant avoir la propriété que lorsque la condition sera accomplie, il faut que, jusque-là, cette propriété repose sur la tête de quelqu'un; or, il est évident que ce ne peut être que sur la tête du débiteur. (Toullier, t. 6, n° 526; Pothier, Vente, n° 312; Troplong, Vente, n° 54.)

233. Ce que nous venons de dire de la propriété s'applique également à la possession, qui reste provisoirement entre les mains du débiteur. (Rolland de Villargues, v° Condit., n° 206.)

234. Le débiteur fait les fruits siens, pendente conditione. Cette décision, conforme aux lois romaines (l. 8, ff. De pericul. rei vend.), est fondée, en droit, sur ce que le débiteur, qui est encore propriétaire, doit recueillir les fruits jure soli, et, en équité, sur ce qu'il serait injuste que le créancier qui, avant l'événement de la condition, ne doit pas le prix de la chose, ni par conséquent les intérêts de ce prix, recueillît les fruits. (Cujas, Recitat.; 1. 13, § 10, ff. De act. empt.; Troplong, Vente, nº 322.) On a prétendu que le débiteur fait les fruits siens, aux termes des art. 549 et 550, en qualité de possesseur de bonne foi (Toullier, t. 6, nº 545); mais il est évident que le débiteur n'est pas possesseur de bonne foi, et que s'il est provisoirement propriétaire, il sait qu'il peut cesser de l'être (C. civ., 2240, 2257).

235. La chose continue à être aux risques de celui qui l'a promise, et l'art. 1182 du Code civil met à sa charge la perte totale arrivée par cas fortuit : l'obligation de donner n'existant pas encore, la chose qui en est l'objet ne peut pas être aux risques du créancier. (Zachariæ, t. 2, § 302.)

236. Le débiteur conserve la libre disposition de la chose : il peut, en conséquence, l'aliéner à titre gratuit ou onéreux, et la grever d'usufruit, de servitudes ou d'hypothèques; mais les aliénations et les charges, valablement consenties pendente conditione, sont résolubles si la condition vient à s'accomplir. Telle était la décision des lois romaines, consacrée par les art. 2125 et 2182 du Code civil. (l. 69, § 1; l. 81, ff. De legat. 1°; l. 54, ff. De regul. jur.; Toullier, t. 6, n° 526; Troplong, Vente, n° 54.)

237. Il est reconnu aujourd'hui que, nonobstant l'article 2257, et bien que la prescription des créances conditionnelles soit suspendue jusqu'à l'événement de la condition (l. 7, § 4, Cod. De præcrip. trigent. ann.), les tiers détenteurs peuvent prescrire pendente conditione. La loi 3, § 3, Cod., Commun. de legat., n'est plus applicable, et le créancier qui peut exercer avant l'accomplissement de la condition tous les actes conservatoires de son droit (C. civ., 1180), doit s'imputer de n'avoir pas interrompu la prescription. (Toullier, t. 6, n° 527; Grenier, Hypothèques, n° 518; Troplong, Vente, n° 57, Hypothèques, t. 4, n° 886, Prescription, n° 791; Duranton, t. 11, n° 71.)

238. Le débiteur sub conditione étant propriétaire, aurait incontestablement l'action en revendication contre le créancier qui s'emparerait de la chose due avant l'accomplissement de la condition (l. 32, § 1, ff. De legat., 2°; Rolland de Villargues, eod., n° 212).

239. Ce titre de propriétaire ne paraît pas permettre au débiteur d'avoir des servitudes sur l'immeuble qui est l'objet de l'obligation. Ainsi, en matière de legs, les servitudes dues à l'héritier par le fonds légué sub conditione, sont éteintes par l'effet de la confusion (Rolland de Villargues, eod., n° 211).—V. Servitude.

240. Le paiement fait par erreur avant l'accomplissement de la condition est sujet à répétition, aux termes des articles 1376, 1377 du Code civil : c'est une conséquence du principe que l'obligation n'existe pas encore. — V. Paiement de l'indu, Répétition.

241. L'article 1258, § 5, a consacré une autre conséquence du même principe, en déclarant que, pour que les offres réelles soient valables, il faut que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée. — V. Offres.

La compensation ne peut avoir lieu pendente conditione. — V. Compensation, nº 65.

242. Quoique le créancier conditionnel n'ait qu'une simple espérance, spes debitum iri, il est incontestable que cette espérance constitue ce que les jurisconsultes nomment un droit éventuel, droit qui, pour être incertain et contingent, n'en est pas moins irrévocable et ne peut être enlevé à celui qui en est investi que de son consentement. Ce droit ne peut s'évanouir que par le défaut d'accomplissement de la condition (Toullier, t. 5, nos 527 et 528).

243. Ce droit éventuel fait partie des biens du créancier; il peut être aliéné, mais l'aliénation qui sera maintenue si la condition

vient à s'accomplir, sera résolue si elle ne s'accomplit pas (arg. de l'art. 2125 C. civ.; Toullier, t. 6, nº 529).

244. Ce droit est évidemment transmissible aux héritiers, à moins toutefois que la condition ne soit personnelle, *injuncta personæ*, ou de telle nature qu'elle ne puisse être accomplie par les héritiers. (V. Toullier, t. 6, n° 530.)

245. Ce droit, lorsqu'il est mobilier, tombe dans la communauté conjugale. — V. Communauté conjugale, n° 33.

246. Une créance conditionnelle faisant partie des biens du créancier doit être comprise dans la masse que l'on forme à l'époque du décès, pour déterminer quelle est la portion dont le défunt a pu disposer (art. 922).

V. Portion disponible, Réduction.

247. C'est d'après la loi en vigueur au moment du contrat, et non d'après celles qui auraient pu être portées entre cette époque et celle de l'accomplissement de la condition, que doivent être réglés les droits du créancier conditionnel (Merlin, Répert., v° Effet rétroactif, sect. 3, § 2, n° 4; Rolland de Villargues, eod., n° 217).

248. Investi d'un droit dont il ne peut dépendre du débiteur de paralyser les effets éventuels, le créancier peut faire tous les actes conservatoires qu'il juge nécessaires. En réputant créanciers conditionnels ceux auxquels nondùm competit actio (l. 54, ff. De verb. signif.), les jurisconsultes romains n'entendaient parler que des actions qui supposent un droit acquis. Le principe consacré par l'art. 1180 du Code civil était admis dans notre ancienne jurisprudence (Pothier, Obligations, n° 222; Ricard, Substitutions, ch. 13, n° 89).

L'article 75 du projet (art. 1181) portait que l'obligation conditionnelle n'existe qu'après l'accomplissement de la condition. La section de législation du tribunat fit observer que ces mots semblaient exclure le droit de faire, avant l'événement, des actes conservatoires, et que l'intention du législateur n'était pas sans doute de prononcer cette exclusion (Fenet, t. 13, p. 149). C'est par suite de cette observation que l'on déclara que « l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement. »

249. En permettant au créancier conditionnel de faire « tous les actes conservatoires de son droit, » l'article 1180 a fait naître une foule de questions; elles se réduisent toutes à savoir si tel acte destiné à protéger les droits éventuels du créancier, et à empêcher la perte ou la diminution des sûrelés que lui offrait le débiteur lorsque la convention est intervenue, doit être ou non réputé conservatoire.

250. Il est universellement reconnu qu'une hypothèque conventionnelle peut ètre consentie pour sûreté d'une créance conditionnelle (l. 5 et 13 § 5, ff. De pign.), et que le créancier a le droit de prendre inscription, pendente conditione (C. civ., 2132, 2148, 4°); mais la question de savoir s'il peut exiger de son débiteur des sûretés, telles qu'un gage ou une hypothèque, est fort controversée (Rolland de Villargues, eod., n° 221).—V. Gage, Hypothèque, Hypothèque judiciaire.

251. Le créancier a incontestablement le droit de requérir la transcription, si, comme dans le cas d'une donation entre vifs conditionnelle, cette formalité est nécessaire pour ne pas perdre les avantages de la rétroactivité (C. civ., 1179).

252. Le droit de prendre inscription et de transcrire emporte celui d'assigner, pendente conditione, en déclaration d'hypothèque.

253. Le créancier a également le droit d'interrompre contre les tiers detenteurs les prescriptions, et d'empêcher les déchéances qui pourraient lui être préjudiciables (Toullier, t. 6, n° 528; Rolland de Villargues, eod., n° 211, 227).

254. Si l'objet de l'obligation est un corps certain et déterminé, le créancier a le droit d'empêcher les détériorations qui proviendraient du fait du débiteur. Dans le cas, par exemple, de la vente conditionnelle d'une forêt, il pourrait s'opposer à une coupe extraordinaire.

255. Le droit d'assigner en reconnaissance d'écriture et de poursuivre, en cas de dénégation, la vérification en justice (C. de pr. 193, 195) appartient au créancier conditionnel, car les preuves qu'il peut avoir à sa disposition sont souvent de nature à disparaître ou à s'altérer.

256. Le droit de provoquer, en cas de présomption d'absence, les mesures conservatoires que peut réclamer l'état des biens de son débiteur lui appartient également : il est partie intéressée dans le sens de l'article 112.

V. Absent, nos 42, 43, 44.

257. Si le débiteur est mineur, le créancier conditionnel a le droit de faire convoquer le conseil de famille (C. civ., 406), et de provoquer la nomination d'un tuteur ou d'un su-

brogé tuteur (C. civ., 420). Le droit de poursuivre la destitution du tuteur ne paraît pas lui être accordé par le Code (C. civ., 446).

258. Le créancier conditionnel peut requérir l'apposition des scellés et s'opposer à leur levée (C. civ., 820, 821; C. de pr., 926, 927). — V. Scellés.

259. Le droit de conserver les biens du débiteur pour être payé à l'arrivée de la condition, ne donne pas au créancier la faculté de faire des saisies, soit mobilières, soit immobilières (C. civ., 2213; C. de pr., 551). La question de savoir si la saisic-arrêt lui est permise est vivement controversée. — V. Saisie-arrêt.

260. Lorsque les biens du débiteur ont été saisis et vendus à la requête d'autres créanciers, Pothier enseigne (Obligations, n° 222) que le créancier conditionnel a le droit de se faire colloquer sur le prix. Sur la marche à suivre dans ce cas, V. Contribution, Ordre.

261. L'article 444 du Code de commerce étant muet à l'égard des créances conditionnelles, la question de savoir comment doivent être réglés les droits du créancier, en cas de faillite, constitue une grave difficulté. — V. Faillite.

262. Les créanciers conditionnels peuvent aujourd'hui, comme ils le pouvaient à Rome (l. 4, ff. De separat.) et dans notre ancien droit (Pothier, Successions, p. 613; Domat, liv. 3, tit. 2, sect. 1, n° 4), demander, aux termes de l'article 878, la séparation des patrimoines (Chabot, Successions, art. 878, n° 4; Toullier, t. 4, n° 545; Duranton, t. 7, n° 471). On a toutefois proposé, dans l'intérêt des créanciers de l'héritier, d'apporter quelques restrictions à cette décision.—V. Séparation des patrimoines.

263. Les créanciers conditionnels des héritiers peuvent s'opposer à ce que le partage soit fait en leur absence, et y intervenir à leurs frais (C. civ., 882).

264. Ces créanciers peuvent-ils invoquer le bénéfice des articles 1446, 1447? — V. Séparation de biens.

265. Peuvent-ils demander, du chef de leur débiteur, la réduction ou le rapport (C. civ., 857, 921, 1166)? — V. Rapport, Réduction.

266. Peuvent-ils enfin attaquer, aux termes de l'article 1167, les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits?—V. Contrat, Fraude, Révocatoire (action).

267. Les actes conservatoires ne sont pas

susceptibles d'une énumération complète (Zachariæ, t. 2, § 311). Ceux que nous venons de citer ne sont que de simples exemples.

268. Les effets que nous venons de signaler sont généralement applicables aux conditions apposées aux dispositions testamentaires, comme à celles qui sont insérées dans les contrats. Ainsi, au moment de la mort du testateur, la disposition conditionnelle devient parfaite et irrévocable; le légataire peut faire les actes qui tendent à conserver le droit éventuel qui repose sur sa tête, droit dont il peut disposer et à l'égard duquei il peut saire toute espèce de conventions, soit avec les héritiers du testateur, soit avec les créanciers de la succession (Toullier, t. 6, nos 531, 532; Rolland de Villargues, vo Condition, nos 224 à 229).

269. Il existe toutefois, entre la position du légataire et celle du créancier pendente conditione, des différences essentielles : 1° le créancier peut, avant l'accomplissement de la condition, renoncer à sa créance, tandis que cette faculté est contestée au légataire (V. Toullier, t. 6, nº 533; Rolland de Villargues, eod., nº 230; Fern. de Retes, 5.146. 4); 2º les dispositions testamentaires subordonnées au cas où le légataire ne fera pas telle chose, sont plutôt considérées comme modales que comme conditionnelles (V. Furgole, ch. 7; sect. 4, nos 3 et 4; Toullier, t. 6, no 535; Rolland de Villargues, eod., nº 232); 3º enfin, et cette différence est d'une grande importance, le légataire qui meurt avant l'accomplissement de la condition ne transmet point a ses héritiers le droit éventuel qu'il avait, tandis que les droits du créancier mort, pendente conuitione, passent à ses successeurs. Cette différence, consacrée par les articles 1040 et 1179 du Code civil, existait dans le droit romain (Instit., Deverb. oblig., § 1; 1.59, ff. De condit. et demonst.). Les interprètes se sont accordés à reconnaître qu'elle tient à ce que, dans les contrats, on est toujours présumé stipuler pour soi et ses héritiers (C. civ., 1122), tandis qu'un legs n'est réputé fait qu'en considération de la personne même du légataire et non de ses héritiers. - V. Legs.

\$ 2.—Effets de la condition suspensive lorsqu'elle est accomplie.

270. L'accomplissement de la condition suspensive produit deux effets:

teurs, la disposition qui, jusque-là, n'était qu'incertaine, et il la rend semblable à la disposition pure et simple: Conditione expleta, dit Pomponius (1. 26, ff. De condit. instit.) pro eo est.... quasi purè legatum relictum sit:

2º Il rétroagit au jour auquel l'engagement a été contracté (C. civ., 1179).

271. Du moment où la disposition est ainsi purifiée, la chose est due au créancier par le seul effet de la loi et sans aucune demande ni poursuite; si le fait de la réalisation de la condition est contesté, les magistrats doivent en connaître; mais ils ne pourraient, sans violer la loi, juger que l'arrivée de l'événementn'a pas rendu définitive l'obligation qui, jusque-là, était en suspens. (Toullier, t. 6, nº 553; Rolland de Villargues, eod., nºs 233 à 236.)

272. Ainsi, par exemple, le légataire qui meurt après l'accomplissement de la condition, transmet à ses héritiers son droit à la chose léguée, lors même qu'il n'aurait encore intenté aucune action pour la réclamer. (l. 12. § 7, ff. quand. dies legat; Rolland de Villargues, eod., nº 237.)

273. Ainsi, la prescription commence à courir contre le créancier au jour de l'accomplissement de la condition. (C. civ., 2257.)

274. C'est aussi du moment où la condition se réalise que la chose due commence à être aux risques du créancier. (l. 8, ff. De periculo rei vendit.)

275. La rétroactivité attachée à la réalisation de la condition par l'art. 1179 du Code civil, d'après le Droit romain (l. 78, ff. De verb. oblig.; l. 18, § 1, ff. De regul. jur.) et d'après la doctrine des anciens auteurs (Pothier, Obligations, nº 220), a des résultats importants. Les rédacteurs du Code civil n'en ont signalé qu'un seul, en déclarant que « si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.»

La doctrine a dû rechercher les autres conséquences de cette rétroactivité, et fixer des limites à son application.

276. On s'est demandé d'abord si la condition accomplie a un effet rétroactif dans les testaments comme dans les contrats. Les interprètes sont divisés: Pothier semble (ibid., nº 220) rejeter la rétroactivité à l'égard des legs, tandis que Furgole l'a vivement soutenue. (Testaments, ch. 7, sect. 4, nº 144.)

On a trop exagéré, à notre avis, l'impor-1º Il purifie, suivant l'expression des doc- tance de cette question, dont la solution eût été bien plus facile, si, au lieu d'établir une théorie absolue, on s'était simplement demandé si toutes les conséquences de la rétroactivité qui sont applicables aux contrats, le sont également aux dispositions testamentaires. C'est en généralisant trop la question qu'on l'a rendue presque insoluble.

Il faut admettre, ce nous semble, que, dans les testaments, la condition accomplie a, mais sous certains rapports et à certains égards seulement, un effet rétroactif au jour du décès du testateur. L'art. 1040 du Code civil appliquant au droit français le principal effet de la règle du dies cedit des Romains, prouve que la rétroactivité ne va pas jusqu'à rendre le droit éventuel du légataire transmissible à ses héritiers, comme celui du créancier (C. civ., 1179); mais il serait aussi inexact de conclure de cette non-transmissibilité que la condition accomplie ne rétroagit pas dans les legs, qu'il est inexact de dire, d'une manière absolue, que « la condition a un effet rétroactif aussi bien dans les testaments que dans les contrats. » (Rolland de Villargues, vo Condition, no 241; Merlin, Répert., vº Substit. Fidéicomis., sect. 8, nº 11: Testament, sect. 3.)

C'est en distinguant les diverses conséquences de la rétroactivité que Toullier, qui d'abord l'avait niée à l'égard des legs (t. 5, n° 91), l'a ensuite admise (t. 6 n° 544), et a reconnu que « toute cette dispute n'est qu'un malentendu, et que les deux opinions peuvent se concilier. » (Duranton, t. 10, n° 310, 311, 312; t. 11, n° 66.)—V. Legs.

277. Lorsque le corps certain et déterminé qui formait l'objet de l'obligation a péri ou s'est détérioré, pendente conditione, et qu'ensuite la condition se réalise, il semblerait résulter du principe de rétroactivité consacré par l'art. 1179 du Code civil, que la perte et les détériorations survenues par cas fortuit devraient être à la charge du créancier : si, en effet, expletà conditione, l'obligation est censée avoir été pure et simple dès le principe, la chose devrait être, ab initio et sans distinction, aux risques du créancier.

Il n'en n'est pas ainsi, et l'art. 1182 a distingué le cas de la perte totale de la chose, de celui où la chose est simplement détériorée.

278. Si la chose périt entièrement sans la faute du débiteur, l'accomplissement de la condition ne pouvant réaliser une obligation sans objet, les deux contractants sont réciproquement quittes l'un envers l'autre : le débi-

teur ne peut réclamer l'exécution de l'obligation consentie à son profit en échange de celle qu'il avait contractée lui-même; cette dernière obligation est censée n'avoir jamais existé faute d'objet, et la première doit également être réputée n'avoir jamais existé faute de cause (V. Pothier, Oblig., nº 219). C'est ainsi que les interprètes justifient la disposition de l'art. 1182, qui déclare que « si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur. l'obligation est éteinte. » Cette dernière locution est évidemment inexacte, car, loin d'être éteinte (1302), l'obligation n'a jamais existé (Toullier, t. 6, nº 538; Duranton, t. 11, nos 74. 76; Zachariæ, t. 2, § 302; Demante, Programme, t. 2, nº 616; Troplong, Vente. nº 406).

279. On pourrait toutesois, par une clause spéciale, déclarer que la perte de la chose survenue, pendente conditione, serait supportée par le créancier (l. 10, ff. De pericul. rei vend.). Remarquons avec M. Duranton (n° 77) que, dans le cas même de cette clause, si la condition ne se réalisait pas, il n'y aurait jamais eu de contrat, et qu'en conséquence le prix ne serait pas dû, ou ne pourrait être répété s'il avait été payé d'avance.

Remarquons encore avec M. Troplong (Vente, n° 408) que les pactes qui déplacent la responsabilité légale ne doivent être admis par les juges qu'avec la plus grande réserve.

280. La disposition de l'article 1182 que nous venons de rapporter ne s'applique qu'aux contrats proprement dits. Dans les dispositions à titre gratuit, la perte de la chose tombe en réalité sur le créancier, lorsque postérieurement à cette perte la condition vient à seréaliser (Duranton, t. 11, n° 76; Zachariæ, rod.).

281. L'article 1182 ne prévoit pas le cas où la perte totale a eu lieu, pendente conditione, par le fait ou la faute du débiteur. Celui-ci est évidemment responsable, dans ce cas, comme s'il eût fait périr la chose depuis l'accomplissement de la condition; il ne serait pas admis à prétendre que l'obligation n'a jamais existé, parce qu'au moment de l'événement de la condition il n'existe pas de chose qui en puisse être l'objet (Duranton, t. 11, n° 79).

282. Lorsque la chose vient à périr par cas fortuit, depuis l'accomplissement de la condition, elle périt pour le créancier qui est tenu de payer le prix qui a pu être convenu. On

rentre alors dans la règle générale posée par l'article 1302, et il n'y a pas à distinguer si, au moment de la perte, les parties connaissaient ou non l'arrivée de la condition. (Duranton, t. 11, nº 78.)

283. Lorsque la chose s'est détériorée, l'article 1182 distingue s'il y a eu, ou non, faute de la part du débiteur. Dans le premier cas, le créancier a le choix de résoudre l'obligation ou de prendre la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages-intérêts; dans le second, il a également le droit de résoudre l'obligation ou de prendre la chose dans l'état où elle se trouve, mais sans dommages-intérêts ni diminution du prix.

La faculté accordée au créancier de résoudre le contrat, lorsque la chose s'est détériorée par cas fortuit, a été l'objet de vives critiques, et l'on a dit que la détérioration survenue n'empêchant pas, comme la perte totale, la rétroactivité d'avoir lieu, il eût été plus équitable de suivre le droit romain (l. 8, ff. De periculo rei vend.) et l'opinion de Pothier (eod., n° 219), en faisant supporter au créancier le dommage résultant des détériorations (V. C. civ., 1245; — Toullier, t. 6, n° 538; Delvincourt, t. 2, p. 16, note 6; Duranton, t. 11, n° 80; Zachariæ, t. 2, § 302).

On justifie la disposition de l'article 1182 en disant que l'objet de la convention ayant subi des changements avant la perfection du contrat, le créancier n'eût peut-être pas contracté si les détériorations eussent eu lieu au moment où les arrangements ont commencé. (Locré, Législat., t. 12, p. 341, n° 68; Troplong, Vente, n° 406.)

284. Dans la fixation des dommages-intèrêts qui peuvent être dus au créancier, au cas de perte ou de détériorations survenues par la faute du débiteur, l'estimation du prix de la chose devra être faite eu égard à sa valeur au temps de la réalisation de la condition. Cette doctrine, enseignée par Doneau, d'après les lois romaines, paraît encore applicable aujourd'hui (Toullier, t. 6, n° 540).

285. L'application rigoureuse du principe de la rétroactivité a conduit quelques jurisconsultes à décider que le débiteur doit restituer tous les fruits perçus, pendente conditione (Zachariæ, eod.) — V. n° 234. Cette opinion, soutenable stricto jure, ne nous paraît pas admissible, et nous n'étendrions pas aux fruits perçus l'effet de la rétroactivité. (Duranton, t. 11, n° 82; Toullier, t. 6, n° 541.

546, 548; Rolland de Villargues, v° Condition, n° 248, 249, 250.)

Les fruits échus depuis la réalisation de la condition appartiennent incontestablement au créancier. (Rolland de Villargues, eod., n° 251, 252.)

286. Le droit de propriété, qui reposait, pendente conditione, sur la tête du débiteur, est censé, par l'esset de la rétroactivité, avoir reposé, ab initio, sur la tête du créancier, lorsque la condition vient à s'accomplir. Le débiteur conditionnel est réputé avoir cessé d'être propriétaire du jour même du contrat. (Rolland de Villargues, eod., n° 244.)

287. Cette résolution des droits du débiteur conditionnel entraîne celle des aliénations qu'il a pu consentir, et de toutes les charges qu'il a pu imposer sur la chose due, pendente conditione [C. civ., 2125, 2182]. (V. Toullier, t. 6, n° 544; Rolland de Villargues. eod., n° 245; Troplong, Vente, n° 54, 160;—Montpellier, 13 fév. 1828, S.-V. 28. 2. 238; J. P. 3° édit.; D. P. 28. 2. 232; — Duranton, t. 11, n° 67.)

288. Les interprètes ont apporté des restrictions à la décision qui précède. On a enseigné:

1º Que la résolution des charges consenties par le débiteur ne doit pas avoir lieu lorsqu'il s'agit d'une condition suspensive potestative de la part du débiteur (Toullier, n° 546; Merlin, Quest., v° Hypothèque, § 3; Rolland de Villargues, eod., n° 243; Zachariæ, t. 2, § 302);

2° Que les baux faits sans fraude par le débiteur conditionnel doivent être maintenus [C. civ., 1673] (V. Toullier, t. 6, n° 576; Rolland de Villargues, v° Condition, n° 246, v° Bail, n° 58, 137, 457);

3° Que le créancier ou légataire, héritier du débiteur conditionnel, ne peut demander la résolution des actes consentis par son auteur. On lui opposerait la règle quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio (Rolland de Villargues, v° Condition, n° 247).

289. Il est évident que les tiers contre lesquels la résolution est demandée, ont un recours contre le débiteur conditionnel, si celui-ci leur a laissé ignorer l'existence de la condition. (C. civ., 1382, 1560, 1628.—V. Rolland de Villargues, eod., n° 243 bis.)

290. Si le créancier conditionnel avait reçu la chose due à non domino, il ne commence-

rait à posséder pro suo et à prescrire que du jour de la réalisation de la condition (l. 2, § 2, ff. Pro empt.). Peu importerait, au reste, qu'il sût que la condition est accomplie ou qu'il l'ignorât. (Toullier, t. 6, nº 542.)

291. Quant à la prescription acquise, pendente conditione, par le débiteur, elle profite au créancier, si la condition se réalise. Celui-ci peut, si la prescription n'est pas encore accomplie, profiter de la possession du débiteur. (Duranton, t. 11, n° 83.)

292. La rétroactivité de la condition produit, à l'égard des biens acquis pendant le mariage, des effets qui ont été signalés au mot Communauté conjugale, nos 84 et 85.

293. Les hypothèques consenties pour sûreté de la créance conditionnelle ne prennent pas rang du jour où l'événement est arrivé, mais du jour où l'inscription a été prise. (l. 11, § 1, ff. Qui potior. — Pothier, Oblig., n° 221; Delvincourt, t. 2, p. 16, note 3; Duranton, t. 11, n° 68; Troplong, Hypothèques, n° 471 à 476.) — V. Hypothèque.

294. C'est surtout en ce qui concerne la capacité des parties, qu'il importe de ne pas appliquer sans discernement le principe de rétroactivité consacré par l'art. 1179 du Code civil. La véritable doctrine sur ce point a été résumée par Cujas (Comment., l. 78, ff. De verb. oblig.). « In legatis, dit-il, spectatur tempus quo conditio existit; in stipulationibus, tempus contractus.»

295. C'est en partant du principe que la véritable date d'une obligation conditionnelle est celle du jour où elle a été contractée (Cass. 16 mars 1831, D. P. 31. 1. 85), qu'il a été jugé que la faillite du vendeur, survenue entre la vente faite sous condition et la réalisation de la condition, ne dispense pas les syndics de l'obligation de livrer l'objet vendu. (Cass. 11 nov. 1812, arrêt cité par M. Troplong, Vente, nos 55 et 56. — V. Répert., v° Vente, p. 526.)

296. Sur l'effet de la rétroactivité à l'égard de la capacité des donateurs ou testateurs et des donataires ou légataires, V. Donations et Legs.

297. Quoique l'article 1179 du Code civil n'applique l'effet rétroactif qu'à l'héritier du créancier, il est évident que si le débiteur conditionnel vient à mourir avant l'accomplissement de la condition, son obligation passe à ses successeurs.

298. La réalisation de la condition donne i

lieu au paiement du droit proportionnel. (Rolland de Villargues, v° Condition, n° 397.) — V. n° 231.

§ 3. — Esset de la condition suspensive, lorsqu'elle est défaillie.

299. Lorsque la condition suspensive vient à défaillir, la disposition reste sans effet; c'est ce résultat que les docteurs ont exprimé par la maxime: Actus conditionalis, defectà conditione, nihil est. (l. 8, ff. De periculo rei vend.; Toullier, t. 6, n° 547; Rolland de Villargues, eod., n° 254; Troplong, Vente, n° 58.)

On a conclu avec raison de cette maxime que si la condition, d'abord défaillie, venait à s'accomplir postérieurement, et que les parties consentissent à l'exécution de la disposition, la condition ne remonterait pas au contrat primitif. (Merlin, Répert., v° Condition, sect. 2, § 5, art. 3; Championnière et Rigaud, n° 731.) — V. n° 425.

Lorsque la condition vient à défaillir, la régie perd l'espoir de percevoir les droits auxquels l'accomplissement de la condition aurait pu donner lieu : ce point n'a jamais été contesté. — V. Championnière et Rigaud, n° 697.

300. Il résulte encore de cette maxime, que la chose due ou léguée sous une condition qui vient à défaillir reste au débiteur ou à l'héritier, qui était tenu de la livrer si la condition se fût accomplie. (1. 21, ff. Quand. dies legat.; Rolland de Villargues, eod., n° 255.)

301. Si donc le créancier avait été mis en possession, pendente conditione, il serait tenu de restituer les fruits, et il n'aurait pu prescrire la chose qui faisait l'objet du contrat. (l. 8, ff. De periculo rei vend.; Toullier, t. 6, n° 547; Rolland de Villargues, eod., n° 256.)

302. Dans ce cas, a-t-on dit, la position du créancier sous condition suspensive a une grande analogie avec celle dans laquelle se trouve, en général, le créancier sous condition résolutoire. (Zachariæ, t. 2, § 302, n° 34).

303. On a proposé d'apporter une exception à la décision contenue au n° 301, dans le cas où celui qui est tenu de livrer la chose sub conditione ne serait qu'un simple ministre de la volonté du disposant pour faire passer la chose à un tiers. (Rolland de Villargues, eod., n° 257.) — V. Legs.

304. La perte de la chose et toutes les détériorations qu'elle a pu éprouver par cas fortuit demeurent à la charge du débiteur conditionnel. (Troplong, Vente, n° 406.)

305. L'obligation est, de droit et à l'insu des parties, considérée comme n'ayant jamais existé, lorsque la condition vient à défaillir. (Zachariæ, eod., note 33.) Les droits accordés à des tiers, par le débiteur conditionnel, sur la chose due sont maintenus. L'obligation étant, en effet, réputée n'avoir jamais existé, le débiteur sous condition n'a pas cessé un seul instant d'être propriétaire : toutes les aliénations, charges et hypothèques consenties par lui, l'ont donc été valablement.

## Sect. 2. — Effets de la condition résolutoire.

306. Après avoir rangé la condition résolutoire au nombre des modalités des conventions (C. civ., 1168, 1183, 1184), les rédacteurs du Code civil l'ont placée (art. 1234, § 8) parmi les modes d'extinction des obligations, en annonçant que ce mode avait été expliqué au chapitre précédent : en se résérant ainsi aux art. 1183, 1184, le législateur a, ce nous semble, confondu deux choses que Pothier avait distinguées avec raison.

307. Pothier enseigne (Obligations, nº 224) que les obligations qui ont été contractées sous une condition résolutoire s'éteignent par l'existence de cette condition. On peut en effet, dit-il (eod.), contracter une obligation, à la charge qu'elle ne durera que jusqu'à l'événement d'une certaine condition. Si, par exemple, j'ai cautionné Pierre jusqu'à l'arrivée de tel vaisseau sur lequel il a un intérêt, le retour du vaisseau éteindra mon obligation.

Cette extinction n'aurait pas lieu si, avant l'événement de la condition, le débiteur avait été mis en demeure. En effet, dit Pothier, le créancier ne doit pas souffrir du retard que le débiteur a apporté à accomplir son obligation tandis qu'elle existait encore, et le débiteur, de son côté, ne doit pas profiter de ce même retard. (V. 1. 59, § 5, ff. Mandati; Pothier, eod., nº 226.)

308. Cette condition qui, aux yeux de Pothier, constituait la véritable condition résolutoire (Pothier, Oblig., nos 224, 225, 226; Vente, nos 475, 476), est certainement un mode d'extinction des obligations (C. civ., 1234); mais il est difficile de croire que ce soit précisément ce mode que le législateur a eu en vue et a expliqué dans les art. 1183 et 1184. Sans doute la condition résolutoire expliquée dans l'art. 1183 peut quelquefois éteindre les obligations des deux parties ou de l'une d'elles (V. nº 331), mais souvent aussi cette condition peut faire naître des obligations, puisque sa réalisation « oblige le créancier à restituer ce qu'il a reçu » (C. civ., 1183). Ainsi, la condition résolutoire de Pothier rappelée dans l'art. 1234 n'est pas, à notre avis, la condition résolutoire qui a été expliquée aux art. 1183 et 1184. Cette dernière est la seule dont nous ayons à nous occuper ici.

309. Nous considérerons les effets de la condition résolutoire, comme ceux de la condition suspensive, 1º lorsque la condition est encore pendante; 2º lorsqu'elle est accomplie; 3º lorsqu'elle est défaillie.

### § 1er. — Effets de la condition résolutoire lorsqu'elle est pendante.

310. La condition résolutoire n'empêchant pas la disposition d'être pure et simple dans son principe, ne suspend pas l'exécution. Ainsi, la propriété et la possession de la chose qui est l'objet de la disposition passent sur la tête de celui qui a acquis sous condition résolutoire, pour y résider jusqu'à l'accomplissement de cette condition. (Toullier, t. 6. nº 548; Zachariæ, t. 2, § 302; Rolland de Villargues, vo Condition, nos 260, 261; Troplong, Vente, no 734, 735.)

311. De là il résulte que, pendente conditione, celui à qui la chose a été livrée fait les fruits siens; qu'il peut valablement aliener, sauf la résolution des aliénations, si la condition s'accomplit; et que la prescription court, à son profit, contre les tiers, mais non contre la personne en faveur de laquelle la condition a été établie. (Toullier, t. 6, nº 548; Rolland de Villargues, eod., nos 262 à 266; Troplong, Vente, nos 736, 737; Duvergier, Vente, t. 2, nº 31.)

La condition résolutoire n'empêche pas la compensation. - V. Compensation, nº 66.

312. De là il résulte encore que le légataire sous condition résolutoire, étant propriétaire. transmet son droit à ses héritiers lors même qu'il meurt, pendente conditione, et avant qu'il soit certain que la condition n'arrivera pas : il en est autrement lorsque le legs est soumis à une condition suspensive (C. civ., 1040. — Toullier, t. 6, nº 548; Rolland de Villargues, eod., nº 267.)

313. Le Code n'a pas décidé sur qui tombe la perte de la chose survenue, pendente conditione, par cas fortuit. Cette question n'est pas sans difficulté, soit que la condition résolutoire s'accomplisse, soit qu'elle vienne à défaillir. —V. infrà, n° 380, 387.

314. Celui qui a aliéné sous condition résolutoire a cessé d'être propriétaire, mais il a, sur la chose dont il s'est dessaisi, un droit suspendu par une condition. De là, on doit conclure qu'il peut vendre ou hypothéquer conditionnellement. (V. Troplong, Vente, nos 739, 740, 741; Hypothèques, no 469; Tarrible, vo Hypothèque, sect. 2, § 3, art, 3, nº 5; Duvergier, Vente, t. 2, nº 29, 31; Persil, Regime hypoth., t. 1, p. 276, no 9; Battur, Hypoth., t. 2, nº 234. — Douai, 22 juillet 1820, S .- V. 21. 2. 247; J. P. 3e édit.; D. P. 21. 2. 72. - V. toutefois Grenier, Hypothèques, t. 1, nº 153. - Cass. 21 déc. 1825, S.-Y. 26. 1. 275; J. P. 3º édit.; D. P. 26. 1. 43; — id., 7 juillet 1829, S.-V. 29. 1. 258; D. P. 29. 1. 292; - Bordeaux, 5 janv. 1833, S.-V. 33. 2. 188; J.P. 3° édit.; D. P. 33. 2. 94.)

315. Il est évident que celui auquel doit profiter la condition résolutoire peut faire tous les actes qui tendent à conserver le droit éventuel que fera naître à son profit la réalisation de la condition, qui, sous ce rapport, est véritablement suspensive. (C. civ., 1180; — Zachariæ, eod.)

316. Les dispositions soumises à une condition résolutoire produisant immédiatement leur effet, sont passibles, dès le principe, du droit proportionnel. Il est donc important de distinguer si les conditions auxquelles l'existence d'un acte est subordonnée sont suspensives ou résolutoires. De nombreux exemples de ces deux conditions ont été rassemblés par M. de Villargues aux mots: Condition, n° 398 à 402; Enregistrement, n° 100 à 118.

— V. Enregistrement.

# § 2. — Effets de la condition résolutoire, lorsqu'elle est accomplie.

317. Quoiqu'il soit de principe que le présent ne peut rétroagir sur le passé, le législateur a permis aux parties de convenir que, si tel événement futur et incertain se réalise, une disposition sera réputée n'avoir jamais existé. Cette convention, sous-entendue par la loi dans plusieurs cas, constitue la condition résolutoire expresse ou tacite.

318. Ces deux conditions ne produisent pas leur effet de la même manière : la première, dès l'instant où elle se réalise, opère, de droit et sans jugement, la résolution de la disposition qui y était soumise (C. civ., 1183); tandis que la seconde n'opère, au contraire, son effet qu'en vertu du jugement qui prononce la résolution de la disposition (C. civ., 1184).

Il existe toutesois une condition résolutoire expresse qui ne produit son esset qu'en vertu d'un jugement : c'est celle que les jurisconsultes désignent sous le nom de pacte commissoire (V. ce mot, n° 31). Quelquesois aussi la loi décide que la condition résolutoire tacile opérera de droit et sans jugement. (V. n° 333.)

319. Le principe consacré par l'art. 1183, que la condition résolutoire expresse opère de droit, a fait disparaître de la législation les distinctions que l'ancienne jurisprudence avait introduites.

On distinguait d'abord si la condition résolutoire était casuelle ou potestative, et l'on décidait que la première produisait son effet de droit. Quant à la seconde, on distinguait encore si elle était affirmative ou négative. La condition potestative affirmative résolvait la disposition dès que le fait prévu se réalisait; mais la condition potestative négative, celle, par exemple, qui devait résoudre une disposition en cas d'inexécution de l'une de ses clauses, n'opérait pas de droit.

320. Cette condition, en raison du caractère pénal dont elle est empreinte, n'était considérée que comme purement comminatoire, et bien que les parties eussent déclaré, en termes formels, que la résolution aurait lieu de droit, il était reconnu que celui qui voulait obtenir la résolution n'avait qu'une action personnelle pour la poursuivre, et que cette résolution n'avait lieu qu'en vertu de la sentence du juge.

On allait même plus loin, et les tribunaux accordaient des délais au défendeur.

Cette doctrine, contraire au droit romain (l. 12, Cod.. De contrah. stipul.), avait été établie par les canonistes et adoptée par la plupart des jurisconsultes. (V. Voet, Pandect., liv. 22, tit. 1, n° 31; Pothier, Vente, n° 459; Merlin, Répert., v° Clause résolut., n° 1; Toullier, t. 6, n° 549, 550, 551; Troplong, Vente, n° 61; Duvergier, Vente, t. 1, n° 433.)

321. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas hésité à proscrire cette théorie. L'article 1183 décide que, par le seul fait de l'accomplissement de la condition, la convention est résolue; il en résulte que les juges ne peuvent ni proroger les délais qui auraient pu être accordés, ni même vérifier les causes du retard.

Il est toutefois à remarquer qu'au moment où le Code civil a été promulgué, les tribunaux, pénétrés des anciens principes, ont hésité à appliquer l'article 1183 dans toute sa rigueur. La cour suprême elle-même a jugé, le 25 fructidor an XIII (S.-V. 6. 1. 80; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 512), que l'ancienne doctrine qui convertissait les conditions résolutoires expresses en clauses comminatoires, n'avait pas été abrogée par le Code civil.

Il a été reconnu depuis que cette interprétation était erronée, et que l'article 1183 abroge formellement l'ancien droit. (Troplong, Vente, n° 61; Toullier, t. 6, n° 552 à 555, 560, 561, 562; Duvergier, Vente, t. 1, n° 437; Rolland de Villargues, v° Résolution, n° 64 à 68. — Cass. 2 déc. 1811, S.-V. 12. 1. 56; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 899.)

Les juges auxquels la demande en résolution est portée ne sont chargés que de constater si la condition s'est ou non réalisée. (Dijon, 31 juillet 1817, S.-V. 18. 2. 17; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 921.)

322. La cour de Paris a toutesois jugé, le 27 mars 1843 (S.-V. 43. 2. 259), que, bien qu'il eût été dit, dans un bail, que la résolution aurait lieu de plein droit faute de paiement d'un terme après commandement, les juges pouvaient, à raison des circonstances, accorder un délai au preneur pour se libérer. Cette décision, repoussée par la doctrine (V. Troplong, Louage, t. 2, no 321; Duvergier, Louage, t. 1, nº 475; Dalloz, vº Conditions, nº 162.) et par la jurisprudence (Liége, 1er août 1810. S.-V. 11. 2. 119; — Paris, 19 février 1830, S.-V. 30. 2. 201; — Caen, 16 déc. 1843, S.-V. 44. 2. 97), nous paraît inadmissible. M. Troplong cite, à l'appui de l'opinion que nous soutenons, un arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 1838 (S.-V. 39. 1. 339); mais on a objecté (V. S.-V. 43. 2. 259, note) que cet arrêt ne tranche pas d'une manière positive la question dont il s'agit.

Il est quelquesois convenu qu'en cas d'inexécution de la part de l'une des parties, l'autre aura la faculté de maintenir le contrat ou de le résilier, à son choix, par une simple notification. Cette clause, assez fréquente dans les contrats d'assurances, a fait naître la question de savoir si, en cas d'inexécution, la résolution s'opère de droit, ou seulement par le fait de la notification. Il nous semble évident que, tant que la partie qui a le droit d'opter entre le maintien et la résiliation de l'engagement n'a pas fait connaître sa volonté par une notification, le contrat subsiste. (V. en ce sens Bordeaux, 11 mai 1840, S.-V. 40. 2. 421; — Rouen, 28 mai 1841, S.-V. 41. 2. 448; — Paris, 29 août 1844, S.-V. 44. 2. 452. — Contra, Paris, 6 mars 1838, S.-V. 38. 2. 100.)

323. La condition résolutoire tacite consacrée par l'article 1184 pour le cas où l'une des parties ne remplit pas ses engagements, est évidemment potestative négative. Cette condition, inconnue à Rome et dans les pays de droit écrit (V. n° 69, 70), différe de la condition résolutoire expresse, en ce qu'elle n'opère que d'une manière oblique et par le ministère du juge (Troplong, Vente, n° 61 et 622): l'article 1184 semble même déroger à l'article 1134, en permettant aux tribunaux d'accorder un délai au défendeur. (V. Fenet, t. 13, p. 327.)

324. Nous nous occuperons surtout ici de la condition résolutoire tacite: ce qui a été dit aux n° 21 à 30, 34 à 38 du mot Commissoire (Pacte), s'appliquant en général à la condition résolutoire expresse, nous renvoyons à ce mot, en remarquant toutefois que le pacte commissoire diffère des autres conditions résolutoires expresses, en ce qu'il ne produit pas son effet de droit (V. n° 318).

325. La condition résolutoire tacite n'estelle sous-entendue, comme paraît le supposer l'article 1184, que dans les contrats synallagmatiques seulement? Non, sans doute: la condition résolutoire doit, en principe, être sous-entendue dans les contrats à titre onéreux, qu'ils soient ou non bilatéraux. L'article 1912 le décide textuellement à l'égard du contrat de rente, et, bien que la vente faite sans garantie par un bailleur à son fermier n'oblige que ce dernier, et qu'elle soit par conséquent unilatérale, la condition résolutoire doit incontestablement y être sous-entendue, pour le cas où l'acquéreur ne paiera pas le prix.

326. Il existe même à l'égard de plusieurs contrats synallagmatiques de sérieuses difficultés: on a soutenu, par exemple, que l'article 1184 n'est applicable ni aux ventes mobilières, ni aux transports de créances. Il est fort douteux qu'il le soit aux partages et aux divers actes qui peuvent en tenir lieu. On peut toutesois, en saisant ces actes, éta-

blir, aux termes de l'article 1183, une condition résolutoire expresse. — V. Partage, Transport de créance, Vente.

327. Il résulte de l'article 1978 que l'art. 1184 n'est pas applicable à la constitution de rente viagère, et la loi ne distingue pas si la rente est ou non constituée comme prix d'un objet vendu. Faut-il faire cette distinction? Peut-on au moins convenir, par une clause expresse, que la résolution aura lieu?

V. Rente viagère.

328. Les jurisconsultes qui considèrent la donation entre vis comme un contrat proprement dit, enseignent que l'article 1184 lui est applicable, et que le donateur peut, au lieu de demander la révocation de sa libéralité pour inexécution des conditions (C. civ., 953, 954, 956), contraindre le donataire à l'exécution des obligations auxquelles il s'est soumis (Duranton, t. 8, n°s 17, 444, 544). Cette doctrine ne nous paraît pas admissible. — V. Donation; V. aussi n° 356.

329. La marche à suivre, lorsque la condition résolutoire vient à s'accomplir, varie suivant que la condition est expresse ou tacite.

330. Lorsqu'elle est expresse, c'est-à-dire dans le cas de l'article 1183, l'obligation est résolue, il est vrai, mais le contrat ne l'est pas, et l'événement qui résout les engagements d'abord purs et simples que contenait la convention, en fait naître de nouveaux. C'est au moyen des actions résultant des contrats soumis à la condition résolutoire, que les parties obtiendront réciproquement l'exécution des nouvelles obligations auxquelles la réalisation de la condition les soumet (V. Toullier, t. 6, n° 564 à 574).

Dans le cas du pacte commissoire, par exemple, les jurisconsultes romains, dont Pothier a suivi la doctrine (Vente, nº 463), décidaient que la résolution de la vente, à défant de paiement du prix, devait être poursuivie par l'action résultant du contrat : placet venditori ex vendito, eo nomine, actionem esse (l. 6, § 1, ff. De contrah. empt.). Il semblait étrange aux jurisconsultes sabiniens que l'action qui provient d'un contrat eût pour but de le faire résoudre (V. Pothier, Pandect., liv. 2, tit. 14, nº 37); mais ce résultat s'explique, dit Paul dans la loi que nous venons de citer, en considérant que, dans les conventions, il faut plutôt suivre id quod actum, quàm id quod dictum sit; il s'explique encore par cette considération, qu'en détruisant les obligations qui dérivaient primitivement du contrat, la résolution en fait naître d'autres. C'est ainsi que, dans le pacte de rachat, la résolution résultant du réméré fait cesser, pour le vendeur, l'obligation de garantie et lui impose celle de restituer le prix, tandis que, si elle fait cesser, pour l'acheteur, l'obligation de payer ce qui resterait dû sur le prix, elle l'oblige à la restitution de l'objet vendu.

331. Si la convention soumise à résolution n'avait pas encore été exécutée lorsque la condition se réalise, les obligations résultant de cette convention seraient éteintes. On pourrait dire, en ce cas, qu'elles le sont aux termes du § 8 de l'article 1234. Ainsi, dans le cas que nous venons de citer au numéro précédent, si le vendeur exerce le pacte de réméré, rebus integris, il n'est plus tenu de délivrer la chose ni d'en garantir la possession paisible, et l'acheteur, de son côté, n'est plus tenu de payer le prix : la réalisation de la condition résolutoire fait cesser les obligations des deux contractants.

332. Lorsque la condition résolutoire est tacite, c'est-à-dire dans le cas de l'art. 1184, l'intervention des tribunaux est nécessaire; elle l'est surtout pour déterminer s'il y a lieu ou non d'accorder un délai au débiteur. On a prétendu qu'elle est nécessaire aussi pour vérisier si effectivement les engagements n'ont pas été remplis (Duranton, t. 11, n° 90); mais il est à remarquer que cette vérisication est également indispensable dans le cas où la résolution a lieu de droit. — V. n° 321.

Celle des parties envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté et qui veut demander en justice la résolution de la convention, doit préalablement mettre l'autre partie en demeure d'accomplir son obligation; si cependant il était reconnu que l'exécution est devenue impossible, cette mise en demeure ne serait pas nécessaire. (V. en ce sens Cass. 19 juill. 1843, S.-V. 44. 1. 236.)

333. Il existe, ainsi que nous l'avons fait observer (n° 318) quelques cas expressément déterminés par la loi, dans lesquels la condition résolutoire tacite produit son effet de droit et sans jugement. Cette condition opère alors comme elle le ferait si elle avait été formellement apposée à la disposition qu'elle résout. (C. civ., 960, 1657, 1912.—V. Toullier, t. 6, n° 559; Duranton, t. 11, n° 89.)

334. En laissant à la partie envers laquelle l'obligation n'a pas été accomplie le choix

de poursuivre l'exécution ou la résolution de la convention, l'article 1184 a fait naître la question de savoir si le créancier qui a poursuivi en justice l'exécution de la disposition est encore recevable à en demander la résolution? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse : l'inexécution des engagements de l'une des parties laissant subsister le contrat, il est naturel d'en poursuivre l'exécution avant de recourir aux moyens extrêmes, et la résolution en est incontestablement un. On a vainement opposé à cette décision la disposition des lois romaines (l. 7, ff. De lege commiss.) et l'opinion de Pothier. Les lois dont on a voulu se prévaloir prévoient, ainsi que Pothier (Vente, nº 462), le cas du pacte commissoire; or, ce pacte opérait de droit à Rome, tandis que notre condition résolutoire tacite n'est, ainsi que l'a fait observer M. Troplong, qu'un pacte commissoire imparfait qui ne résout pas la vente de droit et qui ne permet pas de considérer la chose vendue comme inempta, par suite du seul défaut de paiement du prix. Loin d'avoir renoncé à l'action en résolution en poursuivant d'abord l'exécution du contrat, le créancier a usé des moyens que la loi accorde, et il en a usé dans l'ordre le plus logique et le plus naturel. (Troplong, Hypothèques, nos 224 et 224 bis; Vente, nos 655 et 656; Merlin, Quest., vo Option. § 1; Répert., vº Résolution; Augan, Cours de notariat, t. 1, p. 369; Duvergier, Vente, t. 2, nºs 443, 444; Zachariæ, t. 2, § 356, note 26; Duranton, t. 16, nº 379. — Paris, 11 mars 1816, S.-V. 17. 2. 1; J. P. 3e édit.; D. A. 12. 898. — V. aussi Cass. 24 août 1831, S.-V. 31. 1. 315; J. P. 3e édit.; D. P. 31. 1. 281; id., 30 juillet 1834, S.-V. 35. 1. 311; J. P. 3° édit.; D. P. 34. 1. 454; — id., 31 janvier 1837, S.-V. 37. 1. 649; D. P. 37. 1. 241; — Paris, 12 août 1835, S.-V. 36. 2. 272; J. P. 3e édit.; D. P. 37. 2. 132.)

335. Faut-il appliquer la solution qui précède au cas où le créancier qui veut poursuivre la résolution se trouve en contact avec des tiers? — V. Option.

336. Faut-il l'appliquer lorsque l'acte contient une clause expresse, que la résolution aura lieu de droit? Merlin enseigne, et son opinion nous paraît fondée, que le créancier peut, nonobstant la clause dont il s'agit, poursuivre la résolution du contrat, après en avoir réclamé l'exécution (Quest., v° Option, § 1, n° 10; Répert., v° Résolution. — Cass.

2 déc. 1811, S.-V. \$\frac{1}{2}.\frac{1}{1}. 56; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 899; — Limoges, 21 août 1811, S.-V. 12. 2. 312; J. P. 3° édit.; D. P. 22. 2. 52). — V. toutefois la restriction apportée par M. Duvergier à cette décision (Vente, n° 444 et 445).

337. Le créancier qui aurait d'abord usé de la clause résolutoire expresse et réclamé la résolution du contrat, ne serait plus recevable à en demander ensuite l'exécution. Telle était, dans l'ancien droit, l'opinion de Pothier (Vente, n° 462). — V. Duvergier, eod., n° 446.

338. Le droit de demander la résolution dans le cas prévu par l'article 1184 n'est pas, comme le privilége du vendeur, soumis à la formalité de l'inscription (C. civ., 2103, 2106, 2108), et la perte du privilége n'emporte pas, en cas de vente, déchéance de l'action en résolution. Merlin avait d'abord soutenu le contraire (Répert., v° Echange), et la perte du privilége lui semblait devoir nécessairement entraîner celle de l'action résolutoire : « Tombe-t-il sous le sens, disait-il, qu'un tiers acquéreur qui, à défaut d'inscription, ne peut pas être poursuivi hypothécairement par le vendeur, puisse cependant être exproprié par celui-ci? » Depuis, le même jurisconsulte a reconnu (Répert., eod., vis Privilége de créance, sect. 5, nº 5, et Résolution) que la perte du privilége n'a aucune influence sur l'existence de l'action résolutoire, et sa décision, consacrée par de nombreux arrêts (V. Duvergier, Vente, t. 2, nº 441), est aujourd'hui universellement admise. (V. Troplong, Hypoth., nos 222, 223; Vente, nº 620; Rolland de Villargues, vº Résolution, nos 20, 85; Persil, Régime hypoth., art. 2103, § 1; Duvergier, nos 441, 442; Grenier, Hypoth., nos 378, 381; Duranton, t. 16, nº 361; t. 19, nº 152. - V. aussi Cass. 2 déc. 1811, S.-V. 12. 1. 56; J. P. 3e édit.; D. A. 12. 899).

339. Índépendamment de l'action en résolution résultant de l'article 1184, la loi accorde, dans certains cas (C. civ., 2102, § 4; C. de pr., 826; C. comm., 576, 577, 578), au créancier une action en revendication. Il est très-important de ne pas la confondre avec l'action en résolution. — V. Revendication, Vente.

340. La résolution peut être demandée lors même que l'obligation a été exécutée en partie. Il suffit, par exemple, qu'une portion quelconque du prix soit encore due, pour que le vendeur puisse faire prononcer la résolution (R. de Villargues, eod., n° 12; Troplong, Vente, n° 642; Duvergier, eod., n° 450).

Cette résolution doit être prononcée pour inexécution de toutes les clauses du contrat, et non pas seulement pour inexécution de l'obligation principale: ainsi, par exemple, celui qui a vendu un objet avec stipulation « que l'acheteur n'en fera pas un usage contraire aux lois et règlements concernant la chose vendue, » est fondé à poursuivre la résolution pour inexécution de cette clause, bien que le prix de la vente ait été payé. On objecterait vainement que la stipulation dont il s'agit est supersue et n'ajoute rien aux obligations que la loi impose à l'acheteur. (V. Cass. 11 juin 1844, S.-V. 44. 1. 549.)

341. Lorsque le contrat n'a encore été exécuté par aucune des parties, celle qui veut obtenir l'accomplissement des engagements de l'autre doit, en général, remplir les siens. Ce principe est consacré, à l'égard de la vente, par les articles 1612, 1613, 1653 du Code civil.

342. Il est évident que le droit de poursuivre la résolution n'appartient qu'à celle des parties envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté (C. civ., 1184): autrement, il dépendrait de la volonté de celui qui est en demeure ou en faute, d'anéantir son obligation. (Despeisses, tit. 1, sect. 6, n° 19; Toullier, t. 6, n° 571; Rolland de Villargues, v° Résolution n°s 35, 43; Duvergier, n° 432; Troplong, Vente, n° 644.)

On doit aussi décider que celle des parties qui n'a pas tenu ses engagements ne peut contraindre l'autre à accomplir les siens. Si, par exemple, il avait été convenu, dans un bail, que le bailleur qui voudrait résilier le contrat scrait tenu d'avertir le preneur un certain temps d'avance, cette clause ne s'appliquerait pas au cas où la résolution serait poursuivie par suite d'inexécution des engagements du preneur. (V. Bordeaux, 12 mars 1842, S.-V. 42. 2. 266).

343. Il est également évident que la résolution est soumise aux lois en vigueur au moment où l'engagement a été formé, et que les juges ne doivent pas avoir égard aux causes de résolution qui auraient pu être établies par des lois nouvelles. — V. Bail emphytéotique, n° 37. (Rolland de Villargues, Rép. vis Effet rétroactif, n° 101, et Résolution, n° 34.

— Cass. 16 juin 1818, S.-V. 19. 1. 188; J. P. 3° édit.; D. P. 19. 1. 83; — id. 4 mars 1828, S.-V. 28. 1. 278; J. P. 3° édit.; D. P. 28. 1. 161.)

344. Le droit de demander la résolution n'est pas exclusivement attaché à la personne dans le sens de l'art. 1166; il peut être exercé par les créanciers de celui envers lequel l'engagement n'a pas été exécuté. (Cass. 25 novembre 1834, S.-V. 35. 1.664; J. P. 3° édit.; D. P. 35. 1.44.—V. Rolland de Villargues, eod., n° 41.)

345. Ce droit est cessible. On a objecté que la rétroactivité, attachée par la loi à la condition résolutoire, est impossible à l'égard d'un cessionnaire qui n'a jamais été propriétaire; mais on a répondu, avec raison, que le principal effet de la cession est de mettre le cessionnaire aux lieu et place du cédant. (Persil, art. 2212; Troplong, Vente, n° 643; Augan, eod., t.\frac{1}{1}, p. 370.—Amiens, 9 nov. 1825, S.-V. 26. 2. 89; J. P. 3° édit.; D. P. 25. 1. 447; — Paris, 8 juill. 1829, S.-V. 29. 2. 336; J. P. 3° édit.; D. P. 29. 2. 223; — Bordeaux, 23 mars 1832, S.-V. 33. 2. 58; J. P. 3° édit.; D. P. 32. 2. 97; — Rolland de Villargues, eod., n° 39.)

346. La subrogation produisant des effets analogues à ceux de la cession, il paraît naturel d'accorder au subrogé, comme au cessionnaire, le droit d'intenter l'action en résolution : ce point est cependant controversé.

— V. Subrogation.

347. On a également contesté à l'usufruitier le droit d'intenter seul l'action en résolution de l'aliénation du fonds sujet à usufruit. —V. Usufruit.

348. L'action en résolution peut être intentée par le créancier contre les tiers détenteurs : ce point est aujourd'hui hors de doute. (Troplong, Vente, n° 624; Grenier, Hypoth., n° 378; Toullier, t. 6, n° 428 et 429; Rolland de Villargues, eod., n° 45; Duranton, t. 16, n° 361; Duvergier, Vente, n° 440.—Cass. 16 juin 1811, S.-V. 11. 1. 337; J. P. 3° édit.; D. A. 11. 565; —id., 2 déc. 1811, S.-V. 12. 1. 56; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 899; —id., 3 déc. 1817, S.-V. 18. 1. 124; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 896; —id., 26 mars 1828, S.-V. 28. 1. 371; J. P. 3° édit.; D. P. 28. 1. 194; —id., 16 mars 1840, S.-V. 40. 1. 321; J. P. 1840. 1. 723; D. P. 40. 1. 157.)

349. Faut-il appliquer cette décision au cas où la chose réclamée par le créancier est mobilière? Non, sans doute; et en admettant que la condition résolutoire s'applique aux ventes mobilières (V. n° 326), il nous paraît incontestable que le tiers qui possède de bonne foi ne peut être attaqué par le créancier, lors même que la résolution aurait été expressément stipulée dans la convention au profit de celui-ci. M. Duvergier cite sur cette question deux arrêts de la Cour de Paris en sens contraire, des 16 août 1832 et 10 juillet 1833 (S.-V. 33. 2. 472 et 474): il s'agissait, dans l'espèce, d'objets mobiliers vendus et devenus, depuis la vente, immeubles par destination. (Duvergier, Vente, n° 439.)

Quant aux meubles incorporels, tels, par exemple, que des rentes, la cour de Caen a jugé, le 21 avril 1841 (D. P. 41. 2. 229), que l'action en résolution peut être donnée contre les tiers détenteurs de bonne foi : il s'agissait, dans l'espèce, de l'action en révocation d'une donation.

350. L'action résolutoire est-elle donnée contre le tiers détenteur qui a acquis l'immeuble par suite d'une aliénation faite en justice? — V. Vente aux enchères.

351. La résolution peut-elle être demandée directement contre le détenteur actuel, en franchissant le premier acquéreur et les acquéreurs intermédiaires? — V. Vente.

352. La question de savoir si l'action en résolution est divisible ou indivisible soit entre les parties contractantes, soit à l'égard des tiers, ne peut être résolue qu'à l'aide de plusieurs distinctions. — V. Divisibilité, Indivisibilité.

353. L'art. 1184 du Code civil permet aux juges d'accorder « au défendeur un délai selon les circonstances. » A l'expiration de ce délai, auquel s'applique l'art. 122 du Code de procédure, la résolution est acquise; le défendeur n'est plus admis à purger la demeure, et les tribunaux ne pourraient, sans excès de pouvoir, lui accorder un nouveau terme. (Furgole, Testaments, ch. 7, sect. 3, n° 114; Toullier, t. 6, n° 581; Rol. de Villargues, v° Résolution, n° 60; Duvergier, eod., n° 435; Duranton, t. 16, n° 373; Troplong, Vente, n° 664.)

354. L'appel de la sentence qui accorde un délai a-t-il pour effet de le prolonger?

Faut-il, à l'expiration du délai de grâce, un second jugement pour opérer la résolution?

Le débiteur peut-il empêcher cette résolution, en accomplissant l'obligation entre l'expiration du délai et le second jugement? — V. Délai, Terme de grâce.

355. On a demandé si la disposition finale de l'art. 1184 est applicable à la résolution des legs, lorsque le légataire ne satisfait pas aux charges qui ont pu lui être imposées : l'affirmative nous paraît admissible. — V. Legs.

356. Nonobstant ce qui a été dit au n° 328, nous pensons que l'art. 1184 est applicable à la donation entre vifs, en ce sens que les juges peuvent, avant de prononcer la résolution de la donation, accorder un délai au donataire pour accomplir les charges qui lui ont été imposées. (Bordeaux, 7 déc. 1829, S.-V. 30. 2. 65; J. P. 3° édit.; D. P. 30. 2. 117; — Cass. 14 mai 1838, S.-V. 38. 1. 849; J. P. 1838. 2. 292; D. P. 38. 1. 280.)

357. Quoique le texte de l'article 1184 ne semble autoriser le créancier à demander des dommages-intérêts que lorsqu'il poursuit la résolution du contrat, il est évident qu'il peut également, en forçant le débiteur à l'exécution de la convention, conclure à des dommages-intérêts pour retard dans l'accomplissement de l'obligation: cette décision se fonde sur les art. 1147, 1382, 1610 et 1611 du Code civil.

358. La question de savoir à quel tribunal l'action en résolution doit être portée présente de graves difficultés: il faut d'abord distinguer si la demande est dirigée contre le débiteur lui-même ou contre un tiers détenteur.

Dans le premier cas, plusieurs interprètes considérant l'action en résolution comme mixte, puisqu'elle dérive d'un contrat et qu'elle a en même temps pour but le délaissement de la chose, décident que la demande peut être portée, au choix du demandeur, au tribunal du domicile du désendeur ou à celui de la situation (C. proc., 59).

Cette doctrine a été combattue avec raison par M. Duvergier. Cet auteur a démontré (Vente, t. 1, n° 467) que l'action en résolution dirigée par le créancier contre le débiteur étant purement personnelle, doit être portée au tribunal du désendeur.

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le débiteur a aliéné, il existe une divergence extrême entre les jurisconsultes: les uns enseignant que l'action reste mixte à l'égard du débiteur, tandis qu'elle est réelle à l'égard des tiers; d'autres la réputant mixte à l'égard des tiers et personnelle à l'égard du débiteur;

d'autres, ensin, la jugeant personnelle à l'égard de tous. (V. Furgole, Testaments, t. 2, ch. 7, sect. 3, n° 100; Pothier, Introd. aux coutumes, n° 122; Vente, n° 396, 464 et 465; Rolland de Villargues, v° Résolution, n° 76 et 77; Bioche, v° Action, n° 32; Boitard, C. pr., art. 59; Carré, Compétence, t. 1, p. 474 et 476; Poncet, Actions, p. 470; Duranton, t. 16, n° 361 et 452; Troplong, Vente, n° 625 à 631.) — V. Actions, n° 53, Commissoire (pacte), n° 25.

Nous nous rangerons encore, sur ce point, à l'opinion de M. Duvergier qui, partant du principe que l'action est personnelle contre le débiteur et réelle contre les tiers, décide que le débiteur devra être assigné devant le tribunal de son domicile, et le tiers détenteur devant le tribunal de la situation; mais que si le créancier veut poursuivre à la fois le débiteur et le tiers, il pourra, à son gré et en raison de la connexité des demandes, saisir ou le tribunal du domicile du débiteur, ou celui de la situation des biens.

359. L'action en résolution se prescrit :

1° A l'égard du débiteur ou de ses héritiers, par trente ans (C. civ., 2262) qui courent du jour où l'exécution de l'obligation peut être exigée (2257);

2° A l'égard des tiers détenteurs, par dix, vingt ou trente ans, d'après les articles 2265 et suivants. (Pothier, Prescription, n° 136; Rolland de Villargues, eod., n° 95, 96 et 97; Vazeille, Prescript., n° 517; Duranton, t. 16, n° 363 et 364; Troplong, Vente, n° 57 et 662, Prescription, n° 797; Zachariæ, t. 2, § 356; S.-V. (Dissertation) 27. 2. 75; — Toulouse, 13 août 1827, S.-V. 29. 2. 81; J. P. 3° édit.; D. P. 29. 2. 124; — Colmar, 6 mars 1830, S.-V. 31. 2. 135; J. P. 3° édit.; D. P. 32. 2. 123; — Cass. 12 janvier 1831, S.-V. 31. 1. 129; J. P. 3° édit.; D. P. 31. 1. 323; — Bordeaux, 24 décemb. 1832, S.-V. 33. 2. 295; J. P. 3° édit.; D. P. 33. 2. 177.)

On a toutefois prétendu que l'article 2265 « n'est pas applicable au possesseur qui a acquis du véritable propriétaire, » et qu'en conséquence les tiers détenteurs possédant de bonne foi et à juste titre, doivent être soumis, comme le débiteur lui-même, à la prescription trentenaire. Cette étrange doctrine, consacrée par les cours de Paris (4 déc. 1826, S.-V. 27. 2. 75; D. P. 27. 2. 69) et de Grenoble (25 juillet 1832, J. P. 3° édit.; D. P. 33. 2. 231), a été énergiquement combattue par M. Troplong (*Prescription*, n° 851). — V.

aussi Montpellier, 29 mai 1827 (S.-V. 28. 2. 263; J. P. 3° édit.; D. P. 28. 2. 209); Paris, 4 mars 1835 (S.-V. 35. 2. 230; J. P. 3° édit.; D. P. 35. 2. 80); Cass., 28 novembre 1831 (S.-V. 31. 1. 429; J. P. 3° édit.; D. P. 32. 1. 38). — V. Commissoire (pacte), n° 38.

360. Le principal effet de l'accomplissement de la condition résolutoire est que la disposition qui y était subordonnée est réputée n'avoir jamais existé; cette résolution a lieu rétroactivement: Generaliter, disent les docteurs, resolutio fit ex tunc (Zachariæ, t. 2, § 302; Rolland de Villargues, eod., n° 111; Toullier, t. 6, n° 563; Troplong, Vente, n° 651; Duvergier, Vente, t. 1, n° 452).

361. De là résulte que la propriété de la chose qui faisait l'objet de l'obligation est, de droit, réputée avoir toujours résidé sur la tête du créancier, et que la possession ellemême est censée lui avoir toujours appartenu. (Toullier, t. 6, n° 563; Troplong, Vente, n° 651; Duvergier, eod., n° 452; Rolland de Villargues, eod., n° 115.)

362. On en a conclu que la possession de celui qui détenait la chose profite à celui qui a obtenu la résolution, et que celui-ci peut exercer l'action possessoire contre les tiers. (l. 11, § 12, ff. Quod vi aut clàm; Toullier, eod.; Troplong, n° 60.)

363. Toutes les charges et hypothèques consenties, pendente conditione, sont résolues de droit et considérées comme non avenues. (Toullier, t. 6, n° 575; Duranton, t. 16, n° 365; Troplong, Vente, n° 60, 651, Hypoth., n° 466; Zachariæ, t. 2, § 196, n° 3 et 4, et § 302. — V. Rouen, 7 déc. 1809, S.-V. 10. 2. 83; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 92; — id., 13 juillet 1815, S.-V. 16. 2. 45; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 518.)

Cet anéantissement des charges consenties, pendente conditione, forme le caractère essentiel de la condition résolutoire. Il ne suffit pas, pour que cette condition existe, qu'un propriétaire soit placé dans cette position, que, tel événement arrivant, son droit s'évanouira sans son consentement et par le seul effet de la condition; il faut, ainsi que l'enseigne M. Blondeau (Chrestomathie, p. 452, note 2), « que les aliénations ou démembrements par lui consentis, pendente conditione, deviennent comme non avenus lorsque la condition se réalise. Si le propriétaire conservait jusqu'à l'événement de la condition le droit de faire irrévocablement ce qu'un propriétaire intégral a droit de faire, tout ce qu'on pourrait dire, c'est que la condition a créé pour lui une manière particulière de perdre la propriété. »

Le même résultat a lieu lorsque la condition est suspensive et que des charges ont été consenties, pendente conditione, sur la chose due. — V. nº 287.

364. Les interprètes conviennent cependant que cette décision n'est pas applicable aux baux faits sans fraude: ils doivent être maintenus (arg. de l'art. 1673. — Troplong, Vente, n° 651; Rolland de Villargues, v° Résolution, n° 117; Toullier, t. 6, n° 576; Duvergier, Vente, n° 457). — V. n° 288.

365. Il est aussi à remarquer que la condition résolutoire expresse qui ne serait stipulée qu'après que les charges auraient été établies au profit des tiers, resterait sans effet à l'égard de ceux-ci (Zachariæ, § 302, note 43; Toullier, t. 6, n° 578; V. toutefois ce qu'ajoute cet auteur, n° 579, 580).

366. La résolution, lorsqu'elle a lieu à l'égard des tiers, détruit les charges et hypothèques, quels que soient les termes dans lesquels la condition a été exprimée. V. les exemples cités par Toullier (t. 6, n° 575, note 1).

367. Lorsque la résolution a lieu à l'amiable, il est essentiel de distinguer s'il y a résolution proprement dite, ou aliénation nouvelle consentie par le débiteur au créancier. La revente ne détruirait point les charges, tandis que la résolution les fait cesser. (Augan, Cours de notariat, t. 1, p. 374. — V. Cass. 10 mars 1836, S.-V. 36. 1. 167; J. P. 3° édit.; D. P. 36. 1. 167.)

368. Les frais et loyaux coûts des actes doivent, en général et sauf convention contraire, rester à la charge de celui qui les a payés. Le créancier qui reprend sa chose par suite de l'inexécution des obligations du débiteur ne profite pas aux dépens de celui-ci. Il y a exception à cette règle dans le cas où, par suite du réméré, la résolution provient du fait du créancier. (C. civ., 1673. — Duranton, t. 11, n° 86.)

369. Le débiteur dépossédé par l'effet de la condition résolutoire doit indemniser le créaucier des pertes et détériorations survenues par sa faute. Il ne répond pas de celles arrivées par cas fortuit. (Toullier, n° 563, t. 6; Rolland de Villargues, cod., n° 125.)

370. Il paraît naturel, dans le cas de détériorations, de laisser au créancier la faculté de retenir sur les sommes qu'il doit resti-

tuer le montant de l'indemnité qui peut lui être due. (Duvergier, n° 452. – Cass. 13 mai 1833, S.-V. 33. 1. 669; J. P. 3° édit.; D. P. 33. 1. 247.)

371. Les fruits perçus, pendente conditione, doivent être restitués: c'est une conséquence de la rétroactivité de la condition et une juste punition de l'inexécution des engagements du débiteur. (l. 5, ff. De lege commiss.; Pothier, Vente, n° 358; Rolland de Villargues, eod., n° 122; Troplong, Vente, n° 60, 652; Toullier, t. 6, n° 563; Duranton, t. 11, n° 94; Duvergier, n° 452; Zachariæ, § 302, note 41.) — V. Fruits.

372. Le débiteur qui subit la résolution peut-il être condamné à payer au créancier les intérêts du prix en compensation des fruits par lui perçus? Non, sans doute, à moins que les juges ne déclarent que les intérêts sont dus à titre de dommages-intérêts. La cour de Lyon a décidé le contraire (23 juin 1831, S.-V. 32. 2. 344; J. P. 3° édit.; D. P. 32. 2. 14); mais son arrêt, justement critiqué (Troplong, n° 653; Devilleneuve, 32. 2. 344), a été cassé le 23 juillet 1834 (S.-V. 34. 1. 619). — V. Duvergier, n° 454; Rolland de Villargues, eod., n° 123.

373. Ce que nous venons de dire des fruits (n° 371) s'applique seulement à la condition résolutoire réglée par l'article 1184. Il existe pour d'autres cas de résolution des règles spéciales. (C. civ., 856, 928, 955, 962, 1673, 1682, 2176. — V. Duranton, t. 11, n° 94.)

374. Le créancier qui obtient la résolution doit rendre au débiteur le prix qu'il a touché, ainsi que les intérêts de ce prix. (l. 47, § 1, ff. De minor.; Toullier, t. 6, n° 563; Rolland de Villargues, eod., n° 120; Troplong, n° 652; Duranton, t. 16, n° 366; Duvergier, n° 452.)

375. On peut toutesois convenir que le créancier gardera, à titre de dommages-intérêts, les à-comptes reçus. (V. Amiens, 9 novembre 1825, S.-V. 26. 2. 189; J. P. 3° édit.; D. P. 26. 2. 156.)

376. Le créancier est-il tenu de rembourser au débiteur dépossédé les impenses que celui-ci a pu faire? — V. Impenses, Vente.

377. Le débiteur qui a payé le prix à des créanciers de son cédant peut-il, en cas de résolution, le répéter contre ceux-ci?. — V. Ordre, Répétition.

378. La résolution d'un contrat qui a opéré novation fait-elle revivre l'obligation primitive et les hypothèques qui en garantissaient l'exécution? — V. Hypothèque, Novation. 379. Quel est l'effet de la résolution d'un acte qui avait opéré confusion ou consolidation?—V. Confusion, n° 32, et Consolidation.

380. Lorsque la chose qui faisait l'objet du contrat périt par cas fortuit, depuis l'accomplissement de la condition, les interprètes s'accordent à appliquer la maxime : Res perit domino. La réalisation de la condition remet en effet les parties dans le même état que si la convention n'avait pas existé.

Si, au contraire, la chose périt depuis la convention et qu'ensuite la condition se réalise, il semble naturel de décider que la perte est supportée par celui auquel la chose était due sous condition résolutoire, puisque celui qui l'avait reçue sous cette condition en était débiteur sous la condition suspensive que la condition résolutoire se réaliserait (C. civ., 1182). — V. n° 71.

L'opinion contraire est soutenue par M. Duranton. (t. 11, n° 91. — V. Toullier, t. 6, n° 563.)

381. Celle des parties envers laquelle l'engagement n'a pas été accompli peut renoncer à l'action en résolution. Cette renonciation peut être expresse ou tacite, mais elle ne saurait résulter du seul fait de l'exécution du contrat. (V. Cass. 20 août 1833, S.-V. 33. 1.743; J. P. 3° édit.; D. P. 33. 1. 343.)

382. Ce qui a été dit aux n° 369 et 371 n'est pas applicable au cas où la résolution est prononcée contre un tiers détenteur qui a possédé de bonne foi. Ce tiers n'est tenu ni de la restitution des fruits qu'il a perçus. (C. civ., 549, 550), ni des détériorations qui ont pu survenir par sa négligence (Duvergier, n° 455; Rol. de Villargues, v° Résolut., n° 127.)

383. Si ce tiers a construit de bonne foi sur le fonds dont il est évincé, M. Duvergier décide avec raison (n° 456) qu'il ne pourra être tenu de supprimer ses constructions, mais qu'il recevra du demandeur en résolution, et au choix de celui-ci, ou la valeur des matériaux et de la main d'œuvre, ou le remboursement de la plus-value (C. civ., 555).

384. La rétroactivité de la condition résolutoire ne donne pas aux parties la faculté de répéter contre la régie les droits de mutation qui ont pu être payés; ces droits doivent même être acquittés, s'ils ne l'ont pas encore été. Un droit régulièrement perçu n'est jamais sujet à restitution, et un droit régulièrement dû est nécessairement payé,

quels que soient les évenements ultérieurs.

On est allé plus loin, et l'on s'est demandé si la résolution elle-même ne doit pas donner lieu à la perception de nouveaux droits? Cette question, fort controversée dans l'ancienne jurisprudence, se résout aujourd'hui en distinguant si celui qui subit la résolution a été ou non mis en possession. Dans le premier cas, on considère la résolution comme une sorte d'aliénation nouvelle sujette à de nouveaux droits; dans le second, le jugement qui prononce la résolution n'est soumis qu'à un simple droit fixe. (V. Troplong, n° 654; Duranton, t. 16, n° 36 et 367; Rolland de Villargues, eod., n° 130 à 176.)

Cette doctrine, consacrée par la jurisprudence (V. loi du 27 ventôse an 1x, art. 12; Cass. 22 mai 1844, S.-V. 44. 1. 571; Instruct. de l'admin. de l'enregist., du 30 déc. 1844, n° 1723; Cass. 30 déc. 1844, J. P. 1845. 1. 53), nous semble fort contestable: considérer la résolution d'une disposition comme une aliénation et comme une acquisition nouvelle, est une théorie que la fiscalité doit s'applaudir, sans doute, d'avoir fait prévaloir, mais qui n'en est pas moins contraire au texte de l'article 1183 du Code civil. (V. un article de M. Championnière, inséré dans le Droit du 21 fév. 1845.) — V. Enregistrement, Mutation.

§ 3. — Effets de la condition résolutoire lorsqu'elle est défaillie.

385. Lorsque la condition résolutoire vient à défaillir, la disposition qui y était subordonnée doit être considérée comme ayant été pure et simple dès le principe. (Zachariæ, \$ 302.)

386. Il suit de là que toutes les aliénations, charges et hypothèques consenties, pendente conditione, par le débiteur sont valables, tandis que celles qui auraient pu l'être par le créancier sont résolues de droit.—V.n° 314.

387. La perte survenue par cas fortuit, pendente conditione, est supportée par celui qui aurait dû livrer la chose si la condition résolutoire s'était réalisée. (Duranton, t. 11, nº 91.)

## CHAP. 5. — De l'accomplissement des conditions.

388. Une condition est accomplie lorsque l'événement prévu est arrivé, si la condition est positive, et lorsqu'il est devenu certain

qu'il ne pourra pas arriver, si la condition est negative. (C. civ., 1176, 1177.)

389. A cette définition, donnée par Pothier (Obligations, nos 206, 210), les rédacteurs du Code civil ont ajouté deux principes: le premier, que « toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût » (C. civ., 1175); le second, que la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. » (C. civ. 1178.)

390. Le premier de ces deux principes (1175) n'est qu'une conséquence de l'art. 1156, d'après lequel « on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. »

Ce principe, tiré du n° 206 du Traité des obligations de Pothier et conforme aux lois romaines (l. 19, ff. De condit. et demonst.), a mis fin à la controverse qui existait entre les docteurs sur la question de savoir si les conditions doivent s'accomplir d'une manière littérale, in formá specificá, ou seulement per æquipollens -

391. En règle générale, la condition doit s'accomplir in formá specifica, c'est-à-dire précisément de la manière et dans la forme prescrite; mais elle peut l'être per æquipollens, c'est-à-dire par équivalent, lorsqu'il est prouvé, pro subjectà materià, que telle a été l'intention des parties. (Furgole, Testaments, ch. 7, sect. 5, no 3; Toullier, t. 6, no 586, 606; Duranton, t. 11, nº 43; Zachariæ, t. 2, § 302, note 19; Rolland de Villargues, vo Condition, nº 269.)

392. C'est aux juges à rechercher l'intention des parties. On s'est demandé si la condition de payer une somme à Titius serait accomplie en remettant la somme à Titeus luimême, dans le cas où Titius serait mineur? On a prétendu que l'intention de celui qui a imposé la condition étant vraisemblablement que Titius profitât de la somme, la condition ne serait valablement accomplie que par le versement fait entre les mains du tuteur (C. civ., 1239, 1241; l. 68, ff. De solut.; Pothier, nº 206; Delvincourt, t. 2, p. 15, note 2.)

Cette décision pourrait être moditiée, et la condition réputée accomplie par le paiement fait à Titius lui-même, s'il était prouvé que l'intention du disposant était que Titius employat la somme à l'usage qu'il jugerait con-

venable. (Ricard, Disposit. condit., nº 375; Toullier, t. 6, nº 587; Rolland de Villargues, eod., nos 272, 273.)

393. L'intention de permettre l'accomplissement, per aquipollens, se présume facilement lorsque celui en faveur duquel la condition a été établie n'a pas d'intérêt à ce qu'elle soit accomplie d'une façon plutôt que de l'autre. Ainsi, par exemple, Pothier enseigne (n° 206) que la condition de me payer cent pièces d'or sera presque toujours valablement accomplie en me livrant, en argent monnoyé, la somme à laquelle montent les cent pièces d'or.

S'il avait été expressément stipulé que le paiement serait fait «en pièces d'or et non autrement, » la décision de Pothier ne devrait pas être suivie. (Toullier, t. 6, nº 587; Rolland de Villargues, eod., nos 270, 274, 275.)

394. L'accomplissement per æquipollens est plus facilement admis à l'égard des conditions potestatives qu'à l'égard des conditions casuelles; il peut cependant l'être à l'égard de ces dernières : la condition « que Titius sera appelé à telle fonction » sera souvent réputée accomplie s'il est appelé à une fonction analogue. (Toullier, t. 6, nº 588; Rolland de Villargues, eod., nos 276, 277 et 278.)

395. On a demandé si la condition de faire ou de donner quelque chose doit indispensablement être accomplie par la personne désignée, ou si elle peut l'être par un tiers? La solution de cette question dépend uniquement de la manière dont le fait ou la dation ont été envisagés par les parties : si elles ont eu en vue le fait en lui-même, comme, par exemple, la construction d'un mur, ce fait pourra être accompli par un tiers; tandis que si elles ont eu en vue le fait de telle personne déterminée, comme, par exemple, l'exécution d'un tableau par tel peintre, la condition ne pourra être valablement accomplie que par la personne désignée. (C. civ., 1237; Pothier, nº 207; Cujas, Comment. sur le tit. De verb. oblig... l. 57, t. 1, p. 1233; Duranton, t. 11, nº 45; Toullier, t. 6, nos 590 à 593; Rolland de Villargues, eod., nos 279 à 287.)

396. La distinction que nous venons de faire peut servir à résoudre la question, longtemps controversée, de savoir si la condition peut valablement s'accomplir après la mort de celui en faveur duquel elle a été établie.

Il faut distinguer, avant tout, si la condition a été apposée à une convention ou à une disposition testamentaire.

Dans le premier cas, la condition peut s'accomplir utilement après la mort du créancier (Instit., De verb. oblig., § 4), tandis que les dispositions testamentaires sont caduques lorsque le légataire décède avant l'accomplissement de la condition (l. 59, ff. De cond. et demonst.; C. civ., 1040). Cette différence tient à ce que le legs n'est fait qu'en considération de la personne du légataire, tandis que celui qui stipule sous condition, stipule pour lui et pour ses héritiers. — V. Legs.

397. On a longtemps enseigné que lorsque la condition est potestative de la part du créancier, elle ne peut, même dans les actes entre vifs, s'accomplir utilement après la mort du stipulant. Cette décision, beaucoup trop générale, a été justement critiquée : elle est admissible lorsqu'il s'agit d'un fait personnel que le stipulant seul peut accomplir, mais elle doit être rejetée lorsque c'est le fait en luimême que les parties ont eu en vue dans la convention. (Pothier, nº 208; Duranton, t. 11, nº 45; Toullier, t. 6, nº 595; Rolland de Villargues, eod.; Zachariæ, t. 2, § 302.)

398. C'est à ce sujet que les interprètes se sont occupés de la distinction à établir entre la clause cum petiero et la clause si petiero. On suppose qu'en vous prêtant une somme, je stipule que vous me la rendrez si je vous la demande. Cette condition m'est, dit-on, personnelle et ne peut être accomplie par mes héritiers, car elle serait complétement inutile si on ne l'entendait pas en ce sens, que mon intention était de vous faire remise de la somme prêtée, si je mourais sans l'avoir réclamée. Si j'avais stipulé, au contraire, que vous me rendriez cette somme lorsque je vous la demanderais, cette clause constituant un délai indéfini plutôt qu'une condition, n'empêcherait pas mes héritiers de réclamer de vous la somme prêtée. (V. l. 48, ff. De verb. oblig.; Cujas, Comment. sur cette loi, t. 1, p. 1225; Pothier, Pandect., liv. 45, tit. 1er, no 94, Obligations, no 208, Toullier, t. 6, nº 594.)

399. Il est reconnu que les incapables peuvent valablement accomplir, sans autorisation, les conditions qui leur ont été imposées. (Furgole, ch. 7, sect. 5, no 10; Ricard, Disposit. condit., nº 373; Toullier, t. 6, nº 596; Rolland de Villargues, eod., nº 295.)

Si cependant en accomplissant la condition l'incapable faisait un acte qui lui est interdit par la loi, la décision que nous venons de l donné, stipulé pour le cas « où le donataire

rapporter ne devrait pas être suivie. Si l'on admet, par exemple, qu'en accomplissant la condition apposée à une libéralité, la personne gratifiée accepte la disposition faite en sa faveur, il ne faut pas hésiter à décider que les incapables ne peuvent pas accomplir valablement, sans autorisation, les conditions qui leur ont été imposées dans des actes à titre gratuit. - V. Donation, Legs.

400. Lorsqu'une disposition est subordonnée à plusieurs conditions, il est nécessaire de distinguer si ces conditions sont apposées conjonctivement ou disjonctivement. Dans le premier cas, il faut que toutes soient accomplies pour que l'engagement existe, tandis que, dans le second, il suffit que l'une ou l'autre soit arrivée. (Instit. De hered. instit... § 11; l. 5, ff. De condit. oblig.; l. 129, ff. De verb. oblig.; Pothier, nº 223; Toullier, nº 597; Rolland de Villargues, eod., nos 297, 298 et 299.)

401. Pour déterminer si plusieurs conditions ont été apposées conjointement ou disjointement, il faut rechercher l'intention des parties et le but dans lequel les conditions ont été établies : c'est ici surtout qu'il est indispensable de bien savoir ce que les parties ont voulu ou entendu (C. civ., 1175), et de suivre l'intention plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes (C. civ., 1156).

Tous les interprètes reconnaissent, et leur décision est conforme à celle des jurisconsultes romains, que, bien que la conjonctive s'exprime, en général, par et, et la disjonctive par ou, il arrive souvent que la disjonctive ou se prend dans le sens de la copulative et, et réciproquement. (Toullier, t. 6, n° 597; Rolland de Villargues, eod., nº 300.)

402. Sans reproduire les nombreux exemples donnés par les auteurs, nous nous contenterons de citer quelques cas dans lesquels la disjonctive et la conjonctive sont employées l'une pour l'autre.

La stipulation faite « pour moi et pour mes héritiers, » mihi heredique meo, est évidemment disjonctive; l'obligation ne doit pas être accomplie pour moi d'abord, et ensuite pour mes héritiers (l. 29, 53, 124, ff. De verb. signif.). La clause par laquelle une personne répond « du fait et de la faute d'une autre » doit s'entendre de l'un ou de l'autre de ces deux événements. (C. civ., 1245.)

Au contraire, le droit de retour d'un objet

décèdera sans postérité ou sans avoir disposé de cet objet, » ne se réalisera qu'autant que les deux conditions seront accomplies, c'està-dire qu'il sera nécessaire que le donataire soit mort sans postérité, et qu'il n'ait pas disposé. (l. 6, Cod., De instit.; Pothier, Oblig., n° 223; Duranton, t. 11, n° 49.)

403. Les docteurs se sont beaucoup occupés de cet emploi quelquesois équivoque de la conjonctive et de la disjonctive. On peut consulter, sur ce point, Voët (Pandec., liv. 28, tit. 7, n° 29), Perezius (Cod., liv. 6, tit. 25, n° 11), Ricard (Disposit. condit., n° 385), Furgole (Testaments, sect. 5, n° 108 et 110, sect. 6, n° 35 à 85), Merlin (Répert., vis Copulative, Disjonctive; Quest. de droit, v° Substit. sidéicomm., § 3).

404. Lorsque plusieurs conditions sont apposées sans conjonction ni disjonction, par exemple, si tel vaisseau arrive, si je suis nommé à tel emploi, il faut rechercher quelle a pu être l'intention des parties, et examiner si l'une des conditions n'est pas la conséquence de l'autre. S'il y a doute, il paraît naturel de réputer les conditions conjointes, surtout dans les contrats à l'égard desquels il est de principe que le doute s'interprète en faveur du débiteur. (C. civ., 1162.—Toullier, t. 6, n° 597; de Villargues, v° Condition, n° 301 et 302.)

405. Quelquefois en établissant la condition, on y ajoute une circonstance particulière qui lui est inhérente: telle est la condition citée par les auteurs, « si tel vaisseau arrive avec tel capitaine. » Lorsqu'il sera prouvé que cette circonstance forme, dans l'intention des parties, une sorte de condition secondaire, elle devra être accomplie, et il ne suffirait pas de l'arrivée de l'événement principal. (Duranton, t. 11, n° 48.)

406. L'accomplissement des conditions est-il divisible ou indivisible? Il est indivisible, en principe; car si la condition consiste dans un événement purement casuel, cet événement ne peut pas s'accomplir pour partie; et si la condition est potestative, comme, par exemple, celle de payer une somme, elle n'en est pas moins indivisible dans son accomplissement.

Telle est la règle générale (l. 23, 56, ff. De condit. et demonst.; Pothier, n° 215; Toullier, t. 6, n° 598; Duranton, t. 11, n° 53; Rolland de Villargues, eod., n° 296). Toutefois il existe, et surtout à l'égard des dispositions testamentaires, de nombreuses exceptions à cette règle;

nous en renvoyons l'examen aux mots Divisibilité et Indivisibilité. — V. aussi Legs.

407. La condition, soit positive, soit négative, peut avoir été établie avec ou sans terme fixe: ces deux hypothèses ont été prévues par les art. 1176 et 1177 du Code civil, comme elles l'avaient été par Pothier (Oblig., nos 209 et 210).

408. Lorsque la condition positive doit se réaliser dans un délai déterminé, elle est évidemment défaillie lorsque le délai est expiré sans que l'événement soit arrivé (C. civ., 1176; — Pothier, Oblig., n° 209): les juges ne pourraient, dans ce cas, sous prétexte d'interprétation, proroger le délai. (Rolland de Villargues, eod., n° 321.)

La condition peut même être défaillie avant l'expiration du terme fixé, s'il devient certain, avant cette expiration, que l'événement n'arrivera pas. (Duranton, t. 11, n° 57.)

Cette décision s'applique à toutes les espèces de conditions casuelles, potestatives ou mixtes. (Toullier, t. 6, n° 608.)

409. L'art. 1176 déclare que la condition positive établie sans terme fixe peut toujours s'accomplir.

Pothier enseigne que cette règle souffre exception lorsque la condition consiste dans un fait que doit accomplir le créancier, et auquel le débiteur a intérêt : si, par exemple, j'ai promis telle somme à Titius s'il abat tel arbre qui me nuit, je puis l'assigner pour qu'il lui soit fixé un délai dans lequel il sera tenu d'accomplir la condition. (Pothier, Oblig., n° 209; Delvincourt, t. 2, p. 15, note 6.—Contrà, Toullier, t. 6, n° 620 à 628; Rolland de Villargues, eod., n° 51; — V. Furgole, Testaments, eod., n° 51; — V. aussi Cass. 4 juill. 1336, S.-V. 36. 1. 642; J. P. 3° édit.; D. P. 36. 1. 302.)

410. La règle que les conditions positives peuvent toujours s'accomplir lorsqu'il n'y a pas de délai fixé, se modifie d'une manière notable lorsqu'il s'agit de conditions apposées aux legs. — V. Legs.

411. Lorsque la condition négative « a un temps préfix, dit Pothier (eod., n° 210), elle existe lorsque le temps est expiré sans que la chose soit arrivée. » Elle peut même s'accomplir avant l'expiration de ce temps, lorsqu'il devient certain que l'événement n'arrivera pas. (C. civ., 1177.)

412. S'il n'y a pas de terme fixé, la condition négative n'est accomplie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas. (C. civ., 1177.)

Lorsque le fait prévu est au pouvoir du débiteur et intéresse le créancier, si, par exemple, Titius m'a promis telle somme s'il ne faisait pas abattre un arbre qui me nuit, peut-on assigner le débiteur et faire fixer, par le juge, un délai à l'expiration duquel si le fait n'est pas accompli, la somme promise deviendra exigible? Pothier enseigne l'affirmative (eod., n° 211): son opinion, admise par Delvincourt (t. 2, p. 15, note 9), a été critiquée par Toullier (t. 6, n° 622 à 628) et par M. de Villargues (v° Condition, n° 360, 361). Ces jurisconsultes rejettent complétement l'explication que Pothier a donnée de la loi 115, § 2, ff. De verb. oblig.

Dans cette loi, Papinien détermine les effets de la promesse faite par un débiteur « de payer cent, s'il ne donne pas l'esclave Pamphile. » Suivant les Proculiens, la somme n'était pas due avant que l'esclave cessat de pouvoir être donné; tandis que les Sabiniens pensaient que, d'après l'intention des parties, on pouvait agir pour demander la somme aussitôt que l'esclave aurait pu être livré, et que l'action n'était suspendue que tant que le débiteur n'avait pas la faculté d'accomplir son engagement. Papinien concilie les deux opinions en distinguant comment la stipulation a été faite : si, après avoir promis purement et simplement l'esclave, le débiteur promet les cent si l'esclave n'est pas livré, la décision des Sabiniens peut être admise; mais elle doit être rejetée, au contraire, si la stipulation commence par la condition, à conditione capit, si l'on a dit, par exemple, « si vous ne donnez pas l'esclave Pamphile, promettez-vous de donner cent? »

La question examinée par Papinien n'était donc pas, comme l'a cru Pothier, de savoir si l'on devait fixer un délai au débiteur pour accomplir la condition potestative de donner l'esclave, mais bien de savoir s'il y avait condition suspensive ou s'il n'y en avait pas. La distinction proposée par Papinien paraît juste, car il existe une différence réelle entre les deux stipulations qu'il indique. La première renferme l'obligation pure et simple de donner l'esclave et l'obligation conditionnelle de payer cent, si l'esclave n'est pas livré; tandis que la seconde renferme la condition potestative de donner l'esclave et l'obligation de payer cent, si l'esclave n'est pas livré.

413. Remarquons ici, comme nous l'avons déjà fait (n° 410) au sujet des conditions positives, que la règle d'après laquelle les conditions peuvent toujours s'accomplir lorsqu'il n'y a pas de délai fixé, se modific à l'égard des dispositions testamentaires. — V. Legs.

114. Lorsque la condition est de nature à ne se réaliser qu'à la mort du créancier, comme, par exemple, de ne pas aller dans telle ville, ou de ne pas embrasser telle profession, y a-t-il lieu à la caution mucienne, ou, en d'autres termes, le créancier peut-il exiger l'exécution de l'obligation en donnant caution de restituer ce qu'il aura pu recevoir, si la condition vient à défaillir? — V. Mucienne (caution).

415. Il suffit que l'événement prévu arrive le jour même de l'expiration du délai fixé, pour que la condition soit réputée accomplie ou défaillie. (Delvincourt, t. 2, p. 15, note 7.)

416. Le principe consacré par l'art. 1178, que « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement, » peut être considéré comme une conséquence de l'art. 1382; car, en empêchant l'accomplissement de la condition, l'obligé a causé, par son fait, un préjudice qu'il doit réparer en exécutant son engagement (Toullier, t. 6, n° 609). Ce principe, que l'on retrouve dans les lois romaines (1.85, § 7, ff. Deverb. oblig.; l. 81, § 4, ff. De condit. et demonst.; l. 39, ff. De reg. jur.), est commun à toutes les conditions. (Pothier, eod., n° 212.)

417. Il faut, pour appliquer sainement ce principe, examiner s'il y a eu, ou non, de la part du débiteur, dessein d'empêcher l'effet de la disposition; car l'intention des parties a fort bien pu être de laisser à l'obligé la faculté d'empêcher la réalisation de la condition. Si, par exemple, je vends ma maison à Titius, si je vais me fixer dans telle ville, il serait absurde de prétendre qu'en n'allant pas me fixer dans cette ville, j'empêche l'accomplissement de la condition, et que je dois, aux termes de l'art. 1178 du Code civil, vendre ma maison à Titius.

418. L'art. 1178 n'est pas applicable, lorsque le débiteur n'a fait, en empêchant indirectement l'accomplissement de la condition, qu'user d'un droit légitime. (l. 38, ff. De statu liber.) Ainsi, par exemple, mon auteur vous a légué une maison, si, dans tel délai, vous payez 3,000 fr. à Paul, ou si vous allez

à Paris; vous êtes mon débiteur personnel; en faisant saisir et vendre vos biens et en exerçant contre vous la contrainte par corps, j'empêche la réalisation de la condition; mais comme je ne fais qu'user d'un droit légitime, vous ne pouvez alléguer, pour excuser le non accomplissement de la condition, des poursuites que vous pouviez éviter en me payant ce que vous me deviez. (V. Pothier, Oblig,, n° 212; Toullier, t. 6, n° 609; Rolland de Villargues, v° Condition, n°s 328, 329; Duranton, n° 61; Zachariæ, § 302, note 22.)

419. Lorsque l'accomplissement de la condition consiste dans des faits qui doivent se renouveler, il ne suffit pas, pour que le créancier puisse réclamer l'application de l'article 1178, que le débiteur se soit opposé à l'un de ces faits, il faut qu'il les ait empêchés tous. Les interprètes ont cité, d'après la loi 20, § 5, ff. De statu lib., le cas où j'ai promis de donner telle chose à un ouvrier s'il me faisait dix journées de travail. Si je le renvoie le jour où il se présente, la condition n'est accomplie que pour ce jour : il faut qu'il travaille ou que je le renvoie pendant les neuf autres jours. (V. Pothier, eod., nº 212; Toullier, t. 6, nº 609; Rolland de Villargues, eod., nº 330: Delvincourt, t. 2, p. 15, note 3.)

420. Le créancier sous condition potestative qui a été empêché, par cas fortuit ou force majeure, d'accomplir la condition, n'est pas admis à soutenir que cette condition doit être réputée accomplie : cette prétention, qui constituerait une contre-partie assez équitable de l'art. 1178, est repoussée par tous les interprètes. Les événements qui ont empêché le créancier d'accomplir la condition ont pu être prévus par les parties, et l'on ne doit pas supposer qu'elles aient entendu que la seule bonne volonté tînt lieu du fait. « Les contrats, dit Pothier, ne doivent être étendus que quantum sonant, et l'interprétation, dans le doute, se fait toujours contre celui envers qui l'obligation a été contractée. » (l. 4, § 1, ff. De heredib. instit.; Furgole, Testaments, ch. 7, sect. 2, nº 83; Pothier, eod., nº 213; Toullier, t. 6, nº 610; Rolland de Villargues, eod., nos 331, 332, 333; Zachariæ, § 302, note 23; Duranton, nº 64.)

421. Pothier applique (n° 214) cette décision à la condition mixte. Il enseigne que si, par exemple, quelqu'un a promis de me payer une somme si j'épouse telle personne, la somme ne m'est pas due, bien que j'offre

d'épouser la personne désignée, si celle-ci ne consent pas au mariage. (V. l. 31, ff. De condit. et demonst.; Cujas, Ad African., Quest., lib. 2, t. 1, p. 1311.)

Cette doctrine est-elle applicable aux dispositions à titre gratuit? On décide généralement qu'elle n'est pas applicable aux legs; mais il y a quelque doute à l'égard des donations entre vifs. — V. Donation, Legs.

422. Celui dont le droit est fondé sur une disposition conditionnelle doit, pour l'exercer, attendre l'événement; il ne peut employer, pour avancer cet événement, aucun moyen interdit soit par la loi, soit par le texte ou l'esprit de la convention. Telle est la doc trine professée par M. Pardessus (Cours de droit commercial, t. 1, n° 185). Devrait-on, en conséquence, réputer défaillie la condition casuelle dont le créancier aurait frauduleusement provoqué la réalisation? Cette déchéance nous semblerait tout à fait équitable et conforme sinon au texte, du moins à l'esprit des articles 1178 et 1382 du Code civil.

423. Il est de principe que, lorsque la condition s'est accomplie, son effet est irrévocablement produit sans qu'il y ait à distinguer si, depuis l'accomplissement, les choses restent dans le même état, ou si elles se trouvent rétablies dans l'état où elles étaient avant l'accomplissement de la condition. C'est ce que les docteurs expriment par la maxime: Conditio semel impleta non resumitur. (Furgole, eod., ch. 7, sect. 4, n°160; Toullier, t. 6, n° 642; Zachariæ, § 302, note 25; Rolland de Villargues, eod., n°s 378, 379, 380.)

424. Il existe toutefois des conditions dont l'objet, dans l'intention des parties, doit être permanent: telles sont celles qui consistent, soit dans un fait continu, soit dans des faits successifs ou dans l'abstention indéfinie d'un fait. On cite, comme exemples, la condition de viduité, celle de porter le nom d'une personne, et celle imposée à des domestiques de continuer à demeurer avec une personne. (V. Toullier, t. 6, n° 644, 645, 646; Rolland de Villargues, eod., n° 381 à 386.)

425. Il est encore de principe que, lorsque la condition a défailli, la disposition est anéantie pour toujours, sans que les événements subséquents puissent la faire revivre ni la rétablir. Tel est le sens de la maxime: Conditio quæ defuit non restauratur. (V. l. 41, ff. De fideicom. libertat.; Cujas, Observat., liv. 13, cap. 40; Toullier, t. 6, nº 643; Rolland de Vil-

largues, eod., nºº 387 à 390; Zachariæ, § 302, note 25.) Le principe que la condition accomplie ou défaillie, est accomplie ou défaillie pour toujours, se justifie par la nécessité de fixer d'une manière irrévocable les droits des contractants, et d'éviter les effets si désastreux que produit la rétroactivité de la condition à l'égard des tiers.

426. La question de savoir sur qui retombe la preuve que la condition est accomplie ou défaillie, doit se résoudre d'après les règles du droit commun (C. civ., 1315). Celui qui réclamera un droit dépendant d'une condition devra donc, lors même que cette condition consisterait dans un fait négatif, prouver qu'elle s'est réalisée. (l. 10, ff. De verb. oblig.; Furgole, eod., sect. 5, n° 145; Toullier, t. 6, n° 649; Duranton, t 11, n° 56; Rolland de Villargues, v° Condition, n° 393, 394, 395.)

427. La question de savoir si une condition s'est ou non réalisée, et si elle s'est accomplie de la manière dont les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût, est une question de fait dont la solution est abandonnée à la prudence des magistrats. (1. 34, § 1, ff. De statu lib.; Toullier, t. 6, n° 647; Rolland de Villargues, eod., n° 391.)

428. Cette question présente souvent de sérieuses difficultés: on a demandé, par exemple, si la condition qui a pour objet la mort d'une personne est accomplie par sa mort civile? Cette question, vivement controversée, se présente surtout en matière de substitution. — V. Súbstitution.

429. La stipulation du droit de retour a fait naître une autre question également controversée: c'est celle de savoir si la condition qu'une personne mourra sans enfants, sine liberis decesserit, est accomplie, lorsque cette personne laisse à son décès des enfants illégitimes ou des enfants adoptifs.

430. Il existe un cas dans lequel l'accomplissement de la condition ne donne pas lieu à l'exécution immédiate de la disposition: c'est celui que nous avons signalé n° 28. Tous les jurisconsultes décident que si un terme est ajouté à la condition, la réalisation de celle-ci purifie bien la disposition, mais que l'exécution ne peut être exigée qu'à l'arrivée du terme. La difficulté en cette matière consiste à distinguer si le terme s'applique seulement à la condition, ou s'il s'applique, au contraire, à la disposition elle-même.

431. Pothier cite (Oblig., nº 237) le cas où

j'ai stipulé une somme, si je me marie d'ici à trois ans. En ce cas, dit-il, si je me marie six mois après, la somme sera exigible sans attendre l'expiration des trois ans, bien que les mots d'ici à trois ans puissent se rapporter également à la condition et à la disposition. La somme ne serait pas exigible avant les trois ans, si j'avais stipulé que « si je me mariais, vous me paieriez d'ici à trois ans, ou dans trois ans à compter de ce jour. »

432. Selon Pothier, l'expression pour lors est applicable à la disposition aussi bien qu'à la condition. Il en conclut que s'il avait été convenu que « si je me mariais d'ici au 1er janvier prochain, pour lors vous me donneriez telle somme, » la somme ne me serait due qu'au 1er janvier, bien que je me fusse marié avant cette époque. Cette assertion a été critiquée avec raison, et la locution dont il s'agit peut laisser subsister du doute. Si l'expression pour lors, mise entre la condition et la disposition, dit Toullier, peut également se rapporter à l'une et à l'autre, elle peut aussi, grammaticalement, ne se rapporter qu'à la première, et elle paraît même s'y rapporter exclusivement dans l'espèce proposée, parce que ces mots pour lors ne signifient pas autre chose, sinon quand je serai marié: les mots, d'ici au 1er janvier, indiquent seulement que, pour donner lieu au paiement, il sussit que le mariage s'effectue dans l'intervalle qui sépare le jour de la promesse du 1er janvier. Il n'y aurait aucune équivoque si l'on disait: si je me marie d'ici au1er janvier, vous me paierez telle somme à cette époque. (V. Denisart, vº Condition, p. 119; Toullier, t. 6, nos 617, 618; Duranton, t. 11, nos 59 et 102; Rolland de Villargues, v° Condition, n° 345 à 352).

433. Dans le doute, on doit décider que le terme est apposé à la disposition ou au paiement, aussi bien qu'à la condition. Cette décision est fondée sur l'art.1162, d'après lequel les conventions doivent, dans le doute, s'interpréter en faveur du débiteur. (V. Toul lier, t. 6, n° 619.)

#### GAUTHIER LA CHAPELLE.

CONDITION DES SOIES. — 1. On appelle ainsi des établissements dans lesquels la soie est soumise à des opérations qui la dégagent de l'eau qu'elle peut renfermer, de manière à ce que son poids, qui est le premier élément de sa valeur, puisse être exactement

apprécié et déterminé. On nomme ces opérations conditionnement. Ces sortes d'établissements sont institués dans les villes dont l'industrie principale a la soie pour objet.

- 2. Le conditionnement des soies, dont la pratique nous vient d'Italie, n'a été longtemps exercé en France que dans les établissements particuliers auxquels les besoins du commerce avaient donné naissance. Ce fut à Lyon qu'un décret du 23 germinal an XIII institua la première condition publique pour les soies. Deux autres décrets, en date des 13 fructidor an XIII et 15 janvier 1808, organisèrent des établissements semblables à Avignon et à Saint-Étienne.
- 3. D'après les décrets que nous venons d'indiquer, il ne doit y avoir dans chacune des localités auxquelles ils s'appliquent qu'une seule condition publique pour les soies. Le décret qui concerne la ville de Saint-Étienne se fait même remarquer par une disposition pénale ainsi conçue: - Art. 18. « Les conditions particulières actuellement existant à Saint-Étienne sont supprimées. Il est défendu à tout individu de former, à l'avenir, des établissements de cette nature et de conditionner, sous quelque prétexte que ce soit, à peine de confiscation des outils et ustensiles, et des soies qui y seraient trouvées. Cette confiscation sera prononcée par le tribunal de police correctionnelle, sauf le recours des propriétaires contre les conditionneurs pour le paiement de la valeur des soies confisquées. » Aux termes de l'art. 19 du même décret, « les objets dont la confiscation aura été prononcée seront vendus à la diligence du maire, en présence des agents de la régie des domaines. Le prix, déduction faite des frais de vente, sera versé, moitié dans la caisse de la régie, moitié dans celle de la condition. »
- 4. Aux termes de l'ordonnance royale du 16 juin 1832, les conditions pour les soies sont aujourd'hui au nombre des établissements dont l'administration est attribuée aux chambres de commerce. Par là se trouvent modifiés les décrets précités qui, en faisant des conditions pour les soies des établissements municipaux, n'attribuaient aux chambres de commerce sur leur gestion qu'une simple surveillance.
- 5. Nous ne nous occuperons point ici des diverses épreuves employées pour le conditionnement des soies : ces épreuves varient suivant les localités. Nous n'examinerons pas non plus les tarifs, essentiellement variables,

- à l'application desquels l'opération peut donner lieu. Notons seulement qu'en ce qui concerne la ville de Lyon, le décret du 23 germinal an XIII a été successivement modifié par les décrets des 17 avril 1800, 2 février 1809, 5 août 1813, et par ordonnances royales des 17 mars 1819, 30 août 1828 et 26 juillet 1829. Du reste, par suite de nouvelles expériences scientifiques sur la dessiccation des soies, les procédés de conditionnement ont été changés, pour la ville de Lyon, par ordonnance du 23 avril 1841, et pour Saint-Étienne, par ordonnance du 7 mai 1842.
- 6. Les conditions pour les soies étant uniquement établies dans l'intérêt du commerce, et seulement pour offrir au besoin des garanties contre la fraude ou l'erreur, le recours à ces établissements devait nécessairement être facultatif. Aussi c'est ce qui a été posé en principe par les divers décrets que nous avons cités. « N'entendons par ces présentes, porte le décret du 23 germinal an XIII, qui a servi de type aux décrets postérieurs, gêner en aucune manière la liberté du commerce, et voulons qu'il soit entièrement libre à un chacun d'envoyer des soies à la condition publique. »
- 7. Mais, d'un autre côté, il fallait consacrer d'une manière générale le droit de recourir à la garantie offerte, pour l'acheteur comme pour le vendeur, pour le simple particulier comme pour le commerçant, et, en même temps, déterminer l'effet légal de la vérification obtenue au moyen du conditionnement. Il a été pourvu à ce double objet par les art. 10 et 11 du même décret, ainsi conçus : Art. -10. « Tout acheteur ou vendeur pourra exiger que la soie vendue soit mise à la condition publique, et l'un et l'autre seront obligés de s'en rapporter à la déclaration qui leur sera délivrée pour la fixation du poids de la soie après qu'elle aura subi la condition : les registres et la déclaration conformes feront foi, et serviront de règle en cas de discussion. » - Art. 11. « Lorsqu'un particulier recevra de dehors un ballot de soies pour son compte. il pourra exiger qu'il soit porté, au sortir de la douane, à la condition publique, et le poids qui en résultera sera fait vis-à-vis du vendeur et de l'acheteur. »

CONDITIONNER UN HÉRITAGE.

C'était, dans plusieurs coutumes des PaysBas, stipuler qu'un héritage ne serait point
assujettiaux règles établies par la loi munici-

pale, soit pour les successions, soit pour la faculté d'en disposer. (Merlin, Répert.)

CONFARRÉATION. — C'était un des modes solennels de contracter mariage chez les Romains. Il consistait en un sacrifice fait en présence de dix témoins, dans lequel certaines paroles sacramentelles étaient prononcées. On se servait pour ce sacrifice d'un pain de froment; c'est même de là que vient le mot confarréation. La femme tombait par ce mariage in manu mariti. Farreo convenit uxor in manum certis verbis et testibus decem præsentibus et solemni sacrificio facto, in quo panis quoque furreus adhibetur (Ulpiani fragmenta, t. 9, de his qui in manu sunt); undè etiam confarreatio dicitur, ajoute Gaïus (Gaii Instit., § 112). Selon Servius, le pain devait être salé, et on se servait aussi de fruits pour le sacrifice: per fruges et molam salsam conjungebantur. (Servius Danielis, ad Georg., lib. 1, v. 31.) Numa instituit Deos fruge colere et molā salsā supplicare. (Pline, l. 18, § 2.) - V. Mariage.

CONFESSION. — C'est le témoignage de la partie elle-même sur la vérité d'un fait ou d'un droit invoqué contre elle. Le Code civil (art. 1354, 1355 et 1356) et la jurisprudence moderne ont remplacé par le mot aveu celui de confession, qui avait été emprunté par l'ancienne jurisprudence au droit romain. — V. Aveu.

On entend encore par confession la déclaration faite à un prêtre approuvé des fautes que l'on a commises.

Les ministres du culte qui reçoivent ces déclarations sont compris dans la catégorie des personnes qui ne peuvent, sous peine d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 fr. à 500 fr., révéler les secrets qu'on leur a consiés dans l'exercice de leur ministère (C. pén., 878).

Il suit de là qu'un prêtre ne pourrait pas être appelé en justice pour déposer sur les faits qu'il n'aurait connus que par la révélation du pénitent. La cour de Turin a même été plus loin; elle a décidé que les aveux faits par suite de la confession n'étaient pas moins secrets que ceux faits dans la confession même; qu'ainsi, lorsqu'un pénitent, par ordre de son confesseur, avait demandé pardon d'un vol à la personne volée, cet aveu du vol ne pouvait être pris en considération par les tribunaux pour la preuve du délit (28 fév. 1810, S.-V.

11. 2. 63; J. P. 3° édit.). Cette décision nous paraît conforme à l'esprit de la loi, et nous n'hésitons pas à l'adopter.

CONFESSOIRES ET NÉGATOIRES (ACTIONS). — L'action confessoire était, en droit romain, celle qui avait pour objet la revendication d'un droit d'usufruit, d'usage ou de servitude rurale ou urbaine.

Cette action, qui était au nombre des actions réelles, était appelée confessoire, c'està-dire affirmative, parce que le demandeur assurait que le droit qu'il prétendait sur le fonds d'autrui lui appartenait légitimement. L'action négatoire était celle accordée en sens inverse au propriétaire qui niait que sa chose fût grevée soit d'usufruit, soit de telle ou telle servitude, et demandait qu'elle fût déclarée libre. Cette action était aussi réelle. (V. Bonjean, Traité des actions, 2e édit., t. 2, § 279 et 280.)

CONFINS D'HÉRITAGE. — Les confins d'un héritage en sont les tenants et aboutissants. — V. ce dernier mot, et Bornage.

CONFIRMATION CANONIQUE. — V. Culte, Église catholique, Évêque.

CONFISCATION. — 1. C'est l'attribution au domaine de l'état, et quelquesois à des particuliers, de tout ou partie des biens d'un individu, par suite de condamnation.

2. De là, deux sortes de confiscations: la confiscation générale des biens et la confiscation spéciale des objets ayant servi à commettre un délit ou étant le produit d'un délit. Nous les traiterons dans deux paragraphes distincts.

§ 1<sup>er</sup>. — De la confiscation générale. § 2. — De la confiscation spéciale.

## § 1er. — De la confiscation générale.

3. Montesquieu (Esp. des lois, liv. 5, ch. 15), après avoir dit que le péculat est naturel dans les états despotiques, ajoute : «Ce crime y étant le crime ordinaire, les confiscations y sont utiles. Par là on console le peuple; l'argent qu'on en tire est un tribut considérable, que le prince lèverait difficilement sur des sujets abîmés : il n'y a même, dans ce pays, aucune famille qu'on veuille conserver. Dans les états modérés, c'est tout autre chose. Les confiscations rendraient la propriété des biens incertaine; elles dépouilleraient des enfants innocents; elles détruiraient une famille, lors-

qu'il ne s'agirait que de punir un coupable. Dans les républiques, elles feraient le mal d'ôter l'égalité qui en fait l'âme, en privant un citoyen de son nécessaire physique.»

4. Quel que soit le mérite de cette distinction, l'histoire démontre qu'en fait elle n'a point été suivie, et que la confiscation générale des biens des condamnés pour crime a été en usage sous toutes les formes de gouvernement, et chez presque tous les peuples.

- 5. On trouve des exemples de confiscation dans les temps les plus reculés. Nous voyons dans l'Ecriture sainte que le procès ayant été fait à Naboth, quia maledixerat regi, le roi Achab se mit en possession de son héritage. David ayant été averti que Miphibozeth s'était engagé dans la révolte d'Absalon, donna tous ses biens à Siba, qui lui en apporta la nouvelle: tua sint omnia quæ fuerunt Miphibozeth.
- 6. A Rome, la confiscation fut inconnue pendant les beaux jours de la république; elle fut introduite au milieu des proscriptions par la loi Cornelia de proscriptis. Cette loi, qui semblait n'être dictée que par l'inhumanité et l'avarice, et qui s'appliquait à un trèsgrand nombre de cas (1), fournit plus tard aux empereurs le moyen le plus sûr, mais le plus honteux, de remplir les coffres du fisc lorsqu'ils étaient épuisés, et d'enrichir les courtisans serviles qui flattaient leurs passions. « Cette source impure, dit M. Troplong d'après Gibbon, déjà trop bien alimentée par le crime de lèse-majesté, s'était encore accrue lors de la conversion des empereurs à la religion chrétienne, et le masque religieux avait servi à colorer les turpitudes de l'avarice. On voit, par exemple, l'empereur s'attribuer l'opulente dotation du temple de Comana, dont les terres étaient habitées par six mille colons ou esclaves de la divinité ou de ses ministres. » (Traité du louage, n° 31.)

Il est juste de dire, toutesois, que la loi Cornelia ne sut pas appliquée par tous les empereurs; que d'autres, lorsqu'ils l'appliquaient, saisaient ordinairement passer tout ou partie de la sortune du condamné entre les mains de ses ensants et de ses parents, saus le cas de lèse-majesté, dans lequel on ne croyait pas qu'il fût possible de prendre jamais des mesures trop rigoureuses, même contre les enfants du criminel. » ( Hist. du droit romain, par Hugo, trad. de M. Jourdan, t. 2, p. 342.) Ainsi, Trajan n'appliquait jamais la peine de la confiscation; Antonin le Pieux laissait les biens aux enfants des condamnés: Marc-Antonin leur en remettait la moitié; Adrien ordonna que si le condamné laissait un enfant, on donnât à cet enfant la douzième partie des biens de son père; et que si le condamné laissait plusieurs enfants, on leur abandonnât la totalité des biens. (1. 7, § 3, ff. De bonis damnatorum.) Valentinien fit remise entière des biens aux enfants; Théodose le Grand étendit cette remise aux petits-enfants, et, au défaut des descendants, il en accorda le tiers aux ascendants; ensin, Justinien abolit entièrement le droit de confiscation par sa novelle 17; il en excepta seulement, par sa novelle 34, le crime de lèse-majesté.

- 7. En France, on trouve la confiscation établie dès les premiers temps de la monarchie, notamment dans un édit de Dagobert Ier, de l'an 630, et dans une ordonnance de Pépin, que l'on croit être de l'an 744; mais elle n'était pas uniformément appliquée dans toutes les parties du royaume.
- 8. Dans les pays de droit écrit, à l'exception du ressort du parlement de Toulouse, elle n'était admise que pour les crimes de lèsemajesté divine et humaine.
- 9. Dans les pays coutumiers, au contraire, elle était généralement la conséquence de toute condamnation à la mort naturelle ou civile. La coutume de Paris, notamment, comme un grand nombre d'autres, établissait en principe, dans son art. 138, que « qui confisque le corps, confisque les biens, » et, par ces mots barbares, confisque le corps, elle entendait non-seulement la condamnation à la peine de mort, mais encore la condamnation à toute peine personnelle entraînant la mort civile. Dans ces coutumes, la confiscation comprenait tous les biens meubles et immeubles des condamnés.
- 10. Cependant la règle suivant laquelle la confiscation était la conséquence de toute condamnation à la mort naturelle ou civile, souffrait quelques exceptions dans quelques-uns des pays soumis au droit coutumier. Ainsi, certaines coutumes, comme celles de Berri, Touraine, Lodunois, la Rochelle, Angou-

<sup>(1)</sup> M. Naudet a compté vingt-neuf chefs criminels qui emportaient la confiscation. (Des changements opérés dans l'administration de l'empire romain, sous les règnes de Dioclétien, etc., t. 1, p. 195.)

mois, etc., ne l'autorisaient, comme cela avait lieu dans les pays de droit écrit, que pour les crimes de lèse-majesté divine et humaine.

D'autres l'autorisaient, en outre, pour le cas d'hérèsie; certains pays, comme celui compris dans le ressort du parlement de Flandre, d'abord soumis à cette peine, en avaient obtenu plus tard l'exemption.

Dans d'autres, tels que la Normandie, la Bretagne, l'Anjou, le Perche, le Poitou, le Maine, elle ne pouvait comprendre que les meubles et non les immeubles des condamnés.

Ensin, il y avait quelques provinces dont les coutumes avaient gardé le silence sur la consiscation, et qui par là même s'en trouvaient à l'abri.

- 11. L'abolition de la confiscation générale des biens sut prononcée par la loi du 21 janvier 1790: c'était une conséquence nécessaire des principes généreux qui venaient d'être proclamés. Malheureusement les dangers qui, plus tard, menacèrent l'indépendance du pays, firent considérer le rétablissement de cette odieuse mesure comme un des moyens propres à le sauver : de là les lois des 30 août 1792, 19 mars 1793, 1er-3 brumaire an II, 14 floréal et 21 prairial an III, qui autorisèrent la confiscation pour les attentats contre la sûreté générale de l'état, et pour le crime de fausse monnaie.
- 12. L'empire, sans avoir les mêmes motifs d'excuse, non-seulement maintint la confiscation pour ces deux sortes de crimes par le Code pénal de 1810 (art. 75, 76, 77, 79, 80,81, 132), mais il l'étendit: 1° aux attentats et complots contre la vie ou contre la personne de l'empereur et des membres de sa famille (86); 2º à ceux dont le but serait, soit de détruire, soit de changer le gouvernement ou l'ordre de successibilité au trône, soit d'exciter les citoyens ou habitants à s'armer contre l'autorité impériale (87); soit d'exciter la guerre civile en armant ou en portant les citoyens ou habitants à s'armer les uns contre les autres; soit de porter la dévastation, le massacre et le pillage dans une ou plusieurs communes (91); 3° aux crimes d'avoir levé ou fait lever des troupes armées, engagé ou enrôlé, fait engager ou enrôler des soldats, de leur avoir fourni ou procuré des armes ou munitions, sans ordre ou autorisation du pouvoir légitime (92); d'avoir, sans droit ou motif legitime, pris le commandement d'un

d'une escadre, d'un bâtiment de guerre. d'une place forte, d'un poste, d'un port, d'une ville; d'avoir retenu, contre l'ordre du gouvernement, un commandement militaire quelconque: d'avoir tenu une armée ou une troupe rassemblée, après que le licenciement ou la séparation en auront été ordonnés (93); 4° au crime des personnes qui, pouvant disposer de la force publique, en auraient requis ou ordonné, fait requérir ou ordonner l'action ou l'emploi contre la levée des gens de guerre légalement établie, si cette réquisition ou cet ordre avaient été suivis de leur effet (94); 5º aux crimes d'avoir incendié ou détruit. par l'explosion d'une mine, des édifices, magasins, arsenaux, vaisseaux ou autres propriétés appartenant à l'état (95); de s'être mis à la tête de bandes armées, ou d'y avoir exercé une fonction ou commandement quelconque, soit pour envahir les domaines, propriétés ou deniers publics, places, villes, forteresses, postes, magasins, arsenaux, ports, vaisseaux ou bâtiments appartenant à l'état, soit pour piller ou partager des propriétés publiques ou nationales, ou celles d'une généralité de citoyens; soit enfin pour faire attaque ou résistance envers la force publique agissant contre les auteurs de ces crimes (96); d'avoir dirigé de telles associations, levé ou fait lever, organisé ou fait organiser les bandes, ou de leur avoir, sciemment et volontairement, fourni et procuré des armes, munitions et instruments de crime, ou envoyé des convois de subsistances, ou pratiqué de toute autre manière des intelligences avec les directeurs ou commandants des bandes (même article 97); d'avoir contrefait le sceau de l'état ou fait usage du sceau contrefait; d'avoir contresait ou falsisié, soit des effets émis par le trésor impérial avec son timbre, soit des billets de banque autorisés par la loi, ou d'avoir fait usage de ces effets et billets contrefaits ou falsifiés, ou de les avoir introduits dans l'enceinte du territoire français (139).

corps d'armée, d'une troupe, d'une flotte.

13. D'après la législation établie par ce Code, la confiscation ne pouvait être prononcée que concurremment avec une autre peine afflictive, et seulement dans les cas expressément déterminés par la loi (art. 7). Elle n'était la suite nécessaire d'aucune condamnation (art. 37), à la différence de ce qui avait lieu sous l'ancien droit coutumier, où elle était, comme nous l'avons dit, la consé-

quence ordinaire de toute condamnation à la 1814, avec déclaration qu'elle ne pourrait mort naturelle ou civile.

- 14. La confiscation n'avait lieu que lorsque la condamnation qui l'avait prononcée était devenue irrévocable et avait été exécutée, soit réellement, soit par effigie dans le cas de contumace.
- 15. Il était de principe autrefois, en France, que la confiscation était un fruit de la haute justice. En conséquence, les produits de la confiscation appartenaient aux seigneurs hauts justiciers, dans l'étendue de leur haute justice. Le roi n'avait de confiscation, dans les terres des hauts justiciers, que pour le crime de lèse-majesté; mais dans le cas de confiscation prononcée pour d'autres crimes, le roi avait droit à une amende pour réparation envers le public (Merlin, Répert., v° Confiscation, § 1er, no 4). Le Code pénal de 1810 attribuait les produits de toutes les confiscations au domaine de l'état (art. 37). Mais, en cas de concurrence de la confiscation avec les restitutions et les dommages-intérêts sur les biens insuffisants du condamné, ces dernières condamnations devaient obtenir la préférence (art. 54).
- 16. Sous l'ancienne législation, la confiscation n'avait lieu qu'à la charge de payer les dettes du condamné, excepté dans le cas de crime de lèse-majesté, où elle était déchargée des douaires, substitutions, dettes, hypothèques et autres charges quelconques (Ord. de François Ier, du mois d'août 1530).

Cette exception n'avait pas été maintenue par le Code de 1810, et la confiscation générale, sans distinction entre les crimes pour lesquels elle avait été prononcée, demeurait grevée de toutes les dettes légitimes, jusqu'à concurrence des biens confisqués, et, en outre, de l'obligation de fournir aux enfants ou autres descendants du condamné une moitié de la portion dont le père n'aurait pu les priver, ainsi que les aliments à qui il en était dû de droit (art. 38).

De plus, l'article 39 accordait au souverain la faculté de disposer des biens confisqués en faveur, soit des père, mère et autres ascendants, soit de la veuve, soit des enfants ou autres demandeurs légitimes, naturels ou adoptifs, soit des autres parents du condamné.

17. La confiscation générale des biens ne pouvait se concilier avec les principes du gouvernement constitutionnel; l'abolition en fut prononcée par l'article 66 de la Charte de 1814, avec déclaration qu'elle ne pourrait jamais être rétablie à l'avenir. Cette abolition a été consirmée par l'article 57 de la Charte de 1830.

### § 2. — De la confiscation spéciale.

- 18. La confiscation dont il s'agit dans ce paragraphe s'applique, non à la généralité des biens du condamné, mais spécialement soit au corps du délit, quand la propriété en appartient au condamné; soit aux choses produites par le délit; soit à celles qui ont servi ou qui ont été destinées à le commettre (C. pén., 11). Cette espèce de confiscation n'a point été abolie par la Charte de 1814, ni par celle de 1830, qui ne parlent l'une et l'autre que de la confiscation des biens, et non de la confiscation spéciale. Aussi des lois postérieures à l'une et à l'autre de ces deux chartes ont-elles établi des confiscations spéciales. (V. L. des 17 déc. 1814, art. 15; 28 avril 1816, art. 51; 15 avril 1818; 27 mars 1827 et 4 mars 1831. — Cass. 22 fév. 1822, Devillen. et Car. 7. 1. 31; J. P. 3º édit.)
- 19. La confiscation spéciale est commune non-seulement aux matières criminelles et correctionnelles, ainsi que le dit l'article 11 du Code pénal, mais en outre aux matières de simple police, auxquelles elle est étendue par les articles 464 et 470 du même Code.
- 20. Le plus souvent elle est prononcée au profit de l'état; mais elle l'est aussi quelquefois dans l'intérêt des particuliers, comme, par exemple, dans le cas des articles 239 et 240 du Code de commerce, et de l'article 49 de la loi du 5 juillet 1844, concernant la confiscation des objets industriels contrefaits.
- 21. La confiscation du corps même du délit n'a lieu que lorsque la propriété en appartient au condamné; il en est autrement des choses produites par le délit, ou qui ont servi ou ont été destinées à le commettre; elles peuvent être confisquées, alors même qu'elles appartiendraient à des personnes autres que le condamné. Cette distinction est établie sur ce que ces mots de l'article 11, « quand la propriété en appartient au condamné, » ne se réfèrent qu'au corps du délit.
- 22. De même que l'amende, la confiscation spéciale est une peine; l'article 11 précité lui imprime formellement ce caractère. Ce principe domine la solution dans toutes les questions qui peuvent s'élever en cette matière.

De ce principe découlent plusieurs conséquences:

23. 1° La confiscation spéciale ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte formel de loi. Ainsi, la cour suprême a cassé, avec raison, un jugement qui avait ordonné la confiscation de divers instruments ayant servi à commettre un délit de maraudage, parce qu'en effet aucune disposition de loi n'autorise la confiscation en pareil cas. (Chauveau et F. Hélie, Théorie du Code pénal, t. 1er, p. 266.) — V. Maraudage.

24. 2º La confiscation n'a pas lieu de plein droit; elle doit être prononcée par le jugement. (Décision du grand juge, Journal de l'enregistrement de 1808, n° 358; Carnot, sur l'art. 137, C. d'inst. crim., t. 1er, p. 554, n° 18.)

25. 3º Les juges ne peuvent, en général, convertir la confiscation de l'objet du délit en une confiscation de sa valeur; « car, disent MM. Chauveau et Hélie, loc. cit., cette confiscation est une peine particulière dont ils ne peuvent altérer la nature. Elle se résume, à la vérité, en une perte pécuniaire; mais elle a pour objet de frapper un objet déterminé, l'instrument ou le fruit du délit, et ce but ne serait pas atteint, si l'inculpé était admis à en offrir le prix. » Ces auteurs citent comme rendu dans le même sens un arrêt de la Cour de cassation, du 23 mai 1813 (Devillen. et Car. 7. 1. 248). Il nous semble que l'arrêt de la Cour de cassation n'a pas statué sur cette question, résolue sculement par l'arrêt de la cour royale de Rennes, contre lequel le pourvoi était dirigé.

Toutesois il est sait exception à cette règle dans quelques matières spéciales, lorsque l'objet du délit ne peut pas être représenté, comme en matière de délit de chasse et de pêche. (Décret du 4 mai 1812; lois des 15 avril 1829, et 3 mai 1844, art. 16.)

26. 4° La confiscation ne peut être prononcée qu'à la suite d'une déclaration de culpabilité, car il implique contradiction qu'un prévenu soit en même temps acquitté et frappé d'une peine. (Cass. 19 avril 1833, J. P. 3° édit.; D. P. 33. 1. 227; — id., 21 juillet 1838, S.-V. 39. 1. 989; D. P. 38. 1. 471.)

Cependant ce principe souffre exception dans quelques matières toutes spéciales. Ainsi, par exemple, la confiscation des marchandises prohibées à l'entrée doit avoir lieu, même dans le cas où la nullité du procès-

verbal ne permet pas de constater le délit (l. 6-22 août 1791, tit. 10, art. 23. — Cass. 1er germ. an IX, S.-V. 1. 2. 299; J. P. 3e édit.; D. A. 11. 429). Ainsi encore, l'article 109 de la loi du 19 brumaire an VI, sur la garantie des matières d'or et d'argent, prononce, dans tous les cas, la confiscation des ouvrages marqués de faux poinçons. De même, l'article 49 de la loi du 5 juillet 1844 prononce la confiscation des objets reconnus contrefaits, et, le cas échéant, celle des instruments ou ustensilés destinés spécialement à leur fabrication, même en cas d'acquittement, contre le contrefacteur, le receleur, l'introducteur ou le débitant.

27. Bien que la confiscation soit une peine. néanmoins elle n'a rien de personnel; elle n'affecte que la chose saisie, et doit conséquemment l'atteindre dans quelques mains qu'elle passe; c'est pourquoi lorsqu'elle a été prononcée comme peine d'une contravention commise par ou sur la chose même qui est assujettie à cette peine, elle peut être poursuivie contre l'héritier du contrevenant, encore que celui-ci soit décédé avant le jugement définitif (Cass. 9 déc. 1813, S.-V. 14. 1. 94; J. P. 3e édit.; D. A. 1. 390). Cette règle s'applique à tous les cas où le délit réside dans l'objet même; mais le décès du prévenu éteint l'action publique, lorsque le délit ne gît que dans la chose que la confiscation doit atteindre, et lorsqu'elle n'est qu'une aggravation de peine personnelle au coupable. (Mangin, Traité de l'action publ., t. 2, p. 88, nº 280; Legraverend, t. 2, ch. 6, p. 365, note 5e.)

28. Lorsque la confiscation est prononcée par une loi, le juge ne peut en décharger le prévenu, même dans le cas de circonstances atténuantes (Cass. 4 oct. 1839, S.-V. 40. 1. 549; D. P. 40. 1. 377), ni la prononcer éventuellement (Cass. 18 oct. 1822, Devillen. et Car. 7. 1. 148; J. P. 3° édit.); enfin, elle doit être prononcée, quoique l'objet confiscable n'ait pas pu être saisi (Cass. 23 mai 1823, S.-V. 23. 1. 349; J. P. 3° édit.; D. A. 2. 686).

29. En matière criminelle et correctionnelle, le Code pénal prononce la confiscation spéciale: 1° des grains, grenailles, farines, substances farineuses, vins ou boissons, dont tout commandant des divisions militaires, des départements ou des places et villes, tout préfet ou sous-préfet aurait fait le commerce ouvertement, ou par des actes simulés, ou par interposition de personnes, dans l'étendue des lieux où il a droit d'exercer son autorité, lorsque ces denrées ne proviennent pas de ses propriétés (176); 2º des choses données pour corrompre un fonctionnaire, agent ou préposé de la qualité exprimée par l'art. 177 du Code pénal (180); 3º des ouvrages imprimés et publiés en contravention aux dispositions des art. 283 et 285 du même Code (286); 4º des planches et exemplaires des imprimés et images contraires aux bonnes mœurs (287); 5° des stylets, tromblons ou autres armes prohibées (314); 6° des boissons falsisiées, contenant des mixtions nuisibles à la santé, qui seraient trouvées en la possession du vendeur ou débitant (318); 7° de tout ce qui a été donné à un faux témoin, en récompense de son crime (364); 8° de tous les meubles, effets mobiliers et fonds des maisons de jeux de hasard et des loteries clandestines (410); 9° des marchandises saisies par suite de violation des règlements relatifs au produit des manufactures françaises qui s'exporteront à l'étranger, et qui ont pour objet de garantir la bonne qualité, les dimensions et la nature de la fabrication (413); 10° des faux poids et des fausses mesures, et des objets sur lesquels le vendeur aurait trompé l'acheteur, s'ils sont encore en la possession du vendeur (423, 424); 11° des éditions contrefaites, planches, moules ou matrices des objets contrefaits (427); 12° des recettes des théâtres où l'on aura contrevenu aux lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs (428).

30. Le Code pénal prononce également la confiscation en matière de simple police, dans les cas prévus aux articles 471, n° 2 et 7 (V. art. 472); 475, n° 5, 6, 13 (V. art. 477); 479, n° 7; 480, n° 2 et 4 (V. 481), modifiés par la loi du 28 avril 1832.

31. La confiscation spéciale est, en outre, prononcée par plusieurs lois spéciales, notamment en matière de contributions indirectes (V. Boissons, Tabacs); en matière de chasse et de douane (V. ces mots), de délits forestiers (V. Forêts), de contrefaçon industrielle (V. Invention), de pêche (V. Pêche), de presse (V. Journaux et Écrits périodiques).

32. Dans le cas de concurrence de la confiscation particulière avec les restitutions et dommages-intérêts sur les biens insuffisants du condamné, ces dernières condamnations doivent obtenir la préférence, comme dans le cas de confiscation générale; car l'article 54 du Code pénal est général et ne distingue pas.

33. Le recouvrement des confiscations prononcées au profit du fisc doit être poursuivi au nom du procureur du roi, soit par les administrations publiques, lorsque les contraventions ont été poursuivies par ces administrations ou dans leur intérêt, soit par la régie de l'enregistrement, lorsqu'il s'agit de contraventions en général. (C. d'inst. crim., 197; Bourguignon, Cod. crim., t. 1, p. 389.)

34. Lorsque le condamné n'a que l'usufruit de la chose dont la confiscation a été prononcée, le fisc, comme subrogé aux droits de l'usufruitier, doit jouir durant la vie de celui-ci de l'usufruit des objets confisqués, c'est-à-dire que, comme ces objets doivent être vendus, il a le droit d'en toucher le prix, à la charge de le restituer aux propriétaires, à l'extinction de l'usufruit. Toutefois, M. Proudhon pense (Traité de l'usuf., n° 2011) que si l'époque de cette extinction était prochaine, le propriétaire devrait obtenir la faculté de conserver sa chose, en en payant le loyer au fisc jusqu'à cette époque.

35. Selon le même auteur, si les objets saisis avaient été, lors de l'entrée en jouissance de l'usufruitier, estimés en vue de lui conférer la propriété de ces objets, en le rendant seulement débiteur de leur valeur, la confiscation, dans ce cas, devrait avoir son plein et entier effet.

CONFLIT. — 1. Dans un sens général, ce mot signifie une lutte entre deux autorités soit de même nature, soit de nature différente, au sujet de leur compétence ou de leurs attributions.

Quand cette lutte s'élève entre deux tribunaux de même nature, par exemple, entre deux tribunaux civils, ou deux autorités administratives, on l'appelle constit de juridiction. Quand elle s'établit entre deux autorités de nature différente, par exemple, entre un tribunal civil et un préset, elle prend le nom de constit d'attributions.

2. Si ces deux autorités revendiquent à la fois la même affaire comme étant de leur compétence, il y a conflit positif. Lorsque toutes deux refusent de connaître de l'affaire, il y a conflit négatif. Cette dernière expression est moins exacte que la première. V. infrà, n° 123.

3. Le conslit de juridiction n'est, à propre-

ment parler, qu'une difficulté de compétence, dont la solution a lieu naturellement, suivant les règles posées par les lois de la matière: cette solution est donnée par le supérieur commun des deux autorités en conslit. Ainsi, entre deux tribunaux civils du même ressort, la compétence est réglée par la cour royale; entre deux cours royales, par la Cour de cassation. (C. proc., 363 et saiv.; C. Inst. crim., 526.) Entre deux tribunaux ou deux autorités de l'ordre administratif, la compétence est réglée par le Conseil d'état. (l. 7-14 oct. 1790.) Les deux autorités entre lesquelles s'élève un conslit de juridiction sont compétentes en principe et sous un aspect général; mais, outre qu'elles ne peuvent l'être toutes deux à la fois, il y a en faveur de l'une d'elles une raison déterminante. Ce n'est pas leur pouvoir qui est mis en doute, c'est le droit pour l'une d'elles d'en faire l'application à l'espèce.

4. Le conslit d'attribution est tout autre chose. Né de la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif, il apparaît toutes les fois que le premier envahit le domaine du second; et comme leurs limites respectives sont ou doivent être nettement tracées et maintenues, il suppose toujours l'incompétence absolue de l'un de ces deux pouvoirs. De là des différences fort graves : 1° le conslit de juridiction se présente presque toujours de luimême; le conflit d'attribution, au contraire, est élevé par l'autorité administrative, proprio motu, sans le concours des parties; 2º dans le conslit de juridiction, l'action de l'une des autorités en conslit n'arrête pas l'action de l'autre; c'est le supérieur commun qui ordonne le sursis (C. pr. civ., 364); dans le conflit d'attribution, au contraire, il appartient à l'autorité administrative d'arrêter le cours de la justice ordinaire dans les termes que nous indiquerons ci-après.

5. Cette prérogative énorme, cette puissance donnée à l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire, est fondée sur la nécessité de conserver toujours libre d'entraves la marche de l'administration (V. Compétence administrative, § 7, n° 14); elle constitue toute l'importance du conflit d'attribution, si bien que, dans l'usage, la dénomination de conflit lui appartient presque exclusivement. C'est de cette sorte de conflit que traitera cet article. Le conflit de juridiction est expliqué sous les mots Autorité et compétence administrative, Règlements de juges.

6. On voit, dès l'abord, tout ce que le règle ment des conslits présente de dissicultés. Entre deux pouvoirs indépendants et souverains, dont la séparation constitue une base essentielle de la constitution politique, il faut empêcher une lutte toujours fatale au pays comme à la liberté. Mais quel sera le supérieur commun? Sera-ce le pouvoir législatif, ou un tribunal suprême, tel que la Cour de cassation, ou le pouvoir exécutif, le chef du gouvernement? Questions graves, dont la solution a été tentée diversement depuis cinquante années, et n'est peut-être pas encore aujourd'hui assise définitivement. — V. nos 25 et suiv.

Chap. 1er. — Aperçu historique. — Notions générales.

CHAP. 2. — Par qui le conflit peut-il être étevé.

CHAP. 3. — Des cas où le conflit peut ou ne peut pas être élevé.

CHAP. 4. — Des formes du conflit.

§ 1er. - Du déclinatoire.

§ 2. — De la décision des tribunaux sur le déclinatoire.

§ 3. — De l'arrêté de conflit. — Délai. — Visa. — Dépôt. — Effets. — Sursis.

§ 4. — Du jugement de conflit. — Formalités préalables. — Recours.

CHAP. 5. — Du Conflit négatif.

Chap. 1er. — Aperçu historique. — Notions générales.

7. Sous l'ancienne monarchie, et jusqu'à ce que le pouvoir royal se fût étendu sur toute la France, les questions de compétence se décidaient par les principes du droit féodal, et le plus souvent par la force. (V. Féodalité.) Le premier monument sur cette matière est un établissement fait en 1204 entre le roi (Philippe-Auguste), les clercs et les barons. (Isambert, Anc. lois franc., t. 1, p. 194.) Cet établissement détermine les règles à suivre en cas de conflit entre la justice ordinaire et la justice ecclésiastique. Il n'y avait donc pas alors audessus de ces justices un supérieur commun, puisqu'il fallait une convention entre elles pour régler la marche à suivre en cas de conflit.

8. Mais à mesure que l'autorité royale s'affermit, le conseil du roi étendit sa juridiction supérieure sur la plupart des cours et tribunaux. Ainsi, un contrôleur de la chambre des comptes ayant fait appel devant le parlement d'une sentence de la chambre des comptes, le roi évoqua l'affaire en son conseil. (Ord. 21 fév. 1401; Isambert, Anc. lois franç., t. 7, p. 8, et la note.)

9. Puis le parlement et la cour des aides, entre lesquels s'élevaient fréquemment des difficultés de compétence, dûrent s'entendre par l'organe des gens du roi pour « amiablement et fraternellement accorder, occider et terminer lesdits différends, sinon en référer respectivement au roi, pour en être par lui ordonné. » (Ordonn. du 20 déc. 1559; Isamb., t, 14, p. 16.) Ces conférences furent même rendues périodiques. Tous les mois, les gens du roi du parlement et de la cour des aides se réunissaient pour conférer des contentions sur le fait de la juridiction. S'ils s'accordaient, les parties suivaient la juridiction indiquée. S'ils ne s'accordaient pas, les parties se retiraient devant le conseil du roi, « pour leur estre pourvu sur l'acte contenant ladite diversité d'avis. » (Ordonn. de Louis XIII, janvier 1629, art. 70; Isamb., t. 16, p. 246.)

10. L'autorité royale finit par devenir la source incontestée de tous les pouvoirs, et le roi exerca en son conseil une puissance presque sans limites. Avec le droit légitime de régler la compétence, fut souvent confondu le droit exorbitant de statuer au fond. Le roi évoquait en son conseil les affaires de toute nature, modifiait toutes les juridictions, révisait les jugements, et même cassait les arrêts des

parlements.

11. La révolution vint enfin créer l'ordre au sein de ce chaos où toutes les juridictions paraissaient confondues. La séparation des pouvoirs judiciaire et administratif fut nettement établie; les évocations furent supprimées, les commissions extraordinaires abolies. Alors le conflit d'attribution se distingua du conflit de juridiction, qui ne fut plus, ainsi que nous l'avons indiqué, qu'une difficulté ordinaire de compétence.

La décision des conflits d'attribution fut laissée au roi. « Les réclamations à l'égard des corps administratifs, porte la loi des 7-14 octobre 1790, ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux. Elles seront portées au roi,

chef de l'administration générale. »

Toutefois, l'assemblée constituante subissait à son insu l'influence inévitable de la loi des réactions, en permettant d'adresser au corps législatif les plaintes contre les décisions que

les ministres auraient rendues contrairement aux lois. Peut-être cette impulsion, une fois donnée, amena-t-elle un excès contraire à celui qu'on voulait, avec raison, éviter.

12. Ainsi la convention, qui réunissait tous les pouvoirs, annula même « toutes procédures et jugements intervenus dans les tribunaux judiciaires contre les corps administratifs et comités de surveillance, sur réclamations d'objets saisis, de taxes révolutionnaires et autres actes d'administration émanés desdites autorités pour l'exécution des lois et arrêtés des représentants du peuple en mission, etc., faisant aux tribunaux défenses itératives de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils fussent, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le comité des finances, en exécution des lois et notamment de celle du 13 frimaire an III. » (1. du 16 fruct. an III (2 sept. 1795). — V. Duvergier, t. 8, p. 315.

Cette loi de frimaire (3 déc. 1794) établissait le mode suivant lequel devait être rendu le compte des recettes faites sans autorisation légale, ou par ordre des représentants, administrations, municipalités, sections, comités civils ou révolutionnaires, etc. Le comité des finances était chargé de statuer sur les réclamations. (V. Duvergier, t. 7, p. 422.)

- 13. Bientôt la constitution de l'an III (5 fruct.) mit le règlement des conslits dans la main du directoire, qui devait, au besoin, en référer au corps législatif. (Décr., 21 fructidor an III, art. 27, rendu en exécution du titre 7 de l'acte constitutionnel.) On comprend que ce référé n'eut lieu que dans de rares circonstances. Le gouvernement crut devoir, dans l'intérêt de sa force et de sa conservation, retenir et exercer seul cette prérogative souveraine. C'est ce qu'indique assez clairement un arrêté du 16 fructidor an v, qui ne veut pas que les instants des législateurs soient employés à la décision des conflits qui ne présenteraient rien de digne de leur attention. (V. Taillandier, comm. de l'ord. du 1er juin 1828, et le rapport de M. de Cormenin à la commission chargée de préparer cette ordonnance.)
- 14. La décision des conflits fut, à cette époque, un moyen de gouvernement, aussi bien qu'un règlement d'attribution. Elle avait tantôt un but politique, en venant au secours des acquéreurs de biens nationaux; tantôt un but administratif, en protégeant les agents

secondaires du pouvoir (V. arr. 16 flor. an v; 2 vent. an vII, etc.); tantôt enfin un but fiscal, en protégeant la rentrée des contributions, des réquisitions en nature, l'exécution des marchés de fournitures et la liquidation des créances contre le trésor.

15. La constitution de l'an viii, si remarquable d'ailleurs, n'apporta à cette situation anormale qu'un correctif insuffisant. L'art. 52, il est vrai, chargea le Conseil d'état de résoudre les dissicultés qui s'élèveraient en matière administrative, mais le pouvoir qui devait régler les conslits ne fut pas suffisamment indiqué. Un simple règlement consulaire (5 niv. an VIII, art. 2) chargea le Conseil d'état de prononcer sur le conslit administratif; quant à la forme et à l'instruction des conflits, elle ne fut régularisée que longtemps après par l'arrêté du 13 brumaire an x. Cette forme était très-simple: le préfet pouvait élever le conslit sur toute question administrative, et, devant son arrêté, le tribunal devait surseoir jusqu'à ce qu'il eût été prononcé.

16. Le régime impérial alla plus loin. Le directoire avait parsois suspendu l'exécution des jugements; l'empire mit au néant des arrêts de la Cour de cassation. Les avis du Conseil d'état (12 nov. 1811, 22 janv. 1815, J. P. Jurisp. adm.) ainsi que les décrets et les ordonnances, loin d'atténuer le principe de l'arrêté de l'an x, développèrent plutôt, comme le remarque avec raison M. Dusour, ce moyen d'action mis dans les mains du gouvernement. (Dr. administ., n° 769.)

Cependant on sentit le besoin de renfermer les corps administratifs dans les limites de leur compétence. Un décret du 15 janvier 1813 défendit d'élever le conslit après un jugement passé en force de chose jugée; concession incomplète et tardive, qui sut presque abolie par un autre décret du 6 janv. 1814.

— V. Bavoux, Des constits, t. 1. — V. aussi infrà, n° 62.

17. Puis, de graves commotions politiques ayant changé la constitution, les juridictions administratives subirent des modifications importantes. Le Conseil d'état lui-même ne trouva point de place dans la Charte de 1814. Il continua d'exister cependant, et fut saisi de la connaissance des conflits (ord., 29 juin 1814, art. 9). La jurisprudence incertaine subit des revirements divers, même après l'ordonnance réglementaire du 12 déc. 1821, jusqu'à ce qu'une commission formée par le

garde des sceaux, en 1828, cût posé les principes qui régissent encore la matière, et que consacra l'ordonnance du 1er juin 1828.

18. Un projet de loi sur les conslits sut préparé en 1836. Bien qu'il soit l'œuvre de jurisconsultes éminents, peut-être faut-il se féliciter qu'il n'ait pas été soumis aux chambres. Il augmentait les délais pendant lesquels le conslit peut être élevé, et laissait ainsi en suspens les décisions judiciaires et administratives, au grand préjudice des intérêts publics et privés; il supprimait le déclinatoire préfectoral, garantie importante donnée à l'autorité judiciaire; il permettait le conslit devant les tribunaux de paix et de commerce, contrairement aux principes de l'ordonnance de 1828 et à la doctrine du Conseil d'état (V. infrà, nº 57). Enfin, la plupart de ses dispositions semblent indiquer un esprit moins libéral et moins large que celui de l'ordonnance de 1828.

19. Le règlement des conflits appartient aujourd'hui au roi et au Conseil d'état. Entre l'autorité judiciaire, en effet, et l'autorité administrative, le supérieur commun, le juge naturel par conséquent, c'est le roi; non comme administrateur suprême, mais comme chef du pouvoir exécutif, dont l'autorité judiciaire et l'autorité administrative sont deux émanations distinctes. (V. Compétence administ., nº 8, et Pouvoir exécutif.) Dans les luttes entre ces deux autorités, le dernier mot, suivant l'expression de M. Serrigny, a été donné au pouvoir exécutif. (Compét. admin., t. 1, p. 176.) Distributeur suprême de la justice, soit retenue, soit déléguée, il intervient pour en maintenir la pureté que pourrait troubler l'action administrative; chef de l'état, quelle que soit la forme du gouvernement, il intervient pour que les empiétements de l'autorité judiciaire n'arrêtent point la marche de l'administration. - V. M. de Cormenin, t. 1,

«Le roi, porte un avis du Conseil d'état, du 6 février 1821, ne fait pas comme la Cour de cassation un simple acte de juridiction; il agit comme administrateur suprême, élevé non-seulement au-dessus des corps judiciaires, mais de tous les pouvoirs publics, dont il règle le mouvement et qu'il ramène dans les limites qui leur sont respectivement fixées par la loi.»

20. Cet intérêt supérieur, engagé dans les questions de conslit à côté des intérêts privés qui sont en litige, donne à la décision qui les

tranche un caractère spécial. D'un côté, en effet, se trouvent des particuliers intéressés à ce que leurs contestations soient jugées plutôt par l'autorité judiciaire que par l'autorité administrative, et vice versà. Le conflit, en les exposant à changer de juges, peut blesser leurs droits en même temps que leurs intérêts, et par conséquent, en ce qui les concerne, le débat semble devoir être classé parmi les matières contentieuses. (V. Contentieux administratif.) D'un autre côté, maintenir l'ordre dans les juridictions et l'équilibre entre les grands pouvoirs, est un acte de gouvernement, et sous ce rapport, le conflit paraît être une matière purement administrative.

- 21. C'est sans doute en raison de cette double nature et pour satisfaire à toutes les nécessités, que l'instruction des conflits se fait en la forme administrative, et que les débats ainsi que le jugement ont lieu en la forme contentieuse. L'intérêt social exigeant que rien n'entrave la marche de l'administration, c'est l'administration elle-même qui, par des actes simples et rapides, écarte les obstacles en élevant le conflit. Les intérêts privés ont droit à une décision impartiale et rélléchie: cette garantie leur est donnée dans les formes et les règles du contentieux.
- 22. Les conflits constituent donc une matière mixte, que l'ordonnance du 18 sept. 1839 (art. 17, § 5) a classée parmi les matières administratives non-contentieuses, dont la connaissance appartient au Conseil d'état, mais dont l'examen a lieu d'après des règles toutes particulières qui la rapprochent des matières contentieuses. V. Serrigny, t. 1, n° 158 et infrà, n° 114.
- 23. Les conslits ont été l'objet de critiques sérieuses, dont la plupart auraient plus justement porté sur l'exercice du droit que sur le droit lui-même.

On a craint de voir renaître sous une autre forme les anciennes évocations, dont l'action a jeté tant de désordre au sein de l'administration. Mais, outre les différences radicales qui existent entre toutes les parties de l'ancienne et de la nouvelle organisation politique, il y a loin des évocations aux conflits. Les premières plaçaient sous la main du gouvernement, sans autre règle que l'arbitraire, toutes les affaires civiles et criminelles. Le conflit n'a pour but que de soustraire à l'autorité judiciaire les questions administratives dont la solution intéresse directement l'ad-

ministration; et tandis que les évocations portaient le trouble dans les juridictions, le conflit y maintient l'ordre et l'harmonie.

- 24. D'autres se sont préoccupés du danger plus sérieux des empiétements de l'administration. On a montré le Conseil d'état cédant à l'action du gouvernement, étendant la juridiction administrative à toutes les matières qu'il lui plairait d'enlever aux tribunaux, en les qualifiant de matières administratives; neutralisant les poursuites judiciaires contre ses agents, et poussant jusqu'à l'excès ce pouvoir de statuer sur la validité du conslit et ensuite sur le fond de la contestation : pouvoir énorme, alarmant à la sois pour la liberté, la propriété et la sûreté de tous les citoyens.
- 25. Voyons d'abord qui pourrait, avec moins de danger, être investi du pouvoir de juger les conflits.

Le pouvoir législatif devrait-il, sur la réclamation de la partie lésée, réviser la décision royale ou ministérielle en matière de compétence ou de conflit? Mais outre que ce soin détournerait les chambres de leurs fonctions purement législatives, il les ferait entrer à la fois dans le domaine de la justice et dans celui de l'administration, et serait ainsi complétement inconstitutionnel. Il appartient sans doute au pouvoir législatif de régler les compétences, c'est-à-dire de les organiser par des lois; mais ce serait par une pure équivoque qu'on verrait dans ce droit de régler les compétences, celui d'appliquer les règles des juridictions.

- 26. Pourrait-on, avec moins de dangers, confier cette fonction à la Cour de cassation? Ce système fut proscrit sous le directoire. a On sait, disait un message du directoire (18 floréal an v), que, dans l'opinion de plusieurs personnes, le tribunal de cassation a recu de la constitution même le droit de statuer sur les conflits; que cette opinion est fondée sur l'article 254, qui charge la Cour de cassation de prononcer sur les règlements de juges, et sur l'article 262, qui impose au directoire l'obligation de lui dénoncer les actes par lesquels les juges ont excédé leurs pouvoirs. L'induction beaucoup trop large qu'on a tirée de ces deux articles naît d'une confusion bien souvent faite des conslits de juridiction et d'attribution.
- « Il n'y a règlement de juges que lorsqu'il s'agit de déterminer entre deux ou plu-

sieurs tribunaux celui qui doit en connaître. Mais la question est bien différente, s'il faut régler la compétence entre un tribunal ordinaire et l'administration. C'est alors que la première autorité judiciaire, qui n'est ellemême qu'un tribunal, se trouve incompétente pour prononcer, puisqu'elle ne pourrait le faire qu'en s'immisçant dans les affaires administratives. Souvent même, pour parvenir à connaître le point de droit, elle serait obligée de faire des actes de la compétence exclusive de l'administration. »

D'ailleurs si l'autorité judiciaire, dont la Cour de cassation est le premier organe, était juge de sa compétence, son action sans contrôle, sans contre-poids et sans responsabilité, pourrait tout attirer à elle et tout envahir; et n'est-ce pas le pire des despotismes, que celui qui s'exerce avec les formes de la justice et sous le nom de la loi?

27. Il vaut donc mieux encore remettre le droit de consit aux mains du ches de l'état. Sans doute on peut craindre encore de ce côté des abus, des envahissements; mais la responsabilité ministérielle, l'action des chambres, l'influence de la presse, la puissance de l'opinion publique, présentent, dans un gouvernement régulier, un système rassurant de garanties. Ce système se complète par les conditions imposées à l'exercice des consits, et surtout par les restrictions apportées dans les matières électorales et criminelles. (V. Dufour, Droit administ., t. 2, n° 772.)

28. Un vœu reste à satisfaire; il était exprimé en 1828 par M. de Barante (V. Duvergier, Notes sur l'ordonnance du 1er juin 1828), et depuis il a été souvent renouvelé: c'est que la loi intervienne pour organiser définitivement la matière des conslits. Cette puissance d'arrêter le cours de la justice, d'enlever les citoyens aux tribunaux ordinaires, pour les jeter sous les rouages de la machine administrative, cette puissance est trop redoutable pour que ses règles, ses conditions, ses limites, seules garanties qui soient offertes, dépendent d'une ordonnance qui peut les modifier chaque jour. Les conflits doivent être un moyen de maintenir l'ordre et l'harmonie entre les pouvoirs; ils ont été surtout, l'histoire le prouve, un moyen de gouvernement. Pour que de pareils abus ne se renouvellent pas, pour que la politique avec ses passions qui entraînent, avec ses dangers qui excusent, ne vienne pas jeter le trouble dans la sphère élevée où les pouvoirs accomplissent leurs évolutions, ce n'est pas trop peutêtre d'une loi organique des conslits.

CHAP. 2. — Par qui le constit peut-il être élevé.

29. Si l'un des avantages du consiit est de maintenir l'ordre dans les juridictions, son objet principal est, ainsi que nous l'avons dit, d'assurer toute liberté à la marche de l'administration. Il suit de là que le droit d'élever le consiit appartient exclusivement à l'autorité administrative.

30. Il semble cependant que l'autorité judiciaire devrait être, comme l'administration. investie du droit de défendre sa compétence. et de revendiquer, au moyen du conslit, les affaires qui seraient à tort portées et maintenues devant les tribunaux administratifs. D'où vient que la réciprocité n'est pas admise? Le voici, suivant nous : 1º L'autorité judiciaire n'est point un pouvoir actif. Sauf certains cas, très-rares, dans lesquels elle peut évoquer la connaissance d'une affaire. elle statue quand elle est saisie par une action formellement portée devant elle; 2º elle n'est pas, comme l'administration, le représentant de l'état. Elle représente l'équité, la justice. la loi dont elle est l'organe; elle en maintient l'empire au milieu des contestations multiples que soulève la lutte de tous les intérêts: elle n'a point à s'occuper d'autre chose; 3º le pouvoir irresponsable et inamovible des juges amènerait des empiétements successifs, des luttes inévitables, le despotisme ou des révolutions.

Peut-être pourrait-on, avec moins d'inconvénients, donner ce droit aux procureurs généraux.

31. Nous devons remarquer qu'une ordonnance du 3 juillet 1822 a statué sur un conflit élevé par le tribunal de première instance de Saint-Lô contre un arrêté du préfet de la Manche, et déclaré que le jugement qui avait élevé le conflit ne pouvait être annulé que par les tribunaux supérieurs, à la requête, soit des parties, soit du procureur général. Mais, en examinant l'espèce de cette ordonnance, on reconnaît que ce n'était point là un conflit proprement dit. Une demande en distribution de deniers saisis avait été portée devant le tribunal; au lieu d'élever le conflit contre cette demande, le préfet prit un

arrêté par lequel il enjoignait au dépositaire des deniers de payer diverses sommes à certains créanciers, autres que les saisissants. Évidemment le tribunal n'était point tenu de surseoir en présence de cet arrêté; mais il n'avait pas non plus à élever le conslit. Il devait passer outre et statuer au fond, jusqu'à ce que, comme l'indique l'ordonnance, un conslit sût élevé par le préset. Telle est, du reste, la marche qu'a suivie le tribunal de la Seine à l'égard des réclamations formées par la famille Bonaparte. (V. Ord. des 5 déc. 1838 et 22 août 1844.)

32. Si le droit d'élever le conflit est un privilège de l'administration, l'exercice de ce droit n'appartient pas indistinctement à tous les organes de l'autorité administrative. Il en fut autrement à une certaine époque, et notamment sous l'empire de la loi du 21 fructidor an III.

33. Bien qu'exerçant, au plus haut degré, l'action administrative, les ministres n'ont pas le droit d'élever eux-mêmes le conflit. Ils peuvent seulement le faire élever par les préfets et les provoquer à cet effet. (Ord., 17 juin 1818 et 24 mars 1819.)

34. Les conseils de préfecture, à une certaine époque, prenaient des arrêtés de consit. La loi du 21 fructidor an III leur reconnaissait ce droit, au moins d'une manière implicite, ainsi qu'aux dissérentes autorités administratives. Cette disposition sut consirmée par l'arrêté du 13 brumaire an x et par un grand nombre d'ordonnances. (V. en ce seus, ord. 19 therm. an IX, 17 flor. an x, 26 flor. an x, 16 frim. an XIV, 26 juin 1811, 12 déc. 1821.) Maintenant, et surtout depuis l'ordonnance de 1828, on est revenu sur cette doctrine, et avec raison. Le conseil de présecture est un corps quasi-judiciaire, et non un agent actif de l'administration.

35. Aujourd'hui il résulte, sinon d'un texte formel, du moins des principes de la matière et de la jurisprudence, que le droit d'élever le conslit appartient essentiellement et presque d'une manière exclusive aux préfets de département.

En effet, le préfet est l'agent direct de l'administration active; seul il peut exercer les actions qui intéressent l'état: l'exercice des conflits est donc plus convenablement placé dans ses mains que dans celles d'aucune autre autorité administrative. Aussi le décret réglementaire du 13 brumaire an x, articles

3 et 4, et l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828, articles 8 et 9, chargent-ils le préfet de revendiquer la cause; et, comme après avoir dit (art. 5) qu'à l'avenir « le conflit d'attribution ne pourra être élevé que dans les formes et de la manière déterminées par les articles suivants, » cette dernière ordonnance ne parle que du préfet, il en résulte clairement que le préfet seul est chargé de l'exercice des conflits.

36. Le principe même qui motive la compétence du préfet, la renferme dans l'enceinte de son département. Ce n'est que là, en effet, qu'il représente l'autorité publique; ce n'est donc que devant les tribunaux de ce déparment qu'il peut élever le conflit. (Ordonn. 14 avril 1839; 17 août 1841.) Il suivrait de là, rigoureusement, que, dans le cas où l'appel serait porté devant une cour royale siégeant dans un autre département, le droit d'élever le conflit devrait passer au préfet de ce département. Il n'en est point ainsi cependant; et le préfet « compétent pour élever le conslit devant les tribunaux de son département, l'est seul aussi pour l'élever devant la cour royale où les affaires qu'il veut revendiquer sont portées par la voie de l'appel.» (Ordon. 20 août 1840. - V. Foucart, Dr. adm., nº 1806.)

37. La compétence du préfet n'est pas déterminée par le lieu où la contestation a pris naissance, ni par le domicile des parties, elle l'est uniquement par la situation du tribunal saisi. (Ord., 17 août 1841.)

38. Les raisons qui motivent la compétence du préfet justifient celle des préfets maritimes dans l'enceinte de leurs circonscriptions administratives, et celle du préfet de police à Paris. Ces deux fonctionnaires sont en effet des agents directs de l'administration active, sous l'autorité immédiate du ministre. La jurisprudence leur a reconnu le droit de revendiquer les affaires qui rentrent dans leurs attributions spéciales. (V. Ordonn. 18 déc. 1822, sur le droit du préfet de police, et une ordonnance contraire, du 29 mai 1822; — V. aussi ord. 7 fév. 1807, 8 janv. 1810, 20 avril 1840, 12 fév. 1841, 30 mars 1842.)

39. Il en est de même des autorités qui, dans les colonies, sont chargées de l'administration publique. Le gouverneur et le contrôleur colonial ont le droit, chacun dans ses attributions respectives, d'élever le conflit. (V. ord. régl. du 9 fév. 1828, art. 176, § 1;

ord. 19 déc. 1821 [Picou]; 5 nov. 1828 [Deheyne].)

40. Quant aux parties, elles peuvent seulement proposer le déclinatoire, ou solliciter le préfet d'élever le conslit. Si le préfet resus, elles peuvent s'adresser au ministre, mais là s'arrête leur droit. Si le ministre resuse de faire une injonction au préfet, les parties ne peuvent ni se pourvoir contre les décisions du ministre, ni requérir elles-mêmes le conslit.

Le motif est sensible: le conflit élevé ayant pour résultat d'opérer un sursis ou d'arrêter le cours de la justice, on comprend qu'un acte si important, et de haute administration, ne peut être confié qu'au pouvoir discrétionnaire des agents de l'administration et sous leur responsabilité.

Il ne faut pas croire qu'une ordonnance du 6 décembre 1820 ait décidé le contraire. Un examen attentif démontre que ce serait tirer de cette ordonnance une conséquence exagérée. — V. Serrigny, n° 166; Foucart, n° 1805; Dufour, n° 792.

- 41. L'exercice du conflit est abandonné à la prudence du préfet. Il agit quand il le juge convenable, des qu'il estime qu'il y a lieu. Il agit, que l'administration soit ou non en cause, ou d'après l'invitation du ministre, ou sur l'avertissement du procureur du roi, ou requis par les parties, ou même d'office et sans autre avis que la commune renommée. (Ord., 1 er juin 1828, art. 6.)
- 42. Remarquons à cette occasion que l'on ne peut opposer au préfet aucune fin de non recevoir, résultant de ce qu'il aurait reconnu la compétence de l'autorité judiciaire, et par exemple, de ce que, sur une demande formée contre l'état devant les tribuaux, il aurait défendu au fond sans proposer de déclinatoire. (V. ord. de déc. 1842 [vidanges de Tarascon]; 1er fév. 1844 [N....].) Les actes qu'il peut faire comme exerçant les actions de l'état ne doivent pas altérer le droit qu'il a, comme représentant de la puissance publique, d'élever le conslit.

## Chap. 3. — Des cas où le conflit peut ou ne peut pas être élevé.

43. De ce que le conslit a pour objet de revendiquer au prosit de l'autorité administrative les questions de sa compétence dont l'autorité judiciaire se trouverait saisie, il suit qu'il ne peut être élevé qu'autant qu'il y a lutte entre ces deux autorités. Toutes les sois

- donc que la lutte s'établit entre deux organes de l'autorité administrative, il y a lieu à règlement de compétence, mais le conslit ne peut être élevé.
- 44. Ainsi, un préset ne pourrait élever le consiit sur un débat de compétence qui s'élèverait entre le conseil de préfecture et lui (V. ord. du 24 mars 1832 [veuve Bouillet]); ni entre deux conseils de présecture; ni entin sur la décision de tout tribunal administratif, quel qu'il soit, par exemple, sur la décision d'un jury de révision de la garde nationale. (V. ord. des 15 juillet [Chopin], 20 juillet [ministre de l'intérieur], 24 août [id.], 15 oct. 1832 [ préset de Seine-et-Oise]. ) Il en serait de même du cas où le débat de compétence se présenterait entre deux préfets, ou entre deux autres agents quelconques de l'administration. Dans ces divers cas, c'est par voie d'appel devant le ministre ou le Conseil d'état, ou bien par la voie de règlement de juges devant cette dernière autorité qu'il y aurait lieu de procéder, mais non par la voie de conslit.
- 45. Le préfet ne pourrait pas non plus élever le consit sur la décision d'un conseil de préfecture qui, saisi d'une contestation de son ressort, se serait, à tort, déclaré incompétent et aurait renvoyé devant l'autorité judiciaire. Dans ce cas encore, ce n'est pas par voie de consit que le préfet doit provoquer l'annulation de l'arrêté du conseil de préfecture, mais par appel au Conseil d'état, par l'intermédiaire du ministre de l'intérieur. (V. ord. du 6 sept. 1820 [commune de Glipport].) V. au surplus, Règlement de juges en matière administrative.
- 46. C'est donc seulement contre les actes de l'autorité judiciaire que le consilit doit être élevé. Mais l'ordre public, la considération due aux corps judiciaires et l'intérêt des citoyens exigent que cette prérogative ne soit exercée qu'en présence d'une nécessité réelle, c'est-à-dire lorsqu'il est certain qu'un tribunal entend retenir la connaissance d'une question administrative.
- 47. Il ne suffit donc pas qu'un tribunal soit saisi d'une affaire du ressort de l'administration; il faut, en outre, ou qu'il se soit formellement déclaré compétent, ou au moins qu'il ait manifesté par un acte quelconque l'intention positive d'en connaître, par exemple, en retenant le fond de la cause : encore, dans ce dernier cas, pourrait-il arriver que la retenue d'une affaire qui présenterait à

résoudre diverses questions, les unes de la compétence du tribunal, les autres de la compétence de l'administration, ne fît pas nécessairement induire que le tribunal entend juger les questions qui seraient du domaine de l'administration; et alors le conslit ne pourrait pas davantage être élevé. (V. ord. du 13 mars 1822 [commune de Montoir].)

48. Il en serait de même dans le cas où le tribunal aurait rendu un jugement interlocutoire, par exemple, ordonné une enquête (V. ord. du 19 déc. 1821 [Picou].), si d'ailleurs ce jugement ne préjugeait pas la question de compétence; ou aurait statué seulement sur une question de qualité, en ajournant son jugement sur la compétence. (V. ord. du 8 nov. 1829 [Espagne].) Dans ces diverses hypothèses encore, rien n'indique que le tribunal veuille empiéter sur les droits de l'administration.

49. Le conflit ne peut pas non plus être élevé sur la décision d'un tribunal d'appel qui, saisi d'un déclinatoire proposé par le préset, se borne, sans statuer sur la compétence, à déclarer l'appel de la partie quant à présent non recevable. (V. ord. 31 déc. 1844 [Alvizet].) Une telle décision réserve évidemment tous les droits de l'administration.

50. Enfin, il a été jugé, et avec toute raison, que c'est au dispositif du jugement qu'il faut s'attacher pour reconnaître si le tribunal se déclare à tort compétent. (V. ord. 30 mars

1842 [ Deplines ].)

- 51. Les formes tracées par l'ordonnance du 1er juin 1828 ont fait disparaître, en grande partie, les disficultés que pouvait rencontrer l'application de ces principes; il était bon toutesois de les rappeler; car, si aujourd'hui le conslit ne peut être élevé qu'après que le tribunal saiside l'affaire revendiquée a été mis en demeure de statuer formellement sur sa compétence, il importe toujours de distinguer, entre les mesures judiciaires qui peuvent suivre le déclinatoire que doit proposer le préfet, celles d'où résulte une déclaration de compétence, de celles qui laissent la question intacte et ne touchent pas réellement aux droits de l'administration. - V. au surplus, infrà, nº 85.
- 52. L'ordonnance de 1828 a d'ailleurs circonscrit le pouvoir de l'administration, en restreignant l'exercice du conflit aux affaires qui sont administratives de leur nature (art. 6).

  -V. infrà, n° 60. Cormenin, t. 2, p. 223.

- 53. Aux termes de l'article ter de cette ordonnance, le consit ne peut jamais être élevé en matière criminelle. Cette prohibition a pour but d'empêcher l'administration de s'immiscer, sous quelque prétexte que ce soit, dans l'application des lois pénales, même pour revendiquer le jugement de questions préjudicielles ou incidentes, qu'il n'appartient cependant qu'à l'administration de décider, comme, par exemple, celle de savoir si un comptable public poursuivi pour dilapidation est ou non débiteur envers l'état.
- 54. Toutefois, il ne faut pas conclure de là que l'autorité administrative ne puisse jamais être saisie de la connaissance de questions de cette nature, lorsqu'elles se présentent dans un procès criminel. Il lui est seulement interdit de les revendiquer par voie de conslit: mais les chambres d'accusation et les cours d'assises peuvent lui en renvoyer le jugement, soit sur la réquisition des accusés, soit même d'office, si elles le croient utile à l'intérêt de la justice: en d'autres termes, le législateur, à cet égard, s'en est rapporté à la prudence et à l'impartialité des tribunaux, suivant les expressions de M. Duvergier (Notes sur l'ord. du 1er juin 1828), pour maintenir l'ordre des juridictions, sans avoir recours à la mesure exorbitante du conslit. L'arrêt de la Cour de cassation du 15 juillet 1819 (S.-V. 19. 1. 371; J. P. 3e édit.; D. A. 2. 322), intervenu dans la célèbre affaire Fabry, donne la mesure de ce qu'on doit attendre, en pareil cas, de l'autorité judiciaire.
- 55. En matière correctionnelle, le conslit ne peut être élevé que dans les deux cas suivants: 1° Lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative; 2° lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépend d'une question préjudicielle dont la connaissance appartient à l'autorité administrative, en vertu d'une disposition législative. Dans ce dernier cas, le conslit ne peut ètre élevé que sur la question préjudicielle (art. 2 de l'ord. précitée).

Le pouvoir de l'administration est, comme on le voit, plus étendu en cette matière qu'en matière criminelle. La raison en est d'abord que la répression de certaines contraventions appartient à l'autorité administrative, comme, par exemple, les contraventions en matière de grande voirie ou de police du roulage, que les deux lois du 29 floréal au x attribuent aux

conseils de préfecture, tandis qu'elle n'a, en aucun cas, le pouvoir de statuer sur les affaires criminelles. Quant à la revendication des questions préjudicielles, qu'il n'est peutêtre pas très-conséquent d'accorder ici à l'administration alors qu'en matière criminelle elle lui est refusée (V. M. Serrigny, Comp. et proc. adm., t. 1er, nº 168), on peut considérer que le législateur n'avait plus les mêmes motifs d'empêcher l'administration d'entraver le cours ordinaire de la justice, et que d'ailleurs, par la nature même des affaires soumises à la juridiction correctionnelle, les questions préjudicielles du ressort de l'administration doivent se présenter beaucoup plus fréquemment devant cette juridiction que devant la juridiction criminelle. En matière de travaux publics, de voirie, de navigation, de délits forestiers, etc., il peut en effet se présenter une foule de cas où la culpabilité des prévenus de délits ou de contraventions est entièrement subordonnée à l'interprétation d'actes administratifs. On peut citer pour exemples, en matière de travaux publics, le cas où un entrepreneur prévenu d'avoir pris des matériaux sur la propriété d'un particulier, prétend que cette propriété lui était désignée par son cahier de charges: en matière de voirie, le cas où un individu prévenu d'avoir usurpé ou envahi la voie publique, excipe de la largeur donnée à la route ou au chemin sur lequel la contravention aurait eu lieu; en matière de navigation, la question de savoir si la rivière où un délit de pêche aurait été commis, est ou n'est pas navigable; en matière de délits forestiers, la question de savoir si les bois sont ou non défensables, etc. Ne pas permettre à l'administration de revendiguer la connaissance de ces dissérentes dissicultés, c'eût été l'exposer trop souvent à voir son pouvoir méconnu, et paralyser en quelque sorte l'action qu'elle doit légitimement exercer dans la sphère des attributions qui lui sont dévolues.

56. Le conslit peut-il être élevé devant les tribunaux de simple police? L'ordonnance du 1er juin 1828 garde le silence à cet égard, et les formalités qu'elle prescrit semblent ne pouvoir se concilier que difficilement avec la procédure suivie devant ces tribunaux. M. Serrigny (n° 172) en conclut que le conslit ne peut être élevé devant eux. « Notre puissante administration, dit-il, n'a pas besoin de l'arme des conslits pour se défendre contre les en-

vahissements des tribunaux de simple police, dont les jugements en dernier ressort ne peuvent excéder 5 fr., amendes, restitutions et autres réparations civiles comprises. » Cette opinion nous paraît devoir être adoptée.

Néanmoins, la doctrine contraire est professée par MM. Duvergier (ubi suprà), Foucart (Droit adm., t. 3, nº 338) et Dufour (eod., t. 2, nº 779). Ce dernier auteur cite même, comme tranchant la difficulté, une ordonnance du 4 mars 1819 (Voituriers de la Ferté-Gaucher), qui a, il est vrai, prononcé implicitement dans ce dernier sens, en confirmant un arrêté de conflit élevé par le préfet de Seine-et-Marne sur un jugement par lequel le tribunal de police de la Ferté-Gaucher s'était attribué la connaissance de contraventions commises en matière de roulage. Mais cette décision, de beaucoup antérieure à l'ordonnance de 1828, nous paraît sans influence sur la difficulté; et, si l'on peut se décider ici par analogie, la jurisprudence adoptée par le Conseil d'état en ce qui concerne les justices de paix et les tribunaux de commerce, indique d'une manière plus certaine ce qu'il faut décider à l'égard des tribunaux de police.

57. A l'égard de ces deux dernières juridictions, sur lesquelles l'ordonnance de 1828 garde également le silence, la règle consacrée par la jurisprudence constante du Conseil d'état est que le conflit ne peut être élevé devant elles. (V., en ce qui concerne les justices de paix, les ordonnances des 3 déc. 1828 [Bruhat], 11 janv. [commune de Serbone], 28 mai [Ourcq] et 12 août 1829 [commune de Serbone]; 12 janv. [Petit-Gars] et 27 nov. 1835 [préfet de l'Aude]; 4 avril [de Dampmartin] et 28 juin 1837 [Foullon de Doué]; 7 déc. 1844 [Jouan].) Le motif donné par le Conseil d'état, est qu'aucune des formalités que prescrit l'ordonnance pour la validité des conslits n'est possible devant les tribunaux dont il s'agit, qui n'ont pas auprès d'eux un organe du ministère public. Mais d'après les auteurs ci-dessus indiqués (à l'exception toutefois de M. Foucart), la raison décisive est surtout que l'administration ne peut pas avoir à redouter les envahissements de juges subalternes et amovibles, dont l'organisation diffère si essentiellement de celle des tribunaux ordinaires. Indépendamment de ces premiers motifs qui s'appliquent, comme on le voit, tout aussi bien aux tribunaux de police qu'aux justices de paix, on a craint, en ce qui touche particulièrement les tribunaux de commerce, que l'intervention de l'administration ne jetât une perturbation regrettable dans les affaires commerciales. Malgré ces considérations, M. Foucart (ubi suprà, n° 339) estime que le conflit doit être admis devant les justices de paix et les tribunaux de commerce, comme devant les tribunaux de simple police. Le motif qui le détermine est qu'aucun tribunal ne doit pouvoir impunément méconnaître les lois qui attribuent juridiction à l'autorité administrative dans des matières déterminées.

58. Du reste, la même jurisprudence qui interdit à l'administration d'élever le conflit devant les justices de paix et les tribunaux de commerce, lui reconnaît pleinement ce droit lorsque les affaires dont ces juridictions ont pu être indûment saisies se trouvent portées, par la voie de l'appel, devant les tribunaux supérieurs (V. les ordonnances et les auteurs ci-dessus indiqués), quel que soit le motif de l'appel, et alors même que l'affaire étant de nature à être jugée en dernier ressort, l'appel n'aurait été élevé que pour cause d'incompétence (V. ord. du 19 octobre 1838 [Leclerc]). « Considérant, porte cette décision, rendue au rapport de M. Vivien, conseiller d'état, que la sentence du juge de paix de Brionne, en date du 15 juin 1837, avait été l'objet d'un appel porté dans les délais utiles devant le tribunal de Bernay, et que cet appel était valablement interjeté du chef d'incompétence, bien qu'au fond le litige fût de nature à être jugé en dernier ressort par le juge de paix; que, par suite, la question de compétence relative à l'action intentée par le sieur Leclerc était soumise au tribunal de Bernay; que le préfet était recevable à proposer le déclinatoire et l'a été ensuite à élever le conflit...., etc. » — V. encore infrà, nº 68.

59. Devant les tribunaux où le conslit peut être élevé, l'ordonnance de 1828 a réglé l'exercice du pouvoir de l'administration par différentes dispositions que nous allons maintenant examiner.

60. « Ne donneront pas lieu au conflit, porte l'art. 3 de cette ordonnance : 1º le défaut d'autorisation, soit de la part du gouvernement, lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre ses agents, soit de la part du conseil de préfecture, lorsqu'il s'agira de contestations judi-

ciaires dans lesquelles les communes ou les établissements publics seront parties; 2° le défaut d'accomplissement des formalités à remplir devant l'administration préalablement aux poursuites judiciaires. »

Cette disposition circonscrit le conflit dans ses véritables limites. Le conflit ne doit avoir qu'un but, c'est de permettre à l'autorité administrative de revendiquer les contestations sur lesquelles il lui appartient de statuer, et de maintenir ainsi l'ordre des juridictions. Hors de là, elle ne saurait intervenir sans violer elle-même le principe de séparation des deux pouvoirs.

La jurisprudence du Conseil d'état avait du reste devancé l'ordonnance sur ce point. (V. entre autres décisions relatives à l'autorisation nécessaire pour la poursuite des fonctionnaires publics, les ordonnances des 10 déc. 1817 [Hurth]; 3 déc. 1823 [Bry]; 24 mars 1824 [ Paris ]; 12 janv. 1825 [ Martha ]; 26 déc. 1827 [ Jacquet ]; en ce qui concerne les formalités prescrites pour l'exercice des actions domaniales, V. le décret du 6 nov. 1813 [Florent Schwer]; et relativement à l'autorisation dont les communes et les établissements publics ont besoin pour ester en justice, les décrets et ordonnances des 24 juin 1808 [fabrique de Bismstein]; 19 déc. 1819 [ commune de Soudan ], etc.)

61. « Hors le cas prévu ci-après par le dernier paragraphe de l'article 8 de la présente ordonnance, ajoute l'art. 4 (V. infrà, nº 78), il ne pourra jamais être élevé de conflit après des jugements rendus en dernier ressort ou acquiescés, ni après des arrèts définitifs. Néanmoins, le conflit pourra être élevé en cause d'appel, s'il ne l'a pas été en première instance, ou s'il l'a été irrégulièrement après les délais prescrits par l'art. 8 de la présente ordonnance. »

Ces importantes dispositions, qui ont pour objet d'assurer le respect dû à la chose jugée, sont venues fixer les variations de la jurisprudence.

62. On était resté longtemps dans cette opinion qu'il suffisait qu'une affaire de la compétence de l'autorité administrative eût été portée devant les tribunaux, pour que le conflit pût être élevé, alors même que cette affaire aurait été terminée par des jugements passés en force de chose jugée, des arrêts de cour d'appel et même des arrêts de la Cour de cassation. (Duvergier, Notes sur l'article 4 de

l'ordonn. du 1er juin 1828; Bavoux, Des conflits, t. 1er, p. 16; Cormenin, ibid., t. 2, no 2.). Plus tard, on reconnut combien cette doctrine était subversive de tous les principes sur lesquels repose l'autorité de la chose jugée. Mais s'attachant à ne reconnaître l'autorité de la chose jugée que dans les jugements qui n'étaient plus susceptibles d'aucun recours, la jurisprudence prédominante posa pour règle que c'était seulement dans le cas où toutes les voies de recours étaient fermées, que le conflit ne pouvait plus être élevé; mais qu'il pouvait l'être toutes les fois que les jugements ou arrêts rendus étaient encore susceptibles d'être attaqués soit par la voie de l'appel, soit par la voie du recours en cassation. (V. décr. et ordonn. des 6 janv. 1814 [Planard], 1er mars [Pazire] et 23 déc. 1815 [Modery], 23 juin 1819 [Fabre], 2 août 1823 [Flamant Grétry], 14 janvier 1824 [Dubreuil], etc.) C'était là, on doit le reconnaître, un pas immense dans la voie des vrais principes. Mais le respect dù aux décisions judiciaires était loin encore d'être satisfait; c'était toujours refuser toute autorité aux jugements rendus, et laisser à l'administration le pouvoir de faire revivre, dans son seul intérêt, des procès que les parties, en s'arrêtant au premier degré de juridiction, pouvaient considérer comme terminés. Aussi, au milieu de cette jurisprudence que nous venons d'indiquer, quelques décisions divergentes vinrent, dès avant 1828, faire naître des doutes sérieux sur la doctrine plus généralement suivie; et des ordonnances des 6 sevrier 1815 [Laborie et Donat] et 28 septembre 1816 [commune de Liebsdorff] déclarent positivement que le conslit ne peut être élevé dès qu'un jugement définitif a mis sin au litige. « Considérant, porte la première de ces décisions, renduc au rapport de M. de Cormenin, que le conflit d'attribution ne peut être élevé que sur une contestation existante; qu'ainsi les lois et arrêtés relatifs aux conflits ne sont point applicables aux contestations terminées par les jugements ou arrêts qui ont acquis l'autorité de la chose jugée; que les jugements de première instance rendus en dernier ressort et les arrêts des cours rendus contradictoirement sont empreints de ce caractère au moment même où ils sont prononcés, etc. » L'ordonnance de 1828 n'a donc été qu'un retour à ces principes, que l'on avait à tort abandonnés.

63. Néanmoins la disposition ci-dessus re-

produite laisse-t-elle peut-être dans ses termes. quelque chose à désirer quant au point de savoir si, à l'égard des jugements de première instance, susceptibles d'appel, l'administration conserve, ou non, pendant les délais de l'appel, le droit d'élever le conflit, sans que les parties aient elles-mêmes saisi le juge supérieur. Le premier paragraphe de l'article 4 n'interdit, en effet, le conslit qu'après « les jugements en dernier ressort ou acquiescés.» et après « les arrêts définitifs. » N'en pourrait-on pas conclure, à contrario, qu'à l'égard de toutes autres décisions judiciaires, et jusqu'à ce qu'il y ait arrêt définitif, le droit de l'administration ne reste pas subordonné au recours des parties? Quoi qu'il en soit, malgré le vague de l'ordonnance sur ce point, nous n'hésitons pas à penser avec M. Serrigny (nº 176) que le conflit ne peut être élevé après un jugement de première instance, qu'autant qu'il y a appel interjeté par les parties. Il est dans l'esprit de l'ordonnance que le conslit ne soit élevé qu'autant qu'il y a cause pendante devant les tribunaux. Or, la cause n'est plus pendante, dès qu'il y a été statué par un jugement définitif, alors même que ce jugement est susceptible d'appel. D'ailleurs, si les parties n'ont pas recours à cette voie, on peut dire qu'il y a de leur part acquiescement tacite, et c'est rester dans les termes de l'ordonnance que de décider qu'en pareil cas le conslit ne peut être élevé. — V. dans ce sens, M. Dufour, t. 2, nº 790.

64. Il faut, par les mêmes motifs, décider que le conslit ne peut être élevé après les jugements ou arrêts par défaut, si les parties n'ont pas elles-mêmes recours à la voie de l'opposition. — V. Serrigny, n° 177.

65. Ensin le conslit devient également impossible dans le cas où il y aurait eu appel interjeté, si la partie qui a eu recours à cette voie se désiste de son appel. (V. ordonn. des 1er juin 1828 [Tiers], 22 fév. 1833 [Laurent].) Dans ce cas encore, l'instance se trouve terminée; il n'y a plus cause de conslit.

66. Mais il importe de faire remarquer que ces règles, de même que celles qui prohibent le conslit après les arrêts définitifs, ne sont applicables qu'aux jugements et arrêts désinitifs qui terminent réellement le procès par le jugement du fond. Des jugements et arrêts interlocutoires ou rendus sur la compétence sculement, n'empêchent pas le conssit, alors même qu'ils auraient acquis l'autorité de la

chose jugée. (V. ordonn. des 7 août 1816 [Jeannet]; 1<sup>er</sup> septembre 1819 [Dittes et Muller]; 4 fév. 1836 [Desmortiers]; 5 mars [Lecointre] et 16 avril 1841 [de l'Espine]; 30 mars [Mocquet] et 9 juin 1842 [Coulomb]).

67. On peut donc, en résumé, poser comme règle certaine que le droit d'élever le conflit ne cesse qu'alors que, par la conclusion définitive de l'instance, l'autorité judiciaire qui s'en trouvait saisie a complétement épuisé sa juridiction.

Une fois l'instance ainsi terminée, le conflit devient impossible, quand bien même des difficultés élevées sur l'exécution de la sentence rendue feraient revenir les parties devant les mêmes juges. Ces difficultés n'ont point pour effet de ranimer l'instance; on ne saurait en profiter pour ressaisir, au moyen du conflit, la question jugée. (V. ord. 5 déc. 1838 [préf. de la Haute-Garonne]; —V. aussi Dufour, n° 788.)

- 68. En cause d'appel, le conflit peut toujours être élevé dès que le recours à cette voie par les parties, ou par l'une des parties, fait revivre le litige; la règle est applicable, même au cas d'appel formé contre les jugements en dernier ressort, pour cause d'incompétence. (V. ordonn. des 19 oct. 1838 [Leclerc], 4 mai 1843 [Clément].)
- 69. La prohibition d'élever le conflit après des arrêts définitifs emporte virtuellement prohibition d'élever le conflit sur le recours en cassation, de même que sur la requête civile que pourraient former les parties. Mais il est hors de doute que si l'annulation, par l'une ou l'autre de ces deux voies, des arrêts intervenus faisait revivre le litige, le droit d'élever le conflit sur les nouvelles instances qui s'ensuivraient renaîtrait également.

### CHAP. 4. — Des formes du conflit.

70. Les règles qui dominent cette partie de la matière ont deux objets principaux : il importe en effet, 1° que les tribunaux ne soient pas dessaisis brusquement, comme il arrivait autrefois, avant d'avoir été mis en demeure de prononcer eux-mêmes sur leur compétence; 2° que l'administration, obligée de statuer dans des délais déterminés, ne puisse, en aucun cas, se faire du conflit un moyen de paralyser l'action des tribunaux, en laissant en souffrance les intérêts engagés dans le litige. Les formes du conflit ont été organisées de manière à atteindre ce double but.

### § 1er. - Du déclinatoire.

- 71. «Lorsqu'un préfet, dit l'art. 6, § 1 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828, estimera que la connaissance d'une question portée devant un tribunal de première instance est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative, il pourra, alors même que l'administration ne serait pas en cause, demander le renvoi de l'affaire devant l'autorité compétente. A cet effet, le préfet adressera au procureur du roi un mémoire, dans lequel sera rapportée la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du litige.»
- 72. La nullité du conflit élevé sans que le déclinatoire ait été proposé n'est pas écrite textuellement dans l'ordonnance; mais elle résulte trop évidemment de l'ensemble de ses dispositions pour n'être pas prononcée toutes les fois que le préfet aura négligé de remplir cette formalité préalable. C'est du reste ce que la jurisprudence du Conseil d'état a consacré. (V. ord. des 9 mars [ préfet de la Haute-Vienne ] et 29 mars 1831 [ préfet de Seine-et-Marne]; 12 août 1832 [ préfet du Cher]; 14 nov. 1834 [Laire]; 20 janv. [Montgommery], 31 mars [Segond], 27 nov. [préfet de l'Aude] et 4 déc. 1835 [de Rudder]; 18 nov. 1838 [veuve Thuau]; 14. janv. [Morisset] et 3 mai 1839 | Puisset ]; 28 août 1844 [ N..... ].)
- 73. Il suffit néanmoins que la formalité ait été remplie par le préset. Ainsi, le conflit ne serait pas nul par cela seul que le tribunal n'aurait pas eu connaissance du mémoire par lequel le préset proposait, en temps utile, le déclinatoire. (V. ord. 15 déc. 1842 [ Neuville ].)
- 74. De nombreuses décisions ont également jugé que le déclinatoire spécial que doit proposer le préfet ne peut être suppléé par les exceptions d'incompétence proposées, soit par les parties, soit même par le procureur du roi. Le vœu de l'ordonnance est, en effet, qu'un tribunal ne soit pas dessaisi d'un litige sans avoir été averti par l'administration qu'elle entend en revendiquer la connaissance. Or, une simple exception d'incompétence, bien qu'elle doive faire supposer que la question de compétence est mûrement examinée par le tribunal, n'est point une garantie suffisante, alors même qu'elle est soulevée par le ministère public qui n'est point, devant les tribunaux, le représentant de l'administration.

- 75. La même raison a fait décider que le préfet n'est pas dispensé de proposer le déclinatoire dans les causes où il plaide comme représentant l'état ou le département, par cela qu'il aurait déjà demandé, par lui ou par son avoué, le renvoi de l'affaire devant l'autorité administrative : ce n'est là qu'une simple défense, qui n'avertit pas suffisamment les tribunaux de la lutte positive que doit soulever le conflit. (V. Ord. 9 mai 1841 [Bérard]; 23 août 1843 [Dufau]. V. toutefois, dans un sens contraire, Serrigny, nº 183.) Mais l'opinion de cet auteur, d'ordinaire si sûr, nous paraît avoir été déterminée par l'interprétation inexacte d'une ordonnance du 5 juin 1838 [Roquelain], dans laquelle il s'agissait d'un conslit qui sut annulé par le Conseil d'état, par le motif que le préfet, après un premier déclinatoire rejeté par le tribunal, en avait proposé un second, hors des délais sixés par l'ordonnance.
- 76. Il sussit, du reste, que le tribunal ait été une fois averti, par le déclinatoire, des intentions de l'administration, pour que cet acte ne doive pas être renouvelé à l'occasion des divers incidents que la même affaire peut présenter. S'il arrive, par exemple, qu'après le déclinatoire proposé, le tribunal rende un jugement préparatoire ou interlocutoire qui, ne préjugeant pas la question de compétence ou le fond du litige, ne permette pas encore au préfet d'élever le conslit, il n'est pas nécessaire que le déclinatoire soit renouvelé lorsque l'affaire revient pour le jugement de la compétence ou du fond.

77. Pareillement, dans une affaire où le déclinatoire aura été également présenté, s'il est intervenu un jugement par défaut, suivi d'une opposition de la partie condamnée, le préfet n'a pas besoin d'en proposer un autre sur la nouvelle instance à laquelle l'opposition donne lieu. - V. Ord., 6 mars 1825 [Capte].

78. En cause d'appel, le préfet doit-il toujours proposer le déclinatoire avant d'élever le conflit? Lorsque le déclinatoire n'a pas été proposé devant les premiers juges, cela n'est pas douteux. Mais lorsque cette formalité a déjà été remplie, la question devient plus délicate.

L'article 8 de l'ordonnance de 1828 est ainsi concu: « Si le déclinatoire est rejeté (en première instance), le préset du département, s'il estime qu'il y ait lieu, pourra élever le conslit. Si le déclinatoire est admis, le préfet pourra également élever le conslit dans la quinzaine qui suivra la signification de l'acte d'appel, si la partie interjette appel du jugement. Le conflit pourra être élevé dans ledit délai, alors même que le tribunal aurait. avant l'expiration de ce délai, passé outre au jugement du fond.»

79. Bien que, d'après le texte de cet article. il semble évident que le préfet, dont le déclinatoire a été admis en première instance, n'est pas obligé de renouveler cette formalité. sur l'appel interjeté par les parties, le Conseil d'état a longtemps interprété l'ordonnance en ce sens, qu'une fois la cour royale saisie par la voie de l'appel, le déclinatoire doit toujours lui être proposé, qu'il ait été ou non proposé et admis en première instance. (V. ord. des 16 août 1832 [préf. de Lot-et-Garonne]; 19 août 1832 [ préf. de la Seine]; 18 oct. 1833 [Benazet]; 14 nov. 1834 [Lair]; 20 janv. 1835 [ Montgommery ]; 20 avril 1835 [ Nicot ]; 26 août 1835 [ Angiboust ]; 16 déc. 1835 [préf. de l'Aisne]; 26 mai 1837 [Germain].) Mais, par ordonnance du 22 mai 1840 [ Bausset], le Conseil d'état est revenu sur cette jurisprudence; et depuis il a jugé constamment que cette formalité ne doit être remplie en appel qu'autant qu'elle ne l'a pas été devant les premiers juges. (V. Ordonn. 31 déc. 1844 [Mancest].)

80. Il est sans doute inutile d'ajouter que la règle qui précède n'est applicable qu'au cas où le déclinatoire a été proposé en temps utile devant les premiers juges. S'il avait été proposé tardivement, par exemple, après le jugement définitif du fond, il est évident qu'on devrait le considérer comme non avenu, et qu'il faudrait en proposer un nouveau aux juges d'appel avant de les dessaisir par la voic du conflit.

81. On doit, du reste, appliquer en cause d'appel les mêmes règles que celles qui sont suivies en première instance, en ce qui concerne l'insuffisance des simples exceptions d'incompétence proposées soit par les parties ou le procureur du roi, soit par le préfet agissant comme partie au nom de l'état, et l'inutilité d'un nouveau déclinatoire sur les divers incidents que la même affaire peut présenter.

— V. suprà, nos 74 et suiv.

82. Dans un cas comme dans l'autre, on remarquera qu'aucun délai n'est imposé au préfet pour proposer le déclinatoire. Il suffit, pour la validité de ce préalable, que le fond n'ait pas été définitivement jugé. Les délais sixés par l'art. 8 précité, ou par d'autres dispositions de l'ordonnance, ne s'appliquent qu'à l'arrêté de conslit qui doit définitivement dessaisir les tribunaux, si le déclinatoire n'est pas admis. — V. pour ces délais infrà, § 3.

### § 2. — De la décision des tribunaux sur le déclinatoire.

- 83. C'est, comme on l'a vu (n° 71) par l'intermédiaire du procureur du roi que le déclinatoire proposé par le préfet est soumis au tribunal. « Après que le tribunal aura statué sur le déclinatoire, porte l'art. 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828, le procureur du roi adressera au préfet, dans les cinq jours qui suivront le jugement, copie de ses conclusions ou réquisitions et du jugement rendu sur la compétence. La date de l'envoi sera consignée sur un registre à ce destiné. »
- 84. Aucun délai n'est, comme on le voit, imposé au tribunal pour statuer sur sa compétence. C'était là, au surplus, un point dont l'ordonnance n'avait pas à s'occuper. En ce qui touche l'administration, il lui suffit que les tribunaux ne puissent pas régulièrement prononcer sur le fond du litige sans s'être expliqués catégoriquement sur leur compétence, et c'est ce que le déclinatoire les met en demeure de faire. En ce qui concerne les parties, elles restent jusque-là dans la même position que si l'administration n'intervenait pas : c'est-à-dire que c'est à leur diligence, qu à celle du ministère public, s'il y a lieu, que doit être provoquée la décision du tribunal.
- 85. Il résulte de là, comme de ce que nous avons dit plus haut (n° 48), que le tribunal peut, avant de se prononcer sur le déclinatoire, rendre tels jugements interlocutoires qu'il croit nécessaire, pourvu qu'il ne préjuge ni la compétence ni le fond; il pourrait notamment, pour s'éclairer sur sa compétence, ordonner, par exemple, une visite de lieux.
- 86. Mais il ne pourrait, sans excès de pouvoir, passer outre au jugement du fond. Ce cas se présentant, le préfet serait autorisé à élever le conflit, comme s'il y avait eu rejet pur et simple du déclinatoire. Il est évident, en effet, qu'en statuant au fond sans s'expliquer sur le déclinatoire, le tribunal fait plus encore que déclarer sa compétence, il l'exerce; au lieu de menacer d'un empiètement, il le commet.

- § 3. De l'arrêté de conflit. Délai. —
  Visa. Dépôt. Effets. Sursis.
- 87. Nous avons exposé plus haut (nos 41 et suiv.) dans quels cas et dans quelles limites le droit d'élever le conflit pouvait être exercé. Examinons maintenant cet acte sous le rapport des formes. La validité de l'arrêté de conflit est subordonnée à trois formalités essentielles, savoir : 1° un délai déterminé, hors duquel le préfet est déchu du droit d'élever le conflit; 2° le visa des lois qui attribuent à l'administration la connaissance de la contestation revendiquée pour elle par le préfet; 3° le dépôt de l'arrêté au greffe. (Ord. du 1er juin 1828, art. 8, 9, 10 et 11.)

88. Délai. — Devant le tribunal de première instance, et au cas de rejet du déclinatoire, il ne peut s'élever aucune difficulté sur le délai dans lequel l'arrêté de conslit doit être pris. C'est, comme on l'a vu, dans la quinzaine de l'envoi fait par le procureur du roi. par suite de la décision prise par le tribunal sur le déclinatoire, que le préfet doit prendre cet arrêté (art. 8 de l'ordon.). Il est presque inutile d'ajouter que le préfet ne saurait prolonger ce délai en élevant un second déclinatoire. Dès que le tribunal, instruit de la revendication faite par l'administration, a manifesté son opinion sur la compétence, l'administration doit trancher nettement la difficulté en sa faveur, comme elle y est autorisée, ou laisser à la justice ordinaire son libre cours. En aucun cas, comme nous l'avons déjà dit, elle ne doit se faire du conflit un moven de paralyser l'action des tribunaux, sans ouvrir elle-même d'autres voies de recours aux parties en litige.

Si, sur les motifs donnés par le tribunal, le préfet reconnaissait qu'il a revendiqué à tort la connaissance entière d'une affaire présentant plusieurs questions à résoudre, il pourrait, dans son arrêté, et sans consulter de nouveau le tribunal, borner l'arrêté de conflit aux seules questions qu'il considérerait comme étant du ressort de l'administration.

S'il arrivait, au contraire, que le préfet vînt à penser qu'à tort le déclinatoire n'a porté que sur un des points de la contestation, il pourrait bien, sans contredit, en proposer un nouveau relativement aux points de la contestation qu'il aurait d'abord négligés, en admettant toutefois que le tribunal n'eût pas dans l'intervalle, statué sur le fond. Mais, dans tous les cas, ce ne serait pas là pour lui un motif valable de surscoir à prendre parti relativement aux questions déjà revendiquées. Il aurait alors à élever le conflit sur ces dernières questions seulement, sauf à en élever plus tard un nouveau, selon la décision que prendrait le tribunal sur le second déclinatoire, de manière à ce que la procédure, dans l'un et l'autre cas, restàt strictement renfermée dans les limites qui lui sont tracées.

89. Devant les juges d'appel, il ne peut non plus s'élever aucune difficulté sérieuse relativement au délai, lorsque déjà l'administration est intervenue en première instance par un déclinatoire présenté en temps utile. Si ce déclinatoire a été rejeté, la circonstance qu'une des parties interjette appel ne doit, suivant nous, rien changer au délai fixé par le premier paragraphe de l'art. 8 de l'ordonnance, c'est-à-dire que le conslit n'en doit pas moins être élevé dans la quinzaine de l'envoi fait par le procureur du roi, sauf le droit du préfet, s'il laisse expirer ce délai et périmer ainsi son premier déclinatoire, à en proposer un nouveau aux juges d'appel.

Si le déclinatoire a été admis en première instance, la seconde disposition de l'art. 8 prévient toute difficulté en décidant que le préfet pourra « élever le conslit dans la quinzaine qui suivra la signification de l'acte d'appel, si

la partie interjette appel. »

Nous pensons, sans hésiter, avec M. Serrigny (ubi suprà, nº 189), que la signification dont il s'agit ici doit s'enteudre d'une signification faite au préfet, et non de la signification faite par l'appelant à l'intimé, acte auquel le préfet est complétement étranger, qu'il peut ne pas connaître, et qui ne saurait dès lors faire courir contre lui aucune déchéance.

90. Mais quels seront les délais, lorsque le préfet n'est pas intervenu en première instance, hypothèse que l'ordonnance de 1828 ne prévoit pas, et qui est cependant de nature à se présenter fréquemment?

Il nous paraît hors de doute qu'il faut se décider ici par analogie avec ce que l'ordonnance prescrit pour la procédure à suivre devant les tribunaux de première instance, c'est-à-dire que le préfet, après avoir proposé le déclinatoire, devra, dans la quinzaine de l'envoi qui lui sera fait, soit par le procureur général près la cour royale, soit par le procureur du roi près le tribunal d'appel, prendre l'arrêté de conflit, à peine de déchéance.

Mais s'il est pris dans la quinzaine de l'envoi, l'arrêté de conslit est valable, bien qu'il intervienne après un arrêt sur le fond. (Ord. du 10 sept. 1845 [Giraud].)

91. Visa. — « Dans tous les cas, dispose l'art. 9 de l'ordonnance, l'arrêté par lequel le préfet élèvera le conflit et revendiquera la cause, devra viser le jugement intervenu et l'acte d'appel, s'il y a lieu; la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux y sera textuellement insérée. »

Malgré les termes précis de cette dernière disposition, le Conseil d'état s'est nombre de fois prononcé en ce sens, que le défaut d'insertion textuelle des lois ou ordonnances sur lesquelles est fondé le conslit n'entraîne pas la nullité de l'arrêté du préfet. Ainsi, il a jugé que le vœu de l'ordonnance du 1er juin 1828 est suffisamment rempli par l'arrêté de conslit qui vise les diverses lois en vertu desquelles le conslit est élevé (ord. des 3 février 1835 [Jantet]; 19 déc. 1838 [Lédé]); ou qui rapporte seulement ces lois sous forme de considérations (ord. du 7 août 1843 [Dupont]); ou encore qui se borne à insérer les articles des lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III, relatifs à la séparation des deux pouvoirs judiciaire et administratif. ( ord. des 18 avril 1845 [Lecoupé]; 23 fév. 1841 [Louis].)

Cette jurisprudence est vivement critiquée par M. de Cormenin, qui pense que les dispositions impératives de l'ordonnance ne doivent pas être éludées, et qui se fonde d'ailleurs sur cette double raison, qu'il convient d'obliger les préfets à ne pas élever légèrement des conflits, et qu'il faut que les parties puissent appuyer leurs observations sur une base certaine (t. 2, p. 221).

La justesse de ces observations, qui ont d'ailleurs pour elles le texte formel de l'ordonnance, est incontestable; mais, dans l'état actuel du droit administratif, peut-être faut-il reconnaître que, la plupart du temps, l'intervention de l'administration, encore bien qu'elle fût d'une légitimité évidente, ne saurait autrement se motiver que sur ce grand principe de la séparation des deux pouvoirs, qui a été solennellement proclamé par nos lois révolutionnaires, mais dont l'application positive aux diverses matières qui touchent à l'administration est, sur beaucoup de points, encore à faire. Jusqu'à ce que la législation ait rempli cette immense lacune, la jurispru-

dence du Conseil d'état, à cet égard, ne nous paraîtrait donc critiquable qu'autant que, sous prétexte de l'impossibilité d'appliquer dans toute leur rigueur les termes de l'ordonnance, elle favoriserait une tendance de l'administration à faire illégalement invasion dans le domaine de l'autorité judiciaire.

- 92. Dépôt.—« Lorsque le préfet aura élevé le conflit, il sera tenu de faire déposer son arrêté et les pièces y visées au greffe du tribunal. Il lui sera donné récépissé de ce dépôt sans délai et sans frais » (ord. de 1828, art. 10).
- 93. Bien que ces dispositions ne parlent que du dépôt à faire au greffe du tribunal, il est évident que, lorsque le conflit est élevé devant la cour royale, c'est au greffe de la cour que le dépôt doit avoir lieu. (V. Ord., 22 avril 1842 [Menestrel]; 31 déc. 1844 [Arnoud]. ) Le but de cette formalité est en effet de porter l'arrêté de conflit à la connaissance des juges saisis du litige. La notification ne peut en être faite utilement à d'autres qu'à ceux qui ont à surseoir sur la revendication faite par l'administration.
- 94. Il est d'ailleurs passé en jurisprudence que le dépôt au greffe de l'arrêté de conflit et des pièces qui doivent l'accompagner, peut être suppléé par la remise directement faite au parquet du procureur du roi, pourvu que la date de la remise soit constatée par un récépissé du procureur du roi, ou par un registre tenu au parquet. (V. Ord., 2 août 1838 [Gaëtan de la Rochefoucauld]; 7 août 1843
- 95. « Si, dans le délai de quinzaine, cet arrêté n'avait pas été déposé au greffe, le conslit ne pourrait plus ètre élevé devant le tribunal saisi de l'affaire. » (Ordon. du 1er juin 1828, art. 11.)
- 96. Il suit de là que le droit de l'administration se trouve périmé, du moment qu'elle n'en a pas fait usage dans les délais fixés, et que le conslit est radicalement nul s'il a été élevé postérieurement. (V. Ord., 14 déc. 1843 [Colonna].) Mais la péremption n'a lieu, suivant les expressions de l'ordonnance, que devant le tribunal saisi de l'affaire. La corrèlation qui existe entre cette disposition et celles des art. 4 et 8 indique évidemment que si l'assaire était portée en appel, le droit de l'administration revivrait, et que le conslit pourrait encore être élevé.
- 97. On s'est demandé si le délai de quin-

le délai de même durée accordé par l'art. 8 pour élever le conslit, ou s'il y avait au contraire deux délais distincts de quinze jours chacun : le premier, pour élever le conslit après la décision du tribunal sur le déclinatoire; le second, pour effectuer le dépôt de l'arrêté de conflit. La jurisprudence et les auteurs se sont unanimement prononcés en ce sens, qu'il n'y a qu'un seul délai pour le tout, c'est-à-dire que le conslit n'est valable qu'autant qu'il a été élevé et déposé dans le délai de quinze jours, à partir de l'envoi fait au préfet par le procureur du roi, en vertu de l'art. 7 de l'ordonnance. - V. Ord., 23 juill. 1841 [Delert]. V. aussi MM. Serrigny, nº 192, et Dufour, nº 809.

- 98. Mais le délai fixé pour ce dépôt ne s'étend pas au dépôt des pièces à l'appui du conflit; ces pièces peuvent être produites utilement jusqu'à ce qu'il soit statué sur ce déclinatoire. (V. ord. 7 août 1843 [Schweighauser ].)
- 99. «Si l'arrêté a été déposé au greffe en temps utile, ajoute l'ordonnance (art. 12), le gressier le remettra immédiatement au procureur du roi, qui le communiquera au tribunal réuni dans la chambre du conseil, et requerra que, conformément à l'art. 27 de la loi du 21 fructidor an III, il soit sursis à toute procédure judiciaire. »
- 100. La négligence du greffier à transmettre l'arrèté de conflit au procureur du roi, afin qu'il en soit donné connaissance au tribunal, ne peut en aucun cas entraîner la nullité du conflit. (V. ord. 21 fév. 1834 [Prévost-Dulas]; 29 avril 1843 [Brun]; -V. aussi Dufour, nº 810.)
- 101. Effets. Sursis. L'arrêté de conflit a pour effet d'obliger le tribunal à surseoir au jugement de l'affaire revendiquée par l'administration.

Mais ici se présente une des difficultés les plus graves que soulève la matière des conslits. La communication faite au tribunal ou à la cour de l'arrêté de conflit a-t-elle pour effet d'entraîner immédiatement le sursis sans aucun contrôle, sans aucun examen? ou, au contraire, l'autorité judiciaire a-t-elle le droit de vérifier si le conflit a été élevé dans les cas, dans les délais, et avec les formes prescrites, et de ne surseoir qu'autant que le préfet se sera tenu dans les limites de la légalité?

102. M. Duvergier (notes sur l'article 12 de zaine, dont parle l'art. 11, se confondait avec | l'ordonn.) et, après lui, M. Foucart (Droit adm., t. 3, nº 349) se prononcent sans hésiter dans ce dernier sens. A l'appui de leur opinion, ces auteurs invoquent l'esprit et les termes de l'ordonnance du 1er juin 1828, dont le but a été surtout de protéger l'autorité judiciaire contre les envahissements de l'autorité administrative. Cette ordonnance, à leur avis, deviendrait illusoire, si les tribunaux n'avaient pas le droit d'examiner s'il a été ou non satisfait à ses prescriptions. « Un arrêté de consit, illégal ou informe, dit M. Foucart (t. 3, n° 349), ne doit pas avoir plus de force pour les tribunaux qu'une ordonnance inconstitutionnelle, ou une prétendue loi à laquelle n'aurait pas concouru chacune des trois branches du pouvoir exécutif.»

Toutefois, ces auteurs comprenant parfaitement que ce serait aller contre le principe même de la séparation des deux pouvoirs et rendre le conflit impossible que de donner trop d'étendue au pouvoir d'appréciation des tribunaux, reconnaissent pleinement que ce pouvoir doit seulement consister à examiner si le conflit est élevé dans les cas, dans les délais, et dans les formes prescrites par l'ordonnance, mais sans toucher en quoi que ce soit à la question de compétence en elle-même.

En résumé, leur opinion est qu'un tribunal qui reçoit communication d'un arrêté de conflit peut passer outre, 1° si le conflit est élevé en matière criminelle (art. 1er); 2° s'il est élevé en matière correctionnelle hors des cas prévus par l'art. 2; 3° s'il est élevé pour défaut d'autorisation, ou défaut d'accomplissement des formalités préalables devant l'administration (article 3); 4° s'il est élevé hors des cas prévus par l'art. 4; 5° s'il est élevé après l'expiration des délais fixés par les art. 8 et 11; 6° enfin s'il est élevé sans l'observation des formes prescrites par l'art. 9.

103. La doctrine contraire, qui fait aux tribunaux une obligation absolue du sursis, quelle que soit l'irrégularité du conflit, est professée par MM. Serrigny (n° 194) et Dufour (n° 311) dont l'opinion nous paraît préférable.

Si, en effet, on remonte à la législation antérieure à l'ordonnance de 1828, législation que cette ordonnance n'a pas pu abroger, et sur laquelle elle garde d'ailleurs un silence qui doit paraître significatif, il est impossible de considérer le conflit autrement que comme un acte administratif, dont l'appréciation ne saurait, sous aucun rapport, être abandonnée aux tribunaux. Ainsi que le remarque justement M. Serrigny, s'il y a un cas dans lequel il doit être interdit aux tribunaux de s'immiscer dans les actes de l'administration, n'est-ce pas évidemment quand il s'agit de l'action en revendication formée par l'administration? et n'est-ce pas d'ailleurs dans cette pensée que l'art. 12 de l'ordonnance, reproduit ci-dessus, n° 99, se réfère à l'art. 27 de la loi du 21 fructidor an III, qui porte textuellement: « En cas de conflit d'attribution entre les autorités judiciaires et administratives, il sera sursis jusqu'à décision du ministre, confirmée par le directoire exécutif, qui en référera, s'il est besoin, au corps législatif? »

Les formes protectrices exigées aujourd'hui par l'ordonnance de 1828 doivent, sans aucun doute, être observées; mais est-ce à dire pour cela que les tribunaux doivent être juges du point de savoir si elles ont été régulièrement remplies? Qui ne voit de suite que leur donner à cet égard un pouvoir d'appréciation, c'est sinon leur laisser la faculté de paralyser, sous prétexte de défaut de formes, le conslit dans la main de l'administration, tout au moins leur fournir le moyen de susciter une lutte que l'on a précisément voulu prévenir?

L'analogie que l'on prétend exister entre un arrêté de conflit irrégulier et une loi non votée par les trois pouvoirs de l'état ou une ordonnance inconstitutionnelle, ne nous paraît pas exacte. « Une prétendue loi non votée par les trois branches du pouvoir législatif, dit à cet égard et avec raison M. Serrigny, n'est pas une loi ; tandis qu'un arrêté de conflit pris par un préset est toujours un arrêté de conflit: c'est un acte administratif qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger. A l'égard des ordonnances inconstitutionnelles, les tribunaux ne les déclarent pas nulles; ils ne sont pas appelés à les juger; ils s'abstiennent de les mettre à exécution, en présence de la charte qui exige une loi au lieu d'une ordonnance, par exemple, pour établir un impôt. Mais quand il y a un acte positif de l'administration, pris surtout dans l'ordre des fonctions de l'agent dont il émane, tel qu'un arrêté de constit émané d'un préfet, le tribunal ne peut l'annuler, parce qu'il y aurait choc et lutte de deux autorités constituées agissant en sens contraire. »

104. Enfin, indépendamment de tous ces motifs puisés dans la législation, et à part cette autre considération qu'on doit s'en reposer sur le Conseil d'état pour ramener les préfets à l'exécution de l'ordonnance, il est, ce nous semble, une raison décisive qui tranche à nos yeux la difficulté : c'est qu'il ne s'agit, en définitive, que d'un simple sursis dont le terme, assez court, est positivement fixé, ainsi que nous le verrons ci-après, nº 111, et à l'expiration duquel, si le conslit n'est pas confirmé, la justice ordinaire reprend de droit son cours. Or, quelque regrettable que ce sursis puisse être en certains cas, on doit reconnaître que, puisqu'il est désormais impossible qu'il dégénère en déni de justice, ce n'est qu'un inconvénient sans contredit préférable aux dangers de la lutte auxquels on s'exposerait en accordant aux tribunaux le pouvoir d'apprécier, sous certains rapports, le mérite d'un arrêté de conslit.

La jurisprudence du Conseil d'état a, du reste, consacré formellement ces principes. (V. ord. des 3 fév. 1835 [Jantes]; 2 juill. 1836 [Pierre]; 18 fév. 1839 [Brignac]; 23 avril 1840 [Josserand]; 7 août 1843 [Dupont].)

105. L'effet de l'arrêté de conflit est donc de suspendre provisoirement toute décision sur le litige qui y donne lieu.

106. Par une conséquence des mêmes principes, une fois le conflit élevé, l'autorité administrative ne peut prendre aucune mesure qui préjugerait soit la question de compétence, soit le fond de la contestation. (V. ord. 23 février 1820 [Ternaux]; 22 janv. 1824 [Garcement de Fontaines]; 19 janv. 1825 [de Corneille].)

107. Toutefois, à cet égard, il importe de remarquer que l'administration reste néanmoins libre de prendre provisoirement toutes les mesures de police et de sûreté que l'intérêt public lui paraîtrait exiger. C'est là un droit dont rien ne peut la dessaisir.

### § 4. — Du jugement du conflit. — Formalités préalables. — Recours.

108. Lorsque l'action de la justice se trouve suspendue, comme on vient de le voir, par un arrêté de conflit, il reste à procéder au jugement de cet acte. Le préfet lui-même est incompétent pour le rapporter. (V. Ord., 7 avril 1824 [Leroy]. V. aussi MM. Cormenin, v° Conflits, § 9 et Serrigny, t. 1er, n° 197.) L'ordonnance de 1828 a réglé, ainsi qu'il suit, les formes dans lesquelles l'autorité supérieure doit être saisie, et a prescrit plusieurs mesures dont

le but est de l'éclairer sur la décision qu'elle est appelée à rendre.

109. Formalités préalables. — L'article 13 dispose d'abord à cet effet qu'après la communication faite par le procureur du roi au tribunal, « l'arrêté du préfet et les pièces seront rétablis au greffe, où ils resteront déposés pendant quinze jours. Le procureur du roi en préviendra de suite les parties ou leurs avoués, lesquels pourront en prendre communication sans déplacement, et remettre, dans le même délai de quinzaine, au parquet du procureur du roi, leurs observations sur la question de compétence, avec tous les documents à l'appui. »

110. « Le procureur du roi, ajoute l'art. 14, informera immédiatement le garde des sceaux de l'accomplissement desdites formalités, et lui transmettra en même temps l'arrêté du préfet, ses propres observations et celles des parties, s'il y a lieu, avec toutes les pièces jointes. La date de l'envoi sera consignée sur un registre à ce destiné. Dans les vingt-quatre heures de la réception de ces pièces, le ministre de la justice les transmettra au secrétariat général du Conseil d'état, et il en donnera avis au magistrat qui les lui aura transmises. »

Aux termes de l'ordonnance royale du 12 mars 1831 (art. 6), les pièces indispensables à produire par le procureur du roi sont : la citation, les conclusions des parties, le déclinatoire proposé par le préfet, le jugement de compétence, l'arrêté de conflit.

D'après la même disposition, le ministre doit adresser au procureur du roi, dans les vingt-quatre heures de la réception, un récépissé énonciatif des pièces envoyées, lequel doit être déposé au greffe du tribunal.

111. Le délai dans lequel il doit être statué sur le consit, fixé d'abord à quarante jours par l'art. 15 de l'ordonnance du 1er juin 1828, a été porté à deux mois par l'art. 7 de l'ordonnance du 12 mars 1831, à dater de la réception des pièces au ministère de la justice. « Si, un mois après l'expiration de ce délai, ajoute le même article, le tribunal n'a pas reçu notification de l'ordonnance royale rendue sur le consit, il pourra procéder au jugement de l'affaire. »

112. Cette modification dans la fixation des délais, nécessitée par la publicité introduite dans le jugement des affaires soumises au Conseil d'état, par la même ordonnance du 12 mars 1831 et par celle du 2 février précédent, a soulevé des difficultés que la différence entre les termes de la disposition ci-dessus de l'ordonnance de 1831 et ceux de la disposition relative de 1828, ne laisse pas de rendre assez graves.

L'art. 16 de l'ordonnance du 1er juin 1828 portait : « Si les délais ci-dessus sixés expirent sans qu'il ait été statué sur le conslit, l'arrêté qui l'a élevé sera considéré comme non avenu, et l'instance pourra être reprise devant les tribunaux. »

L'ordonnance de 1831 dispose bien, comme on l'a vu (nº 111), qu'à défaut de notification dans le délai fixé, le tribunal pourra procéder au jugement de l'affaire; mais il ne reproduit pas la même déchéance contre l'administration, et laisse dans le doute le point de savoir si, par cela seul qu'il n'a pas été procédé au jugement du conflit dans le délai de deux mois, et que, dans le mois suivant, le tribunal n'a pas recu notification de l'ordonnance, l'arrêté de conslit doit encore, ipso facto, être considéré comme non avenu, ou, au contraire, si la même nullité n'étant pas prononcée par l'ordonnance de 1831, il faut dire que cette ordonnance n'accorde qu'une simple faculté au tribunal, et que, tant qu'il n'en a pas usé, l'administration supérieure est toujours en droit de valider le conslit, quel que soit le délai qui se soit écoulé?

La Cour de cassation s'est prononcée dans ce dernier sens par deux arrêts, d'autant plus remarquables qu'ils résolvent la difficulté sous sa double face.

Dans l'une des deux espèces, il s'agissait de savoir si l'ordonnance rendue après les deux mois à dater de la réception des pièces au ministère de la justice, mais notifiée avant l'expiration du troisième mois, avait valablement dessaisi l'autorité judiciaire.

La Cour suprême s'est prononcée pour l'affirmative, « attendu que, si, d'après l'art. 16 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828, l'arrêté de conflit qui n'aura pas été, dans les deux mois à partir de la réception des pièces au ministère de la justice, suivi d'une ordonnance royale approbative, est considéré comme non avenu, et si l'instance peut être reprise devant les tribunaux, cette disposition a été modifiée par l'art. 7 de l'ordonnance royale du 12 mars 1831, en ce qu'il ne reproduit pas la disposition de l'art. 16 de l'ordonnance de 1828, qui déclarait que l'arrêté de conflit sur lequel il n'aurait pas été statué dans le délai

fixé par cette ordonnance serait considéré comme non avenu, et que l'instance pourrait être reprise devant les tribunaux; qu'il se borne à déclarer que, si un mois après l'expiration du délai de deux mois qu'il accorde pour statuer sur le conslit, le tribunal n'a pas recu notification de l'ordonnance royale rendue sur ce conflit, il pourra procéder au jugement de l'affaire; que, d'après le dernier considérant de l'ordonnance de 1831, la modification qu'elle fait à celle de 1828 était commandée par les délais que nécessite la nouvelle forme de procéder pour les affaires soumises à la décision du Conseil d'état: que, dans l'espèce, l'ordonnance royale rendue sur le conflit dont il s'agit a été notifice dans les trois mois; que les tribunaux ne peuvent pas prononcer une nullité que la loi n'a pas formellement établie; qu'il suit de là que la cour de Rennes qui, en déclarant non avenu l'arrêté du 29 mai 1835, et tout ce qui s'en est suivi, a annulé l'ordonnance du 25 août suivant, approbative dudit arrêté, a excédé ses pouvoirs, faussement appliqué l'art. 16 du règlement du 1er juin 1828, et violé l'art. 7 de celui du 12 mars 1831. » (Cass. 31 juillet 1837, S.-V. 37. 1. 929; J. P. 37. 2. 166; D. P. 37. 1. 368.)

Dans l'autre espèce, le conflit avait été jugé dans les deux mois, mais la notification n'avait eu lieu qu'après l'expiration du troisième mois, avant, du reste, que le tribunal eût statué.

La Cour de cassation s'est également prononcée pour la validité du conflit, « attendu que l'on ne retrouve pas dans l'art. 7 de l'ordonnance de 1831, relativement à l'ordonnance royale intervenue dans le délai légal sur le conslit, la déchéance que prononce l'art. 16 de l'ordonnance du 1er juin 1828, à l'égard de l'arrêté du préfet qui avait élevé le conssit; qu'on peut d'autant moins attribuer ce silence à une inadvertance ou le regarder comme une simple omission, qu'un changement aussi notable et aussi grave de rédaction peut se justifier par la différence qui se rencontre entre le retard dans la notification d'une ordonnance rendue dans les délais, après décision contradictoire du Conseil d'état, et l'arrêté d'un préfet qui élève un conflit; que ces deux actes ne peuvent être mis sur la même ligne. » (Cass. 30 juin 1835, S.-V. 35. 1. 499; J. P. 3e édit; D. P. 35. 1. 326.)

113. D'après ces arrêts, dont nous croyons, avec MM. Serrigny ( nº 204 ) et Dufour (nº 819), qu'il faut adopter la doctrine dans l'état actuel de la législation, il ne résulte aucune nullité de l'inobservation des délais fixés par l'article 7 de l'ordonnance de 1831, soit pour le jugement du conflit, soit pour la notification de l'ordonnance qui le confirme, et que cette ordonnance a toujours pour effet certain de dessaisir positivement l'autorité judiciaire, pourvu qu'elle soit notifiée avant que le tribunal ait statué. L'inconvénient qui peut résulter de cette jurisprudence est, il est vrai, d'exposer les parties à s'engager inutilement dans des frais de procédure, sur la foi de l'expiration des délais fixés par l'ordonnance; mais il reste toujours ce point important, que l'administration ne peut, à son gré, prolonger indéfiniment le sursis qu'entraîne le conslit, et qu'une fois le dernier délai expiré, son pouvoir s'arrête devant la décision définitive de l'autorité judiciaire. (V. toutefois, en sens contraire, Devilleneuve, note sur l'arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1837; Foucart, t. 3, nº 352.)

Les délais dont il s'agit sont suspendus pendant les mois de septembre et d'octobre. (Ord. du 19 juin 1840, art. 35.)

- 114. Quant au mode de jugement du conflit, bien que ce jugement se rapproche, sous certains rapports, de celui des affaires contentieuses du Conseil d'état, ainsi que nous l'avons vu n° 22, la nature particulière de l'acte sur lequel il s'agit de statuer, acte qui intéresse avant tout l'ordre public et la division des pouvoirs, a fait adopter une procédure différente de celle suivie dans les affaires ordinaires.
- 115. Ainsi, l'affaire ne s'introduit pas au Conseil d'état par l'intermédiaire d'un avocat; c'est le comité de législation qui en dirige et prépare l'instruction. (Ord. du 18 sept. 1839, art. 17.)
- 116. Les parties sont admises à présenter leurs observations sur la question de compétence; le rapport se fait en séance publique et l'affaire se plaide comme les affaires contenticuses ordinaires (même ord., art. 17 et 29).
- 117. Mais la faculté de présenter des observations sur la compétence est la seule qui soit accordée aux parties. De leur part, tout autre mode de procéder, par exemple, une demande en intervention, serait jugé inad-

missible. (V. ord. du 7 avril 1835 [Guerlin-Houel].) L'administration est réellement seule en cause; c'est entre elle et l'autorité judiciaire qu'il s'agit de prononcer; l'intérêt des parties est seulement accessoire, et l'on peut dire que c'est comme garantie et par une sorte de faveur plutôt qu'à titre de droit, qu'il leur est accordé de prendre part au débat.

Il suit de là qu'aucune condamnation aux dépens ne peut être prononcée contre elles.

- 118. Le conflit peut être annulé pour vices de formes ou comme mal fondé.
- 119. Lorsqu'il est annulé pour vices de formes, le préfet peut en élever un autre. (V. ordon., 15 déc. 1842 [Menestrel]; 9 janv. 1843 [Audibert]). Mais il résulte évidemment de ce que nous avons dit ci-dessus, n° 88, que cette faculté ne lui appartient qu'autant qu'il est encore dans les délais.
- 120. Si le consiit est annulé comme mal fondé, la procédure reprend son cours.
- 121. Lorsqu'au contraire le conflit est confirmé, la procédure et les jugements ou arrêts rendus sont réputés non avenus. L'autorité administrative est déclarée seule compétente pour connaître du litige : c'est aux parties à suivre désormais leur action devant elle.
- 122. Recours. Les ordonnances rendues sur conflit sont-elles susceptibles des voies de recours autorisées par le règlement du 22 juillet 1806? Jusqu'en 1821, la jurisprudence du Conseil d'état est restée assez incertaine sur cette difficulté. Un décret du 11 janvier 1808 [Gaillard] s'est nettement prononcé pour la négative. « Attendu, porte ce décret, qu'en matière de conslit, les décisions sont d'intérêt public, et qu'elles ne jugent que la compétence.... » Mais un autre décret, du 4 nov. 1811 [de Camby], a décidé, au contraire, que l'opposition des parties était recevable en cette matière comme en toute autre. « Considérant, y est-il dit, que le décret du 22 juillet 1806, en accordant aux parties la voie de l'opposition contre les décisions rendues par défaut en matière contentieuse, ne fait point d'exception lorsqu'il s'agit de prononcer sur un conflit d'attribution entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative.» Un avis du Conseil d'état, des 19-22 janvier 1813, avait paru consacrer définitivement la doctrine de cette dernière décision, en disposant « que les conflits entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire devaient être renvoyés à la commission du contentieux,

pour y être instruits conformément au règlement. » C'est du moins ce qui résulte implicitement d'un décret du 22 juillet 1813 [Guy-Dennesson]. Mais l'ordonnance réglementaire des conflits, du 12 décembre 1821, vint trancher formellement la difficulté dans le sens de la première de ces deux décisions, en disposant que, « faute par les parties d'avoir, dans le délai fixé, remis leurs observations et les documents à l'appui, il sera passé outre au jugement du conslit, sans qu'il y ait lieu à opposition ni à révision des ordonnances intervenues. » Cette disposition n'a pas été abrogée par l'ordonnance de 1828, qui semble même la confirmer implicitement par ses articles 13 et 15. -V. suprà, nº 109.

L'ordonnance du 18 septembre 1839 n'at-elle pas changé l'état des choses? D'après cette ordonnance, il y a bien aujourd'hui, il est vrai, pour l'introduction des conslits devant le Conseil d'état, une procédure différente de celle suivie dans les affaires contentieuses ordinaires, ainsi que nous l'avons vu nº 114; mais pour le jugement du conflit proprement dit, l'article 17 de cette ordonnance renvoie aux articles 29 et suivants, relatifs aux matières contentieuses; et l'article 34, qui termine le paragraphe dans lequel est indiquée toute la procédure à suivre dans ces affaires, ajoute : « Dans le cas où ces dispositions n'auraient pas été observées, l'ordonnance pourra être l'objet d'une demande en révision, laquelle sera introduite dans les formes de l'article 33 du règlement du 22 juillet 1806. » Cette disposition a été reproduite textuellement par la loi du 19 juillet 1845 sur le Conseil d'état. N'est-ce pas le cas de dire, avec le décret précité du 4 novembre 1811, qu'il n'y a pas à distinguer?

Le Conseil d'état n'a pas eu, du moins à notre connaissance, à se prononcer sur la difficulté depuis l'ordonnance de 1839; mais la jurisprudence qu'il a suivie depuis l'ordonnance de 1828 semble tendre à refuser aux parties tout recours contre les ordonnances rendues en matière de conflits : « Considérant, porte une ordonnance du 18 octobre 1832 [Maulde], que les articles 13 et 15 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828 ont déterminé des formes spéciales pour l'instruction des conflits et la défense des parties intéressées, et que ces formes, ainsi que les délais particuliers établis par la même ordonnance, sont exclusifs du droit d'opposition autorisé dans

les affaires ordinaires par le règlement du 22 juillet 1806.... » Deux autres ordonnances. l'une du même jour [Leclere], l'autre du 14 décembre 1832 schemin de fer de Saint-Étienne], ont statué dans le même sens; enfin, une dernière ordonnance du 23 mars 1836 [préfet de la Seine] a rejeté une demande en interprétation d'une ordonnance rendue sur conslit. « Considérant, y est-il dit. que les ordonnances rendues sur les conslits élevés par les préfets, avant pour objet de régler la compétence entre les autorités administratives et judiciaires, sont d'ordre public, et ne peuvent donner lieu à des demandes en interprétation formées par les parties devant nous en notre Conseil d'état, par la voie contentieuse.....»

Malgré la gravité des objections que soulève l'ordonnance de 1839, ces considérations sont, il nous semble, décisives. Quelque rapport qu'on ait établi entre les consits et les affaires contentieuses ordinaires, quelque part qu'on ait accordée aux parties dans le débat qu'ils font naître, on n'a pu en changer la nature. Or, leur nature est d'être, avant tout, une affaire d'ordre public, étrangère, dans la rigueur des principes, aux intérêts des parties, puisque l'ordonnance qui statue ne réglant que le point de compétence, laisse leurs intérêts intacts. Tant qu'un texte formel n'accordera pas aux intéressés le droit de recours, il faut donc le leur refuser.

#### CHAP. 5. — Conflit négatif.

123. On désigne presque généralement par cette expression la double déclaration d'incompétence saite, au sujet de la même affaire, par l'autorité administrative et par l'autorité judiciaire. Ici encore, comme au cas de conflit proprement dit, l'intervention de l'autorité supérieure est nécessaire, car les partics ne peuvent rester sans juges, et il s'agit toujours de décider, entre les tribunaux et l'administration, à qui doit rester le jugement de leur contestation. Mais il y a cette différence que, loin qu'il y ait ici lutte entre les deux autorités, et qu'elles cherchent à empiéter sur leurs attributions respectives, elles se dessaisissent l'une et l'autre et se renvoient réciproquement la connaissance de la même affaire. C'est, en définitive, un réglement de juges qu'il y a à faire et non un conssit qu'il s'agit de vider. Comme le fait remarquer l'ordonnance réglementaire du 12 décembre 1821, le mot conflit négatif est donc évidemment impropre. « En ce qui concerne les règlements de juges entre l'administration et les tribunaux, qualifiés de constits négatifs, porte cette ordonnance (art. 8), il y sera procédé comme par le passé. » Les principes d'après lesquels ce règlement de juges doit avoir lieu entre les tribunaux et l'administration étant d'ailleurs les mêmes que ceux applicables au règlement de juges à faire entre deux fonctionnaires ou deux corps administratifs qui se déclarent respectivement incompétents, nous avons réuni sous le même mot tout ce qui a trait à cette matière. -V. Règlement de juges en matière administrative.

CONFRÉRIES. — 1. On nomme confrérie toute association de personnes qui se réunissent volontairement, mais d'après une règle ou des statuts, pour se livrer soit à des exercices de piété, soit à d'autres œuvres. La confrérie est une institution toute chrétienne, et qui n'a pu, comme son nom l'indique, être inspirée que par l'esprit évangélique. Au moven âge, les confréries se propagèrent sous l'influence du sentiment religieux, si vivace alors, et du besoin qu'on éprouvait de s'unir et de se fortifier dans une société composée de tant d'éléments divers. L'Europe fut couverte de confréries, et la France en compta un grand nombre. Nous devons nous borner à en indiquer les différentes catégories. Il y avait :

1º Les confréries de dévotion proprement dites. Telles étaient celle de Notre-Dame, établie à Paris, l'an 1168, sous Louis le Jeune, et composée de trente-six prêtres et de trente-six laïques, en mémoire des soixante-douze disciples de Jésus-Christ; celle de la paroisse de la Madelaine, nommée la grande confrérie; celle de Notre-Dame-des-Souffrances, instituée par Clément VIII en faveur des âmes du purgatoire, mais dont les priviléges étaient si excessifs qu'elle ne put être admise en France que dans très-peu de villes: son siége était à Rome.

2º Les confréries de miséricorde et de charité, comme celles des *Confrères de la mort*, chargés d'ensevelir les trépassés, etc.

3° Les confrèries de pénitents, sous divers titres et désignées par diverses couleurs : pénitents blancs, pénitents noirs, pénitents gris, etc. Ce sut surtout au midi de la France

que ces confréries se multiplièrent : dans le Lyonnais, en Provence, en Languedoc.

4° Les confréries de pèlerins, comme, à Paris, celles du Saint-Sépulcre aux Cordeliers, de Saint-Jacques, de Saint-Michel, etc.

5° Les confréries de marchands et de négociants, qu'il ne faut pas confondre avec les associations commerciales, et qui avaient seulement pour but d'attirer la bénédiction de Dieu sur les affaires de chacun des membres de l'œuvre. Telle était celle des marchands de l'eau, établie à Paris dès le douzième siècle.

6° Les confréries des officiers de justice, comme celle des notaires, fondée en 1300 à Paris, dans le cloître du Châtelet; celle de la compagnie du lieutenant criminel de robe courte, en l'église de Saint-Denis de la Chartre; celle de la compagnie du guet, en l'église de Saint-Michel; celle des huissiers à cheval et des sergents à verge, en l'église de Saint-Croix de la Bretonnerie; la confrérie de Saint-Yves pour les officiers des présidiaux, conseillers, avocats et procureurs.

seillers, avocats et procureurs.

7º Les confréries littéraires, qui, sous divers noms, étaient instituées dans un grand nombre de villes pour se livrer à la poésie, provoquer des concours, jouer des mystères, etc. Les mystères composés et représentés à Paris par les confrères de la Passion ont joui autrefois d'une grande célébrité. On sait que les confrères littéraires ont donné naissance à nos académies et au théâtre moderne.

8° Les confréries de jeux ou d'exercices militaires, telles que les confréries de Saint-Sébastien pour les tireurs d'arc ou d'arbalète, de Sainte-Barbe pour les arquebusiers, couleuvriers ou canonniers. Plusieurs de ces confréries subsistent encore, surtout dans le nord de la France.

9° Les confréries d'artisans, qui étaient en aussi grand nombre qu'il y avait d'arts et métiers. Chaque corporation possédait sa confrérie sous le vocable d'un patron. Primitivement ces associations avaient la faculté de se donner elles-mêmes des statuts ou règlements; mais ce droit leur fut enlevé, sous le règne de saint Louis, par Etienne Boileau, prévôt de Paris. Ce magistrat régla les statuts des confréries d'artisans, et même plus tard, au quatorzième siècle, il fut défendu d'en établir sans lettres patentes du roi.

10° Ensin, les confréries que nous nommerons politiques ou de factions, et qui, sous une apparence de zèle religieux, somentaient des

troubles et des révoltes. Telles furent la confrérie blanche et la confrérie noire, qui, vers 1210, se livrèrent à Toulouse des combats terribles: l'une en faveur de Raymond VI, comte de Toulouse; l'autre, dans les intérêts de Simon, comte de Montfort. Telle était encore cette confrérie de factieux établie à Paris en 1357, sous le titre de Notre-Dame, et dont Etienne Marcel, prévôt des marchands, se fit le chef. On sait les troubles sanglants que cette faction causa. Charles V amnistia les rebelles, mais cassa leur confrérie par lettres patentes du 10 août 1358; telle fut enfin la confrérie de Saint-Jérôme ou des pénitents bleus, qui, au temps de la ligue, sous le règne de Henri III, occasionna de violents désordres, et fut dissoute par arrêt solennel du parlement, en date du 7 juin 1601.

2. Les conciles s'occupèrent des confréries de factieux, notamment ceux de Montpellier en 1214, ceux de Toulouse, d'Orléans, de Cognac, de Bordeaux et de Valence en 1214, 1234, 1238, 1248, 1255, et celui d'Avignon en 1326. Dans ces assemblées, l'Eglise s'expliquant sur la matière, déclare que, « depuis quelque temps, certaines sociétés s'étaient formées sous le titre de confréries; que la noblesse en faisait la principale partie, et que les gens de toutes les autres conditions y étaient admis; qu'ils se liaient tous ensemble par serment et confédération dans leur assemblée, élisaient entre eux un chef auquel ils juraient obéissance; qu'ils portaient des habits et des marques particulières pour se reconnaître, ou, dans le besoin, se donner conseil ou secours les uns aux autres; qu'enfin, sous le voile spécieux de religion, ils avaient souvent entrepris, dans les villes et dans les provinces, de troubler l'état par factions, conspirations et autres entreprises défendues par les lois canoniques et civiles; que de là il s'en était ensuivi plusieurs violences, plusieurs injustices, la perte de la vie et des biens des meilleurs sujets, et l'oppression des pauvres et des innocents: c'est pourquoi elle casse et annulle toutes ces sociétés ou confréries, défend expressément à tous les chrétiens d'y demeurer ou d'en établir de semblables, sous peine d'excommunication. » (V. Delamarre, Traité de la police, liv. 11, tit. 12.)

3. Les autres confréries, surtout celles d'artisans, devinrent à plusieurs reprises l'objet de mesures répressives de la part de l'autorité civile, car elles avaient donné lieu à de graves

abus. L'intempérance de leurs repas communs, les monopoles que les confrères créaient entre eux au préjudice du commerce général. et quelquefois de la tranquillité publique. finirent par provoquer un édit du mois d'août 1539, par lequel le roi François Ier, en conformité des arrêts du parlement, « abolit toutes les confréries des gens de métiers et artisans par tout le royaume, etc. » Cet édit fut ponctuellement exécuté à Paris; cependant les marchands drapiers réclamèrent, se pourvurent auprès du roi; d'autres corporations imitèrent cet exemple, et peu à peu les confréries se rétablirent de fait, sinon de droit. Quelques années plus tard, Charles IX, par l'édit général pour la police du royaume rendu au mois de janvier 1563, défendit aux confréries de faire aucuns banquets ou festins, à peine de 500 livres d'amende. De nouvelles plaintes furent portées contre les confréries aux états de Moulins, et une ordonnance du même Charles IX fut promulguée le 11 déc. 1566. Elle porte que les dispositions précédentes qui ont aboli toutes les confréries, assemblées et festins, seront exécutées, et que les revenus desdites confréries seront employés suivant la destination prévue par ces mêmes ordonnances.

Enfin, un arrêt du parlement, en date du 13 déc. 1660, fait défense « à toutes personnes, de quelque qualité qu'elles soient, de faire aucunes assemblées, congrégations, confrairies, ni communautez, sans l'expresse permission du roy, et lettres patentes registrées en la cour.»

4. Il n'existe plus aujourd'hui, en France, que des confréries de dévotion et de charité. Elles ne peuvent néanmoins se former qu'avec l'autorisation du pouvoir administratif, qui seul leur confère un caractère légal. Les confréries qui n'ont point ce caractère sont, comme toutes les associations illicites, soumises aux dispositions contenues dans les articles 291 et suivants du Code pénal, et dans la loi du 10 avril 1834. — V. Associations politiques, n° 23; Établissements religieux.

CONFRONTATION. — 1. La confrontation est un acte de la procédure criminelle, par lequel le juge place l'accusé en présence des témoins qui ont déposé contre lui ou de ses co-accusés, pour que ceux-ci puissent le reconnaître, et qu'il puisse lui-même proposer ses reproches ou attaquer leurs dépositions. La confrontation était l'acte le plus important de notre ancienne procédure. Dans le système établi par les ordonnances d'août 1539 et de 1670, elle avait remplacé le débat contradictoire de l'audience, la discussion et les plaidoiries.

Elle suivait immédiatement le récolement. L'article 18 du chapitre 3 de l'ordonnance d'août 1536 et l'article 153 de l'ordonnance de 1539 prescrivaient formellement l'exécution successive de ces deux actes : la raison en était, outre l'inconvénient de déplacer deux fois le témoin, que celui-ci devait être plus ferme et moins sujet à varier, au moment même où il venait de réitérer et de confirmer sa déposition. On ne pouvait d'ailleurs confronter les témoins et les accusés. lorsqu'ils n'avaient point été récolés; mais cette formalité ne s'appliquait pas indistinctement à tous les témoins ni à tous les coaccusés; elle ne concernait que ceux à l'égard desquels le juge la pensait nécessaire, et, en général, ceux dont les déclarations faisaient charge contre l'accusé.

2. Les formes de cette épreuve étaient tracées avec précision. Chacun des témoins était amené successivement en présence de l'accusé, dans la prison. La confrontation devait avoir lieu, séparément et secrètement, devant le juge assisté de son greffier. Le témoin et l'accusé devaient l'un et l'autre prêter serment. Le greffier donnait ensuite lecture des premiers articles de la déposition des témoins, contenant ses noms, âge, qualité et demeure, et l'accusé était interpellé de déclarer ses reproches, s'il en avait à proposer. Le greffier achevait alors la lecture de la déposition et du récolement, et le témoin devait déclarer en face de l'accusé qu'il y persistait, et que ses déclarations contenaient vérité. L'accusé était admis ensuite à proposer ses faits justificatifs. Toutefois, la confrontation n'était point un débat à huis clos entre l'accusé et chacun des témoins; chacune des parties ne devait répondre qu'aux questions du juge, et ces questions ne portaient que sur les reproches et les faits justificatifs. Le grefsier tenait un procès-verbal séparé de ces interrogatoires. (Ord. de 1670, tit. 15.)

C'était à ces formes succinctes que se réduisait, dans notre ancienne législation, tout le débat du procès, toute la défense de l'accusé. Il pouvait discuter les témoins un à un devant le juge instructeur, mais sans être assisté d'un défenseur, livré à ses seules forces et contraint d'émettre son système de défense au moment même où la lecture des dépositions lui révélait le système de l'accusation. C'était là ce que les ordonnances de 1539 et de 1670 appelaient la confrontation.

3. Dans notre législation actuelle, la confrontation est restée l'élément principal de la procédure criminelle; mais elle a lieu publiquement, en pleine audience, en face des juges et des jurés. Ainsi, les articles 315 et 318 du Code d'instruction criminelle veulent que les témoins entendus dans l'instruction préliminaire soient de nouveau entendus à l'audience en face de l'accusé; l'article 319 du même code veut que celui-ci, assisté d'un défenseur, puisse proposer ses reproches contre les témoins, discuter leurs témoignages et contredire leurs déclarations. Ces dépositions, d'une part, et les contradictions de l'accusé. d'un autre côté, forment encore le fond du débat et la base de la décision du procès. Le principe est donc demeuré le même; mais les formes de son application ont changé. Nous avons toujours, comme élément du jugement, la confrontation de l'accusé et des témoins, mais la confrontation faite en audience publique et avec l'assistance du défenseur. Ce mot, au reste, s'est effacé de la langue de notre droit moderne; la confrontation s'est confondue dans le débat.

CONFUSION. — 1. Ce mot vient du latin confundere, mélanger. Il a, dans le langage du droit, plusieurs acceptions.

- 2. Quelquesois il signisse une manière d'acquérir, qui a lieu par le mélange de plusieurs matières appartenant à des personnes dissérentes. V. Accession.
- 3. Mais le sens le plus ordinaire est celui qui exprime le concours de deux droits ou de deux qualités incompatibles qui se détruisent mutuellement. Ainsi entendue, la confusion reçoit deux applications bien distinctes : l'une relative aux droits réels, et l'autre aux obligations.
- 4. En ce qui concerne les droits réels, la confusion s'opère lorsque ces droits ayant été d'abord séparés se réunissent dans la même main, comme, par exemple, lorsqu'une personne qui avait un droit d'usufruit ou de servitude sur un fonds, devient plus tard propriétaire de ce fonds. Dans ce cas, l'usufruit et la servitude s'éteignent, car on ne

peut être à la fois propriétaire intégral et propriétaire partiel. Cette espèce de confusion s'appelle consolidation. — V. ce mot.

5. La confusion dont nous traitons exclusivement ici est celle qui s'applique aux obligations. Elle résulte du concours dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation.

§ 1. — Nature et effets de la confusion en général.

§ 2. — Effets de la confusion au cas de

solidarité de la delte.
§ 3. — Effets de la confusion lorsque la dette est garantie par un cautionnement.

§ 4. — Comment les effets de la confusion peuvent cesser.

§ 5. - Enregistrement.

# § 1er. — Nature et effets de la confusion en général.

6. « Lorsque les qualités de créancier et de débiteur, porte l'article 1300 du Code civil, se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droits qui éteint les deux créances. » Par une expression vicieuse, la loi suppose à tort l'extinction de deux créances. Il est évident qu'il n'y a ici qu'une créance et une obligation. C'est un rapport de droit qui disparaît tant sous le point de vue passif que sous le point de vue actif. Notre observation n'est pas purement grammaticale; elle doit servir à distinguer la confusion de la compensation, laquelle s'opère par l'existence simultanée de deux créances et de deux dettes corrélatives.

7. Le Code range la confusion au nombre des modes d'extinction des obligations. C'est aussi en ce sens que Cujas dit: Confusione perinde atque genere solutionis tollitur omnis obligatio. (Ad. leg. 59, ff. Ad. senat. — Cons. Trebell., in Quæst. Pauli., col. 1406 et seq.) Cependant, à proprement parler, la confusion n'éteint pas la dette d'une manière absolue; elle est moins un mode d'extinction qu'une impossibilité d'agir: ce n'est pas un résultat juridique, mais un simple fait qui tient à l'incompatibilité de deux qualités réunies dans le même sujet. D'où il suit que si, en dehors de cette incompatibilité, l'obligation peut avoir un résultat à l'égard des tiers,

elle le produit. Si, par exemple, la confusion s'opère dans la personne de la caution parce qu'elle succède au créancier, il est bien certain que la caution ne peut rester tenue envers elle-même de son obligation de cautionnement; mais rien ne l'empêche de poursuivre le débiteur principal, car l'obligation cautionnée n'est pas éteinte. Les jurisconsultes romains exprimaient cette idée en disant: Potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem. La confusion diffère donc essentiellement du paiement, de la novation et des autres espèces de libérations qui équivalent au paiement. En effet, le paiement tombe sur la chose même; il fait que la chose n'est plus due : elle ne peut plus l'ètre lorsqu'elle a été payée par quelque personne que ce soit; car il ne peut plus rester de débiteur ni principal ni accessoire, lorsqu'il n'y a plus de chose due. Au contraire, la confusion se rattache à la personne; elle vient de ce que nul ne peut être créancier de soi-même, ou débiteur envers soi-même. « De là, dit Pothier (Des oblig., part. 3, chap. 5, § 2), résulte indirectement l'extinction de la dette, lorsqu'il n'y a pas d'autre débiteur. Car, comme il ne peut y avoir dette sans débiteur, la confusion éteignant dans la personne qui était seule débitrice la qualité de débiteur, et ne restant plus par conséquent de débiteur, il ne peut plus y avoir de dette: Non potest esse obligatio sine persona obligatá. »

C'est en se plaçant à ce point de vue que, nonobstant la confusion, on considère, pour calculer le montant des réserves, la dette de l'héritier envers le défunt ou du défunt envers l'héritier comme faisant partie de l'actif ou du passif; de même que, dans le droit romain, on en tenait également compte pour déterminer la quarte falcidie.

8. La confusion peut s'opérer de plusieurs manières:

Le créancier peut succéder au débiteur, ou le débiteur au créancier;

du le debiteur au créancier ; Le créancier à l'un des débiteurs solidaires,

ou l'un des débiteurs solidaires au créancier; L'un des créanciers solidaires au débiteur,

ou le débiteur à l'un des créanciers solidaires; Le créancier à la caution, ou la caution au

créancier;

Le débiteur à la caution, ou la caution au débiteur;

La caution à l'un des débiteurs solidaires,

ou l'un des débiteurs solidaires à la caution; La caution à l'un des créanciers solidaires, ou l'un des créanciers solidaires à la caution;

Le fisc à son débiteur;

Ensin, un tiers à dèux personnes dont l'une était créancière de l'autre.

Dans tous ces cas, la confusion s'opère, soit que la succession d'une personne à l'autre ait lieu à titre d'héritier, soit qu'elle se fasse à quelque autre titre qui investisse de toutes les créances et oblige à toutes les dettes, comme à titre de donataire ou de légataire universel. (Pothier, 2º 606; Nouv. Denisart, p. 173.)

- 9. La totalité de la dette est éteinte si le débiteur succède seul au créancier, ou le créancier au débiteur.
- 10. Mais, par une conséquence du principe que les droits et les obligations se divisent de plein droit entre les héritiers, si le débiteur ne succède au créancier que pour partie, la confusion ne s'opère que pour une portion de la dette correspondante à la part de l'héritier dans la succession. (V. Toullier, t. 7, n° 424; Duranton, t. 12, n° 469; Delvincourt, t. 2, p. 583.)
- 11. Ceci s'applique même au cas où la dette est indivisible; car, de deux choses l'une: ou les autres héritiers exécutent réellement, et, dans ce cas, celui en qui s'est opéré la confusion partielle est débiteur envers eux, à titre d'indemnité, de la part qu'il doit supporter dans l'obligation; ou l'inexécution se convertit en dommages-intérêts, et ils doivent être supportés par chacun dans la proportion de sa part héréditaire. (Duranton, t. 12, n° 469.)
- 12. La confusion est encore partielle ou imparfaite, lorsque le débiteur n'acquiert que la nue-propriété de la créance par lui due et que l'usufruit de cette créance reste à un tiers. Dans ce cas, les effets de la confusion sont limités à la nue-propriété, en sorte que le débiteur ainsi que la caution restent obligés au regard de l'usufruit de la créance, c'est-à-dire au paiement des intérêts (V. Caution-Cautionnement, nº 162). Par la même raison, les priviléges et hypothèques contihuent de subsister dans la mesure des droits non éteints. On doit le décider ainsi, à fortiori, lorsque le débiteur acquiert simplement l'usufruit de ce qu'il doit. ( Duranton, t. 12, nº 469 bis. — Cass. 19 déc. 1838, S.-V. 39. 1. 133; J. P. 1839. 1. 63; D. P. 39. 1. 179.)

13. Le terme n'empêche pas la confusion

de s'opèrer, car il ne suspend point l'obligation, il en retarde seulement l'exécution (C. civ., 1185). M. Duranton, qui professe aussi cette doctrine, cite à l'appui, mais à tort, selon nous, un arrêt de Cassation du 11 décembre 1832 (S.-V. 33. 1. 140; J. P. 3°éd.; D. P. 33. 1. 170). Ce n'est point une confusion, mais une compensation qui s'est opérée dans l'espèce sur laquelle a statué cet arrêt.

- 14. A la différence du terme, la condition suspensive fait obstacle à la confusion; car la réunion des qualités de créancier et débiteur ne peut s'opérer qu'à l'accomplissement de la condition. V. Condition, nos 228 et suiv.
- 15. Lorsqu'une personne a cédé à une autre sa créance, et qu'après l'acceptation du débiteur cédé ou la notification du transport, le cédant devient héritier de ce débiteur, ou le débiteur héritier du cédant, la confusion ne peut s'opèrer, parce que le cédant n'est plus créancier et que le cessionnaire l'est devenu à sa place. A l'inverse, si la succession s'est ouverte avant que le transport ait été accepté ou signifié, rien ne met obstacle à la confusion : la créance s'éteint avec tous ses accessoires, tels que cautionnements, priviléges et hypothèques. Mais observons avec Pothier (Des oblig., nº 610) que, comme le cédant était débiteur envers le cessionnaire du droit de créance qu'il avait cédé, et que c'est par l'acceptation qu'il a faite de la succession du débiteur, et conséquemment par son fait, que cette créance a été éteinte, il est tenu d'en fournir la valeur; car tout débiteur est tenu de payer le prix de la chose qu'il devait, lorsque c'est par son fait qu'elle a cessé d'exister.
- 16. Un autre empêchement à la confusion résulte de l'acceptation bénéficiaire. L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances (C. civ., 802). Le même principe conserve l'existence aux créances de la succession contre l'héritier. Nonseulement la créance subsiste, mais encore tous ses accessoires, tels que privilèges, hypothèques cautions. (Toullier, t. 7, n° 436; Duranton, t. 12, n° 482. Cass. 1er déc.1812, S.-V.14. 1.159; J. P. 3e édit.; D. A. 12. 379.)
- 17. Nous appliquerons la même règle au cas où l'état, à défaut d'héritiers, succède à son débiteur; car l'état ne recueille les biens

que sous bénéfice d'inventaire. En conséquence, ses cautions ne sont libérées que jusqu'à concurrence de ce qu'il a retiré des biens du débiteur, les autres dettes payées (l. 45, § 11, ff. De jure fisci; Toullier, t. 7, n° 434; Duranton, t. 12, n° 479).

18. Mais si c'est à son créancier que l'état succède, il y a extinction complète de la dette.

- 19. Si l'état succède d'abord au débiteur, puis au créancier du débiteur, il ne s'opère point de confusion qui éteigne l'obligation, ni par conséquent qui libère les cautions. Il en était autrement dans le droit romain (l. 71, ff. Mandati; Voet, in titul. ff. De solut., nº 26). Mais, dans notre droit, l'état ne succède irrévocablement, dans le cas de succession vacante, qu'au bout de trente ans, pendant lesquels les héritiers peuvent intenter la pétition d'hérédité; jusque-là, il ne doit être considéré que comme un détenteur des biens affectés au paiement des dettes du défunt, et la confusion ne peut s'opérer en faveur des cautions de ce dernier, si ce n'est jusqu'à concurrence des biens trouvés dans la succession (Toullier, t. 7, nº 435; Duranton, t. 12, nº 479).
- § 2. Effets de la confusion au cas de solidarité de la dette.
- 20. Toute cette matière est gouvernée par ce principe, que la confusion ne profite aux coobligés qu'autant qu'ils devaient avoir une action en garantie contre celui en qui la confusion s'est opérée. Nul, en effet, ne peut demander comme créancier ce qu'il serait tenu de rendre comme débiteur.
- 21. Les articles 1209 et 1301 du Code civil font application de ce principe, en décidant que si l'un des débiteurs solidaires devient héritier unique du créancier, ou si le créancier devient héritier unique de l'un des codébiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier. Cette règle s'étend évidemment au cas où ils ne se succèdent que pour partie seulement.

Toutefois, si quelques-uns des débiteurs solidaires deviennent insolvables, le codébiteur en qui s'est opérée la confusion est tenu pour sa part dans ces insolvabilités. (Arg. art. 1215; Pothier, n° 276; Voet, in tit. ff. De solut., n° 22.)

De même, si l'un des créanciers solidaires succède au débiteur, ou le débiteur à l'un des créanciers solidaires, l'obligation est éteinte pour la part de ce créancier.

- 22. Si l'un des débiteurs solidaires succède à l'autre, il n'y a point de confusion; leurs obligations se réunissent simplement sur la même tête, de sorte que le codébiteur solidaire qui a succédé à l'autre peut être poursuivi tant au nom de son codébiteur décédé qu'en son nom personnel: ce qui n'est pas indifférent pour le créancier, s'il existe des exceptions personnelles à l'un des deux.
- 23. De même, lorsque l'un des créanciers solidaires succède à l'autre, les droits du défunt et ceux de l'héritier ne se confondent pas. Ainsi, la remise que ce dernier aurait faite personnellement ou le serment qu'il aurait déféré au débiteur n'ayant d'effet que pour sa part, il pourrait encore demander le tout en sa qualité d'héritier de l'autre créancier, comme il le pourrait de son chef, si c'était son auteur qui eût fait la remise ou déféré le serment. (Toullier, n° 433; Duranton, t. 12, n° 471; l. 93, ff. De solut.)
- § 3. Effets de la confusion lorsque la dette est garantie par un cautionnement.
- 24. La confusion qui a lieu dans la personne du débiteur profite à ses cautions, d'après la règle énoncée plus haut, que la confusion libère tous ceux auxquels celui en qui elle s'opère doit garantie. En effet, il répugne, dit Pothier ( Des oblig., nº 608 ), que je sois obligé comme caution pour quelqu'un envers lui-même. Il est donc nécessaire que l'obligation de la caution s'éteigne, lorsque la personne pour qui elle est obligée devient, par l'acceptation de la succession du créancier, une même personne avec lui. En outre, la caution suppose un débiteur principal envers qui elle est obligée: donc, lorsque la confusion empêche qu'il n'y ait de débiteur principal, il ne peut plus y avoir de caution. (C. civ., 1301.) — V. Cautionnement, nº 162.
- 25. Si le débiteur succède à la caution ou la caution au débiteur, l'obligation accessoire du cautionnement est éteinte, car on ne peut être sa propre caution. (l. 93, § 2 et 3, ff. De solut., 46, 3; l. 5, ff. De fidejus. et mand., 46, 1; l. 24, Cod., De fidejus. 8, 41.)
- 26. Cependant, si la caution avait donné une hypothèque pour sûreté de son cautionnement, cette hypothèque continuerait de subsister en faveur du créancier. (l. 38,

§ ultim., ff. De solut., '46, 3; Toullier, t. 7, n° 427; Duranton, t. 12, n° 473.)

27. Il y a plus, si les effets du cautionnement étaient plus avantageux pour le créancier que ceux de l'obligation principale, ils continueraient de subsister malgré la confusion. Tel serait le cas où le cautionnement porterait sur l'obligation d'un mineur ou d'une femme non autorisée de son mari. Ni la caution qui aurait succédé à l'obligé principal, ni l'obligé principal qui aurait succédé à la caution, ne pourraient demander l'annulation ou la rescision de cette obligation: c'est une conséquence de ce que nous avons dit (n° 7] sur la nature et les effets de la confusion. (Voet, in tit., ff. De solut., n° 20; Toullier, t. 7, n° 428; Duranton. t. 12, n° 475.)

28. La caution fournie par la caution ellemême, et qui est appelée certificateur de caution, n'est pas libérée par la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre. (C. civ., 2035.) La raison en est que l'obligation du certificateur de caution n'est point, comme le pensaient quelques jurisconsultes romains, l'accessoire de l'obligation de la caution, mais bien celui de l'obligation principale, accessoire stipulé conditionnellement et pour le cas où la caution ne pourrait remplir son engagement.

29. Si la confusion s'opère dans la personne du créancier qui succède à la caution, ou vice versā, elle éteint l'obligation de cautionnement, car nous ne pouvons être cautions de ce qui nous est dû. Mais rien n'empêche que l'obligation du débiteur principal ne subsiste, quoique la caution cesse d'être obligée. (C. civ., 1301.)

30. Si la caution succède à l'un des débiteurs solidaires, elle reste caution des autres, et elle a son recours contre eux comme codébiteur solidaire ou comme caution, selon qu'elle a payé en l'une ou en l'autre qualité. Que si elle succède à l'un des créanciers solidaires, elle reste caution envers les autres; mais elle a, du chef du créancier auquel elle succède, une action contre le débiteur principal. Il en serait de même si c'était l'un des débiteurs ou des créanciers solidaires qui succédât à la caution.

Pour le cas d'une succession bénéficiaire et celui d'une succession recueillie seulement pour partie, — V. Cautionnement, nos 162, 163.

31. Enfin, lorsque l'une des cautions succède à l'autre, leurs obligations ne se confondent point, parce qu'elles sont également fortes, également principales, quia ejusdem sunt potestatis (l. 21, § 1, ff. Fidejuss. et mandat.); ce qui peut être avantageux, s'il existe des exceptions personnelles à l'une d'elles, comme nous l'avons déjà fait remarquer pour le cas où l'un des débiteurs solidaires succède à l'autre.

### § 4. — Comment les effets de la confusion peuvent cesser.

32. Les droits et obligations éteints par la confusion revivent lorsque la confusion est annulée par voie de résolution ou de rescision, ex antiquá causá, comme disent les docteurs. Alors tous les essets qu'elle avait produits au prosit des coobligés cessent; les droits du créancier sont censés n'avoir jamais été éteints, même par rapport aux cautions, aux priviléges ou aux hypothèques.

33. On trouve des exemples de cette cessation des effets de la confusion : dans le cas où l'héritier mineur se fait restituer contre une acceptation onéreuse (l. 87, § 1, ff. De acquir. vel amitt. hered., 29, 2); dans le cas où l'héritier majeur fait rescinder son acceptation comme étant la suite d'un dol ou d'une violence pratiquée envers lui, ou de l'ignorance d'un testament inconnu au moment de l'adition et qui absorbe la succession ou la diminue de plus de moitié (C. civ.: 783); dans le cas encore où l'héritier est évincé par un parent plus proche, ou parce que le testament qui l'institue est nul ou révoqué par un testament postérieur. Dans toutes ces différentes hypothèses, la confusion n'a été qu'un fait provisoire, rescindable, et tous les effets qu'elle a dû produire sont anéantis si la rescision a lieu: les choses sont remises au même état que s'il n'y avait pas eu confusion.

34. D'après le droit romain, l'héritier exclu pour cause d'indignité n'était pas rétabli dans les droits éteints par la confusion momentanée résultant de son acceptation, par ce motif, dit Papinien, qu'il était indigne de cette restitution: Dolus enim heredis punitus est. (1. 21, § 1, ff. Ad senat. cons. sylan., 29, 5; 1. 8 et 17, ff. De his quæ ut indign. auf., 34, 9.) Mais cette décision rigoureuse a été repoussée par les jurisconsultes français. On applique à l'indigne le principe qui fait cesser les effets de la confusion toutes les fois

que le titre qui l'avait opérée est anéanti par une résolution forcée. (Lebrun, Traité des success., liv. 3, ch. 4, n° 54, et ch. 9, n° 25.)

- 35. Les effets de la confusion cessent aussi par la restitution que le grevé de substitution est obligé de faire des biens qu'il a reçus de son débiteur ou de son créancier, à la charge de les rendre à sa mort à un tiers. Toutefois, M. Duranton (t. 12, n° 485) est d'avis que l'on ne peut faire revivre la créance ou la dette du grevé qu'à l'égard des parties ou de leurs représentants. Les cautionnements, priviléges et hypothèques sont anéantis définitivement; « car, dit-il, l'obligation de restituer les biens n'a point empêché le grevé d'hériter... d'ailleurs les cautions ne peuvent pas rester dans cet état pendant toute la vie du grevé. »
- 36. Nous trouvons une application de ces principes dans l'art. 2177 du Code civil. Cet article suppose qu'une personne acquiert un immeuble sur lequel elle avait un droit d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque; si elle délaisse l'immeuble afin d'échapper à la poursuite des créanciers hypothécaires, la confusion cesse et ses droits renaissent, car ils n'avaient été éteints que sous cette condition résolutoire, à savoir, qu'elle serait restée propriétaire de l'immeuble.
- 37. Pour que les effets de la confusion puissent cesser, il faut que l'anéantissement du titre sur lequel elle est fondée soit forcé. Vainement l'héritier en qui la confusion s'est opérée voudrait faire revivre la créance éteinte par cette confusion, en la cédant à un tiers ou en se constituant de nouveau débiteur. La confusion est définitive en ce qui concerne les tiers. Les cautions sont déchargées, les priviléges et les hypothèques n'existent plus. (Arg. art. 1263.)
- 38. Cependant, suivant le droit romain, les effets de la confusion peuvent cesser par une convention expresse ou tacite, lorsque l'héritier vend l'hérédité ou ses droits successifs à un tiers. (1.7, Cod., De pactis, 2, 3; 1.2, §§ 18 et 19, ff. De hæred. vend., 18, 4.) Mais il est à remarquer que ces lois ne parlent que des droits du vendeur contre l'acheteur, et non des intérêts des tiers, à l'égard desquels la confusion conserve tous ses effets.
- 39. La confusion suspend la prescription, en ce sens que si la créance renaît par la cessation des causes qui avaient amené la confusion, on ne doit pas calculer, pour la pres-

cription, l'espace de temps pendant lequel la confusion a duré; car, pendant ce temps, la même personne réunissant les qualités de créancier et de débiteur, elle n'a pu agir contre elle-même. (Agen, 21 juillet 1827, S.-V. 28. 2. 147; J. P. 3° édit.; D. P. 29. 2. 91; — Cass. 21 juill. 1829, S.-V. 29. 1. 371. J. P. 3° édit.; D. P. 29. 1. 308.)

40. La législation sur les émigrés avait établi, relativement à la cessation des effets de la confusion, des règles exceptionnelles et arbitraires qui n'offrent plus aujourd'hui aucan intérêt pratique. Qu'il nous suffise de

les rappeler en quelques mots.

41. Suivant l'art. 17 du sénatus-consulte du 6 floréal an x, les créances des émigrés sur le trésor public, et dont l'extinction s'était opérée par la confusion au moment où la république avait été saisie de leurs biens, droits et dettes actives, ne pouvaient jamais revivre. Au contraire, les créances de l'état revivaient toujours contre les émigrés rentrés (art. 3 de l'arrèté du 3 floréal an x1), à moins qu'il ne fût justifié par le débiteur que le trésor public avait reçu du prix de leurs biens, ou par l'effet de la confusion des droits, une somme égale au montant de ces créances.

42. Quant aux droits des émigrés les uns contre les autres et qui avaient été confondus dans la main du fisc, l'effet de cette confusion cessait du moment où le gouvernement avait rendu à deux émigrés, créanciers l'un de l'autre, ce qui restait de leurs biens respectifs. Ce n'était qu'au profit de l'état que les créances des émigrés s'étaient éteintes par confusion.

— V. Merlin, Répert., v° Confusion, § 5.

Plusieurs décrets et arrêts ont consacré ces règles. (V. notamment le décret du 15 janv. 1813; S.-V. 13. 2. 302; — Cass. 24 mars 1817, S.-V. 18. 1. 24; D. P. 17. 1. 221; — id., 6 mai 1818, S.-V. 18. 1. 292; J. P. 3° édit.; — id., 13 mai 1807, J. P. 3° édit.; D. A. 6. 808; — id., 7 juin 1809, S.-V. 7. 2. 767; J. P. 3° édit.; D. A. 10. 646.)

- 43. La loi du 5 décembre 1814 a maintenu, soit envers l'état, soit envers les tiers, tous jugements et décisions rendus, tous actes passés, tous droits acquis, fondés sur des lois ou des actes du gouvernement relatifs à l'émigration.
- 44. Il y a exception en faveur des fabriques, en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 7 thermidor an x1. (Cass. 24 mars 1817, arrêt cité ci-dessus.)

### § 5. — Enregistrement.

45. Lorsqu'un acte mentionne une extinction de créances par confusion, il n'est dû aucun droit proportionnel, les créances étant considérées comme n'ayant point existé. (Arg. art. 1300; l. 22 frim. an vii, art. 3.)

46. La confusion qui a lieu lorsque des héritiers bénéficiaires, créanciers de la succession tant de leur chef que par subrogation aux droits de divers créanciers, sont colloqués dans une distribution amiable, jusqu'à concurrence de leurs droits, ne donne pas ouverture au droit de libération. (Cass. 17 mars 1830, S.-V. 30. 1. 89; J. P. 3° édit.; -Instruc. gén., 8 juin 1830, nº 1320, \$ 2.)

Lorsque, par testament, un époux s'est reconnu débiteur d'une somme d'argent envers son conjoint, et que l'époux créancier est décédé le premier, si plus tard, au décès du testateur, les enfants font enregistrer le testament, il n'est pas dû de droit d'obligation pour la reconnaissance de la dette, puisque cette dette s'était éteinte par confusion, les enfants, d'abord créanciers comme héritiers de leur mère, étant devenus ensuite débiteurs comme héritiers de leur père. (Délib. 10 juillet 1824.)

CONGÉ (EN MATIÈRE DE LOUAGE D'IMMEUBLES). - C'est l'avertissement par lequel l'une ou l'autre des parties fait connaître son intention de mettre fin au louage.

- S 1er. Cas dans lesquels le congé est nécessaire.
  - § 2. Forme du congé.
  - § 3. Délais du congé.
  - § 4. Par qui le congé doit être donné.
- § 5. Si l'acceptation est nécessaire pour la validité du congé.
- § 6. Nature de la demande en validité du congé. — Compétence. — Enregistrement.
- § 1er. Cas dans lesquels le congé est nécessaire.

1. La loi n'a point exigé la formalité du congé dans tous les cas où l'on désire mettre fin à une location. Cette manifestation de volonté n'est pas nécessaire lorsque le bail a une durée fixe, résultant soit de la convention, soit de la nature même de la chose louée; car, dans ce cas, le bail finit de plein droit à l'époque convenue expressément ou tacitement. Ainsi, ce qui indique la nécessité du congé, retrouve dans les art. 1774, 1775 et 1776.

ce n'est point la circonstance que le bail a été fait verbalement ou par écrit; car un bail, quoique verbal, peut avoir un terme fixe, et réciproquement un bail peut être écrit sans qu'aucun terme soit indiqué.

2. Aussi tous les auteurs ont-ils critiqué, comme défectueuses et inexactes, les expressions des art. 1736 et 1737 du Code civil, lesquelles semblent supposer un sens différent de l'explication que nous venons de donner. (V. Delvincourt, t. 3, p. 195, notes; Duranton, t. 17, nº 116; Duvergier, Du contrat de louage, t. 1, nº 285; Troplong, Du louage, nos 403 et suiv.; Zachariæ, Cours de dr. civ. français, t. 3, p. 23.) En effet, l'article 1736 porte que « si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux, » et l'art. 1737 ajoute que « le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé. » Littéralement ces articles veulent dire, le premier, que lorsque le bail n'est point écrit, un congé est toujours indispensable pour briser le contrat qui lie les deux parties, ce qui n'est point vrai pour le cas où le bail verbal a un terme fixe. puisque ce terme a été déterminé précisément pour faire cesser le bail de plein droit : Dies interpellat pro homine; le second, que jamais il n'y a lieu de donner congé, lorsque le bail a été fait par écrit, ce qui n'est pas vrai non plus dans le cas où le bail écrit n'indique point un terme fixe; car la déclaration de congé est nécessaire pour faire cesser le bail, lorsqu'aucun terme fixe n'est indiqué.

Il arrivera sans doute rarement que le terme d'un bail verbal ait été fixé à l'avance, ou du moins que le terme qui aurait été assigné puisse être prouvé, à moins qu'il ne résulte de l'usage des lieux. Il sera rare également qu'un bail écrit n'indique point de terme; mais ces hypothèses ne sont point impossibles, ce qui suffit pour justifier les critiques dont les articles 1736 et 1737 du Code civil ont été l'objet (1). « Ainsi, dit M. Duvergier (eod., nº 485), l'art. 1737, en parlant de baux écrits, a incontestablement voulu désigner les baux dont la durée est fixée; et lorsque l'article 1736 dispose relativement aux baux non écrits, il a en vue les baux dont la durée n'est point

<sup>(1)</sup> Le défaut de précision qu'on y remarque se

déterminée. » D'où il suit que, dans l'hypothèse d'un bail verbal, avec terme fixe, si l'une des parties parvient à prouver, soit en déférant le serment à l'autre, soit en le faisant interroger sur faits et articles, soit enfin à l'aide d'un commencement de preuve par écrit confirmé par la preuve testimoniale, que le bail avait été fait pour un temps déterminé, le congé donné pour une époque plus rapprochée que celle du terme fixé sera considéré comme non avenu, et le bail durera pour prendre fin de plein droit à l'expiration du terme convenu. Telle est aussi l'opinion de M. Troplong (n° 404 et 408).

3. Les articles 1736 et 1737 ne sont point applicables au bail des héritages ruraux, pour la cessation duquel il n'est pas nécessaire de donner congé. Ce bail a toujours et par sa nature même un terme fixe, celui de la récolte des fruits qu'il était destiné à procurer au fermier. Aussi, quoique un tel bail soit fait sans écrit, il cesse de plein droit à l'expiration du temps pour lequel il est fait (C. civ., 1775); ce temps, quand il n'est pas sixé par la convention, est déterminé par l'article 1774. Ainsi le bail à ferme d'un pré, d'une vigne ou d'un tout autre fonds dont les fruits se recueillent en entier dans le cours d'une année, est censé fait pour un an. Le bail des terres labourables, lorsqu'elles se divisent par soles ou saisons, est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles.

On a discuté sur la question de savoir si les articles 1736 et 1737 devaient être spécialement restreints, dans leur application, aux baux des maisons et s'ils ne devaient pas être étendus aux biens ruraux. Le doute est venu de la place donnée à ces articles dans le Code civil; ils sont en effet placés sous la rubrique générale : des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux; mais il n'y a aucun argument à tirer de la place occupée par les articles précités, parce que ces articles, qui originairement étaient destinés à figurer dans une section qui traitait de la forme et de la durée des baux, ont été plus tard déclassés et transportés dans la section 1re du chapitre 2, par suite d'un amendement de M. Regnault de Saint-Jean d'Angely, dont l'objet était tout spécial à un classement plus méthodique des articles qu'il concernait, mais ne devait point en altérer le sens. Nous concluons de là que malgré la rubrique sous laquelle sont placés les articles 1736 et 1737, ils sont inapplicables aux baux à ferme. C'est ce qu'enseignent Merlin (Répert., v° Bail, § 4), Curasson (Compét. des juges de paix, t. 1, p. 287) et Duranton (t. 17, n° 16). Ce système a été consacré par la jurisprudence (Bruxelles, 15 mars 1808, S.-V. 10. 2. 536; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 940; — Trèves, 27 mai 1808, S.-V. 8. 2. 309; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 940; — Metz, 1er avril 1818, S.-V. 19. 2. 83; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 941).

MM. Duvergier (t. 1er, no 487) et Troplong (Louage, nº 405) émettent cette opinion que l'article 1736 s'applique aux baux des héritages ruraux aussi bien qu'aux baux des maisons: « A la vérité, dit M. Duvergier, comme la durée des baux des héritages ruraux est presque toujours déterminée, sinon par la convention, du moins par la nature du fonds et le mode de culture, presque toujours aussi on sera dans l'impossibilité de mettre sin à un bail d'héritage rural en donnant congé. J'avoue donc que les applications de l'article 1736 aux baux à ferme seront extrêmement rares, mais il ne faut pas dire qu'elles sont absolument impossibles. Supposons que le fonds loué soit d'une nature telle que les fruits qu'il produit ne se percoivent ni annuellement ni dans un espace de temps déterminé; prenons pour exemple une mine, une tourbière ou une carrière. Dans ce cas, si la durée du bail n'est pas fixée par la convention, comme elle ne peut l'être par la nature de la chose louée, on sent donc la nécessité d'appliquer les règles de l'article 1736, quoiqu'il ne s'agisse plus d'un bail de maison.»

Nous ferons remarquer, pour toute réponse à cette argumentation de l'honorable jurisconsulte, qu'à l'exception des propriétés citées comme exemple, nous ne voyons pas quel est le fonds rural qui soit d'une nature telle que les fruits ne se perçoivent ni annuellement, ni dans un espace de temps déterminé. Or, comme nous avons établi au mot Carrière, nº 10, que les mines, les carrières, ni les tourbières, ne peuvent être l'objet d'un contrat de bail, il suit de là que l'extension que MM. Duvergier et Troplong réclament pour l'application des articles 1736 et 1737 n'est pas acceptable, et que les dispositions de ces articles devront être restreintes dans les limites que nous avons énoncées.

4. Quelquefois le congé est nécessaire, même lorsque le bail est écrit et qu'il a un terme fixe : c'est lorsque la chose louée a été vendue

et que l'acquéreur veut user de la faculté qui lui a été réservée d'expulser le locataire avant l'expiration du terme fixé (C. civ., 1743 et 1748); ou bien encore lorsque le bailleur veut exercer le droit qu'il s'est réservé par le bail de venir occuper lui-même les lieux loués. (C. civ., 1762.)

5. Le congé n'est jamais nécessaire pour les baux à cheptel; leur durée est fixée soit par la convention, soit par la loi (C. civ., 1815). — V. Cheptel (Bail à), n° 57.

6. Il n'en est pas de même pour les baux à colonage partiaire; ces baux ne sont pas régis par l'art. 1715, applicable seulement aux baux ordinaires; il ne cessent qu'après un congé donné dans les délais fixés par l'usage de chaque localité. (Limoges, 18 mars 1842, S.-V. 42. 2. 522; J. P. 1843; 1. 319.)

7. Lorsqu'en l'absence d'une convention sur la durée du bail, cette durée est réglée par la coutume, le bail finit-il de plein droit, par l'expiration du terme fixé par la coutume, sans qu'il soit besoin de donner congé? En d'autres termes, l'art. 1737, qui exige la formalité du congé pour les baux non écrits, s'opposet-il à ce que le bail verbal expire de plein droit par l'échéance du terme réglé par la coutume?

Cette question nous paraît devoir se résoudre par une distinction: si la coutume (1) n'impose point l'obligation de donner congé pour faire cesser le bail dont elle a fixé la durée, le congé n'est point nécessaire. En effet, d'une part, nous supposons qu'il n'est point exigé par la coutume; et, d'autre part, il n'est point exigé non plus par l'art. 1737, puisque nous avons démontré que cet article n'est applicable qu'au cas de non-fixation de terme soit expressément, soit tacitement, et que, dans l'hypothèse où nous raisonnons, un terme a été

fixé par la coutume à la durée du bail. Or, « qu'importe, dit M. Troplong (eod., nº 408), que le terme soit fixé par la convention écrite, ou qu'il soit fixé par l'usage? Lorsque les parties s'en réfèrent à la coutume pour régler leurs relations, les dispositions de la coutume ne viennent-elles pas s'incorporer nécessairement à leur accord? eadem vis est taciti ac expressi. »

8. Que si, au contraire, la coutume exigeait, pour que le bail dont elle fixe la durée prît fin, qu'un congé eût été préalablement donné, nous pensons que ce congé serait indispensable, malgré la disposition de l'article 1737. En esfet, le but du législateur a été de maintenir les usages locaux : l'art. 1736 l'atteste. Or, comment admettre qu'au moment où l'article 1736 fait revivre ces usages, l'art. 1737 les ait abrogés? Et d'ailleurs, dans l'hypothèse où nous raisonnons, la coutume ne mettant un terme au bail qu'à la condition d'un congé préalable, il en résulte que, si le congé n'est pas donné, le bail ne prend pas sin.

9. Toutefois les auteurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir s'il existe de tels usages. M. Troplong (Louage, t. 2, n° 411 et suiv.) le nie; M. Duvergier (Louage, t. 2, n° 43) l'atteste formellement: « Presque dans toute la France, dit-il, et même dans les lieux où la location est censée faite pour un an, où par suite on serait tenté d'admettre que le bail expire de droit au bout de l'année, et qu'ainsi un congé n'est pas nécessaire, l'usage exige qu'un congé soit signifié un certain temps avant l'échéance du terme. »

Quoi qu'il en soit, si de tels usages existent, nous ne doutons pas qu'ils ne doivent être suivis, et que le congé ne soit nécessaire pour faire cesser le bail.

10. Il ne faut pas confondre le terme exprès ou sous-entendu d'un bail avec les différentes époques auxquelles une convention particulière permet à chacune des parties d'en demander la résiliation. Ainsi, à Paris, par exemple, il est d'usage de faire des baux de trois, six ou neuf années. « Mais, dit M. Delvincourt (t. 3, p. 176, notes), ces baux sont vraiment des baux de neuf ans, qui contiennent la faculté, en faveur de chacune des parties, de les résilier à l'expiration des trois ou six premières années, après avoir donné congé dans les délais d'usage. En conséquence, ces baux ne cessent de plein droit qu'à l'expiration de la neuvième année. »

<sup>(1)</sup> Comme, par exemple, celle d'Orléans. Dans cette ville, selon Pothier, les baux des maisons n'ont qu'un terme, celui de la Saint-Jean, où ils commencent et finissent: « Lorsque les parties ne se sont point expliquées sur la durée du bail, ajoute-t-il (Du louage, n° 29), il est censé fait pour un an, à commencer du prochain terme; et si le locataire est entré en jouissance avant le terme, il est censé fait, tant pour le temps qui doit courir depuis qu'il est entré en jouissance, jusqu'au terme, que pour un an depuis ledit terme. Il expire de plein droit au bout de l'année, sans qu'il soit nécessaire de signifier de congé auparavant.»

- 11. Dans ce cas, comme dans ceux prevus au nº 4 ci-dessus, le congé diffère essentiellement par sa nature de ce qu'il est dans les autres cas. Ici, en effet, comme au nº 4, c'est un acte par lequel l'une des parties déclare à l'autre qu'elle entend dissoudre la location, quoique le terme ne soit point expiré. Ailleurs, c'est un acte par lequel l'une des parties avertit l'autre qu'à l'expiration du bail courant elle n'entend pas en contracter un nouveau : l'un tend à dissoudre un contrat encore existant, l'autre à empêcher qu'il ne s'en forme un second à l'expiration du premier. Leur objet est donc essentiellement différent.
- 12. On ne peut pas donner congé pour une partie seulement des choses louées par une seule et même location, et continuer à tenir à bail l'autre partie. Il n'y a, dans ce cas, qu'un seul et même contrat, qui ne peut être scindé. Ainsi, un commerçant qui aurait loué une boutique, l'entresol au-dessus et une chambre séparée pour son commis, ne pourrait donner congé de cette chambre ni de l'entresol, à moins qu'il n'en eût été fait séparément un bail distinct et indépendant de celui de la boutique. Il en serait de même d'un appartement ayant pour accesssoires des remises et des écuries ou un jardin. Le congé ne pourrait être donné que pour la totalité des lieux loués.

### § 2. – Forme du congé.

13. Quelques-unes des cours d'appel auxquelles fut soumis le projet du Code civil, notamment celles de Bourges, Metz et Orléans, avaient manifesté le désir que le législateur réglât la forme du congé. Ce désir n'a point été exaucé; rien n'a été prescrit à cet égard, de sorte que le congé peut être donné verbalement ou par écrit, dans telle forme qu'il plaît d'adopter.

Mais le congé donné verbalement ne peut être prouvé par témoins. Puisque ce genre de preuve n'est point reçu pour établir l'existence des baux, quel que soit le prix de la location (C. civ., 1715; — Cass. 12 mars 1816, S.-V. 16. 1. 167; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 911; — Corse, 15 nov. 1826, S.-V. 27. 2. 239; D. P. 27. 2. 134; Toullier, t. 9, n° 34; Pigeau, t. 2, p. 449; Troplong, t. 2, n° 422; Curasson, t. 1, p. 289; Duvergier, eod., t. 1, n° 489(1));

il eût été inconséquent de l'admettre pour établir le fait de la résolution de ces mêmes baux.

14. Quels sont donc les genres de preuves admissibles en pareil cas? D'abord celui qui est indiqué par l'art. 1715 lui-même, en ce qui concerne les baux non écrits, c'est-à-dire déférer le serment à la partie qui nie le congé; ensuite, l'interrogatoire sur faits et articles; enfin l'enquête, s'il existe un commencement de preuve par écrit, même dans le cas où le prix du bail est supérieur à 150 fr.

Ces trois genres de preuves doivent être admis pour établir le fait du congé verbal, par raison d'analogie, puisqu'ils sont admis pour établir l'existence d'un bail verbal, et qu'ils sont d'ailleurs de droit commun.

- 15. Le congé par écrit peut être donné, soit par exploit d'huissier, soit par acte notarié, soit par acte sous seing privé.
- 16. Si le congé est donné par acte sous seing privé, doit-il être fait double?

Les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point.

M. Troplong (t. 2, nº 425) se prononce pour la validité du congé qui serait donné dans une quittance, par une lettre ou par tout autre autre acte sous seing privé, quoique non fait double et demeuré en la possession exclusive de l'une des deux parties.

Pour justifier son opinion, l'auteur se place successivement dans les deux hypothèses qui peuvent se présenter.

Dans la première, il suppose que c'est le propriétaire qui donne congé à son locataire dans la quittance qu'il remet entre ses mains; et, prévoyant l'objection qui peut lui être faite sur le danger que le locataire ne fasse disparaître la quittance au préjudice du propriétaire, il essaye de la repousser en disant que si le locataire refuse la représentation de la quittance, il autorise le propriétaire à réclamer de lui un second paiement. « Il y a donc, dit-il, un lien de droit réciproque qui fait militer de part et d'autre la validité d'un tel congé. »

Dans la seconde hypothèse, où il suppose que c'est le locataire qui, donnant congé, a

<sup>18</sup> mars 1842 (cité au n° 6), a décidé que lorsqu'il s'agissait d'un bail à colonage partiaire, le congé donné verbalement pouvait être prouvé par témoins. Nous ne pouvons approuver la doctrine de cet arrêt.

<sup>(1)</sup> La cour royale de Limoges, par son arrêt du

fait consigner dans la quittance qui lui est remise la preuve de l'avertissement, l'auteur soutient que cette quittance pourra être représentée comme preuve de la résiliation du bail, sans que le propriétaire puisse soutenir qu'elle est nulle parce qu'elle n'est pas double. « Eh! quelle est donc la loi qui exige cette formalité? dit-il; s'agit-il d'un acte synallagmatique? Tout ne vient-il pas aboutir, au contraire, à la preuve de la volonté d'une des parties manifestée en temps utile? Et qu'importe, dès lors, que cette preuve soit renfermée dans un écrit ayant telle ou telle forme, pourvu que la volonté de résilier en ressorte d'une manière patente?...»

Cette argumentation ne nous paraît rien moins que concluante. Tout ce que dit M. Troplong à l'appui de l'opinion par lui émise pour le cas particulier d'un congé donné, on pourrait le dire avec la même raison pour tout acte privé contenant des conventions synallagmatiques et non fait double. Toutes les fois que le seul original qui aurait été fait serait représenté, on pourrait dire également: « Qu'importe la forme de l'acte, pourvu que la volonté des deux parties en ressorte d'une manière patente? » Car, il est évident que la preuve intrinsèque d'une convention quelconque résulte aussi bien d'un acte fait en un seul original que de celui fait en double. Ce n'est donc point pour que la convention fût plus amplemement prouvée que l'article 1325 a exigé qu'il y cût autant d'originaux de l'acte sous seing privé que de parties intéressées à la convention. Le véritable, le seul motif de cette disposition a été d'établir une égalité parfaite de position entre les parties, d'empêcher que l'une d'elles ne fût à la merci de l'autre; ce qui arriverait nécessairement dans les deux hypothèses supposées par l'auteur cité, si la preuve du congé se trouvait en la possession de l'une et non de l'autre. Dans la seconde hypothèse, cela est évident, puisqu'il dépendra du locataire de donner ou de ne point donner effet au congé, en représentant ou en retenant la quittance qui le constate, et qu'ainsi il poura mettre dans l'embarras le propriétaire qui, comptant sur l'exécution du congé qui lui a été donné, aura disposé en faveur d'une autre personne de la chose louée. Il en sera de même dans la première hypothèse, puisque le locataire pourra disposer de l'acte établissant la preuve du congé par lui recu. Il est vrai que, dans les deux cas, le locataire qui refusera de représenter la quittance, autorisera par là même le propriétaire à réclamer de lui un second paiement. Mais ce dédommagement ne balancera pas toujours le préjudice résultant de l'inexécution du congé.

Il est vrai qu'un congé n'est pas une convention, ce n'est que la déclaration de la volonté de l'une des parties de faire cesser le bail. Mais cette volonté, une fois déclarée, rompt le lien que le contrat formait entre les deux parties; elle a la forme et les effets d'une convention; la raison qui fait exiger que les conventions sous seing privé soient faites en double s'applique donc ici dans toute sa force.

« L'acte constitutif d'une convention est déclaré nul, dit M. Duvergier (eod., t. 1, n° 492), lorsqu'il n'existe pas un double entre les mains de tous les contractants, parce qu'alors l'existence de la convention est subordonnée à la volonté de l'un d'eux; de même le congé, acte qui a pour effet de résoudre le contrat, ne peut être déclaré valable, s'il a été fait en un seul original confié à l'une des parties, puisque alors l'existence du congé dépend de la volonté du dépositaire du titre.»—V. dans ce sens, un arrêt de la cour de Caen du 26 janv. 1824 (S.-V. 25. 2. 326; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 942; Pigeau, t. 2, 449).

17. Pour éviter toute contestation sur la preuve du congé, le moyen le plus simple et le plus sûr, c'est la signification par huissier. Celui qui l'emploie n'a pas besoin d'autre preuve que celle qui résulte de l'acte même. Autrefois, cette signification n'était valable qu'autant qu'elle était accompagnée ou suivie d'une assignation pour voir déclarer le congé valable. Mais, quelque temps avant la révolution, on affranchit le donneur de congé de la procédure onéreuse à laquelle donnait lieu ce recours judiciaire et on déclara qu'une simple signification du congé serait suffisante. (Bourjon, t. 2, p. 64, n° 8; Pigeau, t. 2, p. 413.)

18. Le congé doit être signifié au locataire ou au propriétaire, à personne ou domicile, lors même que ce domicile ne serait pas aux lieux dont on veut faire cesser la location. Il faut appliquer à ce cas le principe général de l'art. 68 du Code de procédure civil, puisqu'il n'y a pas été dérogé par aucune disposition particulière. Le fait seul de la location ne peut être considéré comme une élection de domicile à cet effet.

### § 3. — Délais du congé.

19. Les délais dans lesquels les congés doivent être donnés n'ont point été déterminés par le Code civil, malgré le vœu émis par plusieurs cours d'appel qui demandaient une règle uniforme. Le législateur s'est rapporté aux usages particuliers de chaque localité. Il n'eût pas été sage, en effet, de vouloir soumettre à une règle uniforme des situations fort différentes, et il n'est pas sûr que la puissance de la loi fût parvenue à déraciner des habitudes si anciennes.

20. Voici quels sont ces différents usages, autant du moins qu'il nous est possible de les indiquer.

21. On a déjà vu (n° 7, note) quel est l'usage suivi à Orléans; nous nous contentons

d'y renvoyer.

- 22. A Paris, les délais pour les congés se règlent sur le prix du loyer, la nature des lieux loués, et la profession ou les fonctions des locataires. D'après l'usage constaté par un acte de notoriété du Châtelet, du 28 mars 1713, rapporté par Denizart (V. Actes de notoriété du Châtelet, p. 381), mais qui a été modifié depuis, les termes de location sont de trois mois et commencent aux 1<sup>er</sup> janvier, 1<sup>er</sup> avril, 1<sup>er</sup> juillet et 1<sup>er</sup> octobre.
- 23. Quant aux délais dans lesquels les congés doivent être donnés, voici l'usage en vigueur à Paris, tel qu'il a été constaté par délibération arrêtée entre MM. les juges de paix de la ville de Paris, dans plusieurs conférences tenues les 8 novembre et 16 décembre 1841, 7 février, 7 mars, 4 et 25 avril, 6 juin, 4 juillet, 1er août, 5 et 26 décembre 1842.
- 24. Le congé doit être donné au délai de six semaines, c'est-à-dire les 14 février, mai, août et novembre au plus tard, pour les locations de logements et appartements n'excédant pas 400 fr. par an, ou 100 fr. par terme, tout compris, à la seule exception du remboursement, proportionnel à l'occupation, de l'impôt des portes et fenêtres. Cette contribution n'ayant été établie que dans l'intérêt du fisc et n'étant point perçue au profit des propriétaires, ne peut être considérée comme un supplément du prix de location, même alors qu'elle est remboursée au propriétaire qui en a fait l'avance.
- 25. Lorsque le prix locatif de l'appartement excède 400 fr., quel que soit le chiffre auquel il s'élève, l'usage prescrit le délai de trois mois

pour le congé, qui doit être donné au plus tard fin décembre, mars, juin et septembre, pour sortir aux termes d'avril, juillet, octobre et janvier.

Autrefois le délai était de six mois pour les appartements au-dessus de 1,000 fr.; mais cet usage n'est plus suivi, bien qu'attesté par Pigeau (t. 2, p. 412) comme existant encore. (V. Denisart, loc. cit.; Ruelle, Manuel des propriétaires et locataires, nos 178, 179, 180; — Paris, 28 juillet 1813, J. P. 3° édit; D. A. 9. 932; — Cass. 23 février 1814, S.-V. 16. 1. 395; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 932.) On oppose à tort un arrêt de la cour de Paris, du 12 octobre 1821 (S.-V. 23. 2. 320); car cetarrêt a simplement jugé, en fait, que le bail d'un appartement loué 4,000 fr. devait, d'après les circonstances particulières de la cause, être assimilé à celui d'un corps de logis entier.

26. L'usage prescrit le délai de six mois pour le congé réciproque des maisons entières et corps de logis entiers, des boutiques et magasins à rez-de-chaussée ouvrant sur rues, passages publics ou cours marchandes avec libre accès au public. (Denisart, loc. cit.; Bourjon, liv. 4, tit. 4, chap. 7, n° 16; Merlin, Répert., v° Congé; Delvincourt, t. 3, notes, p. 195.) Le délai ne serait que de trois mois, s'il s'agissait d'un magasin situé au premier étage. (Paris, 22 juin 1842, J. P. 1842, 2. 151.)

2. 151.)
27. La location de plusieurs chambres dans la même maison, à quelque somme que s'élevât le loyer, ne pourrait pas être considérée

comme la location d'un corps de logis, et le délai de trois mois suffirait. (Paris, 20 juill. 1825, S.-V. 33. 2. 601; J. P. 3° édit; D. P.

25. 2. 220.)

28. Le même délai de six mois est commandé par l'usage à l'égard de certaines personnes qui, à raison de leur profession ou des fonctions qu'elles exercent, sont obligées de se loger dans un quartier déterminé: tels sont les commissaires de police, les percepteurs des contributions directes, les receveurs de l'enregistrement, les directeurs des grands bureaux de la poste aux lettres, les maîtres et maîtresses de pension et d'école, etc. (Denisart, loc. cit.; Bourjon, loc. cit., n° 20; Pigeau, t. 2, p. 412.)

29. M. Pigeau (loc. cit.) pense que la même faveur doit être accordée aux juges de paix; tel est aussi le sentiment de MM. Duvergier (eod., n° 39) et Troplong (eod., n° 407).

Mais la délibération précitée de MM.) les juges de paix de la ville de Paris n'en fait point mention, et nous ne voyons pas, en effet, comment elle pourrait être justifiée, puisque ce n'est point chez eux, mais à la justice de paix que ces magistrats donnent leurs audiences. (Rolland de Villargues, Répert. du not., v° Congé, n° 16.)

30. Si les instituteurs et maîtres de pension n'exerçaient point leur profession d'une manière légale, c'est-à-dire, après avoir obtenu un diplôme de l'Université, ils ne pourraient invoquer le délai de six mois, lequel ne pourrait non plus leur être opposé. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la cour royale de Paris, mentionné dans un arrêt de la Cour de cassation, du 23 février 1814, qui a rejeté le pourvoi formé contre le premier. (S.-V. 16. 1. 395; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 932.)

31. De ce que c'est en faveur des personnes désignées que le délai de six mois est accordé, s'ensuit-il qu'elles puissent y renoncer et donner congé à six semaines ou trois mois, au lieu de six, contre le gré du propriétaire?

Pigeau (t. 2, p. 412) se prononce pour l'affirmative, sur le motif que c'est à raison de la situation personnelle du locataire que le délai est prolongé; mais M. Duvergier répond avec raison (t. 2, n° 40) que dès que cette considération a fait admettre une modification à la règle ordinaire, il est juste qu'elle profite également à chacune des parties, et que le bailleur, qui ne peut expulser son locataire qu'après six mois écoulés depuis le congé, ait réciproquement le droit de forcer celui-ci à le prévenir six mois d'avance. Tel est aussi le sentiment de M. Troplong (n° 407).

32. Toutefois, si les personnes en faveur desquelles cette exception est établie avaient, outre les locaux dans lesquels ils exercent leurs professions ou leurs fonctions, des appartements personnels et situés dans d'autres quartiers, ou seulement dans d'autres maisons, le délai de six mois ne s'appliquerait point à ces appartements particuliers qui rentreraient sous l'empire de la règle commune.

33. L'usage attesté par Denisart (v° Congé, t. 1, p. 616) de donner congé des jardins et marais intra muros de la ville de Paris avant le 1<sup>er</sup> avril (la Saint-Hugues) pour le 1<sup>er</sup> octobre (la Saint-Remi), continue à être observé. — V. Délibération précitée des juges de paix de Paris.

- 34. En ce qui concerne la location des chantiers de bois à brûler, il existe à Paris un usage particulier : le congé doit être donné pour Pâgues, parce que c'est le temps où les chantiers sont vidés par la consommation de l'hiver, et il doit être signifié un an d'avance, parce que ce temps est nécessaire pour trouver d'autres chantiers et y faire transporter le bois qui reste dans les chantiers que l'on quitte. (Nouv. Denisart, vº Congé, nº 3.) Toutefois, il importe de remarquer que cet usage ne s'applique qu'aux chantiers de bois à brûler et non aux chantiers de bois à œuvrer. On conçoit, en effet, que pour ceux-ci il n'y a pas les mêmes raisons, et le délai du congé n'est que de six mois.
- 35. La location, quand il s'agit d'hôtels ou de maisons garnis, peut être faite au jour, à la semaine, à la quinzaine ou au mois.
- 36. La semaine est composée de sept jours, du jour de l'entrée au jour correspondant de la semaine suivante à midi; la quinzaine de quatorze jours, du jour de l'entrée au jour correspondant de la seconde semaine à midi; le mois, du nombre de jours existant entre la date du jour du mois de l'entrée et la date correspondante du mois suivant à midi, quelle que soit, dans les trois cas, l'heure de l'entrée le premier jour.
- 37. Les parties sont réciproquement et irrévocablement engagées au moins pour le premier jour, la première semaine, la première quinzaine et le premier mois. La location au jour cesse par l'avertissement donné par l'une ou l'autre d'entre elles la veille avant midi; la location à la semaine par l'avertissement donné le quatrième jour avant midi; la location à la quinzaine, par l'avertissement donné le huitième jour avant midi; celle au mois, par l'avertissement donné le quinzième jour avant midi, et quelle que soit l'heure de l'entrée.

Faute d'avertissement dans ces délais, il y a tacite reconduction pour une nouvelle location d'un jour, d'une semaine, d'une quinzaine ou d'un mois.

38. A l'obligation réciproque pour l'hôtelier et la personne logée de donner congé dans les délais ci-dessus déterminés, l'usage a introduit une exception en faveur des officiers et militaires en garnison, lesquels ne sont tenus envers l'hôtelier à aucun avertissement, lorsqu'ils sont obligés de partir, soit pour rejoindre le régiment, soit par suite d'un ordre personnel qu'ils ont reçu, à la condition cependant de payer le loyer du jour du départ. Mais cette faculté n'appartient point à l'hôtelier, qui continue à être tenu envers les locataires à l'observation des délais ci-dessus indiqués.

39. Le locataire qui a donné ou reçu congé doit laisser sa clef à partir du premier jour du délai, ou montrer lui-même son appartement à ceux qui se présentent pour louer. Si le locataire ne veut pas laisser sa clef, ni rester indéfiniment chez lui dans l'attente des nouveaux locataires, l'usage est de fixer des heures tous les jours, même les jours fériés, auxquelles les visiteurs pourront être admis dans les lieux, et ces heures sont fixées et ré-

glées par le juge, suivant les circonstances. Dans l'usage, la visite des lieux se fait de dix heures à quatre heures pour la ville. (Debelleyme, Ordonnances, 2° édit., 348, note 3.) En cas de refus du locataire de laisser visiter les lieux, il pourrait être condamné à des dommages-intérêts envers le propriétaire ou bailleur. (Jugement du trib. civ. de la Seine de .... février 1841, cité par M. Rolland de Villargues; Répert., v° Congé, n° 28.)

Dans les cantons ruraux du département de la Seine, les délais pour les congés, tels qu'ils ont été constatés par une délibération de la chambre des huissiers de ce département, le 23 avril 1844, sont, savoir:

CANTONS.

Ivry et Gentilly.

### NATURE DES LOCATIONS.

DELAIS DES CONGÉS.

And the same	argues the Sergion State of the Control of the Cont	11 - 12 - 12 - 12 - 12 - 12 - 12 - 12 -
SAINT-DENIS	Maisons entières, corps de logis, boutiques ou appartements au rez-de-chausssée  Appartements avec jardin ou avec cellier, bûcher, cabane à lapins par bas, écurie ou cave.  Appartements, quelle que soit l'importance du loyer, lorsqu'il n'y a rien par bas  Pièces de terre, vignes	3 mois. 3 mois. 6 semaines. le 10 nov. pour le 11 nov. (Saint-Martin).
PANTÍN	Maisons entières, corps de logis, boutiques, etc. Appartements dont les loyers excèdent 400 fr. Logements de 400 fr. et au-dessous  Maisons et logements avec jardin, d'année en année  Maisons et habitations de cultivateurs, de la Saint-Martin à la Saint-Martin  Magasins et chantiers  Pièces de terre, vignes	6 mois. 3 mois. 6 semaines. Paris. Mêmes délais que pour les locations sans jardin. Le 10 mai. Comme à Paris. Le 10 nov. pr le 11 nov. (Saint-Martin).
NEUILLY	Maisons entières, corps de logis, boutiques, appartements, etc	Comme à Paris. 6 mois. 6 mois.
COURBEVOIE	Maisons entières, boutiques, appartements  Maisons et logements avec jardin, d'avril en avril  Maisons et habitations de vignerons et cultivateurs, de la Saint-Martin à la Saint-Martin  Pièces de terre, vignes	Comme à Paris. 6 mois. 6 mois. Le 10 nov. pour le 11 nov.
NANTERRE	Logements d'ouvriers ou personnes en cham- bre, de terme en terme	3 mois.
SCEAUX	Maisons entières, boutiques, appartements, etc. Maisons ou habitations avec terres Pièces de terre, vignes	Comme à Paris.  Avant le 11 mai pour le 11 nov. le 10 nov. pour le 11 nov.
CHARENTON	Maisons, boutiques, appartements, etc  Magasins au-dessus de 300 fr  Magasins de 300 fr. et au-dessous  Jardins, d'avril en avril	Comme à Paris, 6 mois. 3 mois. 6 mois.
VILLEJUIF, Arcueil, Choisy-le-Roi,	Maisons, boutiques, appartements, etc	Comme à Paris.

Maisons et habitations de cultivateurs..... Le 10 mai pour le 11 nov.

#### NATURE DES LOCATIONS. DÉLAIS DES CONGÉS.

Maisons et logements	6 mois. Le 10 nov. pour le 11 nov. (1).
Maisons, boutiques, appartements, etc  Maisons et habitations de cultivateurs, dont les loyers sont payables de six mois en six mois.  Maisons et habitations de cultivateurs, dont les loyers sont payables en quatre termes	Comme à Paris.  3 mois.
	6 mois.
Maisons et logements avec ou sans jardin, d'avril en avril	3 mois.
	Maisons, boutiques, appartements, etc  Maisons et habitations de cultivateurs, dont les loyers sont payables de six mois en six mois.  Maisons et habitations de cultivateurs, dont les loyers sont payables en quatre termes

40. A Bordeaux, les loyers se paient de trois mois en trois mois, et le congé doit être donné trois mois d'avance. Mais, à la différence de l'usage de Paris, les termes ne sont pas fixés aux 1er janvier, 1er avril, 1er juillet et 1er octobre ; ils sont déterminés par le jour où le bail a commencé : ainsi, si le bail a commencé le 15 février, par exemple, le terme expirera le 15 mai suivant. (V. art. 37 et 38 de la coutume.)

M. Duvergier (t. 4, nº 45) ajoute que l'efset des congés n'est pas, au surplus, décisif et absolu, et qu'anciennement les juges se croyaient autorisés à augmenter jusqu'à six mois et à restreindre à moins de trois le délai accordé au locataire pour déménager.

41. A Rennes, les baux durent un an; ils commencent et sinissent à la fête de saint Jean-Baptiste. M. Duvergier (nº 46) affirme, d'après Duparc-Poullain, qu'ils ne cessent pas de plein droit, et que celui des contractants qui veut y mettre un terme, doit signifier un congé trois mois avant l'expiration de l'année. Duparc-Poullain, à son tour, se fonde, pour le décider ainsi, sur l'art. 257 de la coutume de Sens. Mais M. Troplong fait observer avec raison, selon nous, que cet article de la coutume, qui indique la nécessité du congé, n'a pour objet que le cas de tacite reconduction; les termes de cet article sont formels:

« Qui prend maison à louage à une ou plusieurs années, et le temps de louage passé ne s'en départ, ains se tient sans nouvel marché; il paiera le prix du louage à raison du bail précédent et pour le temps qu'il sera détenteur; de laquelle maison, au cas de la dite continuation, le conducteur ne sera tenu vuider, s'il ne lui est dénoncé trois mois auparavant par le locateur; sera aussi le conducteur tenu de dénoncer trois mois auparavant, s'il veut se départir de ladite maison, autrement payera le prochain terme ensuivant.»

42. En Touraine, le congé doit être donné à l'un des termes accoutumés, savoir : 25 mars, 24 juin, 29 septembre et 25 décembre; six mois d'avance pour une maison entière ou une auberge, et trois mois pour un appartement. (Cottereau, Droit géner. de la France, 3346 et suiv.)

- 43. En Poitou, où les termes sont fixés aux mêmes epoques, les délais pour la signification des congés sont d'un an pour une maison avec boutique; six mois pour les maisons sans boutique, et trois mois pour une portion de maison.
- 44. En Franche-Comté, le congé doit être donné six mois avant la sortie, pour un magasin ou un appartement loué 400 fr. et audessus, et trois mois, si le prix du bail est inférieur à cette somme. - V. un arrêt de Besancon, du 31 août 1836, cité par M. Duvergier, t. 4, nº 49.
- 45. Aucun délai n'est indiqué pour la signification des congés dans le Bourbonnais; mais la jurisprudence a établi que le congé doit être signifié trois mois avant l'expiration

(1) Dans le louage des biens ruraux, le congé n'étant nécessaire que pour éviter la tacite reconduction, il suffit qu'il soit donné ou reçu la veille de la location. (Note de la chambre des huissiers.)

Nous faisons observer que ce n'est point, à proprement parler, un congé qu'il convient de signifier dans l'espèce. Les locations de ces sortes de biens expirent de plein droit dans les termes et conditions que nous avons indiqués (V. supra, nº 13). Il suffit de la simple signification que l'on n'entend point opérer une reconduction; et encore cette signification n'est-elle nécessaire qu'autant qu'on ne pourrait remettre les biens loués le jour même de l'expiration de la location. (Note des Directeurs.)

du bail. (Auroux des Pommiers, sur l'art. 124 de la coutume.)

- 46. En Auvergne, le congé doit être signifié six mois avant l'expiration des baux qui sont faits pour une année (Cout. de Saint-Flour, art. 2 et 3, et d'Aurillac, art. 1). Néanmoins, M. Duvergier affirme qu'un délai de trois mois suffit dans le département du Cantal.
- 47. Les coutumes de Reims, de Lille et de Montargis sont muettes sur la nécessité du congé, et par conséquent sur le délai dans lequel il faut le signifier. Selon Savenet, sur l'art. 186 de la coutume de Melun, le délai varie selon les circonstances, la qualité et l'état du locataire, le prix et l'étendue de l'objet de la location, 'mais il ne peut être moindre de trois mois.
- 48. A Marseille, où les baux commencent et finissent au 29 septembre, les congés doivent être donnés avant le 15 mai.
- 49. En Béarn, où la durée des baux est d'une année, le délai des congés est de trois mois, avant l'expiration de l'année, pour les locations ordinaires, et de six mois, s'il s'agit de bail de magasin ou de boutique.
- 50. En Normandie, au témoignage de Houard (*Dict. de droit normand*, v° Bail, n° 3), il n'y a point d'usage général, chaque localité particulière a le sien.

Dans le ressort de la cour royale de Caen, la durée des baux est d'une année, quand il s'agit d'un hôtel ou d'une maison de la même importance; de six mois pour une maison moins considérable, mais ayant cave et grenier; et de trois mois, enfin, pour les maisons qui n'ont ni cave ni grenier. Les congés doivent être donnés trois mois d'avance pour les maisons de la dernière classe, six mois pour celles de la deuxième classe, et un an pour celles de la première. Les termes d'usage sont fixés à Pâques, à la Saint-Jean, à la Saint-Michel et à la Noël. (Jugements du tribunal de première instance de Caen, des 21 mars 1826 et 7 avril 1829.)

Au Havre, il est d'usage qu'un locataire peut, au bout de la première année de jouissance, et même le dernier jour lorsqu'il n'a point de bail, remettre à son propriétaire la maison qu'il occupe, et le propriétaire, de son côté, peut, dans le cas ci-dessus, louer à un tiers sa maison, sans être obligé d'en avertir le locataire quelque temps auparavant. Mais si la jouissance a été de plus d'une an-

née, le locataire et le propriétaire sont tenus de s'avertir six mois d'avance pour un corps de logis, trois mois d'avance pour une portion de maison, six semaines pour une chambre. (Délibération du tribunal civil du Havre, du 7 avril 1837.) Les termes d'usage sont, Pâques, Saint-Jean, Saint-Michel et Noël. De même, à l'égard des magasins et des boutiques, il y a obligation de donner congé six mois d'avance, lorsque la location a duré plus d'une année. Quant aux magasins loués au mois, il n'est pas besoin d'avertissement préalable; mais si le locataire, à l'expiration du premier mois, est resté en jouissance, il ne peut plus sortir ou être renvoyé qu'après un congé signifié quinze jours d'avance. Il en est de même à l'égard des chambres garnies.

- 51. A Lyon, les termes de loyer sont fixés à la Saint-Jean (24 juin), et à la Noël (24 déc.). Les congés doivent être donnés, pour les appartements, trois mois d'avance; pour les magasins et locaux destinés au commerce, six mois d'avance; pour les locations générales, six mois d'avance.
- 52. En Lorraine, le délai des congés est de trois mois. (Arrêt de la cour royale de Nancy, du 12 juillet 1833.)
- 53. A Toulouse, le congé doit être donné six mois avant l'expiration de la location. (Saultaque, sur l'art. 1<sup>er</sup> du titre 8 de la coutume de Toulouse.)
- 54. Nous arrêtons ici ces détails; nous craindrions de nous tromper en allant plus loin. Le premier huissier que l'on consultera en apprendra davantage et conseillera mieux que n'aurait pu le faire le grand Cujas.
- 55. La déclaration faite par un tribunal de l'usage suivi dans un lieu pour le délai des congés, est irrévocable et ne peut être soumise à la censure de la Cour de cassation. (Cass. 23 février 1814, S.-V. 16. 1. 395; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 932.)
- 56. On ne doit point compter, dans le calcul des époques de congé, le délai supplémentaire, qui est accordé presque partout au locataire, pour opérer son déménagement et terminer les réparations locatives (1).

<sup>(1)</sup> A Paris, ce délai est de huit jours pour les congés donnés à six semaines, et de quinze jours pour les congés donnés à trois et six mois. On doit l'entendre en ce sens que le locataire doit avoir vidé les lieux le 8 ou le 15 avant midi. Si le huitième ou le quinzième jour est férié, le locataire

Ce délai est de pure faveur. MM. Duvergier et Troplong pensent, contrairement à l'avis de M. Duranton, qu'il ne pourrait être exigé par le locataire qui trouverait vide l'appartement dans lequel il devrait entrer.

57. Quel que soit l'usage auquel les lieux loués puissent être employés par le locataire, ils conservent toujours, en ce qui concerne le délai du congé, la nature qui leur est propre, et le locataire ne peut se prévaloir de son mode de jouissance pour augmenter ou diminuer le délai du congé. Aivsi, le locataire qui, de lui-même et sans en avoir fait l'objet d'une convention avec le bailleur, aurait converti en boutique ou en magasin des pièces servant à l'habitation, ou réciproquement, ne pourrait exiger que le délai du congé variât au gré de ces changements : ce délai serait toujours déterminé par l'état et la nature des lieux au moment du bail.

58. Lorsque, pendant la contestation qui s'est élevée entre un propriétaire et son locataire sur le délai du congé, ce délai vient à expirer, les juges peuvent d'office en proroger la durée et déclarer le congé donné pour tel terme valable pour tel autre (Cass. 23 fév. 1814, arrêt cité au n° 55).

#### § 4. — Par qui le congé doil être donné.

59. Il ne sussit pas, pour la validité du congé, que l'on ait observé la sorme et les délais prescrits, il faut encore que le congé ait été donné par qui de droit.

60. Si, par exemple, la chose louée appartient à plusieurs propriétaires indivis, le congé n'est pas valable s'il n'a été signifié que par l'un des copropriétaires, sans l'assentiment des autres; car un tel congé ne pourrait produire effet que pour une partie de la location correspondante à la part de propriété du bailleur qui l'aurait donné, de telle sorte que, pour le surplus, le bail continuerait d'avoir cours. « Or, dit M. Troplong (nº 428), quand le locataire a loué un appartement, ce n'est pas pour l'occuper en partie et par fractions. Il faut donc que tous les bailleurs s'entendent dans une volonté commune pour mettre sin à un bail sormé par leur commun consentement. » (V. Curasson,

61. Si, au lieu de plusieurs bailleurs, il y a plusieurs preneurs occupant la chose louée et que le congé vienne d'eux, la solution est différente, selon qu'ils sont ou ne sont pas solidaires.

62. S'il y a solidarité entre les preneurs; l'un d'eux ne peut donner congé pour son compte personnel seulement, car l'obligation résultant du bail ayant été contractée solidairement entre tous les preneurs, le consentement de chacun d'eux est évidemment nécessaire pour la faire cesser. C'est ce qui a été expressément jugé par un arrêt de la Cour de cassation du 19 avril 1831 (S.-V. 31. 1. 162; J. P. 3º édit.; D. P. 31. 1. 143).

63. Il en est autrement dans le cas où il n'y a point de solidarité entre les preneurs: chacun d'eux est libre de donner congé, comme s'il avait loué seul, pour sa part et portion. « Il arrivera alors, dit M. Troplong, ou que le propriétaire voyant s'éloigner un de ceux qu'il avait entendu avoir pour obligés, ne voudra pas laisser subsister le bail avec les autres; ou bien qu'il les laissera en jouissance, ce qui sera un nouveau bail tacitement consenti. » Tel est aussi l'avis de M. Curasson (t. 1, p. 290, n° 30).

64. L'héritier du bailleur a qualité pour donner congé au preneur, tant en son nom personnel que comme se portant fort pour ses cohéritiers mineurs. La raison en est que l'exécution d'une obligation indivisible peut être poursuivie en entier par chacun des cohéritiers du créancier. (Orléans, 15 déc. 1814, arrêt rapporté dans le Recueil de jurisprudence de cette cour, par M. Colas de la Noue, v° Bail, n° 107.)

# § 5. — Si l'acceptation est nécessaire pour la validité du congé.

65. Le congé n'est point un acte synallagmatique; il n'est que l'exercice d'une faculté réservée par le bail; il s'ensuit que le congé,

t. 1, p. 291, n° 31.) Cependant il n'est pas indispensable que chacun des copropriétaires indivis ait exprimé formellement sa volonté de donner congé; il suffit que celui d'entre eux qui l'a signifié ait eu mandat tacite des autres à cet esset, mandat qui se suppose facilement lorsqu'il a géré la chose commune pour le compte de tous. (Cass. 25 pluviôse an XII, S.-V. 4. 2. 310; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 930; — Douai, 6 fév. 1828, S.-V. 28. 2. 221; J. P. 3° édit.; D. P. 28. 2. 165.)

est tenu de déménager la veille. (Pigeau, t. 2, p. 447.)

pour être valable, n'a pas besoin d'être accepté: lors donc que la partie à qui il est donné en accuse réception, même en se réservant de le combattre au fond, il n'est point nécessaire de se pourvoir en justice pour le faire déclarer valable en la forme. (Duvergier, t. 1<sup>er</sup>, n° 493; Zachariæ, t. 3, \$'369, 6°; Troplong, t. 2, n° 423; — contrà, Duranton, t. 17, n° 122.)

66. Si celui à qui le congé est donné ne fait aucune réponse, celui qui l'a donné pourra-t-il se rétracter et déclarer, par un second avertissement, qu'il considère le congé comme non avenu? L'assirmative ne nous paraît point douteuse, si le donneur de congé, en manifestant sa volonté, avait demandé à l'autre partie de lui faire connaître la sienne; car, tant que cette dernière n'a point répondu à l'invitation qui lui est faite, on peut croire qu'elle n'est point décidée à accepter le congė; et comme alors il ne reste plus que la volonté manifestée par la partie qui a donné le congé, elle peut l'anéantir par la manifestation d'une volonté contraire. (Caen, 26 janvier 1824, S.-V. 25. 2. 326; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 924.) Mais il en serait autrement si la partie qui donne le congé n'invitait point l'autre partie à faire connaître sa volonté; le silence gardé par celle-ci n'autoriserait point l'autre à reprendre le congé, parce qu'il suffit qu'il ne soit point répudié, pour qu'il soit censé accepté. (Troplong, t. 2, nº 424.)

## \$ 6. — Nature de la demande en validité du congé. — Compétence. — Enregistrement.

- 67. La demande en validité du congé est purement personnelle et mobilière, et en conséquence elle doit être portée devant les juges de paix, lorsque les locations verbales ou par écrit n'excèdent pas annuellement, à Paris, 400 fr., et 200 fr. partout ailleurs; devant les tribunaux civils de première instance, lorsqu'elles sont supérieures à ces chiffres. (l. 25 mai 1838, irt. 3.) Le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur; et comme la demand est toujours indéterminée, puisqu'elle a pour objet la jouissance de la chose louée, les jugements sont toujours susceptibles d'être attaqués par la voie de l'appel. (Curasson, t. 1, p. 262, § 1; Troplong, n° 431.)
- 68. Par leur nature, ces demandes requièrent célérité, et doivent par conséquent être jugées d'une manière sommaire. (C. de pr., 404, § 5.)

69. Lorsque le tribunal prononce l'expulsion du locataire des lieux occupés, il peut ordonner l'exécution provisoire de son jugement, avec ou sans caution, s'il n'y a pas de bail, ou si le bail est expiré. Au contraire, s'il s'agit d'un bail écrit dont la résiliation a été prononcée avant l'époque fixée par les parties, le locataire ne peut être expulsé que lorsque la décision a acquis l'autorité de la chose jugée. (C. de pr., 135, n° 3.)

70. Quant au mode à suivre pour l'expulsion et les réparations locatives, —V. Louage.

- 71. Enregistrement. Le congé qui est fait par acte notarié ou sous signature privée est soumis au droit fixe de 1 fr. (l. 22 frim. an VII, art. 108, no 51); et celui qui est donné par exploit d'huissier, au droit fixe de 2 fr. (L. 28 avril 1816, art. 43.)
- 72. Si le congé fait cesser la jouissance avant l'époque fixée par le bail, il produit l'effet d'une rétrocession, et par conséquent le droit proportionnel est dû sur les années restant à courir.

CONGÉ (EN MATIÈRE DE LOUAGE DE CHOSES MOBILIÈRES). — A Paris, pour la location mensuelle de tableaux, le congé n'est pas nécessaire; la location cesse à la fin du mois : on est seulement tenu de payer la quinzaine, si l'on a laissé commencer un nouveau mois.

Pour la location des pianos et instruments de musique, il n'est pas besoin non plus de se prévenir réciproquement pour la cessation de la location, chaque paiement d'avance n'obligeant pas au delà du mois.

De même, en fait de location mensuelle de voitures. A l'expiration du terme convenu pour la location, chacun se trouve dégagé; le mois ou la quinzaine qu'on laisserait commencer serait dû. (Délibération des juges de paix de Paris du 26 décembre 1842.)

CONGÉ (EN MATIÈRE DE LOUAGE DE PERSONNES). — 1. Maîtres d'études, sous-maîtres et sous-maîtresses dans les écoles primaires. — L'usage est que les employés de cette classe ne puissent être renvoyés que quinze jours après avoir été verbalement avertis, et réciproquement, qu'ils ne puissent quitter l'établissement auquel ils sont attachés qu'après avoir prévenu quinze jours d'avance.

2. Teneurs de livres, commis-marchands et dames de comptoir. — Ils ne peuvent non plus être renvoyés que quinze jours après avoir été avertis par le patron, à moins que

celui-ci n'aime mieux payer en argent l'équivalent de ces quinze jours.

3. Domestiques bourgeois, valets de chambre, laquais, cochers, cuisinières, femmes de chambre et bonnes d'enfants. — Ces personnes étant logées et nourries au domicile du maître, l'usage est de ne les congédier qu'après un avertissement verbal donné huit jours d'avance.

Toutefois, le maître peut congédier immédiatement son domestique, en payant le prorata de huit jours de gages, sans aucune addition pour la nourriture et le logement. Réciproquement, si le domestique veut cesser immédiatement son service sans donner les huit jours d'usage, le maître est fondé à retenir pour toute indemnité le décompte de huit jours de gages.

Le délai de huit jours est dû même au domestique entré depuis vingt-quatre heures seulement.

Si le domestique arrêté n'entre pas au jour fixé, par changement de la volonté soit du maître, soit du domestique lui-même, une indemnité de huit jours est réciproquement acquise, par analogie de l'usage qui veut que le domestique entré depuis vingt-quatre heures seulement, ne puisse être congédié sans être averti huit jours à l'avance.

Le délai réciproque de huit jours est d'usage, sauf les cas graves.

4. Domestiques participant à la profession du maître. — Les domestiques qui participent à la profession du maître, tels que chef d'étal d'un boucher, gindre d'un boulanger, chef de cuisine ou d'office chez un traiteur ou un limonadier, garçon marchand de vin, garçon pâtissier et charcutier, ne peuvent être congédiés par leurs maîtres sans un avertissement préalable et sans leur accorder huit jours. Réciproquement, ces gagistes doivent avertir leurs patrons huit jours d'avance; sinon, ils doivent indemnité de ces huit jours. En outre, s'ils se retirent sans prévenir, ils sont passibles du remboursement des extra que le maître a dû prendre à tout prix en leur lieu et place; ils sont même tenus d'indemniser le maître du tort qu'a pu lui causer cette sortie intempestive et imprévue.

Les règles ci-dessus, sur la réciprocité du droit de congé, et sauf l'observation du délai qui a été indiqué au n° 2, s'appliquent aux demoiselles de comptoir et de magasin.

5. Concierges. — Pour ce qui concerne les

règles établies par l'usage à l'égard des concierges, — V. ce mot.

6. Ouvriers travaillant en fabrique ou en boutique. — Le délai de huit jours doit être observé réciproquement pour les congés entre maîtres et ouvriers travaillant en fabrique. Il en est de même à l'égard des ouvriers travaillant en boutique chez un maître, tel que menuisier, serrurier, ferblantier, tonnelier, etc.

Lorsque le maître congédie un ouvrier, il doit lui délivrer le décompte de son salaire le jour même de la sortie, sans attendre le jour de la paye. Si c'est l'ouvrier, au contraire, qui prend congé, il doit, pour recevoir son salaire, attendre le jour de la paye.

7. Ouvriers à la journée. — Pour congédier un ouvrier à la journée, il faut l'avertir le jour qui précède sa sortie de l'atelier; s'il revient le lendemain pour reprendre son travail, faute d'avoir été averti, il lui est dû sa journée.

CONGÉ D'ACQUIT. — On appelle ainsi l'acte qui constate l'expédition de marchandises dont le droit a été payé. — V. Acquit à caution, n° 1, 13 et suiv.; Boissons, n° 23, 25 et suiv.; Cartes, n° 23; Contributions indirectes, Poudres, Tabacs.

CONGÉ D'ADJUGER. — Autrefois on appelait ainsi un jugement par lequel on déclarait valables la procédure et les criées qui avaient été faites pour arriver à l'adjudication de biens saisis, et sans lequel il ne pouvait être procédé à cette adjudication. Aujourd'hui ce terme n'est plus en usage, et il n'y a lieu de rendre le jugement qu'il dénommait, qu'autant que des moyens de nullité ont été formellement proposés contre la procédure qui a précédé l'adjudication préparatoire. — V. Saisie immobilière.

CONGÉ DE COUR (EN MATIÈRE FORES-TIÈRE). — Sous l'empire de la loi des 15-29 septembre 1791, ce mot était synonyme de décharge d'exploitation (V. tit. 8, art 6). Aujourd'hui, ce dernier seul est en usage (Cod. for., art. 47 et 51). — V. Décharge d'exploitation, Forêts.

CONGÉ-DÉFAUT. — L'article 154 du Code de procédure civile porte que le défendeur qui aura constitué avoué pourra, sans avoir fourni de défenses, suivre l'audience par un seul acte, et prendre défaut contre le demandeur qui ne comparaîtrait pas. L'article 434 du même Code porte également que si le demandeur ne se présente pas, le tribunal donnera défaut et renverra le défendeur de la demande. Le jugement qui est rendu dans les deux cas s'appelle congé-défaut, ou simplement défaut. — V. Jugement.

CONGÉ (MARINE). — C'est le permis ou passe-port dont le capitaine, maître ou patron d'un navire, est obligé de se munir pour sortir d'un port et prendre la mer.

- 1. Aucun bâtiment français ne peut partir sans congé du port auquel il appartient. (Décret du 27 vendémiaire an 11, art. 22.)
- 2. C'est au bureau des douanes du port auquel le bâtiment appartient que le congé se délivre. (Décr. des 21 sept. 1793, art. 1er, et 27 vend. an 11, art. 10.)
- 3. En pays étranger, les consuls de France peuvent délivrer les congés qui leur sont envoyés en blanc pour servir éventuellement à des expéditions maritimes françaises; mais ils doivent y insérer la clause que ces congés ne sont que provisoires et valables seulement jusqu'à l'arrivée des navires dans le premier port de France, où il est statué ainsi qu'il appartient sur la demande de nouveaux congés. (Ordonn. du 29 oct. 1833, art. 3.)
- 4. Les congés ne sont délivrés que sur la représentation des actes de propriété, des billets de jauge (1), des procès-verbaux de visite de navires, des déclarations de chargement et acquit à caution, ou quittance de paiement des droits, et de la quittance du receveur des droits sur la navigation. (Décr. des 9-13 août 1791, tit. 2, art. 3.)

Les ordonnances des 23 janvier 1727 et 18 octobre 1740, qui exigeaient, en outre, sous peine d'amende, la production du rôle d'équipage, sont tombées en désuétude.

- 5. Les congés doivent être conformes à la formule tracée par le décret des 29 déc. 1791-15 janvier 1792, sauf les modifications résultant des lois subséquentes et de l'ordre de choses actuel.
- 6. Les bâtiments au-dessous de trente tonneaux, et tous les bateaux, barques, alléges,

(1) M. Beaussant fait observer que l'acte de propriété restant au bureau qui délivre l'acte de francisation, et n'y ayant plus de jaugeurs-jurés délivrant des billets, cette recommandation devient inutile. (Code maritime, t. 1, nº 220, à la note.) canots et chaloupes employés au petit cabotage, à la pêche sur la côte, ou à la navigation intérieure des rivières, sont marqués d'un numéro et des noms des propriétaires et des ports auxquels ils appartiennent, numéros et noms qui doivent être insérés dans le congé. (Décret du 27 vendém. an II, art. 4 et 5.)

- 7. Pour les bâtiments de trente tonneaux et au-dessus, le congé doit énoncer la date et le numéro de l'acte de francisation, qui exprime les noms, état, domicile du propriétaire, et son assirmation qu'il est seul propriétaire (ou conjointement avec des Français dont il indique les noms, état et domicile); le nom du bâtiment, du port auquel il appartient, le temps et le lieu où le bâtiment a été construit, ou condamné, ou adjugé; le nom du vérisicateur, qui fait, sur la construction du bâtiment, sa mâture, ses dimensions et son espèce, des déclarations certisiées. ( Ibid., art. 9.)
- 8. Avant la délivrance du congé, le propriétaire du bâtiment doit prêter le serment dont l'art. 13 du décret du 27 vendémiaire an 11 trace la formule.
- 9. Il doit, en outre, se soumettre, par le cautionnement qu'il est tenu de donner, sous peine de confiscation des sommes énoncées audit cautionnement, outre les autres condamnations prononcées par le décret précité, à ne point vendre, donner, prêter, ni autrement disposer de son congé, et à n'en faire usage que pour le service du bâtiment pour lequel il est accordé. (Ibid., art. 11 et 16.)

Les peines dont serait passible celui qui, en infraction des dispositions précédentes, prêterait son congé à un navire étranger, sont celles que porte l'art. 15 du même décret, savoir: 6,000 fr. d'amende et l'incapacité de remplir aucun emploi, de commander aucun bâtiment français.

- 10. Les bâtiments pontés paient 3 fr. pour chaque congé, et les bâtiments non pontés 1 fr.; il est dû en outre 6 fr. par cent tonneaux au-dessus de trois cents. (*Ibid.*, art. 6 et 26.)
- 11. La durée du congé variait autrefois suivant le tonnage du navire ou sa destination; elle est aujourd'hui invariablement fixée à une année pour toutes espèces de bâtiments. (Loi du 6 mai 1841, art. 20.) (1).

<sup>(1)</sup> Sous le mot Capitaine, nº 66, on a cité, par

- 12. Les congés doivent, dans les vingtquatre heures de l'arrivée du bâtiment, être déposés au bureau des douanes, et y rester jusqu'au départ. (Décr. 27 vendém. an 11, art. 28.)
- 13. Si le bâtiment devait se rendre dans un lieu où la navigation est interdite, il lui faudrait, outre le congé, un passe-port extraordinaire. S'il était armé en course ou en guerre, il devrait être muni d'une lettre de marque.

   V. Lettre de marque.
- 14. Les navires étrangers qui abordent dans les ports de France sont tenus, pour en sortir, de prendre un passe-port ou congé dans la forme réglée par le décret des 22-27 mai 1792. —(V. l'ordon. de la marine, août 1681, liv. 1er, tit. 10.—V. aussi Cabotage, n° 26; Capitaine, n° 66 et 116; Connaissement, n° 22.)

CONGÉABLE. — CONGÉMENT. — V. Bail à domaine congéable.

CONGRÉGATIONS RELIGIEUSES. — V. Établissements religieux.

CONGRES. — 1. Ce mot est pris dans plusieurs acceptions. Il signifia d'abord une réunion d'ambassadeurs délégués par plusieurs souverains pour traiter de paix, d'alliance ou d'autres affaires diplomatiques entre les divers états qu'ils représentent. C'est dans ce sens qu'on dit le congrès de Vienne, le congrès de Vérone.

- 2. On donne aussi le nom de congrès au corps législatif des États-Unis d'Amérique.
- 3. Mais, sous l'ancienne législation, ce mot était plus particulièrement employé pour désigner une épreuve juridique à laquelle était soumis un mari contre lequel sa femme exerçait une demande en nullité de mariage pour cause d'impuissance. Il était alors condamné à prouver que l'infirmité que sa femme lui reprochait n'avait aucun fondement. L'épreuve avait lieu en présence et sous les yeux de chirurgiens et de matrones nommés par la justice pour assister au congrès, et rédiger leur rapport sur ce qu'ils avaient vu.

Cette espèce de preuve, qui n'était auto-

erreur, l'art. 5 de la loi du 3 juillet 1838 comme contenant la disposition qui vient d'être rappelée; il faut lire: art. 5 de l'ordonnance du 23 juillet 1838, et y joindre l'art. 20 de la loi du 6 mai 1841, ici citée.

risée ni par le droit civil ni par le droit canon, fut introduite par les tribunaux ecclésiastiques vers le milieu du scizième siècle, et forma une jurisprudence reçue dans les officialités. On sentit plus tard qu'elle était nonseulement contraire aux bonnes mœurs, mais même souvent illusoire, et elle fut défendue par un arrêt du parlement de Paris du 18 février 1677, lequel acquit bientôt dans tout le royaume l'autorité d'une loi. Nous n'avons pas besoin d'ajouter que nos mœurs et notre droit actuel la repoussent avec la même force.

CONGRIER. — C'était un droit féodal qui consistait dans la faculté qu'avait un particulier de se faire, par le moyen de pieux enfoncés près l'un de l'autre, une espèce de garenne à poissons dans une rivière.

Ce droit, comme tous ceux qui étaient entachés de féodalité, a été aboli par la loi des 11 août-21 septembre 1789.

CONJURATEUR. — Ce terme qui, dans la basse latinité, était exprimé par celui de conjuratores, indiquait un certain nombre de personnes qui venaient en justice attester ensemble, sous la foi du serment, que tel fait considéré comme douteux était vrai, ou que l'une des parties était fondée dans le droit que l'autre lui contestait.

Merlin, hoc verbo, affirme que ce genre de preuve, qui était employé tant en matière civile qu'en matière criminelle, fut usité en France jusque vers la fin du treizième siècle.

Le nombre des conjurateurs était déterminé par la loi, suivant la nature du délit, et quelquefois suivant la qualité des personnes. La loi des Bourguignons fixait à douze celui qui était nécessaire pour entraîner un acquittement en matière criminelle.

Les conjurateurs encouraient une amende, lorsque le fait affirmé par l'accusé et attesté par eux était reconnu faux; aussi arrivait-il souvent que l'accusé ne pouvait en trouver un nombre suffisant.

La loi ne reconnaît plus de conjurateurs, mais seulement des témoins, qui se divisent en témoins à charge et en témoins à décharge.

— V. Témoin.

CONJURATION. — C'est une conspiration, ligue ou cabale secrète, pour attenter à la vie du prince ou à la liberté publique. — V. Attentats politiques, Complot.

CONJURE ou SEMONCE. — Ces termes

étaient employés autrefois dans les Pays-Bas pour désigner l'injonction que faisait le chef d'une justice seigneuriale aux juges qui la composaient, de procéder au jugement d'un procès ou à l'expédition d'un acte judiciaire quelconque.

La justice de la conjure, comme toutes les autres justices seigneuriales, a été abolie par les lois des 4 août 1789 et 7 septembre 1790.

—V. Féodalité, Organisation judiciaire.

CONNAISSEMENT (1). C'est la reconnaissance, donnée par le capitaine, des marchandises chargées sur son navire pour être transportées. Cet acte, qu'on désigne aussi sous le nom de police de chargement (2), est pour le transport par merce que la lettre de voiture est pour le transport par terre.

Le connaissement peut tenir lieu de charte partie. (V. ce mot, n° 23); mais la charte partie ne peut suppléer au connaissement. (Emerigon, Des assurances, ch. 11, sect. 3; — Portalis, Rapport au conseil des prises, S.-V. 2. 2. 502.)

Nous devons dire quelles sont les formes du connaissement, ce qu'il doit contenir, quels en sont les effets.

1. Aux termes de l'art. 281 du Code de commerce, « le connaissement doit exprimer la nature et la quantité ainsi que les espèces ou qualités des objets à transporter.

« Il indique le nom du chargeur, le nom et l'adresse de celui à qui l'expédition est faite, le nom et le domicile du capitaine, le nom et le tonnage du navire, le lieu du départ et celui de la destination.

» Il énonce le prix du frêt.

« Il présente en marge les marques et numéros des objets à transporter.

» Le connaissement peut être à ordre, ou au porteur, ou à personne dénommée. »

Aux termes de l'art. 282 du même Code, « chaque connaissement doit être fait en quatre originaux au moins : un pour le chargeur, un pour celui à qui les marchandises sont adressées, un pour le capitaine, un pour l'armateur du bâtiment.

« Les quatre originaux sont signés par lo chargeur et par le capitaine, dans les vingtquatre heures après le chargement.

» Le chargeur est tenu de fournir au capitaine, dans le même délai, les acquits des marchandises chargées. »

2. La loi n'exige pas que le connaissement porte l'énonciation de la propriété ou du pour compte, et avec raison : en cas de guerre, il est souvent utile de masquer la propriété.

La loi ne parle pas non plus de la date du connaissement, quoique cependant il soit convenable de ne pas l'omettre. (Dageville, t. 2. p. 371.)

- 3. Les connaissements doivent être sur papier timbré, et ils sont soumis, lors de l'enregistrement, à un droit fixe de trois francs par individu à qui les marchandises chargées sont adressées (l. du 28 avril 1816, art. 44, n° 6); ils ne peuvent, en aucun cas, être passibles du droit proportionnel.
- 4. Les porteurs et souscripteurs de connaissements non timbrés et non enregistres sont tenus solidairement du paiement des amendes ou doubles droits qui peuvent être prononcés. (ibid., art. 75.)
- 5. Ceci posé, nous allons entrer dans le développement et l'examen successifs des prescriptions qui précèdent, ainsi que de toutes les dispositions qui se rattachent au connaissement; nous parlerons aussi des effets de cet acte, et des cas où il n'est point obligatoire.
- 6. Le connaissement doit exprimer la nature et la quantité ainsi que les espèces ou qualités des objets à transporter.

Le connaissement fait foi contre le capitaine; il l'oblige à remettre tout ce qui a été confié à ses soins ou à en rendre compte. Le but de la disposition qui vient d'être rappelée est de préciser les objets sur lesquels repose cette obligation, et de faire connaître l'étendue de sa responsabilité.

L'ordonnance de 1681 (liv. 3, tit. 2, art. 2) exigeait seulement l'énonciation de « la qualité et de la quantité » des marchandises. Le projet du Code de commerce portait « la nature et les quantités. » La rédaction définitive de la disposition de l'art. 281 exige, comme on le voit, des énonciations beaucoup plus explicites.

<sup>(1)</sup> En allemand connossement, — en anglais bill of lading, — en danois connossement, — en espagnol conocimento del flete, poliza de cargo, — en hollandais conossement, — en italien conoscimento, polizza di carico, — en portugais conhecimento, — en suédois connoissement.

<sup>(2)</sup> Cette expression est surtout en usage sur la Méditerranée; sur l'Océan, on emploie plus ordinairement le mot connaissement.

7. A ce propos, on a demandé jusqu'où s'étendait, d'après cette disposition, la responsabilité du capitaine.

Qu'il doive répondre de la quantité de marchandises exprimée au connaissement qu'il a accepté sans réserve, cela n'est pas douteux. Ainsi, il a été jugé par le tribunal de commerce de Marseille, que le capitaine qui a signé le connaissement, sans aucune restriction ni réserve, s'est engagé, par là même, à consigner une quantité de marchandises égale à celle indiquée dans ce connaissement; que le poids reconnu par la douane. quoique vérifié hors la présence du capitaine, peut être opposé à celui-ci, s'il a tacitement consenti à s'en rapporter à ce poids, soit en opérant le débarquement sans requérir l'intervention du peseur public, soit en prenant le poids de la douane pour base du règlement de son frêt ou nolis : qu'en conséquence, le capitaine est tenu envers le consignataire du déficit existant entre le poids énoncé au connaissement et celui reconnu par la douane, lors surtout qu'il s'agit d'une marchandise déjà vendue par le consignataire, avec stipulation qu'elle serait livrable au débarquement, et pour le poids de laquelle il est d'usage dans le commerce de s'en rapporter au pesage de la douane. (Trib. de Marseille, 25 janv. 1833, Journ. de Marseille, 6. 1. 16.)

8. Quant à la qualité des marchandises, on a demandé si le capitaine devait répondre de leur qualité spécifique; si, par exemple, le chargement étant composé de vin dont le cru aurait été désigné, le capitaine était obligé dans les termes du connaissement. (Treilhard, procès-verbal du 21 juill. 1807.)

Nous pensons qu'il faut décider encore aujourd'hui, conformément aux anciens usages, que le connaissement ne fait preuve que de la qualité générique, extérieure et apparente des marchandises : « comme s'il est dit dans le connaissement que c'est de l'indigo, du carret, du sucre brut, du coton, de la toile, il faut remettre les marchandises du même genre en même nombre de futailles ou ballots, et sous la même marque qu'elles ont été chargées. Mais en ce qui concerne la qualité spécifique, intérieure et non apparente, comme s'il est dit que l'indigo est cuivré ou bleu, sec et bien conditionné; que les toiles sont de telle ou telle espèce et que dans telles caisses sont des marchandises de telle qualité, etc., le connaissement n'engage point en

cette partie, à moins qu'il n'y cût preuve que les barriques eussent été défoncées, que les ballots eussent été ouverts, ou de quelque autre prévarication de la part du maître ou des gens de l'équipage. » (Valin, sur l'ord. de 1681, liv. 3, tit. 2, art. 2.)

9. Pour restreindre la responsabilité du capitaine, soit quant à la quantité, soit quant à la quotité des objets à lui confiés pour être transportés, l'usage s'est introduit pour les capitaines de signer les connaissements avec la clause : que dit être. Cette clause signifie que le chargeur a dit que les marchandises étaient de telle qualité et quantité, sans que le capitaine l'ait vérifié. (Targa, cap. 31, nº 4; Casaregis, Disc. 10, nº 55; Valin, Ord. de 1681, loc. cit.; Emerigon, ch. 11, sect. 5.)

Par le moyen de cette clause, le capitaine n'est point garant du poids ou de la mesure et de la qualité intérieure (Consulat de la mer, ch. 266). Une barrique qui avait été énoncée comme rempliede noix muscades, se trouva pleine de vieilles ferrailles; une sentence rendue en 1751, citée par Emerigon (loc. cit.), déchargea le capitaine.

10. La jurisprudence moderne a complètement consacré cette doctrine. Nous citerons, comme exemples, quelques-unes des nombreuses décisions rendues en cette matière.

Ainsi le tribunal de Marseille a jugé, le 19 janvier 1835, que le capitaine qui a signé le connaissement, avec la clause que dit être, est affranchi de toute responsabilité à raison du contenu du colis qui lui est remis, lors surtout que le colis a été fait hors sa présence. et que la nature du contenu n'est pas désignée dans le connaissement spécialement; qu'il en doit être ainsi à raison d'un group marqué. représenté par le capitaine, et reconnu à l'arrivée ne contenir que de l'étain au lieu de l'or annoncé au consignataire, s'il résulte de la vérification régulière qui en est faite, que ce group est le même que celui que le capitaine a reçu au lieu du départ. (Journ. de Marseille, 15. 1. 245.)

Il a été décidé par le même tribunal que le capitaine qui a signé avec la clause : que dit être, n'est pas responsable de la qualité (19 déc. 1834, Journ. de Marseille, 15. 1. 110; — 6 déc. 1824, Journ. de Marseille, 5. 1. 332), alors surtout que la marchandise est sujette à déchet (9 juillet 1835, Journ. de Marseille, 15. 1. 145;—28 août 1835, Journ. de Marseille, 15. 1. 366), encore qu'il ait

rendu les coliscans un état d'altération extérieure, si d'ailleurs il n'est pas prouvé que le déficit provienne d'une soustraction commise à bord. (19 fév. 1821, Journ. de Marseille, 2. 1. 81.)

On a décidé encore que le capitaine qui a signé le connaissement avec la clause que dit être, n'est pas responsable du déficit provenant du coulage, lors surtout qu'il justifie d'événements de mer qui ont pu causer ou augmenter le coulage. (Trib. de Marseille, 7 juin 1830, Journ. de Marseille, 11.1.241.)

11. Il n'est pas indispensable que la clause de réserve insérée dans le connaissement par le capitaine soit exprimée par ces mots : que dit être; des équivalents peuvent être employés et produire le même effet. Ainsi la cour de Douai a jugé que la clause mesure à moi inconnue, ajoutée par un capitaine dans un connaissement, le dispense de répondre de l'exactitude de la mesure qui y est indiquée. (Douai, 30 mai 1820, J. P. 3° éd., t. 22, p. 1080.)

12. Il est bien entendu, ainsi qu'on l'a dit plus haut, que la clause de réserve insérée dans le connaissement ne décharge pas le capitaine du nombre de tonneaux et de balles. Cette clause serait également sans valeur, s'il était prouvé que le capitaine a dû nécessairement connaître les choses chargées, dans le cas, par exemple, où il les aurait achetées luimême. (Casaregis, Disc. 10, nos 56 et 124; — Emerigon, ch. 11, sect. 5; — Pardessus, t. 3. no 728.)

La cour de Bruxelles a décidé que le capitaine peut, en cas de négligence, être déclaré responsable envers le destinataire, à défaut de représenter la quantité entière des marchandises, bien qu'il n'ait signé le connaissement qu'avec la réserve : qualité et poids à moi inconnus. (Bruxelles, 11 janv, 1825, Journ. de Bruxelles, 1825. 1. 201.)

13. Si le capitaine s'était permis d'ouvrir en route, sans nécessité prouvée, des balles ou des caisses, il répondrait, malgré la clause de réserve, des qualité, quantité et poids mentionnés dans le connaissement; le chargeur serait admis au serment. (V. Emerigon, ch. 11, sect. 5, et les auteurs qu'il cite.)

Au reste, il doit être bien entendu que, sous prétexte de la clause de réserve, le capitaine ne peut pas empêcher de prouver la fraude dont on l'accuse. (Targa, cap. 31, nº 5; — Emerigon, loc. cit.)

14. Pour ce qui concerne, au surplus, la

responsabilité du capitaine, — V. Capitaine de navire, § 5.

15. Le capitaine peut être contraint de signer le connaissement dès que la marchandise est à bord; faute de quoi, il est permis de se pourvoir en justice, pour faire ordonner qu'il signera le connaissement sans délai, ou que la sentence vaudra signature. (Valin, tit. Des connaissements; Emerigon, chap. 11, sect. 3.) Mais le capitaine ne peut être obligé de signer le connaissement sans la clause de réserve, malgré l'offre faite par le chargeur de vérifier, à ses frais personnels, et en présence du capitaine, les poids, qualité et mesure, à moins, toutefois, que celui-ci ne soit obligé d'assister à cette vérification (Emerigon, ch. 11, sect. 5.)

16. Le connaissement doit, ainsi que nous l'avons vu plus haut, énoncer le prix du frêt. Le défaut de détermination de ce prix dans le connaissement, et même l'absence de toute stipulation à cet égard, n'entraînent pas la nullité du connaissement. En un tel cas, il y a lieu à fixation d'un frêt d'après le taux du commerce. (Cass. 8 nov. 1832, S.-V. 32. 1. 804; — D. P. 33. 1. 44.)

Nous ferons observer à ce propos qu'aucune des formalites énoncées en l'art. 281 du Code de commerce n'est prescrite à peine de nullité. L'acte est valable, pourvu qu'on puisse d'ailleurs suppléer aux omissions. (Emerigon, ch. 11, sect. 3.)

17. Le connaissement peut être à ordre, ou au porteur, ou à personne dénommée.

Cette disposition de l'art. 281, nouvelle en ce sens qu'elle n'était pas textuellement exprimée dans les ordonnances de 1673 et de 1681, ne fait néanmoins que consacrer un usage depuis longtemps admis par la jurisprudence. Valin, qui constate ce fait et l'approuve, cite à l'appui de son opinion plusieurs arrêts de parlement qui ont décidé en ce sens. (Valin, ord. de 1681, liv. 2, tit. 10, art. 3.)

Emerigon a combattu cet usage par des raisons tirées des voies qu'il pourrait ouvrir à la fraude; mais son opinion n'a pas prévalu, ainsi que l'a reconnu la Cour de cassation dans un arrêt du 13 juillet 1819, dans lequel on lit: « Attendu que l'art. 281 du Code de commerce, en autorisant la négociation des connaissements par la voie de l'ordre, n'a pas introduit un droit nouveau, et a consacré seulement un usage universellement suivi de-

puis les ordonnances de 1673 et 1681 pour les besoins du commerce, ce qui écarte l'application des lois concernant les cessions, les transports et les donations. » (S.-V. 20. 1. 3; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 954.)

L'endossement doit être daté; il faut qu'il énonce le nom de celui à qui il est passé, et qu'il exprime la valeur fournie; il est enfin soumis à toutes les règles concernant l'endossement des effets de commerce et qui sont tracées dans l'art. 137 du Code de commerce. (Boulay-Paty, 2. 314; Becane sur Valin, liv. 2, tit. 10, art. 3.)

Ces principes ont été formellement consacrés par la jurisprudence moderne, ainsi que cela résulte des décisions qui suivent:

La propriété d'un connaissement peut être légalement transférée au moyen d'un endossement, et le connaissement à ordre fait foi de sa date à l'égard des tiers. (Bruxelles, 27 juill. 1830, Journ. de Bruxelles, 2. 200.)

Les connaissements, revêtus d'endossements réguliers prouvent la propriété des marchandises chargées, non-seulement entre le capitaine et les chargeurs, mais encore à l'égard des tiers. Il en est des connaissements et endossements dans le commerce maritime comme des lettres de voiture, des lettres de change, billets à ordre et endossements y apposés dans le commerce de terre. (Aix, 24 août 1809, S.-V. 14. 2. 201; J. P. 3° édit.; D. A. 11. 386.)

18. Il a été décidé, toutefois, que la remise du connaissement à ordre ou au porteur, lorsqu'elle n'avait été faite que pour nantissement ou couverture, ne suffisait pas pour établir un privilége sur les marchandises y mentionnées. Aucune disposition de loi ne reconnaît un tel privilége; celui qui est établi par l'art. 93 du Code de commerce n'existe qu'au profit du commissionnaire qui a fait des avances sur les marchandises à lui expédiées. Lorsque cette circonstance n'existe pas, la remise du connaissement ne donne au porteur d'autre droit que de poursuivre la vente des marchandises. (Cass. 28 juin 1826, S.-V. 27. 1. 208; D. P. 26. 1. 344.)

19. Lorsque le connaissement est à ordre, le capitaine ne doit remettre les marchandises qu'au porteur du double du connaissement revêtu de l'ordre du chargeur. Le capitaine ne peut, sans contrevenir ouvertement à son mandat, laisser suivre la marchandise à la personne qui a obtenu le permis de déchar-

gement de la douane, lorsque cette personne n'est pas nantie du connaissement, ni par suite autorisée à lui délivrer reçu valable de la marchandise contre le paiement du frêt. Ainsi, s'il le fait, il y a, de sa part, faute grave qui le rend responsable envers son mandant, et sa responsabilité le soumet aux dommages-intérêts que sa faute a fait souffrir au mandant. (Bruxelles, 12 mai 1832, Journ. de Bruxelles, 1832. 1.862.)

20. Chaque connaissement doit être fait en quatre originaux au moins: un pour le chargeur, un pour celui à qui les marchandises sont adressées, un pour le capitaine, un pour l'armateur du bâtiment.

Cette disposition est une application de la règle posée en l'art. 1325 du Code civil, qui porte « que 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.»

Le connaissement est nécessaire au chargeur, soit pour lui servir à justifier des objets chargés sur le navire, soit pour vendre sur connaissement les marchandises étant encore en route. Celui à qui les marchandises sont adressées a besoin du connaissement pour les réclamer, et quelquefois aussi pour assurer le privilège de ses avances. Il faut un connaissement au capitaine pour qu'il sache ce qu'il doit rendre à chaque consignataire, et aussi pour lui servir de titre pour se faire payer du frêt. Enfin l'armateur du navire doit avoir un connaissement pour connaître ce qui doit lui revenir sur le frêt, et qu'il puisse en conséquence régler ses comptes soit avec le capitaine, soit avec le sui récargue. (V. ces mots.)

La loi ne limite pas du reste le nombre des originaux qui peuvent être faits; elle en exige quatre au moins: ce nombre peut être dépassé, et c'est ce qui arrive communément en temps de guerre, afin de donner au chargeur les moyens de faire parvenir cet acte par dissérentes voics à celui à qui les objets sont expédiés.

Il est utile que la mention du nombre d'originaux soit faite sur chacun d'eux; cependant l'omission de cette mention n'entraînerait pas la nullité du connaissement. (Pardessus, n° 723.)

L'énonciation que le connaissement a été dressé en quatre originaux fait pleine foi contre l'armateur, et ne peut être détruite par l'allégation de ce dernier, qu'il n'a pas recu l'original qui lui était destiné. (Cass. [Dagneau c. Thooris], 8 nov. 1832, S.-V. 32. 1. 806; J. P. 3° édit.; D. P. 33. 1. 45.)

21. Les quatre originaux sont signés par le chargeur et par le capitaine, dans les vingtquatre heures après le chargement.

Cette disposition doit s'entendre non du chargement complet du navire, mais du chargement des marchandises portées au connaissement. Du reste, on ne peut forcer le capitaine à le signer plus tôt, parce qu'il doit avoir le temps de vérifier si tous les objets y énoncés existent réellement. Si le capitaine refusait de signer, les chargeurs peuvent le faire assigner en justice, pour faire ordonner qu'il signera le connaissement sans délai, sinon que le jugement vaudra signature. (Valin, ord. 1681, liv. 3, tit. 2, art. 4; Emerigon, ch. 11, sect. 1.) — V. suprà, nº 15.

L'armateur d'un navire dont le capitaine s'est obligé, corps et biens, par un connaissement qu'il a signé et qui n'est pas contesté, à remettre à des tiers une somme d'argent reçue dans le cours du voyage, est responsable du fait de son capitaine envers le chargeur ou les destinataires, encore bien que le connaissement n'ait pas été signé par le chargeur. (Cass. [Dagneau c. Cuenin], 8 nov. 1832; S.-V. 32, 1. 804; J. P. 3e édit.; D. P. 83. 1. 44.). — V. ci-après, nºs 25 et suiv.

22. Le chargeur est tenu de fournir, dans les vingt-quatre heures, les acquits des marchandises chargées.

Le capitaine ne peut partir sans congé. (V. Capitaine de navire, nos 58, 66 et 67.)

Cette disposition a été placée parmi celles qui sont relatives au connaissement, parce qu'elle complète les obligations du chargeur envers la capitaine au moment du chargement. Le capitaine, en effet, ne peut partir sans être muni d'un congé : c'est le passeport du navire; ce congé ne lui est délivré que sur la représentation de certaines pièces, notamment des acquits des marchandises chargées (V. Congé [Marine], nº 4). Il était donc juste d'autoriser le capitaine à exiger la remise de ces acquits pour les objets chargés à son bord, et sans lesquels il ne pouvait obtenir son congé.—V. Capitaine de navire, nº3 58, 66, 68 et 69, et Congé [Marine].

23. Le capitaine ne peut être propriétaire d'une partie du chargement. (V. Capitaine de navire, nº 154.) Il semblerait, dans ce cas,

qu'un connaissement ne serait pas nécessaire. puisque c'est sa propre chose qu'il surveille. Mais M. Pardessus (nº 724) fait observer avec juste raison qu'il est plusieurs circonstances dans lesquelles il faut prouver, par une preuve dont l'existence au moment du départ ne puisse être contestée, la quantité et la qualité des objets chargés : par exemple, lorsqu'une indemnité est prétendue en cas de jet à la mer, ou qu'un assureur est poursuivi en cas de perte, le connaissement seul peut faire preuve.

Pour prévenir la possibilité que, dans co cas, on ne substitue un connaissement à un autre, le connaissement des objets que charge le capitaine doit être signé par deux des principaux de l'équipage (C. com., 344); et même, si le chargement est fait en pays étranger, par des personnes de l'équipage ou par des passagers, un double du connaissement de leurs marchandises assurées en France doit être remis dans le lieu où le chargement s'effectue, entre les mains du consul français, d'un notable commercant ou d'un magistrat local

(C. com., 345).

Nous pensons avec M. Pardessus (loc. cit.) qu'il faudrait adopter la même mesure, si cet acte intéressait un chargeur, parent du capitaine au degré prohibé pour l'admission en témoignage (C. de proc. civ., 268). « La saine raison, dit ce savant jurisconsulte, qui ne permet pas que le capitaine fasse foi pour luimême, n'accorde pas plus de créance à un connaissement délivré par lui à ses parents, quand d'autres preuves ne viennent pas à l'appui. » L'ordonnance de 1681 (liv. 2, tit. 3, art. 7) exigeait que les connaissements signés par l'écrivain pour ses parents fussent paraphés, en pays étranger, par le consul, et en France, par l'un des principaux propriétaires de navire, à peine de nullité.

24. Les dispositions de l'article 344 du Code de commerce sont applicables au cas où le chargement n'appartiendrait que pour partie au capitaine, ainsi que l'a jugé la cour de Bordeaux, par arrêt du 8 août 1828 (J.P. 3° édit.; D. P. 29. 2. 17), rendu dans une espèce où les marchandises énoncées dans le connaissement étaient prétendues n'appartenir au capitaine que pour un cinquième. On trouve dans cet arrêt le considérant suivant: « Attendu que, dans cet état de choses, le connaissement, pour être valable, devait, aux termes de l'article 344 du Code de commerce, être signé par deux des principaux de l'équipage; que, dénué de cette formalité, il ne peut être considéré que comme une simple déclaration du capitaine, par lui donnée dans son propre intérêt, qui est demeurée dans ses mains, qu'il lui a été loisible de produire ou de supprimer suivant ses convenances, et dont conséquemment il ne peut se prévaloir; - que la circonstance qu'il était uniquement propriétaire d'un cinquième des objets dont il prétend avoir opéré le chargement, ne le dispensait pas de l'obligation de se conformer. même pour ce cinquième, à la formalité impérieusement prescrite par l'article cité; que le motif qui a fait exiger cette formalité est pris évidemment de l'intérêt que le capitaine a au chargement; que peu importe que cet intérêt résulte ou d'un droit de propriété exclusive, ou d'un droit de copropriété uniquement; que s'il est vrai, comme les assurés l'allèguent, que plusieurs capitaines se dispensent de faire signer le connaissement, dans le cas où l'article 344 le prescrit, la cour ne saurait consacrer par son arrêt l'imprudence qu'ils commettent d'enfreindre la loi. » - « Attendu, ajoute l'arrêt, que voulût-on, en règle générale, admettre que le capitaine qui ne produit pas un connaissement régulier pour prouver le chargement de ses marchandises, peut y suppléer par d'autres preuves, on devrait exiger du moins que ces preuves ne laissassent aucun doute sur la réalité du chargement, et fussent de nature à remplacer soit le connaissement, soit les actes justificatifs de l'achat des marchandises chargées, puisque l'article 344 exige cumulativement l'une et l'autre de ces preuves. »

25. « Le connaissement rédigé dans les formes prescrites par la loi fait foi entre toutes les parties intéressées au chargement, et entre elles et les assureurs. » (C. com., 283).

Cet article, ainsi que le remarque Locré, est positif et non négatif; il dit que le connaissement régulier fait foi entre toutes les parties, et non que s'il est irrégulier il ne fera plus preuve contre celle qui l'a souscrit; il devient alors au moins un commencement de preuve par écrit (Esp. du C. de com., sur l'art. 283); le chargé pourrait être prouvé par tout autre moyen (Dageville, t. 2, p. 283).

Il y aurait sans doute un grand intérêt à préciser quelles seront les irrégularités ou les circonstances qui enlèveront au connaissement le caractère de pièce véritablement pro-

bante et qui n'admet aucune preuve contre sa teneur (Valin, tit. Des assurances, art. 57). Cette question devra être élevée souvent par les assureurs; il serait difficile de poser une règle absolue; il faut toutefois se rappeler que le Code n'a sanctionné aucune des formalités du connaissement, à peine de nullité: c'est aux tribunaux à apprécier les actes, les faits, les circonstances. La Cour de cassation, par un arrêt de rejet du 6 juillet 1829, a consacré cette doctrine (Devillen. et Car. 9. 1. 325; J. P. 3° édit.).

Cet arrêt paraît décider, il est vrai, que le connaissement n'est obligatoire pour les assureurs qu'autant qu'il est signé par le capitaine et les chargeurs; mais nous pensons que cette règle ne saurait être absolue : nous admettons plus volontiers la doctrine consacrée par un arrêt de la cour d'Aix, du 30 août 1833 (S.-V. 34. 2. 161; J. P. 3º édit.), dans lequel on lit ce qui suit : « Considérant que l'irrégularité arguée par les assureurs contre le connaissement dont s'agit, consiste principalement en ce qu'il ne serait revêtu que de la signature du capitaine, et non de celle du chargeur, quoique l'article 282 du Code de commerce exige deux signatures; que l'exécution complète de cette formalité n'est pas exigée à peine de nullité; qu'il est au contraire d'un usage fréquent et attesté par le commerce, que le connaissement donné au chargeur par le capitaine n'est signé que par ce dernier, et que celui remis au capitaine par le chargeur n'est signé que par ledit chargeur, ce qui suffit pour donner à chacune des parties un titre utile pour contraindre la partie adverse, et remplit suffisamment le vœu de la loi dans le sens de l'article 284 du Code de commerce. » Et comme le connaissement dont il s'agissait dans l'espèce avait été souscrit à Redoutkalé en Georgie, la cour a ajouté: « que les connaissements faits en pays étrangers ne sauraient être rigoureusement soumis, pour leurs formalités, aux dispositions de la loi française. » Par ce motif, la cour a maintenu les preuves résultant du connaissement.

Cet arrêt a été déféré à la Cour de cassation, qui a rejeté ce pourvoi sans s'expliquer sur ce point (Cass. 25 mars 1835, S.-V. 35. 1.804; J. P. 3° édit.; D. P. 35. 1. 250).

Au reste, un arrêt de la Cour de cassation, du 15 février 1826, avait déjà décidé qu'il appartient aux juges d'apprécier la régularité et la sorce probante du connaissement; ce dernier arrêt a jugé, en outre, que toute personne intéressée devait être admise à fournir les preuves de fraude ou de collusion. (S.-V. 27. 1. 127; J. P. 3e édit.; D. P. 26. 1. 137.) - V. Pardessus, nos 723 et 832.

- 26. Pour ce qui concerne, d'une manière complète, la preuve du chargé et l'examen des questions qui s'y rattachent, - V. Contrat d'assurances maritimes.
- 27. Si les connaissements étaient perdus, le capitaine pourrait exiger une caution de la valeur du chargement, avant de souscrire de nouveaux connaissements à une autre consignation. Le Code espagnol (art. 805) contient une disposition expresse pour ce cas. Quoique rien de semblable n'ait été prévu dans nos lois, nous pensons néanmoins que cette règle doit être suivie.
- 28. « En cas de diversité entre les connaissements d'un même chargement, celui qui sera entre les mains du capitaine fera foi, s'il est rempli de la main du chargeur, ou de celle de son commissionnaire; et celui qui est rempli par le chargeur ou le consignataire sera suivi, s'il est rempli par la main du capitaine. » (C. de com., 284.) Cette disposition est conforme à ce que prescrivait l'ordonnance de 1681 (liv. 3, tit. 2, art. 6, Des connaissements).

Il est bien entendu que si, dans la rédaction du connaissement, le chargeur avait été remplacé par son commis, et le capitaine par l'officier du navire en usage d'écrire à sa place, la disposition ci-dessus ne cesserait pas d'être appliquée. (Emerigon, ch. Du connaissement; Dageville, t. 2, p. 378.) D'après le Code portugais, s'il existe plusieurs connaissements d'un même chargement, c'est le plus grand nombre d'entre eux qui a la préférence et qui fait loi (art. 1561). Le Code hollandais (art. 515) donne la préférence à celui qui est le plus régulier. S'il se trouvait une opposition entre deux connaissements, l'un, représenté par le capitaine, de la main du chargeur, l'autre, en la possession du chargeur, rempli de la main du capitaine, les tribunaux devront se décider par les renseignements, les circonstances ou le serment de celle des parties qu'ils présumeront avoir inséré par erreur une énonciation dont l'inexactitude lui deviendrait nuisible (Pardessus, nº 729).

29. « Tout commissionnaire ou consigna-

taire qui aura reçu les marchandises mentionnées dans les connaissements et chartesparties, sera tenu d'en donner un recu au capitaine qui le demandera, à peine de tous dépens, dommages-intérêts, même de ceux de retardement (C. com., 285). Cette disposition est copiée de l'article 5, titre 2, livre 5. de l'ordonnance de 1681. En fait, il arrive rarement que le capitaine exige un recu, ce dont la loi ne peut pas, du reste, lui faire une obligation (Marseille, 10 nov. 1824, Journ. de Marseille, 6. 1. 225). Les commis des douanes assistent toujours à la décharge des marchandises, pour contrôler et enregistrer toutes celles qui sortent du navire; le registre de ces commis fait foi de la décharge des marchandises sur le quai, et cela suffit pour la libération du capitaine, qui n'est tenu qu'à délivrer au quai, après avoir néanmoins averti tous les intéressés au chargement de se trouver sur le quai à la descente de leurs marchandises, pour qu'ils aient respectivement à les faire enlever (Valin, sur l'art. précité).

30. Le capitaine doit remettre les marchandises au consignataire désigné dans le connaissement, sans pouvoir élever contre lui la question de propriété.

31. Quelle que soit l'importance du connaissement, il est cependant des circonstances où l'on omet de dresser un pareil acte. « On ne s'avise pas, dit Emerigon, de dresser un connaissement pour des marchandises chargées en interlope. (V. ce mot.) On n'en dresse pas pour les bagages des passagers, que ceux-ci peuvent faire assurer; on n'en dresse pas pour les petits objets qu'un capitaine veut bien embarquer pour rendre service à un ami; on n'en dresse pas pour les objets non policés ni manifestés. Il y a même des genres de commerce où le connaissement est impraticable, comme dans la pêche à Terre-Neuve. Dans tous ces cas, on peut, suivant les circonstances, suppléer au défaut de connaissement. (Emerigon, ch. 11, sect. 6. - Bordeaux, 11 juillet 1832, J. P. 3º édit.; D. P. 33. 2. 59. — V. encore un arrêt de Poitiers, rendu en 1833, cité par Beaussant (Code maritime, t. 2, p. 108.) Les tribunaux se décideront alors d'après les attestations de l'équipage, les livres, la correspondance, les expéditions de douane ou toute autre pièce dont ils auraient à apprécier la valeur pro-

Il en serait de même si le capitaine avait

mis à la voile sans signer les connaissements, ou s'ils étaient adirés (Emerigon, loc. cit.).

32. Pour les chargements faits sur barque ou petits bâtiments, il est rare qu'on ne se contente pas d'une simple lettre de voiture, qui tient lieu tout à la fois de la charte-partie et du connaissement. Quelquefois même on se contente de faire une simple déclaration, lorsque les objets sont d'une valeur modique (Boulay-Paty, t. 2, tit. 7, sect. 1<sup>re</sup>).

33. Le capitaine est strictement tenu d'avoir à son bord les connaissements des marchandises qu'il est chargé de consigner. Dès lors, s'il égare ou s'il oublie un connaissement, et s'il ne peut, par cette raison, effectuer la consignation, il est responsable envers le chargeur de la valeur de la marchandise non consignée, sans pouvoir se libérer par l'offre de la représenter (Aix, 12 juillet 1830, Journ. de Marseille, 11. 188).

CONNETABLE. - En latin comes stabuli, comestabulus, connestabilis, constabularius. On appelait ainsi un grand dignitaire de la couronne, qui était au-dessus des maréchaux de France et le premier officier des armées. Originairement, ainsi que le mot comes stabuli l'indique, le connétable n'était que le chef des écuyers du roi. Lorsque la charge de maire du palais fut abolie, le grand-écuyer ou connétable devint le chef des armées, sous l'autorité du roi. Le premier connétable qui, en France, commanda les armées, fut un comte de Vermandois, sous Louis le Gros; mais alors cet office était loin d'avoir l'importance qu'il acquit depuis : ainsi, dans les lettres patentes, le connétable ne signait qu'après le grand chambellan et le grand échanson. Les prérogatives de cette dignité commencèrent en faveur de Mathieu de Montmorency, qui fut fait connétable en 1218; elles s'accrurent peu à peu, de telle sorte que, sous Philippe de Valois, la charge de connétable devint la plus haute du royaume. L'épée en était la marque distinctive; le connétable la recevait nue des mains du roi, et ensuite lui en faisait hommage. On put croire cette dignité supprimée après la mort du connétable de Saint-Pol, exécuté en 1475 pour crime de haute trahison. Elle resta en effet sans titulaire jusqu'à François 1er, qui la fit revivre en faveur de Charles de Bourbon. Le dernier connétable de France fut le duc de Lesdiguières, mort en 1627; mais après la suppression définitive des connétables, on en créa toujours un pour le sacre des rois spécialement. Le connétable, chef des maréchaux de France, avait une juridiction, dont le siège était établi à la table de marbre du palais à Paris, sous les noms de connétablie et maréchaussée.

V. ces mots.

Le sénatus-consulte du 28 floréal an XII avait rétabli la charge de connétable. C'était une des six grandes dignités de l'empire. (V. le titre 5 de ce sénatus-consulte, et le décret impérial du 30 mars 1806.) Le connétable jouissait des mêmes honneurs que les princes français, et prenaît rang immédiatement après eux : il était inamovible, sénateur et conseiller d'étatné, membre du grand conseil de l'empereur, du conseil privé et du conseil de la Légion d'honneur. Le connétable pouvait présider le sénat et le conseil d'état en l'absence de l'empereur.

La charge de connétable, tombée avec l'empire, ne fut pas rétablie par la restauration.

CONNÉTABLIE. — Juridiction du connétable et des maréchaux de France sur les gens de guerre et tout ce qui concernait l'armée directement ou indirectement, tant en matière civile qu'en matière criminelle. Après la suppression du titre de connétable, la juridiction que cet officier exerçait n'en subsista pas moins, mais alors sous la présidence des maréchaux de France. La connétablie ou maréchaussée connaissait de tous crimes, délits. contraventions ou excès commis par les gens de guerre, soit dans les camps, les garnisons ou sur les routes; elle connaissait aussi des actions personnelles que les militaires pouvaient avoir les uns contre les autres : ses jugements n'étaient point en dernier ressort, et les appellations ressortissaient du parlement. La connétablie avait son lieutenant général, son procureur du roi et son grand prévôt, lequel, avec quatre lieutenants et une compagnie d'archers, suivait les armées pour instruire les procès, faire la police et taxer le prix des vivres. Les maréchaux de France, présidents-nés de la connétablie, y assistaient lorsqu'ils le jugeaient à propos. On appelait encore connétablie la juridiction des maréchaux de France dans les contestations concernant le point d'honneur. Le tribunal décidait alors souverainement et sans appel.

CONNEXITÉ-CONNEXION (EN MATIÈRE CIVILE). —Ces mots sont dérivés du latin con-

nexio, liaison; ils expriment, en droit, le rapport ou la liaison qui existe entre deux ou plusieurs affaires.

Lorsque, par son objet, une cause a de tels rapports avec une autre cause soumise soit au même tribunal, soit à un tribunal différent, que le jugement de celle-ci pourrait influer sur le jugement de la première, on dit qu'il y a connexité.

Dans ce cas, les causes ne peuvent être séparées; elles doivent être jointes pour qu'il y soit statué par un seul et même jugement.

Que toute audience soit déniée, disait la loi romaine, à celui qui voudra séparer deux affaires connexes, et porter devant des juges différents une contestation qui peut être décidée dans toutes ses branches par un seul et même jugement: Nulli prorsus audientia præbeatur, qui causæ continentiam dividit, et ex beneficii prærogativa id, quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diversos judices voluerit ventilare (l.10, Cod., De judiciis).

Ce principe, admis par l'ancienne jurisprudence française, a été formellement consacré par notre droit actuel.

«S'il a été formé précédemment, en un tribunal, dit l'art. 171 du Code de procédure civile, une demande pour le même objet, ou si la contestation est connexe à une cause déjà pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné.»

Le renvoi pour connexité a pour but d'empêcher à la fois la division de la cause (ne continentia causæ dividatur), afin d'épargner aux parties des frais et des embarras inutiles, et d'éviter que deux jugements opposés n'interviennent sur une même contestation.

La demande en renvoi pour connexité est une exception déclinatoire. Pour connaître en quoi la connexité diffère de la litispendance, dans quel cas cette exception peut être présentée, devant quel tribunal elle doit être proposée, à quel moment de la procédure, ses conséquences, etc., —V. Exception.

CONNEXITÉ (EN MATIÈRE CRIMINELLE). —

1. La connexité ne fait qu'appliquer, en l'étendant, le principe de l'indivisibilité des procédures. Il est donc nécessaire, pour expliquer cette matière, de rappeler d'abord la raison et le sens de ce premier principe.

2. Toute procédure est indivisible, en ce sens qu'il y a lieu de réunir tous les prévenus

ou accusés d'un même délit ou d'un même crime, dans la même accusation et dans le même débat. Cette règle a été appliquée dans l'ancien droit comme dans le nouveau, parce qu'elle est puisée dans la nature même des choses. La loi romaine l'avait établie : Nulli prorsus audientia præbeatur, qui causæ continentiam dividit (1.10, Cod. De judiciis). Les anciens jurisconsultes, Ayrault (Instruction judiciaire, liv. 2, part. 3, nº 17), Jousse (Traité de just. crim., t. 1, p. 518), Muyart de Vouglans (Lois crim., p. 486), enseignent que la compétence s'établit ratione connexitatis, et que le juge, saisi d'une accusation, connaît de tous les complices, ne dividatur continentia causæ. La raison sur laquelle se fondait cette maxime, est qu'un même crime n'est pas susceptible de division; qu'il se constitue par l'accession de tous les faits, de toutes les circonstances qui s'y rattachent, et qu'il pèse en entier et de tout son poids sur chacun des accusés. Tout devient commun entre eux, les moyens de conviction, les moyens de défense, les moyens de jugement: séparer les accusés les uns des autres, ce serait non-seulement diviser les preuves, mais scinder le fait lui-même : l'instruction est donc indivisible.

3. Ce principe a été établi avec une grande force dans un réquisitoire présenté par l'accusateur près la haute cour nationale, le 19 vendémiaire an v : « C'est quelque chose de plus fort qu'un principe qui détermine l'indivisibilité de la procédure, lorsqu'il s'agit d'un seul et même délit, c'est la nécessité des choses, nécessité qui, indépendante des institutions humaines, briserait celles qui voudraient la méconnaître, et n'a pas besoin par conséquent d'être appuyée de leur trop fragile soutien. Est-il besoin, en effet, qu'une loi déclare qu'une même chose ne peut exister à la fois dans deux lieux différents? Voilà pourtant la base du principe qui ne permet pas que, sur un seul délit, plusieurs personnes soient poursuivies en même temps dans différents tribunaux. Si cette nécessité était reconnue dans l'ancienne procédure criminelle, combien ne doit-elle pas paraître plus impérieuse depuis l'institution du jury, dans laquelle témoignages, confrontation, défenses, rien ne laisse de traces? Divisez la procédure, instruisez-la en divers tribunaux, isolez les accusés, le débat n'a plus d'intérêt, les incertitudes se multiplient, les lumières s'affaiblissent et la vérité reste obscurcie. » Il faut toutefois ajouter avec le même réquisitoire : « Que le principe de l'indivisibilité n'a lieu et que sa nécessité ne se fait sentir que lorsque plusieurs accusés pour un même fait sont en même temps en jugement. Ainsi, lorsqu'une instruction est consommée dans un tribunal sur un délit, si postérieurement un complice est découvert, plus d'utilité, plus de nécessité de porter la seconde instruction au tribunal qui a fait la première, à moins que le complice n'en soit justiciable. Lorsqu'un procès est terminé, l'accusé, absous ou condamné, ne peut plus reparaître en jugement, il ne peut plus être soumis à un nouveau débat. Un procès terminé n'est plus; rien ne peut donc lui devenir connexe; rien ne peut lui être réuni; et quelque inconvénient qu'il y ait à ce que des individus accusés d'un même délit ne soient pas jugés ensemble, il faut bien se soumettre à la nécessité, lorsque ce n'est qu'après le jugement définitif des premiers prévenus qu'on en découvre ou qu'on en saisit d'autres. » (Merlin, Répert., vº Connexité, § 2.)

4. Tel est le véritable sens du principe de l'indivisibilité des procédures. Ce principe a été plusieurs fois consacré. La loi du 18 germinal au IV, se fondant sur ce « qu'il importe de ne point diviser les lumières qui peuvent établir la preuve de l'innocence d'un accusé, ou la conviction du crime, » déclarait que « lorsqu'il aurait été formé, à raison du même délit, plusieurs actes d'accusation contre différents accusés, les accusateurs publics seraient tenus d'en demander la jonction.» Une circulaire du ministre de la justice, du 23 frimaire an v, portait : « Il s'est élevé des difficultés sur la question de savoir si l'indivisibilité du délit entraîne l'indivisibilité de la procédure, ou, en d'autres termes, si un tribunal saisi de la connaissance d'un crime doit attirer à lui la connaissance de tout ce qui est connexe à ce crime; si, en instruisant le procès d'un accusé soumis à sa juridiction, il peut étendre cette juridiction sur tout individu que l'instruction lui indique comme complice. L'affirmative n'a jamais souffert de doute aux yeux du législateur, et c'est ce principe qui a dicté l'article 5 du titre 1er de la loi du 30 septembre 1791, l'article 15 de la loi du 4 brumaire an iv sur les conseils militaires, l'article 2 de la loi du 12 messidor an Iv, relative aux mêmes conseils, et enfin la loi du

24 du même mois, concernant la haute cour de justice, dans le préambule de laquelle il est dit que l'intérêt public et l'intérêt particulier de chaque accusé ont également consacré cette maxime inviolable, que tous les accusés d'un même délit doivent être jugés par le même tribunal. » L'article 307 du Code d'instruction criminelle a consacré cette doctrine.

- 5. La connexité dérive du même principe que l'indivisibilité. L'indivisibilité réunit tous les éléments d'un même fait; la connexité rapproche des faits différents qui ont entre eux une certaine liaison. L'indivisibilité comprend dans un même jugement tous les auteurs d'une même action; la connexité comprend tous les délits qui ont entre eux des rapports plus ou moins prochains, plus ou moins intimes. La raison des deux règles est la même: c'est la crainte d'affaiblir les preuves ou d'affaiblir la défense en divisant la cause; c'est l'intérêt de donner au jugement une base plus solide, en groupant dans le même débat tous les faits accessoires qui se rattachent au fait principal.
- 6. Nous avons vu que la règle de l'indivisibilité était consacrée par l'ancien droit; il en était de même de la règle de la connexité. Jousse enseigne que « lorsque des causes sont connexes, le juge qui est saisi d'une affaire criminelle peut aussi connaître des crimes et délits qui y sont accessoires. » (Traité de just. crim., t. 1, p. 506.) Muyart de Vouglans pose également en principe que « le jury pardevant lequel est portée l'accusation d'un crime peut connaître incidemment des autres crimes dont ce même accusé se trouve coupable; il peut connaître aussi de tous les complices de cet accusé, et cela, sur le fondement de la maxime: ne dividatur continentia causæ. » (Lois crim., p. 486.)
- 7. Notre législation intermédiaire recueillit ce principe. L'article 234 du Code du 3 brumaire an 1v portait que « le directeur du jury ne peut, à peine de nullité, diviser en plusieurs actes d'accusation, à l'égard d'un seul et même individu, soit les différentes branches et circonstances d'un même délit, soit les délits connexes, dont les pièces se trouvent en même temps produites devant lui. »
- 8. Les articles 226 et 227 du Code d'instruction criminelle ont déterminé le caractère et les effets de la connexité. L'article 226

est ainsi conçu: « La cour (chambre d'accusation) statuera par un seul et même arrêt
sur les délits connexes dont les pièces se
trouveront en même temps produites devant
elle. » L'article 227 ajoute: « Les délits sont
connexes, soit lorsqu'ils ont été commis en
même temps par plusieurs personnes réunies,
soit lorsqu'ils ont été commis par dissérentes
personnes, même en dissérents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé
à l'avance entre elles, soit lorsque les coupahles ont commis les uns pour se procurer les
moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, ou
pour en assurer l'impunité. »

9. Cette définition de la connexité est destinée à tracer la voie que le juge doit suivre, mais elle n'enchaîne pas strictement sa décision. La connexité, en effet, est un fait relatif qui admet nécessairement une certaine appréciation; elle résulte de circonstances variables; elle peut être plus ou moins étroite : il faut donc que le juge soit investi de quelque pouvoir pour vérifier le rapport des faits et déclarer leur indivisibilité. C'est par ce motif qu'il a été jugé par la Cour de cassation, d'une part : « Que la connexité des délits est sans doute un motif légitime de la réunion des procédures, mais qu'elle ne doit pas la faire opérer, lorsque de cette réunion pourraient résulter des retards qui amèneraient le dépérissement des preuves et nuiraient à l'action de la justice (Cass. 30 mai 1818, Devillen. et Car. 5. 1. 482; J. P. 3e éd.; D. A. 12. 601); et d'un autre côté, « que les dispositions du Code d'instruction criminelle sur la connexité ne sont point limitatives; que le président et la cour d'assises peuvent donc ordonner cette jonction, toutes les fois qu'ils la croient nécessaire pour la découverte de la vérité ou pour la bonne administration de la justice, même lors des cas prévus par l'article 227. » (Cass. 24 déc. 1836, S.-V. 37. 1. 11; J. P. 3e édit.; D. P. 37. 1. 5.) Il suit évidemment de ces deux arrêts que la règle des articles 226 et 227 est plutôt indicative qu'obligatoire, et que le législateur, en la tracant, a voulu laisser aux juges le pouvoir d'apprécier, dans l'intérêt d'une bonne justice, les cas de son application.

10. La Cour de cassation a décidé qu'il y avait lieu à jonction des procédures, pour cause de connexité: 1° Lorsque plusieurs crimes, quoique commis dans des départe-

ments différents et par divers individus, paraissent dériver d'une association criminelle (Cass. 11 nivôse an tx, Devillen, et Car., 1, 1, 407; J. P. 3e édit.); 2º lorsqu'un comptable public est à la fois accusé des crimes de faux et de concussion, et que la concussion a été commise à l'aide du faux (Cass. 2 frim. an XII. Devillen. et Car., 1. 1. 892; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 602); 3º lorsqu'un individu est accusé d'incendie et de vol, et que le premier crime a été le moyen de commettre le second (Cass. 7 germinal an XIII, Devillen. et Car., 2. 1. 92; J. P. 3º édit.; D. A. 3. 602); 4º lorsqu'un individu est à la fois prévenu de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse (Cass. 18 nov. 1813, Devillen. et Car., 4. 1. 471; J. P. 3e édit.; D. A. 3. 605); 5° lorsqu'il existe, à l'égard de deux prévenus d'usure et d'escroquerie, même de simples présomptions de complicité (Cass. 3 juin 1826, Devillen. et Car., 8. 1. 353; J. P. 3º édit.; D. P. 26. 1. 374); 6° lorsque deux accusations distinctes, telles que celles d'avortement et de blessures volontaires, résultent d'un mème fait matériel (Cass. 6 nov. 1840, J. P. 1841. 1. 598; D. P. 41. 1. 132); 7º lorsqu'un individu est à la fois prévenu du crime de faux et de tentative d'évasion ayant pour objet de lui procurer l'impunité de ce crime (Cass. 13 oct. 1815, Devillen. et Car., 5. 1. 103; J. P. 3e édit.; D. A. 7. 573); 8º enfin, lorsque des procédures, même non connexes et ayant pour objet des faits distincts, sont dirigées contre le même accusé (Cass. 7 fév. 1828, Devillen. et Car., 9. 1. 29; J. P. 3º éd.; D. P. 28. 1. 123).

11. La Cour de cassation a jugé, au contraire, qu'il n'y avait pas lieu à jonction: 1º entre une procédure instruite sur prévention de faux témoignage et celle instruite contre l'individu en faveur ou contre lequel a été porté le faux témoignage (Cass. 10 déc. 1807, Devillen. ct Car., 2. 1. 438; J. P. 3° éd.; D. A. 3. 605); 2° entre une prévention d'assassinat et une prévention de vol, lorsque ces délits, bien que commis par le même individu, n'avaient pas été commis aux mêmes époques, et qu'ils n'avaient entre eux aucun rapport (Cass. 15 avril 1808, Devillen, et Car., 2. 1. 515; J. P. 3e édit.; D. A. 3. 603); 3º entre le crime de meurtre imputé à un préposé des douanes sur un contrebandier, et le crime de contrebande avec attroupement et port d'armes (Cass. 7 oct. 1808, Devillen. et Car., 2. 1. 584; J. P. 3° édit.; D. A. 3. 605); 4° entre un fait qualifié délit par la loi et un autre fait qui ne donne lieu qu'à une action civile: «Attendu que les art. 226 et 227 ne sont applicables que dans le cas où les faits connexes sont, comme le fait principal auquel ils se rattachent, de nature à être poursuivis par action publique. » (Cass. 1° oct. 1825, Devillen. et Car., 8. 1. 200; J. P. 3° édit.; D. P. 26. 1. 67.)

12. Si la chambre d'accusation n'a pas prononcé la jonction des procédures, cette jonction peut être ordonnée par le président de la cour d'assises devant laquelle les accusations ont été renvoyées. Telle est, pour le cas d'un même délit commis par plusieurs personnes, la disposition de l'art. 307, portant : « Lorsqu'il aura été formé, à raison du même délit, plusieurs actes d'accusation contre différents accusés, le procureur général pourra en requérir la jonction, et le président pourra l'ordonner, même d'office. » Mais la Cour de cassation a jugé: 1º que cette mesure peut être prise lors même qu'il s'agit de deux ou plusieurs actes d'accusation dirigés contre le même accusé à raison de crimes différents; 2º qu'elle peut être ordonnée non-seulement par le président, mais par la cour d'assises, sur le réquisitoire du ministère public. L'arrêt de la cour déclare : « Que l'art. 307, rédigé d'une manière démonstrative et non limitative, n'est pas prescrit à peine de nullité; qu'il ne fait pas obstacle à ce que la cour d'assises ne puisse, avant l'ouverture des débats, sur le réquisitoire du ministère public pour la bonne administration de la justice, comme aussi pour la manifestation de la vérité, ordonner, même dans le cas de connexité, la jonction de plusieurs actes d'accusation dressés contre le même individu dans plusieurs procédures diverses qui sont toutes en état, dont elle se trouve simultanément saisie. » (Cass. 18 mars 1841, J. du droit crim., t. 14, p. 176.)

13. La faculté de demander devant la cour d'assises que les procédures différentes soient jointes, ou que les délits non connexes, réunis dans la même accusation, soient séparés, ne paraît appartenir, d'après le texte des art. 307 et 308, qu'au ministère public seulement. Aussi, la Cour de cassation a jugé que l'accusé ne peut exercer la même faculté, attendu qu'aucun texte du Code ne la lui donne. (Cass. 24 janv. 1828, Devillen. et Car., 9. 1. 18; J. P.

3e édit.; D. P. 28, 1. 106.) Néanmoins, il est difficile d'admettre une telle décision. Il s'agit d'une mesure qui intéresse la défense aussi bien que l'accusation, et il ne peut exister aucun motif de dénier à l'accusé le droit d'en réclamer l'application, sauf à la cour d'assises à apprécier sa demande. Le Code d'instruction criminelle n'a prévu que le mode d'exercice de l'intervention du ministère public, parce que c'est le cas le plus ordinaire, mais il n'a pas exclu celle de l'accusé. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu ellemême, dans un autre arrêt, que la demande en disjonction formée par l'accusé était régulière, et que la cour d'assises devait y statuer. (Cass. 22 sept. 1826, Devillen. et Car., 8, 1. 431; J. P. 3° édit.; D. P. 27. 1. 23.)

14. Il nous reste à examiner les effets de la connexité sur les règles de compétence. Lorsque les faits connexes appartiennent à la même juridiction, il ne peut s'élever à cet égard aucune difficulté; le seul effet de la connexité est de les soumettre à un seul jugement, au lieu de les laisser juger séparément. Mais lorsque ces faits appartiennent, par leur nature ou la qualité des prévenus, à des juridictions différentes, devant quelle juridiction doivent-ils être portés? Cette question se résout à l'aide de plusieurs distinctions.

15. Si, parmi les faits connexes, les uns sont attribués à la juridiction correctionnelle. les autres à la cour d'assises, c'est cette dernière juridiction qui doit seule être saisie. Ce principe a été fréquemment consacré par la jurisprudence. Même sous la législation antérieure au Code, il avait été décidé par un grand nombre d'arrêts, qu'en cas de poursuite simultanée contre plusieurs accusés du même délit, si les uns se trouvaient justiciables de la police correctionnelle par la nature de ces délits, et les autres, attendu leur état de récidive, du tribunal criminel, ils devaient être tous renvoyés devant le tribunal criminel. (Cass. 3 pluviôse an vII, Devill. et Car., 1. 1. 295; J. P. 3e ed.; D. A. 3. 605;—id., 3 prairial an VIII, Devillen. et Car., 1. 1. 323; J. P. 3e édit.; --id., 29 brumaire an XII, Devillen. et Car., 1. 1. 888; J. P. 3º édit.; D. A. 3. 707; - id., 14 nov. 1810, J. P. 3º édit.). La même espèce ne pourrait plus se présenter aujourd'hui, puisque la récidive d'un délit n'est plus rangée parmi les crimes, mais la règle subsiste toujours. Ainsi. la Cour de cassation a jugé: 1º que la cour d'assises est compétente pour connaître d'un délit d'escroquerie qui lui a été renvoyé comme connexe à un crime de baraterie et à un crime de faux (Cass. 17 août 1821; Devillen. et Car., 6.1. 489; J. P. 3° édit.); 2° que lorsque deux individus sont prévenus de vols connexes, et que l'un d'eux était domestique de la personne volée, ils doivent être renvoyés l'un et l'autre devant la cour d'assises. (Cass. 24 mars 1827, J. P. 3° édit.) — V. au surplus, sur ce point, Merlin (Rép., v° Connexité, § 3), Bourguignon (Jur. du Cod. crim., t. 1, p. 491) et Legraverend (Législ. crim., t. 1, p. 463.)

16. Si, parmi les prévenus de délits connexes, quelques-uns sont justiciables, à raison de leur qualité, d'une juridiction exceptionnelle, devant quels juges l'affaire entière doit-elle être renvoyée? La législation renferme sur ce point des solutions qui paraissent à la première vue contradictoires. L'article 501 du Code d'instruction criminelle porte que l'instruction faite devant la Cour de cassation contre des magistrats inculpés de crimes, sera commune aux complices du juge poursuivi, lors même qu'ils n'exerceraient point de fonctions judiciaires. Ceux-ci participent donc des formes exceptionnelles de la procédure. Au contraire, l'art. 555 du même Code, relatif aux cours spéciales, disposait que si parmi les prévenus qui sont, par la simple qualité des personnes, attribués à la cour spéciale, il s'en trouve qui ne soient point, par ladite qualité, justiciables de cette cour, le procès et les parties seront renvoyés devant les cours d'assises. La loi du 22 messidor an iv dispose dans ce dernier sens que lorsqu'il s'agit d'un même délit ou de plusieurs délits connexes, commis par des individus dont quelques-uns sont militaires et d'autres ne le sont pas, ceux-ci attirent leurs coaccusés à la juridiction ordinaire. Pour concilier ces textes, on a pensé qu'il fallait distinguer si la juridiction exceptionnelle, par le nombre de ses juges, son rang dans la hiérarchie judiciaire et la solennité de ses formes, présentait de plus hautes garanties à la justice que la juridiction ordinaire, ou si, au contraire, elle en présentait moins. Dans la première hypothèse, qui est celle qui fait l'objet de l'article 501, la juridiction exceptionnelle doit être saisie; dans la deuxième, qui fait l'objet de l'art. 555 et de la loi du 22 messidor an IV, l'assaire doit être portée devant les juges ordinaires. Cette distinction serait applicable aux prévenus de délits connexes lorsque quelquesuns de ces prévenus appartiendraient à la cour des pairs : cette cour, par les hautes garanties qu'elle donne, devrait attirer à elle tous les faits connexes au fait dont elle serait saisie. Toutefois, cette décision, proposée par quelques auteurs, ne doit être acceptée qu'avec une grande réserve. Il ne faut pas perdre de vue que la règle générale veut que les citoyens soient jugés par leurs juges naturels, et que cette règle ne peut fléchir que lorsque les intérêts de la justice sont en parfait accord avec les intérêts de l'accusé pour réclamer une exception.

17. Enfin, si, parmi les faits connexes, l'un est, par sa nature, justiciable d'une juridiction spéciale, comment la compétence doitelle être réglée? Il ne s'agit plus ici d'individus étrangers à cette juridiction, mais seulement de faits connexes au fait spécial et commis par ses justiciables. Or il a été constamment jugé, avant la promulgation du Code d'instruction criminelle, que lorsque le délit spécial était le fait principal de l'accusation, la juridiction spéciale était compétente pour le tout; c'est dans ce sens que la Cour de cassation a jugé: 1° que lorsqu'un fait de recélement de conscrits est tellement lié à un délit de rebellion envers la gendarmerie, qu'il ne puisse être séparé, la cour spéciale est compétente pour juger l'un et l'autre (Cass. 18 fructidor an xIII, S.-V. 7. 2. 858; J. P. 3<sup>e</sup> édit.; D. A. 3. 607); 2º que la cour spéciale, saisie de la connaissance de vols rentrant dans sa compétence, doit connaître des actes préparatoires de ces vols constitutifs de la complicité, parce qu'ils se confondent et s'identifient avec eux (Cass. 18 juin 1807, S.-V. 7. 2. 859; J. P. 3º édit.; D. A. 3. 609); 3° que l'individu prévenu d'arrestation arbitraire, d'extorsion de signature et de faux, pouvait, à raison de la connexité des deux premiers délits avec le dernier, être traduit devant une cour spéciale pour le tout (Cass. 9 septembre 1808, S.-V. 8. 1. 474; J. P. 3e édit.; D. A. 3. 608). Le même principe se retrouve, dans des hypothèses diverses, au fond des arrêts des 22 avril 1808 (Devillen. et Car., 2. 1. 517; J. P. 3e édit.), 22 juillet 1808 (Devillen. et Car., 2. 1. 557; J. P. 3º édit.), 16 mars 1809 (Devillen. et Car., 3. 1. 36; J. P. 3° édit.) et 19 fév. 1813 (Devillen. et Car., 4. 1. 289; J. P. 3e édit.; D. A. 3. 608, 609). Il est nécessaire, toutesois, en rapportant cette jurisprudence, de faire remarquer qu'elle ne doit s'appliquer que dans des cas qui, pour la plupart, ne peuvent plus se présenter aujourd'hui. Sans doute il importe que la juridiction exceptionnelle réunisse tous les éléments de conviction et prononce sur toutes les dépendances du délit dont elle est saisie, car la loi qui, par des motifs d'intérêt public, lui a déféré ce délit, veut qu'elle puisse librement remplir sa mission; mais il importe également qu'elle se renferme strictement dans le cercle qui lui a été tracé, car la raison de son intervention n'existe plus au delà. Ce n'est donc que lorsque les faits connexes sont des circonstances accessoires du délit principal et que leur division est impossible, qu'il y a lieu de déférer le tout à la juridiction spéciale. - V. au surplus, Compétence (en matière criminelle), Cour des pairs et Tribunaux militaires.

CONQUET. — V. Acquêt, Communauté, dotal (Régime), Succession.

consanguin, utérin, germain; une sœur consanguine, utérine, designe un proposition à celui de utérin, qui désigne un parent du côté maternel, et à celui de germain, qui désigne un parent tout à la fois du côté du père et du côté de la mère. Ces diverses expressions sont le plus habituellement appliquées aux frères et sœurs. Ainsi l'on dit : un frère consanguin, utérin, germain; une sœur consanguine, utérine, germaine.

En matière de succession, les parents simplement consanguins ou utérins sont moins favorablement traités que les germains. Ainsi, lorsqu'une succession est échue en totalité ou en partie à des frères et sœurs du défunt, elle se divise en deux parts égales, l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour ceux de la ligne maternelle; les frères et sœurs utérins ou consanguins ne prennent part que dans leur ligne, tandis que les frères et sœurs germains prennent part dans les deux lignes (C. civ., 733 et 752). —V. Succession.

consanguinité. — Chez les Romains, ce terme ne désignait que la parenté dont le père seul était la cause et le principe. En France, il avait une acception plus générale, et comprenait toute sorte de parenté, soit du côté du père, soit de celui de la mère.

Aujourd'hui cette expression n'est plus en usage; elle a été remplacée, dans le langage du droit, par celle de parenté. — V. ce mot.

CONSCRIPTION MILITAIRE. — D'après la loi du 19 fructidor an vi, lorsque la patrie était en danger, tous les Français étaient appelés à sa défense; et hors le cas de danger de la patrie, l'armée de terre se formait par enrôlement volontaire et par la voie de la conscription militaire. La conscription militaire comprenait tous les Français, depuis l'âge de vingt ans accomplis jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans révolus.

La Charte de 1814, art. 12, et la Charte de 1830, art. 11, ont aboli la conscription militaire et l'ont remplacée par un mode de recrutement déterminé par la loi. — V. Recrutement.

CONSEIL. — C'est l'avis donné à quelqu'un sur ce qu'il doit faire ou ne pas faire.

On n'est point, en général, responsable des suites que peuvent avoir les conseils donnés de bonne foi; il en serait autrement s'ils étaient donnés frauduleusement et avec l'intention de nuire. C'est ce qui est établi par la loi 47, ff. De reg. juris, ainsi conçue: Consilii non fraudulenti, nulla obligatio est; cæterùm si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit.

Les conseils qui sont donnés par des avocats prennent ordinairement le nom de consultations. — V. ce mot.

Celui qui donne le conseil de commettre un crime ou un délit peut être considéré comme s'étant rendu complice dudit crime ou délit. — V. Complicité.

CONSEIL AUX ACCUSÉS. — Ce terme est employé par les art. 294 et 295 du Code d'instruction criminelle comme synonyme de celui de défenseur.

Le premier de ces articles veut, en matière de grand criminel, que le président des assises, après avoir interrogé l'accusé dans la maison de justice, l'interpelle de déclarer le choix qu'il aura fait d'un conseil pour l'aider dans sa défense; sinon, que le président lui en désigne un sur-le-champ, à peine de nullité de tout ce qui suivra; et l'art. 295 porte que le conseil ne peut être choisi ou désigné que parmi les avocats ou avoués de la cour royale ou de son ressort, à moins que l'accusé n'obtienne du président la permission de prendre pour conseil un de ses parents ou amis. — V. Défense, Défenseur.

CONSEIL D'ARRONDISSEMENT. — V. Conseil général de département.

CONSEIL DE DISCIPLINE. - V. Garde nationale.

CONSEIL D'ÉTAT (1). On appelle ainsi un conseil supérieur dont les fonctions consistent à éclairer et assister le gouvernement dans l'exercice des attributions dévolues au pouvoir exécutif.

CHAP. 1er. - Aperçu historique.

- § 1er. Des institutions qui ont précédé le Conseil d'état sous l'ancienne monarchie jusqu'à la révolution de 1789.
- § 2. Du Conseil d'état depuis 1789 jusqu'en 1814.
- § 3. Du Conseil d'état depuis 1814 jusqu'à 1830.
- § 4. Du Conseil d'état depuis la révolution de 1830 jusqu'à la loi du 19 juillet 1845.
- Chap. 2. De la composition actuelle du Conseil d'état.
  - § 1er. Du service ordinaire. Auditorat.
  - \$ 2. Du service extraordinaire.

[Des avantages et des inconvénients du service extraordinaire (45). — Comment la loi de 1845 entend y remédier (47).]

- § 3. De la présidence du Conseil d'état.
- § 4. Du secrétaire général.
- CHAP. 3. Division du Conseil d'état en comités.
- CHAP. 4. Des fonctions du Conseil d'état.
- Sect. 1re. Des attributions du Conseil d'état en malière de gouvernement.
  - § 1er. Haute police administrative.
  - \$ 2. Rapports de l'état avec la cour de Rome et avec les ministres des cultes. Communautés religieuses. Appels comme d'abus.

[Surveillance générale des cultes (63).]

- § 3. Mise en jugement des agents du gouvernement.
- § 4. Prises maritimes.
- § 5. Recouvrement de la qualité de Français. Naturalisations. Additions et changements de noms.

Sect. 2. — Des attributions du Conseil d'état dans les matières d'administration pure.

[Règlements d'administration publique (79).—Nomenclature des matières auxquelles ils s'appliquent (ibid.).
— Ordonnances rendues dans la forme des règlements d'administration publique (80). — Nomenclature des matières qu'elles régissent (ibid.).]

SECT. 3. — Des attributions du Conseil d'état en matière de tutelle administrative.

[Dans l'intérêt de la fortune publique (81),—des départements (ibid.) des communes (ibid.), — des établissements charitables (ibid.).]

- Sect. 4. Des attributions diverses du Conseil d'état en matière administrative.
  - § 1er. Comité de législation.
  - \$ 2. Comité de l'intérieur et de l'instruction publique.
  - § 3. Comité du commerce et des travaux publics.
  - § 4. Comité des finances. Comptabilité générale. — Contributions directes et indirectes. — Cadastre. — Dette inscrite. — Domaines et enregistrement. — Forêts, douanes et postes. — Affaires générales. — Liquidations de pension.
  - § 5. Comité de la guerre et de la marine.
- CHAP. 5. Des formes de procéder en matière administrative. — Comités. — Séances générales.
- CHAP. 6. Des attributions du Conseil d'état en matière contentieuse.
  - § 1er. Conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire.
  - § 2. Questions de compétence qui s'élèvent entre les autorités administratives au sujet des affaires contentieuses.
  - § 3. Recours dirigés pour incompétence ou excès de pouvoir, violation des formes ou de la loi, contre des décisions administratives.
  - § 4. Recours contre les décisions en matière contentieuse, qui ne sont pas rendues en dernier ressort.

<sup>(1)</sup> Article de M. Duchesne, auditeur au Conseil d'état, chef de bureau au ministère de l'intérieur.

- § 5. Demandes en interprétation d'ordonnances royales et oppositions formées à ces ordonnances.
- § 6. Affaires contentieuses soumises directement au Conseil d'état.
- § 7. Observations générales sur les attributions contentieuses du Conseil d'élat.
- CHAP. 7. Des règles de procédure à suivre devant le Conseil d'état en matière contentieuse.
  - Sect. 1<sup>re</sup>. Des instances introduites au Conseil d'état à la requête des parties.
  - SECT. 2. Dispositions particulières aux affaires contentieuses introduites sur le rapport d'un ministre.
  - SECT. 3. Des incidents qui peuvent survenir pendant l'instruction d'une affaire.
    - § 1er. Des demandes incidentes.
    - § 2. De l'inscription de faux.
    - § 3. De l'intervention.
    - § 4. Des reprises d'instances et constitution de nouvel avocat.
    - § 5. Du désaveu.

SECT. 4.

- § 1er. Des décisions du Conseil d'élat.
- § 2. De l'opposition aux décisions rendues par défaut.
- § 3. Du recours contre les décisions contradictoires.
- § 4. De la tierce-opposition.
- § 5. Des dépens.

SECT. 5.

- § 1er. Des avocats au conseil.
- § 2. Des huissiers au conseil.

#### CHAP. 1er. - Aperçu historique.

- § 1er. Des institutions qui ont précédé le Conseil d'état sous l'ancienne monarchie jusqu'à la révolution de 1789.
- 1. On trouve, aux temps les plus reculés de notre histoire, des institutions analogues à celle du Conseil d'état.

Sous les deux premières races, alors que la justice était rendue au peuple par les seigneurs, dans leurs fiefs ou bénéfices, par les comtes, les envoyés du roi (missi dominici),

et les centeniers, dans les terres soumises à la juridiction royale, la royauté, investie de la surveillance de ces différents tribunaux et du droit de réviser leurs jugements, avait senti le besoin de s'entourer d'auxiliaires qui l'aidassent à remplir cette tâche laborieuse. Deux grands officiers de la couronne, le comte du palais et l'archichapelain, étaient chargés de recevoir les affaires déférées au roi par les laïques et par les ecclésiastiques; assistés de deux autres juges (scabini comitis palatii), ils statuaient sur une partie de ces réclamations, réservant à la connaissance du roi luimême les plus importantes. Ces dernières étaient examinées dans une assemblée présidée par le roi et composée du comte du palais, de l'archichapelain et de ces missi dominici, délégués de l'autorité royale dont ils faisaient sentir l'action et la vigilance sur tous les points du royaume, et dans la création desquels nous trouvons le premier élément de la centralisation qui fait aujourd'hui la force de la France.

2. Outre ce Conseil, que les rois de la première et de la seconde race avaient sans cesse à leurs côtés, deux autres les aidaient encore à porter le poids du gouvernement et à rendre la justice. Hincmar, dans une de ses lettres à Louis le Bègue, nous apprend de quelles personnes le premier était formé. « On prenait, dit-il, pour conseillers, autant qu'il était possible, des hommes qui, soit laïques, soit ecclésiastiques, craignissent Dieu, chacun selon sa qualité ou ses fonctions; ensuite qui fussent si fidèles, que, hors la vie éternelle. ils ne préférassent rien au roi et au royaume ; des hommes qui ne fussent ni amis ni ennemis, ni donneurs de présents, ni flatteurs, ni emportés, ni remplis de cette sagesse hypocrite et trompeuse, qui est celle du siècle, et n'est pas aimée de Dieu, mais pourvus de cette sagesse et de cette intelligence qui sert à réprimer et même à ruiner entièrement ceux qui se confient en cette sagesse humaine. Les conseillers élus tenaient pour principe. que tout ce qui se disait familièrement entre eux, tant sur l'état du royaume que sur les individus, personne, sans le consentement de tous, ne pourrait le confier dans sa famille ni à d'autres, parce qu'il était possible que la chose dût être cachée, soit un jour, soit deux, soit une année entière, ou même à perpétuité. »

C'était à cette assemblée, véritable Conseil

d'état, qu'étaient portées les délibérations, non-sculement sur la police intérieure du royaume, sur la paix, sur la guerre en un mot sur les intérêts politiques les plus considérables, mais encore sur les procès que le roi, en raison de leur gravité, ne voulait pas juger avec la seule assistance du comte du palais, de l'archichancelier et de ses missi dominici, c'est-à-dire de son conseil particulier. On voit donc que ce Conseil d'état était à la fois corps politique et cour de justice.

Au-dessus de ce conseil, nous ne trouvons plus que ces assemblées générales de la nation qui se tenaient tous les ans, au mois de mars, et ensuite au mois de mai, et qui, offrant elles-mêmes ce double caractère politique et judiciaire, s'occupaient à la fois et des affaires publiques et des questions litigieuses dont le Conseil d'état avait voulu réserver l'examen à ces grandes réunions, où l'expérience des hommes les plus éminents, la science du clergé, l'énergique droiture des chefs militaires, représentaient avec tant de solennité toutes les forces de la nation.

3. Cette organisation fut renversée par la révolution qui éleva Hugues Capet sur le trône. L'unité politique et administrative vers laquelle tendaient tous les efforts de Charlemagne se brisa tout d'un coup. Les seigneurs refusèrent de recevoir les envoyés du roi, et secouèrent le joug de ce droit d'appel qui reliait à la puissance royale toutes les juridictions inférieures. L'abolition du droit d'appel dépouilla le Conseil d'état de ses attributions litigieuses. Sous les premiers Capétiens, nous le voyons renfermé dans ses attributions purement civiles et politiques, et entièrement étranger à l'exercice de l'autorité judiciaire. Cet affaiblissement apparent de la royauté et de son Conseil fut, au reste, comme le fait remarquer M. Henrion de Pansey, une heureuse révolution. Sous les deux premières races, les Conseils, perpétuellement distraits par les affaires litigieuses, n'avaient su ni prévoir ni prévenir les événements qui firent descendre du trône les successeurs de Clovis et de Charlemagne; et lorsque, ensuite, sous les premiers Capétiens, le Conseil ne fut plus occupé que des affaires publiques et de l'administration intérieure, l'autorité royale, si faible, si bornée sous Hugues Capet, mina insensiblement les digues que lui opposaient les grands vassaux, les renversa, et finit par couvrir toute la surface de la France. (V. Henrion de Pansey, introduction au Traité de l'autorité judiciaire en France.)

4. L'établissement des communes fut un

des leviers les plus puissants dont s'arma la

royauté contre les seigneurs. Une ligue étroite se forma entre le pays et le roi contre l'ennemi commun, la puissance féodale. En même temps que celle-ci reculait devant les prérogatives de la couronne, les justices municipales, nouvellement créées par les chartes des communes, se rattachaient successivement à la royauté, et perdaient le caractère de justices seigneuriales que les hauts barons s'efforçaient de leur maintenir : le principe que toute justice émane du roi s'affermissait de jour en jour. Saint Louis, en abolissant le combat judiciaire et en établissant qu'on pouvait fausser sans combattre, ordonna que les appels des jugements portés devant ses cours seraient vidés uniquement d'après les moyens respectifs des parties. Il se borna d'abord, il est vrai, à introduire dans ses domaines seulement cette amélioration si importante, ne pouvant ou n'osant encore porter atteinte aux prérogatives seigneuriales, qui eussent sans doute été victorieusement défendues, s'il les eût attaquées de front; mais l'exemple qu'il avait donné dans sa propre juridiction porta bientôt ses fruits: une première modification s'introduisit dans les appels; on put, comme le dit Beaumanoir (Coutume de Beauvoisis), fausser sans vilain cas, et par erremens seur quoi li jugemens fus fes. Peu à peu, les combats d'appel devenant moins fréquents, les seigneurs attachèrent moins de prix à leurs priviléges judiciaires, que ces fiers batailleurs eussent si énergiquement revendiques, tant que juger, c'était combattre: ils s'éloignèrent des tribunaux, où ils furent remplacés par des baillis et des prud'hommes. La justice perdit ainsi ses allures militaires pour se pénétrer de plus en plus de l'esprit civil, et s'affermir sur ses véritables bases.—V. Organisation judiciaire.

5. A mesure que la jurisprudence consacrée par les Établissements de saint Louis se répandait dans les justices seigneuriales, les dernières traces des anciens appels disparaissaient; les recours réguliers, tels que nous les voyons pratiqués aujourd'hui, s'organisaient des juridictions inférieures aux juridictions supérieures, et, obéissant à la loi des fiefs, venaient tous aboutir au roi, considéré non comme roi, mais comme le chef de la hié-

rarchie féodale. Le Conseil d'étatallait ainsi reprendre ce rôle de cour de justice, dont il avait été, pendant plus de trois siècles, heureusement dépouillé. Un tribunal nommé les plaids de la porte, sans doute parce qu'il était facilement accessible, recevait les appels et supplications adressés au roi; les officiers du palais qui le composaient expédiaient les affaires les plus simples, et renvoyaient au roi les autres qu'il jugeait lui-même ou déférait à son Conseil. Le nombre en augmentant tous les jours, le Conseil d'état dut assigner des époques de l'année auxquelles il siégerait en parlement, et s'occuperait de questions litigieuses. Ces époques furent celles de la Toussaint, de la Chandeleur, de Pâques, de l'Ascension, et quelquefois de l'Assomption; et les sessions judiciaires dont elles marquaient le retour en prirent les dénominations de parlements de la Toussaint, de la Chandeleur, de l'Ascension, etc.: Hæc ordinatio registrata est inter judicia, consilia et arresta expedita in parlamento omnium sanctorum, anno 1287 (Ord. de 1287 sur les justices temporelles). Per regem Philippum, Parisiis in parlamento Ascensionis, anno 1272 (Ord. de 1272). Voilà donc le Conseil d'état investi de nouveau du double caractère politique et judiciaire qu'il présentait sous les deux premières races de nos rois, tour à tour conseil ou parlement, délibérant à la fois sur l'administration intérieure, sur les ordonnances par la discussion desquelles il s'associait au pouvoir législatif, et sur toutes les questions judiciaires soumises à son examen. Ce fut ainsi que le parlement prit naissance dans le sein du Conseil d'état.-V. Parlement.

6. Au commencement du quatorzième siècle, à l'époque où le parlement devint sédentaire, le Conseil d'état était partagé en deux sections, les maîtres des requêtes de l'hôtel et les conseillers d'état.

Les maîtres des requêtes étaient chargés, comme leur nom l'indique, de recevoir les demandes adressées au roi, et d'en faire un examen préalable, après lequel ils écartaient celles qui leur paraissaient dénuées de fondement, et portaient au conseil du roi celles qui méritaient d'y être discutées. Ils rédigeaient ensuite les décisions du conseil, qui, pour devenir valables, devaient encore être examinées, quelquefois corrigées et scellées par le chancelier.

Il était dans les attributions des maîtres des requêtes de préparer les règlements demandés au roi par les corps et communautés.

Ces mots de l'hôtel, ajoutés à leur qualification, venaient d'une certaine juridiction qui leur était dévolue. L'ordonnance du mois de décembre 1363 statue que « les maîtres des requêtes de l'hôtel auront la connaissance des offices et aussi des officiers de l'hôtel, en action personnelle pure, en défendant tant seulement, et non pas en demandant.»

De sévères précautions avaient été prises contre l'abus que les maîtres des requêtes pourraient être tentés de faire de leur prérogative d'accompagner toujours le roi. Celle que contient l'ordonnance de 1356 mérite d'être rapportée : « Nous ferons jurer, dit l'article 47, au chancelier, aux maîtres des requêtes et aux autres officiers qui sont entour de nous, comme nos chambellans et autres, que par devers nous ils ne procureront ne à eux ne à leurs amis aucuns dons de l'argent de nos coffres, ne autrement; ne requerront de passer grâces, ne rémissions; mais si aucunes choses nous veulent demander pour eux ou pour leurs amis, ils nous requerront en audience, présent notre conseil, ou la plus grande partie.»

Le nombre des maîtres des requêtes avait été fixé à deux par saint Louis. Sous Philippe le Bel, il fut considérablement augmenté; mais, sur les remontrances des états, Charles V, pendant la captivité du roi Jean, le réduisit à six, quatre clercs et deux laïques. (Ordonnance de 1357.)

7. Quant aux membres de ce conseil appelé conseil secret, conseil étroit, mais plus ordinairement grand-conseil, dénomination qui fut adoptée jusqu'au règne de Charles VIII, ils étaient pris, dit Pasquier (Recherches, chap. 6), tant du corps du parlement que des princes et grands seigneurs, selon les faveurs qu'ils avaient de leurs maîtres. Ils ne s'occupaient que des affaires du gouvernement, et les vigoureuses remontrances des états de 1356 donnent à penser que leur zèle avait quelquesois besoin d'être stimulé. On lit en effet ce qui suit dans l'ordonnance de 1356, rendue sur l'avis de ces états: « Comme pour le temps passé, il y ait eu, en aucuns des grands conseillers de ce royaume. tout plein de négligence sur le gouvernement du royaume, de venir tard en besogne, et. quand on y était venu, de petitement besogner, nous avons, pour obvier à ce, enjoint étroitement à tous ceux que nous avons maintenus et retenus dudit grand-conseil, par le bon avis et conseil desdits trois états, que dorénavant, sur ledit gouvernement que nous leur avons commis, ils entendent et veillent diligemment, toutes autres besognes arrière mises; et ainsi, leur avons fait jurer, sur saints Évangiles, que, chacun jour, heure du soleil levant, ils viennent au lieu que nous leur avons député et ordonné.»

Il était interdit aux conseillers d'état de faire aucun commerce, soit directement, soit indirectement, et de s'associer à aucune entreprise industrielle. L'ordonnance de décembre 1351, art. 24, motive ainsi cette prohibition : « C'est que marchandise en est moult empirée, et le peuple grevé. »

- 8. Ce que les auteurs du temps appellent consilium plenius, c'était des assemblées extraordinaires, beaucoup plus nombreuses que le conseil ordinaire composé tout au plus de cinq à six membres, où se réunissaient des prélats, des comtes, des barons, des gens d'église, nobles et autres habitants du royaume, et sages personnes, dont le roi prenait l'avis sur les questions qui pouvaient nécessiter ce concours de lumières. V. l'ord. de mars 1360 (Isambert, Lois anciennes, t. 5, p. 114).
- 9. Sous Charles VI, et pendant l'occupation de la France par les Anglais, il arriva souvent que des causes sur lesquelles le parlement devait prononcer lui furent enlevées et évoquées au grand-conseil, où les factions qui déchiraient alors la France espéraient trouver des juges prévenus en leur faveur. Il fallut alors augmenter le nombre des conseillers et le mettre en rapport avec ces usurpations de compétence, qui se multipliaient tous les jours. Charles VII, après l'expulsion des Anglais, ne fut pas maître d'arrêter cet abus. Les exactions commises par le duc de Bedfort avaient soulevé des réclamations et créé une foule de questions litigieuses, qu'il était peut-être d'une sage politique de retenir dans le Conseil d'état comme matière de gouvernement. Seulement, pour introduire le plus d'ordre possible dans ce désordre des évocations, Charles VII eut l'idée de composer, d'un certain nombre de ses conseillers, une cour à laquelle seraient spécialement renvoyées toutes ces affaires judiciaires, que la nécessité des temps avait forcément mêlées aux attributions politiques du Conseil d'état.

Il donna à cette cour le nom de grand-conseil, dénomination ordinaire du conseil du roi, qui fut dès lors désigné sous celui de Conseil d'état ou de conseil privé. Mais les abus des évocations ne tardèrent pas à se renouveler.

- 10. Nous n'entreprendrons pas de suivre pas à pas, dans leurs développements respectifs et dans leurs luttes incessantes, ces attributions dévolues au parlement et aux conseils du roi, ni de retracer l'histoire de ces juridictions diverses qui se rattachaient à l'une ou à l'autre de ces deux formes sous lesquelles se manifestait la justice du roi: justice deléguée, quand elle était rendue par les parlements où le roi était toujours censé juger par délégation; justice retenue, quand il la rendait lui-même dans ses conseils. Mais nous ne croyons pas inutile de rappeler ici, comme un des jalons importants de cette vaste histoire, l'organisation qui avait été donnée aux conseils du roi, sous la minorité de Louis XIV, après le règlement de 1644. A cette époque, elle embrassait:
- 1° Le Conseil d'état proprement dit, qui connaissait de trois classes d'affaires. La première comprenait les affaires de la guerre, les secrètes instructions du roi, la nécessité et la consommation des finances, la disposition des hautes charges et gouvernements : le roi, les ministres, le secrétaire et un certain nombre de conseillers d'état, assistaient seuls à ces délibérations, qui roulaient, comme on le voit, sur les matières politiques les plus importantes. A la seconde classe se rapportaient les traités de paix, de mariage, d'alliance, la distribution des emplois pour les armées de terre et de mer, et les entreprises pour sièges de villes et batailles : les maréchaux de France assistaient à ce conseil. Ensin, la troisième classe comprenait la décision des différends et les règlements de charges de maréchaux de France, gouverneurs de province, généraux d'armée, officiers de la maison du roi, les prises de vaisseaux, les droits et représailles, les intérêts des trois états, les contentions d'entre les cours. Le chancelier présidait ce conseil, auquel étaient appelés les surintendants.

Les délibérations prises sur ces trois classes d'affaires s'expédiaient par déclarations, ordres du roi, ou arrêts en commandement.

2º Le Conseil des dépêches, où se traitaient les questions relatives aux charges, à la gestion des intendants des finances et des secrétaires d'état, aux fonctions des commissaires départis dans les provinces, à leurs contestations avec les cours et corps de juridiction et de villes. A ce Conseil étaient présentes les personnes qui prenaient part aux travaux du premier, et, en outre, les maîtres des requêtes. Les décisions étaient minutées en forme de dépêches, qu'expédiaient les intendants et les secrétaires d'état.

3º Le Conseil des finances. Toutes les affaires où se trouvait engagé l'intérêt du roi, de son domaine ou de ses finances, les appels des jugements et arrêts rendus par les commissaires établis souverains, l'homologation des ordonnances des maréchaux de France sur le fait de droits contentieux, les différends entre traitants et associés qui pouvaient toucher l'intérêt du roi, toute exécution d'édits, déclarations et arrêts attribuant quelques droits que l'on contestait, formaient les attributions de ce Conseil, dont le caractère était, comme on le voit, essentiellement contentieux, à la différence des deux premiers dont la constitution était exclusivement politique et gouvernementale.

4º Le Conseil des parties, où se trouvait, au plus haut degré, le caractère judiciaire. Il connaissait : des évocations de pur mouvement et autorité du roi; des évocations fondées sur parentés et alliances; des évocations sur ports et faveurs : des évocations du consentement avec exception des cours les plus prochaines; des évocations par privilége avec renvoi; des règlements de juges sur conslit, ou pour cause de récusation ou suspicion de juges; des oppositions au titre, ou pour deniers où le roi n'avait aucun intérêt; des exécutions d'édits, déclarations et arrêts, et contraventions à iceux; des cassations des arrêts des cours, quand ils étaient contraires aux ordonnances, en contradiction avec eux-mêmes, ou attentatoires à la juridiction du Conseil.

11. Lorsque Louis XIV monta sur le trône, ce mécanisme des conseils fut, à peu de chose près, maintenu; les attributions du conseil des parties, qui avaient été déjà organisées successivement par des règlements de 1566, 1579 et 1597, furent de nouveau déterminées par le règlement du 3 janvier 1673; mais c'est surtout dans les ordonnances de d'Aguesseau, dans celle de 1737 sur les évocations et les règlements de juges, et celle de 1738, « concernant la procédure que Sa Majesté veut être observée en son conseil, » qu'il faut en chercher l'organisation définitive.

§ 2. — Du Conseil d'état depuis 1789 jusqu'en 1814.

12. « A la fin de la monarchie, dit M. de Cormenin, les parlements, avec leurs règlements généraux de police et leurs ajournements de fonctionnaires, gênaient les intendants, et les intendants, à leur tour, luttaient contre les parlements et contre les juridictions exceptionnelles de la table de marbre, de l'amirauté, des maréchaux, des trésoriers de France, des aides, des comptes, des échevinages, des consulats, et autres, qui, avec leurs compétences mal définies, tiraient chacun à soi une part de la justice, et encombraient le forum.

» Le conseil des parties et le grand-conseil suspendaient l'exécution des jugements par des évocations arbitraires.

» L'Assemblée constituante balaya le sol, et chassa devant elle intendants, parlements, bailliages, prévôtés, conseil d'état, grandconseil, et juridictions consulaires, forestières, fiscales, militaires et autres. Elle dressa, au milieu des ruines, l'édifice parallèle des deux pouvoirs administratif et judiciaire. »

13. Dès le 9 août 1789, « le roi, ayant reconnu la nécessité de faire régner, entre toutes les parties de l'administration, cet accord et cette unité si désirables dans tous les temps, et plus nécessaires encore dans les temps difficiles, » réunit au Conseil d'état le conseil des dépêches et le conseil royal des finances et du commerce; il ordonna, en outre, que toutes les demandes et affaires contentieuses qui étaient rapportées au conseil des dépêches par les secrétaires d'état fussent renvoyées de chaque département à un comité établi sous le titre de comité contentieux des départements, et composé de quatre conseillers d'état et de quatre maîtres des requêtes, rapporteurs (Règlement fait par le roi pour la réunion de ses conseils, 9 août 1789). Deux mois après, le 20 octobre 1789, l'Assemblée nationale décrèta que, jusqu'à ce qu'elle eût organisé le pouvoir judiciaire et celui d'administration, le conseil du roi serait autorisé à prononcer sur les instances qui y étaient alors pendantes, et qu'au surplus, il continuerait ses fonctions comme par le passé, à l'exception des arrêts de propre mouvement, ainsi que des évocations avec retenue du fond des affaires.

La loi du 29 novembre-1er décembre 1790

1

déféra à un tribunal de cassation toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort, les demandes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime, les conslits de juridiction, les règlements de juges, les demandes de prise à partie contre un tribunal entier. Elle l'investit du pouvoir d'annuler toutes procèdures dans lesquelles les formes auraient été violées, et tout jugement qui contiendrait une contravention expresse au texte de la loi.

V. Cour de cassation.

14. Le Conseil d'état, si fortement ébranlé par les premières secousses de la révolution, ne devait pas tarder à disparaître. Dès le 27 avril 1791, toutes les affaires pendantes aux conseils des finances, des dépêches, et généralement toutes celles qui existaient aux diverses sections du conseil, soit par appel, soit par évocation, durent être portées dans les tribunaux de district, ou, en cas de doute sur la compétence, au tribunal de cassation. Enfin, le décret du 25 mai 1791, relatif à l'organisation du ministère, supprima ce qui restait du Conseil d'état, et le remplaça par un conseil composé du roi et de ses ministres.

15. L'Assemblée législative n'apporta aucune modification à ce nouvel état de choses. Sous la Convention, l'examen des affaires administratives et contentieuses fut concentré dans ces comités fameux où s'étaient absorbés tous les pouvoirs. Le décret du 1er fructidor an III renvoya exclusivement au comité des finances, section des domaines, toutes les pétitions et questions relatives à la validité des adjudications des domaines nationaux ou réputés tels.

16. La constitution de l'an III transporta la justice administrative des comités de la Convention aux bureaux des ministres. C'était l'excès du mal, et nécessairement le remède devait en sortir.

Il en sortit bientôt: l'art. 52 de la constitution du 22 frimaire an VIII chargea un Conseil d'état « de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. » Le règlement du 5 nivôse fixa le nombre des conseillers d'état (de trente à quarante), divisa le Conseil en cinq sections (des finances, législation civile et criminelle, de la guerre, de la marine, de l'intérieur), et chargea cinq conseillers de la haute surveillance de diverses parties de

l'administration (les bois et forêts, et anciens domaines, les domaines nationaux, les ponts et chaussées, les sciences et les arts, les colonies). Il étendit les attributions du Conseil en le chargeant « de prononcer sur les conslits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux, sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres, et de développer le sens des lois, sur le renvoi qui lui est fait par les consuls, des questions qui leur ont été présentées. » Avant de se récrier contre l'énormité de ce droit d'interprétation qui ne pouvait, dit-on, appartenir régulièrement qu'à la puissance législative, il faut se rappeler comment alors se faisaient les lois : un corps législatif muet recevait les projets que le Conseil d'état avait mission de préparer et de lui présenter; il les écoutait discuter par le Conseil et par le tribunat, et il les votait sans rompre le silence auquel il était condamné. Sous une telle organisation, il faut bien reconnaître que si le Conseil d'état n'était pas lui-même la puissance législative, il s'y trouvait du moins assez intimement associé pour qu'il pût être ensuite, sans une violation trop choquante des principes, appelé à interpréter les lois à la confection desquelles il avait pris une part si importante.

Le sénatus-consulte organique de la constitution, rendu le 16 thermidor an x, statua que le nombre des membres du Conseil d'état n'excéderait jamais cinquante, le divisa en sections et en ouvrit l'entrée aux ministres.

17. Lorsque Napoléon échangea le titre de consul contre celui d'empereur, il chercha à faire passer dans les institutions la stabilité qu'il espérait donner à sa dynastie; et il créa, par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII, des conseillers d'état à vie.

Les décrets des 11 juin et 22 juillet 1806 instituèrent la commission du contentieux, et établirent, pour la procédure administrative, les règles suivies ençore aujourd'hui. Le premier conféra au Conseil des attributions de haute police administrative; aux termes des articles 15 et suivants, une commission composée du président de l'une des sections et de deux conseillers examinait la conduite des agents que l'empereur jugeait convenable de traduire ainsi à la barre du Conseil; elle faisait ensuite son rapport au Conseil d'état, qui pouvait prononcer qu'il y avait lieu à réprimander, censurer, suspendre, ou même destituer le fonctionnaire inculpé.

Exerçant ainsi des fonctions de conseil de justice, de police et de législation, sous la direction de Napoléon qui le présidait luimême, le Conseil d'état était, comme le dit si justement M. de Cormenin, l'âme de l'administration, la source des lois et le flambeau de l'empire. C'est au Conseil d'état que nous devons ces codes que le monde civilisé nous envie, et ces immenses travaux législatifs auxquels on ne comprendrait pas qu'il eût pu suffire, si l'on ne se rappelait, avec M. Thiers, que la révolution française avait été prodigieusement féconde en hommes dans tous les genres, et qu'en ayant la sagesse de ne plus tenir compte des exclusions prononcées par les partis, les uns à l'égard des autres, l'empire avait le moyen de composer le personnel de gouvernement le plus varié, le plus capable et le plus glorieux. (Histoire du Consulat et de l'Empire, t. 1, liv. H.)

### § 3. — Du Conseil d'état depuis 1814 jusqu'à 1830.

48. La charte de 1814 ne fit pas mention du Conseil d'état. Le grand rôle qu'il avait joué sous l'empire ne s'accommodait plus avec les nouvelles institutions de la France. La puissance législative allait rentrer dans la plénitude de ses droits. La responsabilité des ministres était, sinon définie, du moins déclarée en principe; ils devaient, par conséquent, prendre la direction suprême de toutes les parties de l'administration : le Conseil d'état cessait donc d'exister comme pouvoir législatif; et comme pouvoir administratif, il allait à son tour subir cette dépendance dans laquelle il avait tenu les ministres de l'empire. Une ordonnance royale du 29 juin 1814 annonça l'intention de réorganiser incessamment le Conseil; en même temps, elle réglait par avance quelques points de cette organisation nouvelle. Dans cet acte curieux à étudier, luttent visiblement les tendances de l'ancienne monarchie, les exigences de la Charte octroyée, et par-dessus tout, une réaction inquiète contre le conseil de Napoléon. « Nous nous sommes fait représenter, dit le préambule de l'ordonnance, les règlements des rois, nos prédécesseurs, sur cette matière, et nous avons reconnu qu'il serait difficile d'arriver à un meilleur système; que, néanmoins, on ne peut se dispenser de le mettre en harmonie avec les changements survenus dans la forme du gouvernement. » L'art. 2 réserve

au roi la création de conseillers d'état, d'église et d'épée. L'art. 7 charge le conseil d'en-haut ou des ministres, de délibérer, en présence du roi, sur les matières de haute administration, sur la législation administrative, sur tout ce qui tient à la police du royaume : le roi pouvait y évoquer les affaires du contentieux de l'administration qui se lieraient à des vues d'intérêt général.

A cette époque, le Conseil d'état était composé de vingt-cinq conseillers et de einquante maîtres des requêtes, en service ordinaire, sans compter le service extraordinaire; il était divisé en cinq comités, de législation, du contentieux, de l'intérieur, des finances et du commerce; il avait mission d'examiner les projets de lois et règlements préparés dans les divers comités, de vérisier et enregistrer les bulles et actes du saint-siège, de connaître des appels comme d'abus. Le comité du contentieux embrassait dans ses attributions le contentieux de l'administration de tous les départements, les mises en jugement des administrateurs et préposés, et les conslits. Ses avis, rédigés en forme d'arrêts ou de jugements, ne devenaient définitifs qu'après avoir été rapportés et délibérés dans le Conseil d'état, ou après avoir reçu la sanction directe du roi. Les comités étaient soumis à la présidence des ministres. Des marchands, négociants, manufacturiers des principales villes industrielles pouvaient être appeles par le ministre du commerce dans le sein du comité dépendant de son département, avec droit de séance et de voix consultative : enfin les conseillers d'état à vie, créés par l'empereur, étaient supprimés et réduits à une pension de 4000 fr.

19. Après la seconde restauration, l'ordonnance du 23 août 1815 organisa sur de nouvelles bases le Conseil d'état; elle le divisa, comme il avait été divisé sous l'empire, en service ordinaire et service extraordinaire; elle ajouta aux comités créés par l'ordonnance du 29 juin 1814 celui de la marine et des colonies; fit passer au comité du contentieux, outre ses précédentes attributions, celles assignées au conseil des prises (V. Ord. du 5 septembre 1815), et exigea que ses arrêts, auxquels était rendu le nom d'avis, fussent délibérés et arrêtés en Conseil d'état.

Jusque-là, le Conseil ne se réunissait en assemblée générale que pour donner, comme nous venons de le dire, sa sanction aux avis du comité du contentieux. Une amélioration importante fut consacrée par l'ordonnance royale du 19 avril 1817, qui statua, par son art. 6, que tout projet de loi ou d'ordonnance portant règlement d'administration publique qui, conformément à l'ordonnance du 23 août 1815, aurait été préparé dans l'un des comités établis près des ministres secrétaires d'état, devrait ensuite être délibéré au Conseil d'état, tous les comités réunis, et tous les ministres ayant été convoqués. Ainsi s'agrandissait le domaine du Conseil, et reparaissaient peu à peu les traditions du grand établissement impérial, contre lequel, peu d'années auparavant, s'étaient armées tant de jalouses défiances.

20. Nous ne retracerons pas ici les efforts que fit le Conseil d'état de la restauration pour se ressaisir de l'interprétation des lois dont la loi du 16 septembre 1807, d'accord avec l'arrêté du 5 nivôse an VIII, avait fait une des attributions les plus importantes du Conseil d'état de l'empire. Nous ne rappelons ces controverses auxquelles mit fin la loi du 30 juillet 1828, et dans lesquelles l'avis du Conseil d'état du 17 décembre 1823 intervint avec une si imposante autorité, que pour montrer quelle place il tenait alors dans l'état.

21. L'ordonnance royale du 26 août 1824 confirma la division du Conseil en service ordinaire et extraordinaire, créa trente conseillers et quarante maîtres des requêtes, définit les fonctions qu'il fallait avoir remplies pour obtenir ces titres, et affermit la position jusque-là trop précaire des membres du Conseil. En 1821, dans une des discussions soulevées à la chambre des députés à propos du Conseil d'état, M. Manuel s'écriait : « Que peut-on espérer de prétendus juges qui n'ont aucune existence légale, d'hommes qui sont à la discrétion absolue des ministres, et qu'à chaque trimestre on peut exclure du Conseil d'etat avec autant de facilité qu'on déplace les pièces d'un échiquier? » L'art. 6 de l'ordonnance de 1824 répondit à cette trop juste observation, en statuant que les conseillers d'état, maîtres des requêtes et auditeurs, ne pourraient être révoqués qu'en vertu d'une ordonnance individuelle et spéciale, rendue par le roi, sur la proposition du garde des sceaux. Le comité du contentieux fut considérablement agrandi, et partagé en deux sections; les conseillers d'état, secrétaires gé-

néraux de l'un des ministères, ou directeurs d'administrations, n'eurent plus que la voix consultative dans les affaires contentieuses de leur département; l'ordre des rapports et des délibérations fut réglé, et, avant d'entrer en fonctions, les membres du Conseil durent prêter un serment dont voici la formule : « Je jure devant Dieu de bien et sidèlement servir le roi en l'état et l'emploi de conseiller d'état (maître des requêtes ou auditeur): d'obéir à la Charte constitutionnelle que Sa Majesté a octroyée à ses peuples; de garder et observer les lois, ordonnances et règlements; de tenir secrètes les délibérations du Conseil et les affaires qui me seront communiquées concernant le service du roi; d'avertir Sa Majesté de tout ce que je jugerai être important pour son honneur, sa personne et son service, et de faire tout ce qu'un homme de bien, aimant son roi et son pays, doit faire pour la décharge de sa conscience et le bien des affaires de Sa Majesté. »

22. Le Conseil d'état fut, sous la restauration, l'objet d'attaques très-vives et très-fréquentes. La loi du 30 juillet 1828 lui avait enlevé définitivement l'interprétation légis-lative que lui attribuait celle du 16 septembre 1807; sa légalité, comme tribunal administratif, était fortement ébranlée dans l'opinion, non-seulement par les discussions des chambres, mais encore par les écrits des publicistes; le gouvernement sentait la nécessité de consolider ses bases et de l'organiser par une loi; il la préparait dans le sein d'une commission instituée par M. de Courvoisier, quand éclata la révolution de 1830.

Ne soyons pas injustes envers le Conseil d'état de la restauration: s'il était redescendu de la hauteur à laquelle l'avait élevé la toute-puissance de Napoléon, il n'en a pas moins acquis des titres sérieux à l'estime et à la gratitude du pays. Reconnaissons, avec M. de Cormenin, que, grâce au patriotisme intelligent et courageux de quelques hommes, il rendit des services ignorés, mais immenses. Il empêcha, par l'inflexibilité de ses rejets, qu'on ne rouvrît l'abîme de l'arriéré. Il garda la paix des émigrés et des acquéreurs de biens nationaux; il maintint dans son équilibre légal la division des pouvoirs.

§ 4. — Du Conseil d'état depuis la révolution de 1830, jusqu'à la loi du 19 juillet 1845.

23. La Charte révisée de 1830 a gardé sur le

Conseil d'état le même silence que la Charte I octroyée de 1814. On doit se féliciter, dans l'intérêt de l'institution, qu'elle n'ait pas été discutée à une époque où l'opinion était encore si profondément émue des attaques dirigées contre elle pendant les années précédentes. Si la cause du Conseil d'état eût été plaidée dès les premiers jours qui suivirent la révolution de juillet, elle eût été peut-être et pour longtemps perdue. Mais le pouvoir royal eut le temps de conjurer l'orage; les ordonnances des 2 février, 12 mars et 9 septembre 1831 établirent la publicité des séances pour le jugement des affaires contentieuses et des conslits, créèrent un ministère public, et autorisèrent les avocats des parties à présenter des observations orales. Ces garanties étaient, aux yeux de M. de Cormenin luimême, plus précieuses que l'inamovibilité, dont, sous la restauration, il avait été le promoteur : toutefois, déniant à l'autorité royale le droit de les concéder par ordonnance, il soumit aux chambres une proposition qui les reproduisait, à peu de chose près, et qui fut rejetée après avoir été prise en considération.

24. Mais si les mesures libérales émanées directement de la royauté constitutionnelle recevaient ainsi, quoique indirectement, la sanction parlementaire, on se fût gravement trompé en concluant de ce premier succès qu'elle serait libre de continuer à régler par ordonnances l'organisation et les fonctions du Conseil d'état : la nécessité d'une loi qui mît un terme à leur instabilité était sentie par tout le monde, et dès 1831, le gouvernement se mettait en mesure de satisfaire à cette juste exigence. Ce ne fut cependant qu'en 1833 qu'un projet d'organisation du Conseil fut présenté à la chambre des pairs. M. le comte Portalis, rapporteur de ce projet, établit trèsnettement la portée du silence gardé sur le Conseil d'état par la Charte de 1814 et par celle de 1830: « On ne peut rien induire, dit-il, du silence de la Charte contre l'existence du Conseil d'état. La Charte, après avoir établi les droits publics des Français, pose les limites qui séparent les pouvoirs politiques, et n'entre point dans le détail de leurs éléments divers. Dans l'ordre administratif, elle ne fait mention ni des préfets, ni des sousprésets, ni des maires; elle ne parle ni des conseils municipaux, ni des conseils d'arrondissement, ni des conseils généraux de département, ni des conseils de présecture, ni de

la cour des comptes. Dans l'ordre judiciaire, elle se tait sur les tribunaux de simple police, les tribunaux de première instance, les cours royales; elle garde le même silence sur la Cour de cassation. Pourrait-on en conclure que cette double hiérarchie administrative et judiciaire est inconstitutionnelle? Il est évident que la conclusion serait forcée : il résulte seulement de cette prétérition que ces sortes d'institutions ne sont point fondées par la loi fondamentale du royaume, et que s'il s'agissait de les réformer ou de les supprimer, on n'aurait à examiner que la convenance, l'utilité ou la nécessité de ces institutions en elles-mêmes. et non la nécessité, l'utilité ou la convenance de revoir, de modifier ou d'altérer la Charte. Dès lors, la question de savoir s'il doit y avoir en France un Conseil d'état ne doit pas se résoudre par les termes de la Charte, mais par la convenance, l'utilité ou la nécessité de l'institution. »

Cette loi, adoptée par la chambredes pairs, ne fut point portée à celle des députés. En 1835. M. Persil lui soumit un nouveau projet duquel avait été retranché le titre relatif aux attributions du Conseil. Il pensait qu'à l'exemple de ce qui avait été fait pour les municipalités et les administrations départementales et d'arrondissements, il fallait commencer par régler l'organisation du Conseil, sauf à s'occuper plus tard de ses fonctions et de sa compétence. La commission proposa à l'unanimité le rejet d'une loi dont elle reconnaissait pourtant l'urgente nécessité, mais dans laquelle elle n'avait pas cru pouvoir rétablir, sans une excessive extension du droit d'amendement. le titre des attributions du Conseil. Le ministre se rendant à l'avis de la commission, apporta, en 1836, à la chambre des députés, un projet plus complet, à peu près calqué sur la loi adoptée, en 1834, par la chambre des pairs: mais il ne fut pas plus discuté que le précédent.

25. Ce fut en 1837 que, pour la première fois depuis 1830, la chambre des députés fut saisie de la proposition d'établir une justice propre au sein du Conseil d'état, pour le jugement des affaires contentieuses. Le rapport de ce projet fut, comme les rapports précédents, sans résultat, et l'année 1837 n'eut à enregistrer qu'une tentative infructueuse de plus.

26. L'ordonnance royale du 18 sept. 1839 eut pour but de modifier la composition du Conseil d'état, et d'ajouter aux garanties qu'il

présentait déjà celles que le gouvernement n'avait pu encore obtenir de la loi. Organisant le personnel sans toucher à l'institution, elle porta le nombre des conseillers de vingt-quatre à trente, celui des maîtres des requêtes de vingt-six également à trente, fixa à quatrevingts celui des auditeurs; consacra l'incompatibilité des fonctions de conseiller d'état ou de maître des requêtes en service ordinaire avec tout autre emploi administratif ou judiciaire: leur assura, en cas de révocation, la garantie de l'ordonnance délibérée en conseil des ministres; fixa le service extraordinaire aux deux tiers du service ordinaire; définit les catégories dans lesquelles pourraient être pris les conseillers ou les maîtres des requêtes en service extraordinaire; porta à six le nombre des comités par le rétablissement de celui de législation, et ne changea rien d'ailleurs à la forme des délibérations du Conseil.

Cette ordonnance fut convertie en un nouveau projet de loi, présenté à la chambre des députés le 1<sup>er</sup> février 1840. Ce projet ne fut pas discuté.

En 1842, la chambre des pairs en fut de nouveau saisie, et elle l'adopta, sans y insérer la création d'une cour de justice administrative.

Après de si longues fluctuations, les destinées du Conseil d'état ont enfin été fixées par la loi qui nous régit, promulguée le 19 juillet 1845.

CHAP. 2. — De la composition actuelle du Conseil d'état.

27. Les membres du Conseil d'état sont en service ordinaire ou en service extraordinaire.

Le service ordinaire est le seul auquel soit attaché un traitement.

§ 1er. — Du service ordinaire.

28. Le service ordinaire se compose de : Trente conseillers d'état, Trente maîtres des requêtes, Quarante-huit auditeurs.

Un secrétaire général, ayant titre et rang de maître des requêtes, est attaché au conseil.

Avant 1789, le nombre des conseillers d'état était indéterminé, et entièrement à la discrétion du roi; l'arrêté du 7 fructidor an vin le borna à quarante; élevé à cinquante par le sénatus-consulte du 16 thermidor an x, il ne dépassa jamais en réalité quarante-cinq. Le

premier consul en dressait la liste tous les trois mois.

De 1814 à 1818, il fut presque constamment de trente. L'ordonnance du 5 novembre 1828 l'avait porté à trente-quatre; réduit à vingt-quatre en 1832, il fut définitivement fixé à trente par l'ordonnance du 16 novembre 1839, et c'est aussi, comme on vient de le voir, ce dernier chiffre de trente qui a été adopté par la loi nouvelle.

29. L'ordonnance du 26 août 1824 avait établi des catégories en dehors desquelles ne pouvaient être pris les conseillers d'état en service ordinaire. Pour obtenir ce titre, il fallait avoir été: pair de France; membre de la chambre des députés; ambassadeur ou ministre plénipotentiaire; grand maître de l'université; archevêque ou évêque; membre de la Cour de cassation; premier président; président ou procureur général de la cour des comptes; premier président ou procureur général d'une cour royale; officier général ou intendant militaire; directeur général; maître des requêtes; préfet.

Cette obligation, que n'avaient pas rappelée les ordonnances subséquentes, n'a pas été maintenue par la loi.

- 30. La condition d'âge est la seule qu'elle impose à la nomination des conseillers d'état. Nul ne peut être nommé conseiller d'état, s'il n'est âgé de trente ans accomplis (art. 8).
- 31. Le gouvernement avait proposé de consacrer par la loi l'incompatibilité des fonctions de conseiller d'état et de maître des requêtes en service ordinaire avec tout autre emploi administratif ou judiciaire, voulant ainsi nonseulement les réserver tout entiers à leur haute et difficile mission, mais encore les isoler des affaires, afin de donner à leurs délibérations, libres de toute préoccupation et de toute influence, un haut caractère d'indépendance et d'impartialité: cette disposition était assurément fort sage. Si l'on rappelle, pour appuyer la thèse contraire, avec quel éclat Cuvier occupait cinq à six postes différents, sans que cette immense variété de travaux l'empêchât de présider admirablement le comité de l'intérieur, et de répandre sur les délibérations du Conseil d'état les plus précieuses lumières, c'est une magnifique exception qui ne fait que consirmer la règle. La commission adoptant pleinement l'incompatibilité introduite dans le projet de loi, la formula ainsi : « Les fonctions de conseiller d'état et de maître des

requêtes, en service ordinaire, sont incompatibles avec toute autre fonction publique. » C'est dans ces termes plus absolus et plus rigoureux que la disposition a été adoptée par les chambres, et qu'elle est devenue l'art. 5 de la loi. Les explications données dans la discussion de cet article ont formellement établi qu'il ne s'appliquait qu'aux fonctions publiques salariées, et qu'ainsi il n'exclut pas du service ordinaire du Conseil d'état les pairs et les députés. De vives réclamations eurent lieu en faveur des professeurs, et notamment des professeurs de droit administratif; mais elles ne furent pas accueillies, et, à notre avis. elles ne devaient pas l'être. En général, c'est fausser une question que de la mettre à l'abri d'un nom propre; c'est ce que la chambre des députés n'a pas voulu faire : seulement, afin de concilier les intérêts du Conseil d'état avec le bénéfice d'une exception dont on ne saurait trop longtemps recueillir le fruit, elle a décidé, par une disposition transitoire insérée dans l'art. 28 de la loi, que l'art. 5 ne serait pas applicable aux conseillers d'état et aux maîtres des requêtes en service ordinaire actuellement en exercice.

32. Les conseillers d'état en service ordinaire ne peuvent être révoqués qu'en vertu d'une ordonnance individuelle, délibérée en conseil des ministres, et contresignée par le garde des sceaux (art. 6).

33. Les maîtres des requêtes qui, sous l'ancienne monarchie, avaient, comme nous l'avons indiqué plus haut, joué un rôle assez important, furent rétablis par le décret du 11 juin 1806, qui les chargea du rapport de toutes les affaires contentieuses, à l'exception de celles relatives à la liquidation de la dette publique et des domaines nationaux. Contrairement à l'art. 5 de la loi de 1845, dont nous venons de parler, leurs fonctions étaient compatibles avec toute autre fonction publique; leur nombre, fixé à sept en 1806, augmenta considérablement sous la restauration; l'ordonnance du 29 juin 1814 l'éleva à cinquante. Plus tard, il redescendit à quarante, fut réduit à vingt-six depuis la révolution de juillet, et ensin porté à trente par l'ordonnance de 1839.

34. Aux termes de l'ordonnance précitée du 26 août 1824, il fallait, pour être nommé maître des requêtes en service ordinaire, avoir rempli les fonctions dont nous avons donné la nomenclature, ou avoir été, pendant cinq ans

au moins, président, conseiller ou avocat général dans une cour royale; membre du conseil royal de l'instruction publique; secrétaire général de l'un des ministères; président ou procureur du roi d'un tribunal civil composé de trois chambres; colonel de toutes armes, ou sous-intendant militaire de première classe; capitaine de vaisseau ou commissaire général de la marine; administrateur de l'une des régies financières; inspecteur général des pontset-chaussées et des mines, des constructions navales ou des finances; consul général; premier secrétaire d'ambassade; maire de l'une des bonnes villes du royaume; auditeur au Conseil d'état.

Ainsi que nous l'avons vu pour les conseillers, ces catégories n'ont pas été reproduites par la loi; elle exige seulement que les maîtres des requêtes soient, au jour de leur nomination, âgés d'au moins vingt-sept ans : elle les assujettit en outre, comme nous l'avons dit, à la disposition qui déclare leurs fonctions incompatibles avec toute autre fonction publique.

35. La création des auditeurs remonte au consulat. L'arrêté du 19 germinal an xi établit auprès des ministres et du Conseil d'état seize auditeurs destinés, après un certain nombre d'années de service, à remplir des places dans la carrière administrative et dans la carrière judiciaire. Quatre de ces auditeurs étaient attachés au grand-juge, ministre de la justice, et à la section de législation; deux au ministre et à la section des finances; deux au ministre du trésor public; quatre au ministre et à la section de l'intérieur; deux au ministre, au directeur-ministre, et à la section de la guerre; deux au ministre et à la section de la marine. Ils étaient chargés de développer, près des sections du Conseil d'état, les motifs soit des propositions de lois ou de règlements faites par les ministres, soit des avis ou décisions par eux rendus sur les diverses matières dont l'examen était renvoyé au Conseil. Aux auditeurs du département de la justice était spécialement attribué, auprès du grand-juge, le rapport des demandes de lettres de grâce et de commutation de peine. Ils avaient séance au Conseil d'état, sans voix délibérative, et ne pouvaient siéger dans les sections du Conseil que le jour où ils étaient appelés, par une invitation expresse du président, pour présenter les rapports qui leur avaient été confiés. Les auditeurs, comme on le voit, n'étaient

dans l'origine que des aides de camp administratifs, parlant et agissant au nom des ministres auxquels ils étaient attachés.

36. Le décret du 11 juin 1806 distribua les auditeurs en service ordinaire et en service extraordinaire, et ne les autorisa à assister aux séances du Conseil, présidées par l'empereur, qu'après deux années d'exercice, et lorsque leur zèle aurait mérité cette distinction. Neuf auditeurs furent attachés à la direction générale des ponts et chaussées par le décret du 27 octobre 1808. Leurs attributions, fort importantes, embrassaient tout le contentieux de cette administration; ils devaient, en outre, dans des tournées ordonnées par le directeur général, prendre connaissance des opérations des inspecteurs divisionnaires, et de celles des ingénieurs de tout grade.

37. Ce fut principalement par le décret du 26 décembre 1809 que Napoléon organisa le service des auditeurs. Leur nomination fut dès lors assujettie à des conditions d'âge, de fortune et de capacité: nul ne pouvait être nommé auditeur qu'il n'eût vingt ans au moins, qu'il ne jouît d'un revenu de six mille francs, qu'il ne fût licencié en droit, ou licencié ès-sciences, et qu'il n'eût subi un examen de capacité devant trois membres du conseil. L'auditorat continua d'être, comme par le passé, divisé en service ordinaire et extraordinaire. Le service ordinaire était lui-même partagé en deux classes, dont l'une comprenait les auditeurs remplissant près des ministres et des sections du conseil les fonctions déterminées par l'arrêté du 19 germinal an XI. et l'autre, les auditeurs attachés au ministère de la police, aux préfets du département de la Seine et de police et aux administrations des revues et de la conscription, des ponts et chaussées, de l'enregistrement et des domaines, des douanes, des bois et forêts, des droits réunis, des vivres, des postes, de la loterie, du conseil des mines, du conseil des prises, de la caisse d'amortissement et de l'administration des poudres. La première classe comptait quarante auditeurs, et la seconde cent vingt.

Le porteseuille du Conseil était porté à l'empereur, de Paris sur tous les points de l'Europe, par les auditeurs attachés aux sections, et, à leur désaut, par ceux de la seconde classe.

Le service extraordinaire des auditeurs comprenait ceux qui abandonnaient le service ordinaire pour aller remplir, hors de Paris, des fonctions permanentes, et, en outre, soixantedeux auditeurs, dont la moitié étaient placés près du préfet de chacun des trente et un départements désignés par le décret de 1809, pour faire les fonctions de sous-préfet de l'arrondissement - chef-lieu, et dont les trente et un autres étaient mis à la disposition du préfet pour remplacer, au besoin, les sous-préfets du département, ou préparer l'instruction des affaires contentieuses qui leur étaient confiées.

38. La plus grande extension que l'auditorat ait jamais reçue lui fut donnée par le décret du 7 avril 1811. Le nombre des auditeurs fut alors porté à trois cent cinquante, répartis en trois classes, savoir : quatre-vingts dans la première, quatre-vingt-dix dans la seconde et cent quatre-vingts dans la troisième. La première classe se composait 1° de soixante auditeurs attachés aux ministres et au Conseil d'état; 2º de vingt auditeurs remplissant dans autant de départements les fonctions de souspréfets de l'arrondissement des chefs-lieux de préfecture. Les deuxième et troisième classes comprenaient ensemble deux cent soixante-dix auditeurs, dont cent vingt-huit étaient placés près des diverses administrations; cent huit remplissaient les fonctions de sous-préfets d'arrondissement des chefs-lieux de préfecture, et trente-quatre étaient mis, sans attributions déterminées, à la disposition d'autant de préfets.

Ce fut une grande et politique pensée de l'empereur que de créer ainsi, au sein même de la centralisation, cette pépinière administrative, d'où l'on vit sortir plus tard tant d'hommes éminents dont il avait enchaîné la jeunesse à sa fortune. M. le comte Portalis, dans l'éloge funèbre de M. le baron Mounier, lu à la chambre des pairs, caractérise ainsi cette brillante situation de l'auditorat aux beaux jours de l'empire : « Les auditeurs entraient en campagne à la suite de l'empereur; ils le suivaient dans les camps, sur les champs de bataille; messagers rapides et confidentiels, ils portaient de Paris à l'armée les nouvelles, les affaires et la politique de l'intérieur, et rapportaient du quartier général dans la capitale de l'empire les ordres souverains du maître. Dans les pays conquis, ils organisaient, administraient, gouvernaient, inspectaient; c'étaient les délégués du nouveau Charlemagne, de véritables missi dominici. »

39. L'auditorat fut emporté avec l'empire; il ne reparut qu'en 1824. L'ordonnance du 26 août de cette année rétablit trente auditeurs, divisés en deux classes, conserva les conditions d'âge, d'aptitude et de fortune, supprima le traitement, et déclara que le temps pendant lequel les auditeurs sont attachés au Conseil d'état n'était qu'un temps d'épreuve et un stage qui, en aucun cas, ne devait se prolonger au delà de six années. Du reste, sous-préfectures des chefs-lieux de département, association aux travaux des diverses administrations ou des préfectures, inspections, missions, tout ce qui, en un mot, avait, sous l'empire, donné tant d'importance à la situation des auditeurs, tout cela était supprimé par l'ordonnance de 1824.

L'ordonnance des 5-25 novembre 1828 se borna à appeler les auditeurs à faire, dans les comités et concurremment avec les maîtres des requêtes, les rapports des affaires purement administratives et contentieuses; mais ils ne les suivaient pas jusque devant le grand conseil, où les maîtres des requêtes seuls partageaient avec les conseillers d'état les fonctions de rapporteur. Au reste, cette singularité de deux rapporteurs successifs attribués à la même affaire n'existait pas pour les auditeurs seuls; les projets de lois ou d'ordonnances portant règlement d'administration publique étaient rapportés, dans les comités, par les maîtres des requêtes, et au conseil, tous les comités réunis, par les conseillers d'état.

40. La révolution de 1830 releva la position des auditeurs : ils obtinrent successivement le droit d'exercer, concurremment avec les maîtres des requêtes, les fonctions du ministère public près le Conseil d'état (ord. des 13-24 mai 1831), celui d'assister aux grandes réunions du Conseil et d'y faire les rapports déjà présentés par eux aux comités; leurs attributions tendirent de plus en plus à se rapprocher de celles des maîtres des requêtes, les projets de lois et certains règlements d'administration publique étant les seules affaires dont l'examen ne dût pas leur être confié; leur nombre augmenta avec leur importance, et l'ordonnance du 16 septembre 1839 l'éleva à quatre-vingts; mais, en même temps, reprenant une des dispositions de l'ordonnance de 1824, elle établit par son article 12 que nul ne pourrait être auditeur pendant plus de six années, et qu'après ce temps, ceux qui ne seraient pas placés dans le service public, cesseraient d'appartenir au Conseil d'état.

Toutefois, cette dernière disposition ne devait commencer à recevoir son application qu'à partir du 1er janvier 1842. Elle la recut en effet : vingt auditeurs sortirent du conseil, onze définitivement, et neuf pour y rentrer comme maîtres des requêtes, soit en service ordinaire, soit en service extraordinaire. Mais la chambre des pairs, saisie en 1843 du projet de loi sur le Conseil d'état, avant adopté un amendement qui protégeait les auditeurs de première classe contre cette disposition rigoureuse de l'ordonnance de 1839, reproduite dans le projet, le gouvernement jugea convenable de surseoir provisoirement à l'exécution d'une mesure dont la première application avait été si formellement condamnée par une des chambres. - V. l'ordonnance des 26 oct.-1er nov. 1843.

41. La loi du 19 juillet 1845 règle ainsi qu'il suit, par ses articles 7, 8 et 29, la position des auditeurs, dont nous avons vu plus haut qu'elle limite le nombre à quarantehuit : « Les auditeurs au Conseil d'état sont divisés en deux classes : la première ne peut en comprendre plus de vingt-quatre. Nul ne peut être nommé auditeur de première classe. s'il n'a été, pendant deux ans au moins, auditeur de seconde classe. Le tableau des auditeurs de seconde classe est arrêté par le roi, sur le rapport du garde des sceaux, au commencement de chaque année. Ceux qui ne sont pas compris sur ce tableau cessent de faire partie du Conseil d'état. Toutefois, les auditeurs ayant plus de trois ans d'exercice ne peuvent être exclus du tableau qu'en vertu d'une ordonnance spéciale. Tout auditeur, après six ans d'exercice, cesse de faire partie du Conseil d'état (art. 7).

» Nul ne peut être nommé auditeur s'il n'est âgé de vingt-et-un ans, licencié en droit ou licencié ès-sciences, et s'il n'a, en outre, été jugé admissible par une commission spéciale. La composition de cette commission et les conditions de l'examen seront déterminées par un règlement d'administration publique. Nul auditeur ne peut être nommé maître des requêtes, s'il n'a, pendant deux ans au moins, fait partie de la première classe. » (art. 8.)

« Les auditeurs actuellement en exercice et qui ont été nommés antérieurement à l'ordonnance du 18 septembre 1839, ne cesseront leurs fonctions que successivement par tiers, suivant leur ancienneté et d'année en année, à partir du 1<sup>er</sup> novembre 1845. » (art. 29.)

Ces dispositions contiennent quelques améliorations véritables que la loi nouvelle a heureusement empruntées au décret du 11 juin 1806. Toutefois, quand on remarque que sur vingt mille affaires annuellement soumises au Conseil d'état, quinze mille sont rapportées par des auditeurs, il est permis peutêtre de s'étonner que la loi ait brisé, sans compensation, des positions que les services rendus semblaient devoir protéger.

#### § 2. — Du service extraordinaire.

42. Le service extraordinaire du Conseil d'état comprend les conseillers d'état et les maîtres des requêtes qui, en dehors du Conseil, sont attachés à quelque administration publique, et peuvent être autorisés à prendre part aux délibérations des affaires administratives. Aucun traitement n'est attaché aux fonctions de conseiller d'état ou de maître des requêtes en service extraordinaire.

L'établissement de ce service remonte à l'arrêté du 7 fructidor an vIII, qui statua qu'à dater du 1er vendémiaire an IX, les conseillers d'état seraient partagés en service ordinaire et en service extraordinaire. Le décret du 11 juin 1806 y fit entrer des maîtres des requêtes et des auditeurs. Ce titre de membre du service extraordinaire était, dans les premiers temps, purement honorisique; il excluait toute idée de participation aux travaux du Conseil d'état, et ne s'accordait qu'aux conseillers et aux maîtres des requêtes qui abandonnaient le Conseil pour aller exercer d'autres fonctions publiques. Aussi, n'était-il jamais directement conféré à des personnes étrangères au Conseil, sauf, comme nous l'avons vu plus haut, à cette catégorie d'auditeurs qui faisaient, sous la direction des préfets, une sorte de stage administratif.

43. Ce fut en 1814 que, pour la première fois, des membres du service extraordinaire furent autorisés à prendre part aux délibérations du Conseil d'état. Les directeurs généraux des diverses administrations, nommés par le roi conseillers d'état en service extraordinaire, purent dès lors, sur la demande de chaque ministre, assister en plus, et avec voix délibérative, aux divers conseils et comités attachés au département duquel ils dépendaient; ils avaient même le droit d'y présenter des rapports et des projets de rè-

1814). L'association aux travaux du Conseil fut, quelques années après, accordée aux maitres des requêtes en service extraordinaire. On lit ce qui suit dans l'ordonnance des 16-27 juillet 1820 : « Instruit que des travaux multipliés rendent nécessaire, dans quelques-uns des comités de notre Conseil d'état, le concours de nouveaux collaborateurs; voulant concilier les devoirs d'une stricte économie avec les besoins du service, nous avons ordonné et ordonnons ce qui suit : Sur le compte qui nous en sera rendu par notre garde des sceaux, des maîtres des requêtes en service extraordinaire pourront être attachés aux divers comités de notre Conseil d'état. pour y instruire toutes affaires et y faire tous rapports dont nos ministres respectifs ou les présidents des comités voudront les charger.» La principale organisation du service extraordinaire date de l'ordonnance royale du 26 août 1824, qui le divisa en deux classes (art. 24, 25 et 26). La première se composait de ceux des conseillers ou maîtres des requêtes en service ordinaire, à qui le roi jugeait à propos de conférer, hors du Conseil, des fonctions publiques : c'était le service extraordinaire de l'empire. La seconde classe comprenait les personnes réunissant les titres définis par les articles 9 et 12 de l'ordonnance, et auxquelles, en récompense de leurs bons services, le roi accordait le titre de conseiller d'état ou de maître des requêtes. Ceux des conseillers d'état en service extraordinaire qui exerçaient des fonctions publiques dans la capitale du royaume, pouvaient obtenir du roi l'autorisation d'assister et de concourir aux délibérations du Conseil d'état. Ce n'était, du reste, que pendant la durée de leur service public que les conseillers et maîtres des requêtes en service extraordinaire avaient le droit de porter ce titre.

glements (art. 13 de l'ord. royale du 29 juin

44. L'ordonnance royale des 5-25 novembre 1828 attacha au service des comités douze conseillers d'état en service extraordinaire; elle introduisit d'ailleurs cette grave innovation que les membres de ce service purent conserver le titre de conseiller, de maître des requêtes ou d'auditeur, même après avoir cessé les fonctions publiques qui jusque-là en avaient été la condition indispensable.

mités attachés au département duquel ils dépendaient; ils avaient même le droit d'y présenter des rapports et des projets de rè-

sorte le milieu entre le service ordinaire et le service extraordinaire, puisqu'ils étaient appelés à participer seulement aux délibérations du Conseil, tous les comités réunis (art. 2). Ces dix conseillers faisaient partie du service ordinaire qui, avant 1828, ne comprenait que les conseillers, maîtres des requêtes et auditeurs employés aux travaux habituels du conseil.

45. L'accroissement très-rapide du service extraordinaire ne tarda pas à soulever de légitimes réclamations. Créé, dans le principe, pour venir en aide au service ordinaire, il l'eut bientôt égalé et même dépassé en nombre; la majorité était à lui. On comprend d'ailleurs quelles perturbations menacait d'introduire dans la jurisprudence cet élément mobile du service extraordinaire qu'il était impossible d'assujettir à la même régularité d'action que les conseillers et les maîtres des requêtes dont les travaux du conseil formaient l'occupation principale. C'était surtout dans les affaires contentieuses, où des intérêts privés considérables se trouvent souvent engagés, que cet inconvénient se faisait sentir. Aussi, ce fut par elles que la réforme commença. L'ordonnance royale des 12-21 mars 1831 statua qu'aucun des membres du Conseil d'état, en service extraordinaire, ne siégerait aux séances judiciaires du Conseil et ne participerait au jugement des affaires contentieuses. Cette satisfaction donnée à l'opinion publique fut en même temps un service signalé rendu à la justice administrative, qu'elle rehaussa dans la confiance du pays en lui donnant plus de stabilité. Restait à compléter la réforme et à l'étendre à toutes les matières soumises aux délibérations du Conseil d'état. C'est ce que se proposa l'ordonnance royale des 18-25 septembre 1839. Il faut se rappeler qu'à cette époque le service extraordinaire avait pris une extension démesurée; il ne comprenait pas moins de quatre-vingt-huit conseillers et cent cinq maîtres des requêtes non autorisés à participer, plus, les quatre-vingt-quatorze membres auxquels avait été accordée cette autorisation; en tout, deux cent quatre-vingtsept membres. Il fallait arrêter un envahissement sous lequel le service ordinaire allait disparaître, et cependant conserver au Conseil d'état les avantages de ces connaissances spéciales et pratiques que le service extraordinaire introduit dans ses délibérations. L'or-

donnance de 1839 résolut le problème, en déclarant (art. 10) que le nombre des conseillers d'état autorisés à participer aux travaux ne pourrait excéder les deux tiers du nombre des conseillers d'état en service ordinaire, porté à trente par l'article 4. La voix délibérative ne fut donc plus donnée qu'à vingt conseillers en service extraordinaire; encore cette autorisation de prendre part aux travaux et aux délibérations du Conseil ne pouvait-elle être accordée qu'aux sous-secrétaires d'état, aux membres des conseils administratifs placés auprès des ministères, aux chefs préposés à la direction d'une branche de service dans les départements ministériels, au préfet de la Seine, au préfet de police. Quant aux maîtres des requêtes, les inconvénients de leur participation aux travaux des comités n'étant pas les mêmes, puisqu'ils n'ont que rarement, et seulement comme rapporteurs, voix délibérative, l'ordonnance de 1839 fut moins sévère envers eux qu'envers les conseillers d'état; elle ne limita pas le nombre de ceux qui seraient autorisés à participer; et, par une transaction louable entre le passé et l'avenir. elle conserva cette autorisation à quelques maîtres des requêtes, qui n'appartenaient à aucune des catégories indiquées tout à l'heure (art. 8 et 9).

46. Il n'est pas de réformes plus laborieuses que celles qui s'attaquent aux personnes : Abus de choses, corrigible; abus de personnes. indéracinable, a dit avec raison M. de Cormenin. Cette tolérance accordée par l'ordonnance de 1839 aux maîtres des requêtes en service extraordinaire, et que le garde des sceaux annonçait devoir être renfermée dans de sévères limites, aboutit, en définitive, à maintenir à soixante-et-dix maîtres des requêtes l'autorisation de participer aux travaux du Conseil d'état. La loi nouvelle voulut ramener ce nombre à de plus justes proportions: fixant à vingt, comme l'avait fait l'ordonnance, le chiffre des conseillers d'état en service extraordinaire ayant voix délibérative, elle avait admis que pour les maîtres des requêtes ce chiffre pût être élevé à trente: mais que faire des quarante maîtres des requêtes en surnombre, parmi lesquels se trouvaient des personnages considérables, et notamment des députés? Un amendement vint à leur secours, et l'article 28 de la loi statua que les maîtres des requêtes en service extraordinaire, qui, au 1er janvier 1845, participaient aux travaux du conseil, pourraient être autorisés à continuer d'y participer, en dehors du nombre de trente fixé par l'article 9. Quand donc cet article deviendra-t-il une vérité? Il serait difficile de le prévoir : la loi ordonne, en tous cas (art. 28), que, jusque-là, il ne devra être fait qu'une nomination sur deux vacances.

47. Voici donc, d'après la loi du 19 juillet 1845, quelle est la constitution du service extraordinaire; il se compose: 1º de trente conseillers, sur lesquels vingt seulement prennent part aux travaux et aux délibérations du conseil; chaque année la liste de ces vingt conseillers sera arrêtée par ordonnance royale; 2º de trente maîtres des requêtes, ayant tous le droit de participer aux travaux. Nous venons d'expliquer comment cette dernière prescription serait exécutée. Le bénéfice des dispositions transitoires consenties par l'article 28 ne s'arrête pas, du reste, seulement aux maîtres des requêtes autorisés à participer; il est beaucoup plus large, comme on le voit par le paragraphe suivant : « En dehors de la liste des trente conseillers d'état et des trente maîtres des requêtes en service extraordinaire qui sera arrêtée conformément à l'article 9 de la loi, les conseillers d'état et les maîtres des requêtes en service extraordinaire, nommes avant le 1er janvier 1845, pourront être maintenus dans leurs titres. »

Le roi conserve, aux termes de l'article 11, le droit de nommer conseillers d'état ou maîtres des requêtes honoraires les membres du conseil qui, pendant dix ans au moins, en auront fait partie. Mais, par une restriction assez sérieuse apportée à sa prérogative, il ne pourra plus, à l'avenir, conférer de titres de conseillers d'état ou de maîtres des requêtes à des personnes qui n'anraient pas rempli cette condition. Cette faculté que lui laissait l'ordonnance de 1839 était justifiée dans le préambule de l'ordonnance; voici en quels termes : « Quant à des nominations purement honoritiques, sans participation aux travaux des comités, ce sont des témoignages de satisfaction que le roi accorde à des fonctionnaires ou à des hommes étrangers à l'administration, qui peuvent honorer toujours le titre même qui les honore. Mais, en réalité, ces titulaires, sans rapports avec le conseil, ne font point partie du cadre des membres actifs, ou de ceux qui peuvent être appelés à l'activité. Ils n'appartiennent que

nominalement au service extraordinaire luimême, et il a paru qu'à une époque où les moyens de récompense deviennent si rares. si peu nombreux dans la main du gouvernement, il était bon de lui en conserver un déjà créé, et qui a toujours une haute valeur. C'est pour un magistrat éloigné du centre un moven d'influence et d'action. C'est une ressource pour établir une hiérarchie convenable entre certains fonctionnaires, selon les besoins des localités. Cette faculté laissée au gouvernement de conférer des titres, sans conséquence présente ni future sur la composition du Conseil d'état, n'atténue en rien le bienfait de l'ordonnance, dont l'avantage réside surtout dans les limites du nombre des membres en service extraordinaire admis à participer aux travaux du Conseil. C'est cette participation qu'il fallait limiter, parce qu'on en avait abusé. » La loi, plus sévère, a retiré au roi cette faculté.

#### § 3. — De la présidence du Conseil d'état.

48. Le règlement du 5 nivôse an vIII, pour l'organisation du Conseil d'état, en attribuait la présidence au premier consul, ou, à son défaut, à l'un des deux autres consuls. L'empereur conserva cette présidence, qui lui était chère et qu'il ne sacrifiait qu'aux devoirs les plus impérieux du gouvernement. L'article 37 du sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII statua que le Conseil d'état serait présidé par l'empereur, qui désignerait, au besoin, celui des titulaires des grandes dignités de l'empire auquel la présidence pourrait être momentanément dévolue. Cette glorieuse suppléance appartint presque constamment à l'archichancelier Cambacérès, qui remplissait avec une rare sagacité ces éminentes fonctions. Bien que l'article 18 de l'ordonnance du 23 août 1815 paraisse réserver au roi la présidence du Conseil d'état, Louis XVIII ne l'exerça jamais; de fait, elle appartenait, ainsi que l'établit ce même article, au président du conseil des ministres, et, en son absence, au garde des sceaux, ministre de la justice. Mais les travaux législatifs leur permettant trop rarement de réunir le Conseil d'état, l'ordonnance du 13 novembre 1815 décida qu'à défaut du président du conseil des ministres ou du garde des sceaux, ils seraient remplacés, dans la présidence du Conseil d'état, par un des ministres secrétaires d'état, dans l'ordre de leurs ministères;

et enfin, dans le cas où aucun des ministres ne serait présent au Conseil d'état réuni, le conseil devait être présidé par un conseiller d'état nommé à cet effet pour l'année. L'ordonnance du 26 août 1824 revint au système de la présidence par les ministres (art. 32): déférée, en 1830 (ord. des 11-24 août), au ministre de l'instruction publique et des cultes, elle a depuis constamment été attribuée au garde des sceaux. Lors de la discussion de la loi nouvelle, quelques membres avaient proposé de laisser au roi la faculté de transporter cette présidence à celui des ministres au département duquel le Conseil d'état serait rattaché; l'un d'eux avait même indiqué que, dans une organisation plus large et meilleure du conseil des ministres, la présidence du Conseil d'état pourrait devenir un département ministériel; mais ces considérations n'ont pas prévalu. Les chambres ont pensé, et, selon nous, avec raison, qu'il fallait donner la présidence du Conseil d'état. tribunal suprême administratif, à celui des ministres qui représentait le plus complétement l'idée du droit, et dont les décisions donnent lieu au plus petit nombre de pourvois en matière contentieuse. A ce double titre, la présidence devait être et a été en effet maintenue au garde des sceaux. Il était d'ailleurs essentiel de mettre le Conseil d'état à l'abri des fluctuations ministérielles auxquelles ni sa dignité ni sa force n'avaient rien à gagner, et d'empêcher qu'il ne pût, dans certaines circonstances, devenir en quelque sorte un appoint destiné à grossir l'importance d'un département ministériel. C'est donc avec raison que les chambres ont adopté l'article 2 de la loi, ainsi conçu : « Le garde des sceaux, ministre-secrétaire d'état de la justice, est président du Conseil d'état. Un vice-président est nommé par le roi. Il préside le Conseil d'état en l'absence du garde des sceaux et des ministres; il préside également les différents comités lorsqu'il le juge convenable. »

### § 4. — Du secrétaire général.

49. Un secrétaire général, ayant titre et rang de maître des requêtes, est attaché au conseil d'état (art. 2).

Dans quelques-uns des projets de loi présentés depuis 1830, on avait proposé que le secrétaire général du conseil pût être conseiller d'état. L'idée d'agrandir ainsi cette si- | ment précité, le décret du 11 juin 1806 avait

tuation eût été peut-être accueillie avec plus de faveur, si l'on avaiten même temps agrandi l'importance des attributions du secrétaire général. Aujourd'hui ces attributions consistent à veiller à la confection du rôle des affaires du grand et du petit ordre, à surveiller la rédaction des procès-verbaux, les archives et le matériel du Conseil d'état. Le secrétaire général assiste aux séances du grand conseil et appelle les affaires qui doivent y être rapportées.

#### CHAP. 3. — Division du Conseil d'état en comités.

50. Le règlement du 5 nivôse an viii divisait le Conseil d'état en cinq sections, savoir: 1º des finances; 2º de législation civile et criminelle; 3º de la guerre; 4º de la marine; 5° de l'intérieur. Cette organisation n'avait d'autre but que de rendre le travail meilleur et plus facile, en chargeant de le préparer les hommes que leurs connaissances spéciales avaient plus profondément initiés aux divers intérêts politiques ou administratifs qu'embrassaient alors les vastes attributions du Conseil d'état. Mais aucune affaire ne se terminait dans les sections; elles étaient toutes portées à l'assemblée générale du Conseil, convoqué et présidé par le premier consul. La proposition d'une loi ou d'un règlement d'administration publique était provoquée par les ministres, chacun dans l'étendue de ses attributions. Si les consuls adoptaient leur opinion, ils renvoyaient le projet à la section compétente pour rédiger la loi ou le règlement. Aussitôt le travail achevé, le président de la section se transportait auprès des consuls pour les en informer. Le premier consul convoquait alors l'assemblée générale du Conseil d'état. Le projet y était discuté sur le rapport de la section qui l'avait rédigé. Le Conseil d'état transmettait alors son avis motive aux consuls. Si les consuls approuvaient la rédaction, ils arrêtaient définitivement le règlement, ou, lorsqu'il s'agissait d'une loi, ils arrêtaient qu'elle serait proposée au corps législatif. Dans le dernier cas, le premier consul nommait, parmi les conseillers d'état, un ou plusieurs orateurs qu'il chargeait de présenter le projet de loi et d'en soutenir la discussion. (Art. 8 et 9 du règlement du 5 nivôse an vIII.)

Outre les cinq comités établis par le règle-

institué une commission, dite du contentieux, chargée de faire l'instruction et de préparer le rapport de toutes les affaires contentieuses sur lesquelles le Conseil d'état aurait à prononcer, soit que ces affaires fussent introduites sur le rapport d'un ministre, ou à la requête des parties intéressées. (Art. 24 et suivants.)

Sous l'empire, les relations des ministres avec les sections du Conseil d'état, et avec le Conseil lui-même, étaient nulles ou à peu près. Il faut se rappeler qu'alors ils n'avaient point de responsabilité, et qu'un ministre secrétaire d'état contresignait seul les actes du pouvoir. Si les ministres à département avaient la faculté d'entrer dans l'assemblée générale du Conseil d'état, s'ils pouvaient assister aux séances des sections, leur voix n'y étaient pas comptée (art. 4 et 6): aussi usaientils fort rarement du seul moyen qu'ils eussent cependant de profiter des lumières du Conseil, puisque jamais aucun avis ne leur était adressé, soit par l'assemblée générale, soit par les sections, sur les projets qu'ils avaient présentés.

51. La restauration modifia complétement cette situation des ministres à l'égard du Conseil d'état. La constitution de 1814 n'aurait pu, sans la plus grave inconséquence, les déclarer responsables, et en même temps les maintenir dans la position dépendante que l'empire leur avait faite. Aussi voyons-nous l'ordonnance royale des 29 juin-6 juillet 1814 déclarer les ministres membres de droit du Conseil d'état, rattacher à leurs départements respectifs les divers comités dont se composait le Conseil, leur donner le droit de rapporter eux-mêmes ou de faire rapporter, par un conseiller ou un maître des requêtes de leur choix, les projets de règlements, ou même de jugements, adoptés par le comité du contentieux et par les autres comités, et enfin appeler les ministres à cette présidence du Conseil d'état dont, sous l'empire, le chef de l'état s'était montré si jaloux. Cinq comités furent alors institués: 1° un comité de législation; 2º un comité contentieux, destiné à remplacer la commission du contentieux créée par le décret de 1806; 3° un comité de l'intérieur; 4° un comité des finances : 5º un comité du commerce.

L'ordonnance du 29 juin 1814, conçue dans un esprit de défiance contre le Conseil d'état impérial, tendait évidemment à briser cette

unité puissante qui concentrait dans les assemblées générales toute la force et toutes les décisions du Conseil. L'importance des comités s'accrut de ce que perdait le Conscil lui-même. Ainsi les avis du comité du contentieux, rédigés en forme d'arrêts ou de jugements, pouvaient, sans être rapportés et délibérés dans le Conseil d'état, devenir définitifs par la sanction directe du roi (art. 9), Ainsi encore, le roi se réservait le pouvoir d'arrêter définitivement, dans un travail particulier avec ses ministres, les jugements proposés, en forme d'arrêts, par les comités des finances, de l'intérieur et du commerce, sur les affaires d'intérêt local ou individuel de leurs départements respectifs, autres que les affaires contentieuses (art. 11).

52. Quant aux réunions des comités, il était facile de prévoir qu'elles deviendraient fort rares, tant la restauration avait pris d'ombrage de ce redoutable faisceau qu'elles formaient sous l'empire. En installant le Conseil d'état, en présence du roi Louis XVIII, le 3 août 1814, le chancelier de France lui adressait ces paroles: « Messieurs, le but de votre institution n'est pas de former un conseil qui prononce, mais un conseil qui dirige. Vous n'êtes pas appelés à administrer, mais à éclairer l'administration: les assemblées générales du Conseil seront, par cela même, assez rares, et c'est dans les comités particuliers qu'on éprouvera surtout votre salutaire influence.»

53. Cependant ce fractionnement du Conseil d'état enlevait au gouvernement un concours de lumières qu'il ne tarda pas à regretter. L'ordonnance du 23 août 1815 statua (art. 14) que les divers comités du Conseil se réuniraient deux fois par mois, et plus souvent, si le besoin des affaires l'exigeait, pour délibérer et arrêter les avis du comité du contentieux. En outre, sur la demande de l'un des ministres, le président du Conseil put ordonner la réunion complète du Conseil d'état, ou celle de deux ou de plusieurs comités (art. 17).

Ces comités étaient, comme en 1814, au nombre de cing:

1° Le comité de législation; 2° du contentieux; 3° des finances; 4° de l'intérieur et du commerce; 5° de la marine et des colonies.

54. Deux ans après, soit que les préventions contre le Conseil d'état se fussent affaiblies, soit qu'elles aient dû fléchir devant les exigences des affaires, une ordonnance royale, celle des 19 avril-8 mai 1817, reconnaissant

que « les projets de lois, ordonnances et règlements, préparés dans les divers comités, pourraient encore être soumis à une discussion plus solennelle et plus approfondie, à un concours plus général de lumières, en les présentant à la délibération du Conseil, tous les comités réunis » (V. les considérants de l'ordonnance), prescrivait (art. 6) que tout projet de loi ou d'ordonnance portant règlement d'administration publique, qui, conformément à l'ordonnance royale du 23 août 1815, aurait été préalablement discuté dans l'un des comités, serait ensuite délibéré au Conseil d'état, tous les comités réunis, et tous les ministres secrétaires d'état ayant été convoqués. Mais il ne paraît pas que cette sage disposition ait été très-exactement suivie; car le relevé officiel des affaires délibérées par le Conseil d'état n'accuse pour les années postérieures à 1817 qu'un chiffre assez faible, surtout si on le rapproche de celui qui se rapporte à la période impériale. Tandis que le nombre des affaires délibérées par le Conseil d'état de Napoléon est, en minimum, de dix-sept cent trente-six, et, au maximum, de six mille deux cent quatre-vingt-cinq, de 1817 à 1818 il flotte entre deux cent quatre-vingtseize et six cent trente-sept. En 1829, il est vrai, il se relève et monte jusqu'à deux mille deux cent vingt. Cette augmentation provint de ce qu'une grande quantité de questions, résolues jusqu'en 1828 au comité de l'intérieur, durent, aux termes de l'ordonnance du 5 novembre 1828, être portées en assemblée générale. Cette ordonnance distribua les comités ainsi qu'il suit:

1º Comité de la justice et du contentieux; 2º de la guerre et de la marine; 3º de l'intérieur et du commerce; 4º des finances.

55. L'ordonnance du 25 mars 1830 restitua au comité de l'intérieur le droit de décider certaines affaires trop peu importantes pour être portées devant le Conseil d'état entier.

Aux comités indiqués jusqu'ici fut ajouté, par l'ordonnance du 5 février 1838, celui des travaux publics, de l'agriculture et du commerce, démembrement du comité de l'intérieur.

Le comité de la justice et du contentieux, qui avait pris, en 1831 (ord. du 2 février), le nom de comité de justice administrative, fut, par l'ordonnance du 18 septembre 1839, reconstitué en deux comités distincts, le comité de législation et le comité du contentieux. Le Conseil fut dès lors partagé, comme il l'est encore aujourd'hui, en six comités, savoir: 1° du contentieux; 2° de législation; 3° de la guerre et de la marine; 4° de l'intérieur et de l'instruction publique; 5° du commerce, de l'agriculture et des travaux publics; 6° des finances.

La loi du 19 juillet 1845 dispose (art. 13) que, pour l'examen des affaires non contentieuses, le Conseil d'état est divisé en comités correspondant aux divers départements ministériels. Cette division devra être opérée par une ordonnance royale. C'est encore une ordonnance royale, délibérée en Conseil d'état, qui déterminera, parmi les projets d'ordonnance qui doivent être délibérés dans la forme des règlements d'administration publique, quels sont ceux qui ne seront soumis qu'à l'examen des comités, et qui peuvent ne pas être portés à l'assemblée générale du Conseil d'état.

Quant aux affaires contentieuses, un comité spécial sera chargé d'en diriger l'instruction écrite et d'en préparer le rapport. (Art. 18.)

Ce comité est le seul dont la loi ait pris soin d'arrêter elle-même la composition; elle a laissé à l'ordonnance royale le soin de régler, suivant le besoin des affaires, celle de tous les autres.

### CHAP. 4. — Des fonctions du Conseil d'état.

56. Nous avons signalé dans l'introduction de cet article quelle part importante prenait le Conseil d'état de l'ancienne monarchie non-seulement au règlement des affaires, mais encore à l'administration de la justice et au gouvernement. Le rapide coup d'œil que nous avons jeté sur l'histoire de cette grande institution nous l'a montrée constamment associée aux vicissitudes de l'autorité royale; devenu l'âme et le flambeau de l'empire, nous avons vu le Conseil d'état régner et gouverner avec Napoléon, embrassant dans son vaste domaine non-seulement l'administration, mais encore la puissance législative elle-même. Que reste-t-il aujourd'hui de cette action si énergique et si étendue? Par quelles transformations le Conseil d'état s'est-il accommodé au régime politique établi en France depuis trente ans? Quelle place a-t-il prise au milieu de nos institutions nouvelles? En un mot, quelles sont aujourd'hui ses attributions?

Le domaine du Conseil d'état a presque les mêmes limites que celui de l'administration: il touche d'un côté au pouvoir législatif, et de l'autre au pouvoir judiciaire. (Rapport de M. Dumon à la chambre des députés, 1843.) Mais les meilleurs esprits l'ont reconnu, et, tout récemment encore, le gouvernement et les chambres en faisaient l'aveu, il serait bien téméraire d'entreprendre l'énumération des attributions, si nombreuses et si mobiles, de l'autorité administrative. Les lois civiles, destinées à régler les rapports de famille et les conventions privées qui constituent l'état social, ont quelque chose de la stabilité du principe qui leur sert de base. Les lois administratives qui régissent les relations de la puissance publique avec les intérêts privés se modifient, s'étendent, se compliquent, suivant les variations des institutions ellesmêmes, les progrès de la civilisation, l'accroissement de la richesse; elles varient d'un peuple à l'autre; elles varient chez un même peuple. Les sources des lois administratives se tarissent, pour ainsi dire, et se rouvrent sans cesse : un changement de la politique, une découverte de la science, un perfectionnement de l'industrie, créent, modifient, ou détruisent même toute une matière administrative. Les questions des domaines nationaux, autrefois si nombreuses, sont maintenant épuisées; l'extension du système électif a créé le contentieux électoral : le gaz et la vapeur ont déjà leur code.

Mais s'il est impossible de dresser et de tenir à jour l'inventaire exact des matières administratives, il est possible d'en saisir le caractère général, et de déterminer par là les garanties qu'il faut rechercher et dans l'autorité qui les régit par ses ordonnances, et dans la juridiction qui donne force à ces ordonnances par ses décisions. (Rapp. de M. Dumon.) —V. Compétence administrative.

57. C'est sous deux formes bien distinctes que se présente à nous l'autorité administrative. Tantôt elle agit par ordonnances, tantôt elle examine les réclamations des droits privés qui se prétendent lésés par ses actes. Mais cette juridiction diffère essentiellement de celle des tribunaux ordinaires, en ce que ces derniers ne statuent que sur des intérêts particuliers, dans le choc desquels l'intérêt général n'est jamais engagé, tandis que les droits qui forment la matière du contentieux administratif naissent de l'action administra-

tive, et se trouvent en lutte avec cet intérêt qui doit toujours dominer tous les autres, et en vue duquel cette action est exercée.

Cette distinction fondamentale des matières administratives et des matières contentienses se reproduit naturellement dans la mission que le Conseil d'état est appelé à remplir. Exigés par la loi ou volontairement recherchés par les ministres, ses avis éclairent le gouvernement dans la préparation de ces règlements et de ces ordonnances destinés à faciliter l'exécution des lois, quelquefois même à les devancer, à leur frayer la route, en quelque sorte. Et ce n'est pas seulement dans ces questions qui touchent de si près au pouvoir législatif que son concours est prescrit ou réclamé, il l'est également pour presque tous les actes importants de l'administration proprement dite. Qu'il nous soit permis d'emprunter encore ici les paroles de M. Dumon : « Le Conseil d'état est l'instrument énergique et nécessaire de la centralisation administrative. C'est dans la direction uniforme et puissante imprimée aux affaires par l'administration centrale, que viennent se perdre les exigences des influences locales et la variété infinie de jurisprudences qui détruirait, à la longue, l'unité du pouvoir et de la loi; mais cette direction uniforme et puissante, les ministres pourraient-ils la donner, dans l'entraînement des affaires et sous l'inspiration exclusive de leurs bureaux préoccupés de leurs attributions spéciales? Ne serait-il pas à craindre, en outre, que les mêmes règles ne s'appliquassent pas de la même manière dans tous les départements ministériels, et que la diversité de jurisprudence ne reparût au sein même de la centralisation? C'est par ce double motif que la prévoyance de la loi, et, à défaut, celle du gouvernement, appellent de plus en plus sur tous les actes administratifs les délibérations préalables d'un conseil indépendant, choisi dans toutes les carrières et familier avec les besoins de tous les services, placé au centre de l'administration publique, plus occupé de ses nécessités permanentes que de ses difficultés passagères, admirablement institué, en un mot, par la situation qu'il occupe et par l'esprit qui l'anime, pour veiller à l'application de la règle, dont il est l'ami et le gardien. »

58. D'autres attributions, les appels comme d'abus, les prises maritimes, la mise en jugement des fonctionnaires publics, associent

le Conseil d'état à l'action politique du gouvernement.

59. Il l'assiste enfin dans sa juridiction contentieuse, c'est-à-dire dans l'examen des réclamations que fait naître l'action administrative. Suprême régulateur des compétences, et vengeur des juridictions violées (M. de Cormenin), il intervient, en cas de conflit entre les autorités administrative et judiciaire, pour maintenir chacune d'elles dans ses limites respectives.

Il décide les questions de compétence qui peuvent surgir entre les divers modes d'action du pouvoir administratif et les diverses branches de la juridiction administrative. Distinguer avec soin les matières purement administratives des matières contentieuses; renvoyer chaque espèce contentieuse à l'autorité à laquelle elle ressortit; soumettre à une révision contentieuse pour inobservation des formes, incompétence ou excès de pouvoir, même les décisions purement administratives qui ne relèvent que du pouvoir administratif, même les décisions contentieuses rendues en dernier ressort, aux termes des lois, tel est le travail permanent de la jurisprudence du Conseil d'état, convertie en décisions royales: c'est ainsi qu'elle contient toutes les autorités administratives dans les bornes de leurs pouvoirs, et qu'elle impose à l'administration toute entière l'observation de la règle et le respect de la loi.

60. Sous la réserve de cette révision suprême, dans les cas que nous venons d'indiquer, quelques juridictions administratives, comme la cour des comptes, statuent souverainement; toutes les autres ressortissent au Conseil d'état. Nous n'entreprendrons pas d'indiquer les sources nombreuses qui alimentent sa juridiction; une énumération détaillée deviendrait un code, et la diversité infinie des matières échappe à l'analyse et à la classification. Les arrêtés des conseils de préfecture et des juridictions spéciales qui les remplacent dans certains cas, les décisions ministérielles, et les ordonnances royales elles-mêmes, lorsque ces arrêtés, ces décisions et ces ordonnances ont été rendus en matière contentieuse, ou violent, par excès de pouvoir, des droits consacrés par la loi, peuvent être déférés au Conseil d'état. Cette haute juridiction s'exerce par des ordonnances royales, et, dans la rigueur du droit, le Conseil d'état donne un avis, et le roi décide, sous la responsabilité du ministre; mais il faut ajouter que, depuis près de quarante-cinq ans que la juridiction contentieuse a été établie, il n'est pas arrivé une seule fois que la décision royale ait modifié l'avis du Conseil d'état. (Rapport de M. Dumon.)

61. La loi nouvelle n'a pas prétendu résoudre le problème que le savant rapporteur déclarait insoluble; elle n'a pas cherché à établir une énumération complète, ni même une classification caractéristique des nombreuses attributions du Conseil. Il ressort clairement de la discussion à laquelle se sont livrées les chambres, et notamment celle des députés, qu'elles ont entendu consacrer légalement, ni plus ni moins, toutes celles qui lui avaient été jusque-là dévolues. Voici comment l'article 12 du titre 2 a formulé cette intention:

« Le Conseil d'état peut être appelé à donner son avis sur les projets de loi ou d'ordonnance, et en général sur toutes les questions qui lui sont soumises par les ministres.

» Il est nécessairement appelé à donner son avis sur toutes les ordonnances portant règlement d'administration publique, ou qui doivent être rendues dans la forme de ces réglements.

» Il propose les ordonnances qui statuent sur les affaires administratives ou contentieuses, dont l'examen lui est déféré par des dispositions législatives ou réglementaires. »

Puis l'article 27 ajoute : « Les lois et réglements antérieurs, concernant le Conseil d'état, sont abrogés dans toutes celles de leurs dispositions qui seraient contraires à la présente loi. »

62. Nous n'aurons pas la témérité de tenter une entreprise devant laquelle ont reculé les commissions les plus savantes, et cette réunion elle-même de science, de lumières et d'expérience pratique que nous offrent nos chambres législatives; mais au lieu de poursuivre le dénombrement exact des attributions du Conseil d'état, et de dresser laborieusement un catalogue que les premières lois votées dans la session prochaine pourraient rendre incomplet, nous nous attacherons à l'essence même des fonctions du Conseil, à ces caractères généraux dont parle M. Dumon, et qui restent immuables au milieu de la mobilité des questions infinies qu'apportent ou qu'enlèvent au Conseil d'état nos révolutions administratives.

Ces caractères fondamentaux nous semblent pouvoir se ranger sous quatre principaux chefs.

Sous le premier, nous classerons les attributions dévolues au Conseil dans certaines matières de gouvernement. Il nous a paru que nous devions, avant tout, recommander à l'attention de nos lecteurs cette partie, plus spécialement politique, de la mission du Conseil d'état.

Sous le second, nous placerons ses fonctions dans les matières d'administration pure.

Sous le troisième, la coopération qu'il prend à la tutelle exercée par la haute administration à l'égard des établissements publics.

Et entin, sous le quatrième, ses fonctions quasi-judiciaires ou contentieuses.

Il nous semble que si nous n'embrassons pas ainsi, sans en omettre une seule, toutes les questions sur lesquelles le Conseil d'état a été appelé à prononcer depuis quarante-cinq ans, du moins nous aurons assez nettement établi les principes élémentaires de son action et de sa compétence, pour qu'il soit facile de les appliquer ensuite à tous les cas particuliers qui pourraient se présenter.

SECT. 1re. — Attributions du Conseil d'état en matière de gouvernement.

§ 1er. — Haute police administrative.

63. Le décret du 11 juin 1806, que nous avons déjà mentionné, chargeait le Conseil d'état de préparer les décisions disciplinaires à prendre à l'égard des fonctionnaires de l'ordre administratif, accusés d'avoir commis des fautes qui n'entraînent point, par leur nature, de poursuites juridiques.

Ces fonctions de haute police administrative étaient fort rarement exercées, même sous l'empire. Il en fut fait application à M. d'Argenson, alors préfet d'Anvers; et un décret inédit du 20 février 1809, cité par M. de Cormenin, ordonna, en ces termes, un commencement d'instruction contre l'évêque de Bayonne, à l'occasion d'un mandement sur l'abstinence du Carême: « La commission par nous nommée est chargée d'examiner la conduite de l'évêque de Bayonne et de ses vicaires généraux, et de procéder à leur égard conformément aux dispositions de notre décret du 11 juin 1806 sur la haute police administra-

Voici comment, en pareil cas, le Conseil

d'état procédait : le rapport ou les dénonciations, et les pièces contenant les faits qui inculpaient la conduite du fonctionnaire, étaient renvoyés, par ordre de l'empereur, soit directement, soit par l'intermédiaire du grandjuge, ministre de la justice, à une commission composée du président de l'une des sections du conseil et de deux conseillers d'état. Si la commission estimait que l'inculpation n'était pas fondée, elle chargeait son président d'en informer le grand-juge, qui en rendait compte à l'empereur. Si elle estimait que le fonctionnaire inculpé dût être préalablement entendu, elle en instruisait le grand-juge, qui le mandait et l'interrogeait en présence des membres de la commission. Un auditeur tenait procèsverbal de l'interrogatoire et des réponses. S'il résultait de l'examen des pièces, ou de l'interrogatoire, que les faits reprochés dussent donner lieu à des poursuites juridiques, la commission en rendait compte, par écrit, à l'empereur, qui chargeait alors le grand-juge, ministre de la justice, de faire exécuter les lois de l'état. Si, au contraire, la commission était d'avis que les fautes imputées au fonctionnaire ne pouvaient entraîner que la destitution, ou des peines de discipline et de correction, elle prenait les ordres de l'empereur pour faire son rapport au Conseil d'état. Dans le cours de l'instruction, l'inculpé pouvait être entendu sur sa demande, ou en vertu d'une délibération du Conseil; il avait aussi la faculté de produire sa défense par écrit. Les mémoires qui la contenaient devaient être signés par lui, ou par un avocat au conseil; ils n'étaient pas imprimés. Le Conseil d'état prononçait ensuite qu'il y avait lieu à réprimander, censurer, suspendre ou même destituer le fonctionnaire, dont il avait examiné la conduite. Cette décision était soumise, dans la forme ordinaire, à l'approbation de l'empereur (décr., 11 juin 1806, art. 15 à 23).

64. Ces dispositions sont tombées en désuétude depuis la chute du gouvernement impérial, mais elles n'ont jamais été expressément abrogées. M. de Cormenin les regarde comme virtuellement abolies par la Charte: cette opinion serait susceptible de controverse. Il faut remarquer, en effet, que les art. 53 et 54 de notre constitution qui portent que nul ne sera distrait de ses juges naturels, et qu'il ne pourra être créé de commissions et de tribunaux extraordinaires, se trouvent au chapitre de l'ordre judiciaire, et doivent en consé-

quence s'entendre de la justice déléguée, que les tribunaux rendent au nom du roi. Mais serait-ce les violer que de donner au contrôle incessamment exercé par le gouvernement sur la conduite des fonctionnaires, les formes solennelles dont le décret de 1806 l'avait entouré? Quel intérêt serait mis en péril? Ce ne serait pas, certes, celui de l'administration, moins encore celui des fonctionnaires pour qui cette juridiction exceptionnelle du Conseil d'état serait plutôt une garantie qu'une menace. Dira-t-on qu'elle est incompatible avec la responsabilité des ministres, bien différents aujourd'hui de ce qu'ils étaient sous le consulat et l'empire? Mais en quoi leur responsabilité pourrait-elle être faussée par cette extension donnée aux attributions consultatives du Conseil d'état? Le droit de réprimander, censurer, suspendre ou destituer les fonctionnaires, ne serait-il pas, en définitive, toujours exercé par le gouvernement, et le Conseil d'état, en éclairant ses décisions, ferait-il dans ce cas autre chose que ce que nous le verrons faire plus tard dans les matières administratives et contentieuses? Au reste, nous n'avons pas ici à rechercher s'il convient ou non de conférer au Conseil cette attribution de haute police administrative, mais seulement s'il en a été dépouillé par les lois postérieures à 1806, ou par la Charte constitutionnelle. Nous ne le pensons pas, et les projets de loi sur le Conseil d'état, dont les chambres ont été si souvent saisies, nous affermissent dans cette opinion. Le rapport adressé, en 1834, à la chambre des pairs, par M. le comte Portalis, mentionne formellement l'attribution dont nous nous occupons ici, comme appartenant toujours au Conseil d'état; il ne la discute pas, encore moins propose-t-il de l'abroger. Il n'en est plus question dans tous les rapports et toutes les discussions parlementaires postérieures à 1834; mais ce silence ne suffisait pas pour l'abolir, surtout en présence de l'article qui maintient le Conseil d'état dans le droit de délibérer sur les matières contentieuses ou administratives qui, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, doivent être examinées par lui; surtout en présence de la discussion qui a donné à cet article une portée si étendue et si nettement établie, qu'il devait confirmer le Conseil d'état dans toutes les attributions, ni plus ni moins, qui lui avaient été jusque-là dévolues.

\$ 2. — Rapports de l'état avec la cour de Rome et avec les ministres des cultes. — Communautés religieuses.—Appels comme d'abus.

65. La loi du 18 germinal an x, destinée à régler les rapports généraux de l'Église catholique avec les droits et la police de l'état, dispose (art. 1<sup>er</sup>) qu'aucune bulle, bref, rescrit, maudat, provision, signature servant de provision, ni autres expéditions de la cour de Rome, même ne concernant que les particuliers, ne pourront être reçus, publiés, imprimés, ni autrement mis à exécution, sans l'autorisation du gouvernement.

Ces matières étaient d'ordre trop élevé pour qu'elles ne fussent pas déférées au corps le plus haut placé dans la hiérarchie administrative. Aussi, bien que l'attribution n'en soit pas explicitement faite au Conseil d'état par la loi de l'an x, elles lui ont été constamment dévolues. La vérification et l'enregistrement de ces actes du saint-siège étaient autrefois confiés au parlement, et l'article que nous venons de citer reproduit presque littéralement une déclaration du 8 mars 1772. L'ordonnance du 29 iuin 1814 les lui a d'ailleurs positivement déférées : « Le Conseil d'état vérifiera et enregistrera les bulles et actes du saint-siège, ainsi que les actes des autres communions et cultes. » (art. 8, § 4.)

Conformément à l'ordonnance royale du 18 septembre 1839, c'est le comité de législation qui prépare l'instruction de ces affaires : sur son rapport, le Conseil d'état émet, s'il y a lieu, l'avis que telle bulle peut être reçue et publiée, sans aucun danger pour les lois du royaume; et voici avec quelles restrictions il accorde, dans ce cas, son approbation: « La bulle... sera reçue sans approbation des clauses, formules ou expressions qu'elle renferme, qui sont ou pourraient être contraires à la Charte constitutionnelle, aux lois du royaume, aux franchises, libertés et maximes de l'Église gallicane. » C'est dans ces termes que sont publiées au Bulletin des lois les bulles d'institution canonique d'archevêques et évêques, celles relatives à des circonscriptions diocésaines, les bulles du jubilé et tous les brefs et décrets pontificaux. (V. au Bulletin, arrêté du 11 brum. an XII, Publicatio indulgentia plenariæ in formå jubilæi.—Ord. royale des 29 janv.-22 fév. 1826, qui prescrit la publication de la bulle portant extension du jubilé à tout l'univers catholique.) Les lettres encycliques adressées par le pape aux patriarches et évêques en communion avec le saint-siége, à l'occasion de cette extension du jubilé, sont parcillement examinées par le Conseil d'état; l'avis qu'il émet, à cette occasion, contient, au besoin, les réserves nécessaires pour sauvegarder le droit public du royaume contre toute atţeinte qu'il pourrait recevoir de ces communications établies entre le pape et les archevêques.

66. Les actes de la cour de Rome ne sont pas les seuls qui soient soumis à la vérification ou à l'enregistrement du Conseil d'état. D'après l'art. 3 de la loi du 18 germinal an x, les décrets de synodes étrangers, même ceux des conciles généraux, ne peuvent être publiés en France avant que le gouvernement en ait examiné la forme, leur conformité avec les lois, droits et franchises du royaume, et tout ce qui, dans leur publication, pourrait altérer ou intéresser la sûreté publique. (Loi du 18 germ. an x, art 3.)

67. Communautés religieuses. — Aux termes de la loi des 24 mai-2 juin 1825, aucune congrégation religieuse de femmes ne peut être autorisée qu'après que les statuts, dûment approuvés par l'évêque diocésain, ont été vérifiés et enregistrés au Conseil d'état. Ces statuts ne peuvent être approuvés et enregistrés s'ils ne contiennent la clause que la congrégation est soumise, dans les choses spirituelles, à la juridiction de l'ordinaire.

L'autorisation est accordée par une ordonnance du roi à celles de ces congrégations qui existaient en France antérieurement au 1er janvier 1825; mais elle ne peut être concédée que par une loi à celles qui, à cette date, n'étaient pas encore établies.

Toutes les communautés religieuses furent supprimées en France par la loi du 18 août 1792. Cependant l'empire, en relevant le culte, n'avait pu méconnaître les services rendus par ces congrégations de femmes, vouées au soulagement des pauvres, des enfants abandonnés et des malades. Le décret du 3 messidor an XII, prononçant la dissolution de toutes les associations formées sous prétexte de religion, portait, art 5 : « Néanmoins, les agrégations connues sous les noms de sœurs de la Charité, de sœurs Hospitalières, de sœurs de Saint-Thomas, de sœurs de Saint-Charles et de sœurs Vatelottes, continueront d'exister, en conformité des arrêtés des 1°r nivôse an IX, 24 ven-

démiaire an xI, et des décisions des 28 prairial an XI et 22 germinal an XII, à la charge par lesdites agrégations de présenter, sous le délai de six mois, leurs statuts et règlements. pour être vus et vérifiés en Conseil d'état. » Cette tolérance fut encore étendue par le décret du 18 février 1809, qui autorisa le rétablissement des congrégations ou maisons hospitalières de femmes, mais en restreignant cette autorisation à celles dont l'institution avait pour but de desservir les hospices, de se vouer au soulagement des infirmes, des malades et des enfants abandonnés, ou de porter aux pauvres des soins, des secours, des remèdes à domicile. Les statuts de chacune de ces congrégations ou maisons séparées devaient être examinés en Conseil d'état, et insérés au Bulletin des lois; celles dont les statuts n'auraient pas été approuvés et publiés avant le 1er janvier 1810, devaient être dissoutes. Des avis du Conseil d'état, du 6 février et du 25 mars 1811, nous apprennent que les dispositions de ce décret étaient sévèrement exécutées, et que le bénéfice en était refusé à celles des congrégations religieuses qui n'avaient pas pour but exclusif les soins charitables dans le cercle desquels il entendait renfermer leur mission.

Ces décrets impériaux, qui avaient force de loi, respectaient à la rigueur le principe qui n'attribue qu'à la loi seule le droit d'autoriser l'établissement des communautés religieuses, principe que nous voyons en vigueur, même sous l'ancienne monarchie, alors que ces autorisations ne pouvaient avoir lieu qu'en vertu de lettres patentes scellées du grand sceau, et enregistrées dans les parlements, après enquête de commodo et incommodo, c'est-à-dire avec les formes employées pour les actes les plus solennels, et qui avaient véritablement le caractère de la loi. Mais la restauration abusant des précédents de l'empire, considéra comme des ordonnances les décrets de l'an xII et de 1809, et sans d'ailleurs s'assujettir aux restrictions établies par ce dernier, multiplia par de simples actes de l'autorité royale le nombre des maisons religieuses de femmes. Il ne paraît pas pas que, de 1814 à 1825, le contrôle du Conseil d'état se soit exercé avec une grande exactitude sur les statuts de ces établissements, car il résulte d'une note insérée dans la partie officielle du Moniteur, le 6 avril 1827, qu'au 1er janvier 1825, il existait deux mille huit cents congrégations religieuses de femmes, sur lesquelles treize cents n'étaient pas encore autorisées.

68. Un décret inédit, du 16 octobre 1810, appelait le Conseil d'état à vérifier les statuts qui seraient dressés pour l'organisation, l'administration et le régime d'un certain nombre de maisons d'hospitalité ou de retraite, où des hommes voulant se retirer de la société, pourraient se consacrer plus particulièrement à une vie solitaire et religieuse. Ainsi, ce fut à l'apogée de sa gloire et au milieu du bruit que faisaient en Europe ses armes victorieuses, que Napoléon avait pensé à rétablir les couvents d'hommes, et à rouvrir à la vie contemplative ces asiles d'où elle avait été bannie! Il avait chargé une commission extraordinaire de lui faire un rapport sur les couvents de l'un et l'autre sexe, encore existant dans plusieurs parties de l'empire; cette commission devait spécialement examiner s'il conviendrait de conserver, dans des lieux renommés, quelques maisons de moines d'un ordre particulier, sous une même discipline, déjà connue, et formant une institution analogue à celle du Mont-Cenis, du mont Saint-Bernard, des Trappistes. « L'empereur, dit le rapport du ministre des cultes qui précède le décret, avait exprimé la pensée que ces maisons seraient un refuge assuré aux hommes mélancoliques et malheureux; qu'il pourrait y avoir quatre de ces maisons en Piémont et deux en Toscane; que quand il y en aurait une douzaine dans l'empire, ce ne serait pas trop pour l'objet qu'on se proposait; et que si l'on avait une ou deux de ces maisons dans une forêt aux environs de Paris, ou même au Calvaire, où l'on ne pourrait entrer qu'à cinquante ans et avec l'autorisation du gouvernement, elles seraient utiles, dans certains cas, et même comme une honnête prison pour des ecclésiastiques. »

L'article 1er du décret conservait spécialement, comme maison d'hospitalité ou de retraite, le couvent de la forêt de Sénart, près Paris, et celui de la grande Chartreuse, près Grenoble. Il prescrivait que les maisons de retraite dont l'établissement serait décidé, sans que leur emplacement eût été indiqué, seraient prises parmi les couvents les plus beaux et les plus convenablement situés. Il était interdit au supérieur et aux membres composant chaque congrégation d'avoir aucune correspondance, ni directe ni indirecte, avec aucun ordre régulier, ni avec au-

cune autorité temporelle, autres que celles établies dans l'empire. Aucune bulle du saint père ne pouvait être demandée par les religieux de ces ordres, ni avoir son exécution à leur égard, sans l'approbation du gouvernement. Ils étaient soumis à la juridiction de l'évêque diocésain. Les promesses de stabilité qu'ils prononcaient en entrant dans chaque établissement, et par lesquelles ils vouaient obéissance aux supérieurs, ne pouvaient jamais être transformées en profession solennelle, ou en vœux proprement dits. Le Conseil d'état examinait, avant qu'ils pussent être mis à exécution, les règlements de discipline intérieure. L'appel comme d'abus contre les actes des supérieurs y était porté dans la forme ordinaire.

Nous ne mentionnons que comme document historique ce décret, qui n'a pas été promulgué et auquel les événements politiques n'ont pas permis qu'il fût donné suite.

69. Appels comme d'abus. — Les appels comme d'abus sont une des attributions les plus importantes et les plus délicates du Conseil d'état, en matière de gouvernement. Sa compétence, à cet égard, est formellement écrite dans l'art. 6 de la loi du 18 germinal an x. « Il y aura, dit cet article, recours au Conseil d'état dans tous les cas d'abus de la part des supérieurs et autres personnes ecclésiastiques. Les cas d'abus sont : l'usurpation ou l'excès de pouvoir, la contravention aux lois et règlements, l'infraction aux règles consacrées par les canons reçus en France, l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'Eglise gallicane, et toute entreprise, ou tout procédé, qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression ou en injure, ou en scandale public. »

Le Conseil d'état connaît aussi de toutes les entreprises des ministres du culte protestant, et de toutes dissensions qui pourront s'élever entre ces ministres. (Art. organ. des cultes protest., art. 6.)

La loi du 8 février 1831, en accordant aux ministres du culte israélite un traitement sur les fonds de l'état, les soumettait implicitement aux lois sur lesquelles le concordat avait basé les relations de l'état avec l'Église. Cette loi seule eût suffi pour que, dans des circonstances données, le recours comme d'abus fût ouvert en leur faveur ou contre leurs en-

treprises. Cette assimilation, logique et nécessaire, a d'ailleurs été formellement consacrée par l'ordonnance royale du 25 mai 1844, portant règlement pour l'organisation du culte israélite; elle statue en ces termes, art. 55 : « Toutes entreprises des ministres du culte israélite, toutes dissensions qui pourront s'élever entre ces ministres, toute atteinte à l'exercice du culte et à la liberté garantie à ces ministres, nous scront déférées en notre Conseil d'état, sur le rapport de notre ministre des cultes, pour être par nous statué ce qu'il appartiendra. »

Par un décret du 25 mars 1813, l'empereur attribua un moment aux cours impériales la connaissance des appels comme d'abus; mais on sait que ce décret inconstitutionnel ne reçut pas d'exécution, et que le Conseil d'état resta saisi de ces affaires en vertu de la disposition précitée de la loi organique. — V. Appel comme d'abus, nº 46.

Les recours comme d'abus sont, sur le renvoi du garde des sceaux, ministre de la justice, instruits et rapportés au Conseil d'état, en séance administrative, par le comité de législation, sans frais ni constitution d'avocat.

Ces affaires ont été soustraites à la publicité de l'audience par l'ordonnance du 12 mars 1831, qui modifie formellement en ce point les dispositions de celles du 2 févr. de la même année. D'où vient cette exception? Serait-ce qu'on aurait conclu de la procédure prescrite en matière d'appels comme d'abus, qu'ils ne font pas partie du contentieux administratif, et que, par conséquent, il n'y avait pas lieu de les rapporter et discuter, en séance publique, dans les formes prescrites par les ordonnances précitées du 2 février et du 12 mars 1831? Mais cette opinion ne soutiendrait pas l'examen, et nous l'établirons facilement, quand nous aurons, plus tard, à définir les caractères auxquels on reconnaît les affaires contentieuses. Sous la restauration, les appels comme d'abus étaient positivement rangés dans la classe de ces affaires; il est bien vrai qu'alors la publicité des audiences n'existait pour aucune des questions soumises au Conseil d'état, et c'est là, nous le croyons, la seule explication admissible de l'exception en vertu de laquelle la discussion des recours comme d'abus est renfermée dans le secret des délibérations du Conseil : ils peuvent soulever des questions trop irritantes, pour qu'il n'eût pas été sans danger de les débattre publiquement; la presse s'en fût avidement emparée, et l'on pouvait craindre que des passions irréslèchies sissent rejaillir sur le clergé tout entier les torts de quelques-uns de ses membres.

Nous avons vu plus haut que, conformémément à l'art. 8 de la loi du 18 germinal an x, les recours comme d'abus devaient, selon les cas, être vidés dans la forme administrative, ou renvoyés aux autorités compétentes. A ces deux éventualités se rattachent deux séries distinctes de solutions que formule le Conseil d'état et qu'a énumérées M. de Cormenin (*Droit administratif*, t. 1, p. 230.).

Le Conseil d'état déclare qu'il y a simplement abus;

Il déclare l'abus avec suppression de l'écrit abusif;

Il déclare l'abus avec injonction au prêtre de s'abstenir du refus des sacrements, dans les cas semblables;

Il déclare l'abus et autorise les poursuites à fins criminelles;

Il déclare l'abus et autorise les poursuites à fins civiles seulement;

Il déclare l'abus, et, admettant l'excuse, n'autorise pas la poursuite:

Il déclare qu'il n'y a pas abus;

Il déclare à la fois qu'il n'y a lieu ni à renvoi devant les tribunaux, ni à prononciation d'abus;

Il écarte le recours, sauf à se pourvoir devant l'autorité supérieure, dans la hiérarchie ecclésiastique;

Il déclare l'appel incompétent ou non recevable;

Il déclare l'abus sur un point et pour une personne, et sur un autre point et pour une autre personne, ou qu'il n'y a pas abus, ou qu'il y a lieu à renvoi devant les tribunaux ou devant le supérieur hiérarchique.

M. de Cormenin (t.1er, p. 320) fait observer que le Conseil d'état excède ses pouvoirs en cumulant dans son dispositif la déclaration d'abus et le renvoi aux tribunaux. « S'il n'y a qu'abus, dit-il, il doit se borner à le déclarer. S'il y a crime ou délit civil, il doit, comme en matière de mise en jugement, renvoyer simplement l'ecclésiastique inculpé devant les tribunaux, sans déclaration préalable d'abus. En effet, la déclaration d'abus est une condamnation administrative du plus haut degré, et cette condamnation administrative pourrait entraîner, par analogic de préjugé, la condam-

nation judiciaire. C'est à la fois violer le concordat, opprimer le prévenu et gêner le juge.» Il nous semble que sa sollicitude pour les intérêts sacrés de la défense a trompé ici l'illustre jurisconsulte, et que la déclaration d'abus ne saurait avoir sur le jugement à intervenir l'influence qu'il en redoute. Qu'elle soit ou non exprimée, il sera toujours évident pour les tribunaux que, dans la pensée du Conseil d'état, l'abus existait, puisqu'il résultait de la conduite de l'ecclésiastique inculpé présomption suffisante de crime ou de délit pour qu'il fût ren voyé devant les tribunaux. Remarquons d'ailleurs que le même fait auquel aura été justement appliquée une condamnation administrative, pourra ne pas paraître passible d'une condamnation judiciaire: l'abus une fois prononcé par le Conseil d'état, c'est plutôt vers l'indulgence que pencheront les juges saisis de l'action civile ou criminelle. Il n'en serait peut-être pas ainsi dans le système que propose M. de Cormenin; et en présence d'un fait qui n'aurait été de la part du Conseil d'état l'objet d'aucune répression, il est à croire que les tribunaux se préoccuperaient de l'intérêt de la vindicte publique à laquelle n'aurait été donnée aucune satisfaction. -V. Appel comme d'abus.

# § 3. — Mise en jugement des agents du gouvernement.

70. Selon l'article 75 de la constitution de l'an VIII, le Conseil d'état doit délibérer sur les mises en jugement des fonctionnaires publics. « Les agents du gouvernement, autres que les ministres, dit cet article, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'état; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. »

Sous la restauration, ces affaires étaient considérées comme contentieuses; aujourd'hui, elles sont instruites et rapportées, en séance administrative, par le comité de législation.

La personne qui demande l'autorisation de poursuivre à fins civiles un fonctionnaire public peut signer elle-même sa requête; elle n'est pas tenue, comme autrefois, de constituer un avocat. Cette formalité devait cesser d'être nécessaire dès que les mises en jugement dont il s'agit cessaient d'être réputées affaires contentieuses.

On a souvent attaqué la compétence du Conseil d'état en cette matière. On a soutenu que la Charte de 1814, non plus que celle de 1830, n'avant pas fait mention de ce corps, il était impossible de lui attribuer l'autorité qu'il tenait de l'art. 75 de la constitution de l'an viii: on a soutenu, de plus, que cet article devait être considéré comme abrogé par notre constitution actuelle qui, en promettant (art. 69 de la Charte) une loi sur la responsabilité des ministres et des autres agents du pouvoir, annulait implicitement la garantie qu'ils tenaient de l'art. 75 de la constitution de l'an VIII. La récente discussion qui a eu lieu dans les chambres, à l'occasion de la loi nouvelle, n'a pas résolu doctrinalement cette question; quelques membres l'ont même formellement réservée, en demandant que, de l'adoption de l'article relatif aux attributions du Conseil d'état et des termes généraux par lesquels cet article les embrasse sans les définir, le gouvernement ne fût jamais autorisé à conclure que la promesse de la Charte avait été remplie. Mais ce n'est pas ici que doit être discutée la question de savoir si le principe consacré par la constitution de l'an viii est encore en vigueur; cette question est traitée sous l'article Mise en jugement des fonctionnaires publics. -V. ce mot.

### § 4. — Prises maritimes.

71. Antérieurement à la révolution de 1789. l'instruction des prises maritimes était confiée à des juridictions spéciales, nommées amirautés. Un conseil des prises examinait ensuite leur validité, et rendait, à cet égard, des décisions dont on pouvait appeler au roi, en son Conseil d'état (arr. du Cons. des 19 juillet 1778 et 5 janvier 1788; ordonn. d'août 1681). La loi des 9-13 août 1791 supprima ces juridictions auxquelles furent substitués d'abord les tribunaux de commerce (loi du 14 février 1793), remplacés pendant quelque temps par le conseil exécutif provisoire (loi du 18 brumaire an II), mais rétablis par celle du 3 brumaire an 1v dans la mission de prononcer sur la validité des prises.

Cette législation, et surtout l'attribution des appels des tribunaux de commerce, en matière de prises, dévolue aux tribunaux de département, entraînèrent de trop fâcheuses conséquences pour que la sollicitude du gouvernement consulaire n'en fût pas préoccupée; le 26 vent. an VIII, intervint, sur sa proposition, une loi ainsi conçue: — « Art. 1er. A compter de la publication de la présente loi, tous

les tribunaux saisis de contestations relatives à la validité des prises maritimes, et antérieures au 4 nivôse, époque de la promulgation de la constitution, cesseront d'en connaître. — Art. 2. Le gouvernement pourvoira à ce que ces contestations soient terminées comme celles de la même nature qui sont postérieures à ladite époque du 4 nivôse. »

Le 6 germinal suivant fut institué à Paris, en exécution du décret précité, un conseil des prises, dont le gouvernement se réservait de faire cesser les fonctions lorsqu'il le jugerait convenable. Ce ne fut qu'en 1815, au rétablissement de la paix, qu'il usa de cette faculté, pour ranger parmi les attributions du Conseil d'état les prises maritimes. La compétence du Conseil, en ces matières, fut établie par l'ordonnance du 23 août, dont l'art. 13 porte : « Le comité du contentieux exercera les attributions précédemment assignées au conseil des prises. »

Aujourd'hui, c'est le comité de législation qui est chargé de l'instruction de ces affaires, et il en présente le rapport au Conseil d'état en séance administrative : leur caractère éminemment politique et les questions de droit international qu'elles soulèvent ne permettaient pas qu'elles fussent discutées publiquement.

72. Ce n'est que comme juridiction supérieure que le Conseil d'état est saisi de l'examen des prises maritimes. Les navires capturés sont conduits ou dans un port de France, ou dans un port des colonies françaises, ou dans un port étranger. Voici comment il est procédé dans ces trois cas:

1º Quand la prise est conduite dans un port de France, l'arrêté du 2 prairial an XI charge l'officier d'administration de la marine de procéder de suite, et au plus tard dans les vingt-quatre heures de la remise des pièces, à l'instruction nécessaire pour parvenir aujugement des prises. Ce jugement est rendu par des commissions des ports que l'arrêté du 6 germinal an VIII compose de l'officier d'administration de la marine, du contrôleur de la marine et du commissaire de l'inscription maritime.

Si le bâtiment est déclaré de bonne prise, et s'il ne survient pas de réclamations dans les dix jours, le bâtiment capturé est vendu (art. 11 de l'arrêté du 6 germinal an VIII).

L'art. 12 de ce décret prévoit un autre cas : « S'il y a une réclamation ou si la prise n'a

pas été faite sous pavillon ennemi, ou n'est pas trouvée évidemment ennemie, ou si enfin le jugement ne prononce pas la validité de la prise, l'officier d'administration enverra, dans le délai de dix jours, au secrétariat du conseil des prises (aujourd'hui du Conseil d'état) tous les actes par lui faits et toutes les pièces trouvées à bord.

Les textes que nous venons de citer établissent clairement qu'en matière de prises conduites dans un port français, le Conseil d'état est appelé à prononcer, 1° s'il y a réclamation contre le jugement rendu par les commissions des ports; 2° si ce jugement ne reconnaît pas la validité de la prise. Mais, toujours conformément à ces dispositions, si aucune réclamation ne s'élevait contre une prise déclarée valable, l'affaire pourrait être terminée au premier degré de juridiction sans que le Conseil d'état en fût saisi.

2º Quand le bâtiment capturé est conduit dans un port colonial, la validité de la prise est soumise à des commissions coloniales, dont l'art. 115 de l'arrêté du 2 prairial an XI règle ainsi la composition: 1º le préfet colonial; 2º le commissaire de justice; 3º l'officier d'administration chargé de l'instruction; 4º l'inspecteur de la marine; 5º le commissaire à l'inscription maritime. Le préfet nomme un secrétaire qui fait les fonctions de greffier. (V. ordonn. 23 juill. 1840, art. 12, et 7 septembre 1840, art. 13.)

Le règlement du 2 prairial an xi définit nettement la portée qui doit être attribuée aux jugements de ces commissions coloniales: « Ces jugements, disent les art. 117 et 118, seront sujets à l'appel devant le conseil des prises séant à Paris (aujourd'hui le Conseil d'état), etnéanmoins seront susceptibles d'exécution provisoire, à la charge par celle des parties qui aura requis ladite exécution de donner caution, et, en outre, de demeurer responsable des dommages et intérêts.

Si, dans la quinzaine qui suivra les jugements, il n'est point intervenu de réclamation de la part de l'une ou de l'autre des parties, ils deviendront définitifs, et audit cas, il n'y aura lieu à aucun cautionnement.

Ainsi, comme nous venons de le dire pour le premier cas, le Conseil d'état pourrait n'être pas appelé à réviser les décisions des commissions coloniales. Remarquons, en outre, qu'il ne serait pas nécessairement saisi de l'examen de celles qui auraient invalidé une prise,

le règlement du 2 prairial an XI n'ayant pas pris, à cet égard, la précaution prescrite par l'article 12 de celui du 6 germinal an VIII, que nous avons cité plus haut.

3º La validité des prises conduites dans les ports étrangers est jugée par des commissions consulaires, aux termes de l'art. 23 de l'arrêté du 6 germinal an VIII: « Lorsque des prises seront conduites dans les ports étrangers, les commissaires des relations commerciales (les consuls) se conformeront exactement aux traités conclus entre la France et les puissances chez lesquelles ces commissaires seront établis, et aux instructions du gouvernement; et, dans le cas où le présent règlement pourra v recevoir son exécution, ils rempliront toutes les fonctions dont il charge l'officier d'administration des ports du royaume, en se faisant assister de deux assesseurs choisis, s'il est possible, parmi les citoyens français immatriculés et établis dans le lieu de la résidence de ces commissaires. » Les décisions de ces commissions consulaires sont assimilées à celles des commissions des ports par les art. 23 et 24 du règlement du 6 germinal an viii : le droit de jugement que nous avons vu attribuer à ces dernières appartient donc aussi aux commissions consulaires.

73. De cette législation, il résulte que les commissions des ports, les commissions coloniales et les commissions consulaires, loin de n'être chargées que de préparer l'instruction des prises maritimes sur lesquelles le Conseil d'état aurait ensuite à statuer, sont investies d'une juridiction de première instance à laquelle pourrait souvent s'arrêter l'affaire sans être portée à la connaissance du conseil. Mais ici, comme sur tant d'autres matières, la jurisprudence a remplacé la loi, et, sous la restauration, le ministre de la marine a adopté l'usage de transmettre, dans tous les cas, les jugements de toutes ces commissions au Conseil d'état, en lui demandant une décision définitive. Selon la judicieuse observation de M. le conseiller d'état Maillard (V. Répert. de la nouv. législ., t. 4, p. 531), les expressions de l'arrêté de l'an viii excluent la nécessité de l'envoi de ces pièces au Conseil d'état, hors des cas spécifiés; et l'usage qui s'est établi à cet egard n'aboutit à rien moins qu'à supprimer de fait une juridiction légalement établie, pour la transformer en simple agent d'information. M. Serrigny (Organisation, compétence et procédure en matière conten-

tieuse administrative, t. 1er, nº 149) répond à cette objection, en faisant observer que le ministre de la marine ayant été partie dans les espèces soumises au Conseil d'état, il y a toujours réclamation de l'une des parties pour obtenir une décision définitive, ce qui suffirait, aux termes de l'article 12 du règlement du 6 germinal an VIII, pour saisir le conseil des prises, et par conséquent pour constituer, avec toute l'extension qu'elle a reçue, la compétence actuelle du Conseil d'état. Quoi qu'il en soit, si elle ne repose pas sur le texte littéral des règlements, elle offre du moins à l'état et aux citoyens de précieuses garanties dont tous les intérêts n'auraient qu'à s'applaudir, si, à raison de l'éloignement des lieux où peut être prononcé le jugement des commissions coloniales ou consulaires, le renvoi au Conseil d'état n'entrainait pas forcément des retards souvent fort regrettables.

En classant les prises maritimes parmi les affaires administratives non contentieuses, l'ordonnance du 18 septembre 1839 ne s'était pas occupée de concilier la défense des parties avec l'intérêt de l'état. Le projet de loi sur le Conseil d'état, du 1<sup>er</sup> février 1840, statuait dans ce but, par son art. 25, que l'instruction de ces affaires se ferait sur mémoires respectivement communiqués aux parties ou à leurs défenseurs. La loi nouvelle est muette à cetgégard. —V. Prises maritimes.

§ 5. — Recouvrement de la qualité de Français. — Naturalisations. — Additions ou changements de noms.

74. L'art. 21 du Code civil dépouille de la qualité de Français le citoyen qui, sans autorisation du roi, prendrait du service militaire chez l'étranger, ou s'affilierait à une corporation militaire étrangère. Il ne peut rentrer en France qu'avec permission du roi, ni recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen; le tout, sans préjudice des peines prononcées par la loi criminelle contre les Français qui ont porté ou porteront les armes contre leur patrie.

Ces conditions, imposées également à l'étranger et au citoyen qui a perdu la qualité de Français, sont écrites dans le sénatus-consulte organique du 19 fév. 1808, ainsi conçu:

—Art. 1er. Les étrangers qui rendront ou qui auraient rendu des services importants à l'état.

ou qui apporteront dans son sein des talents, des inventions ou une industrie utile, ou qui formeront de grands établissements, pourront, après un an de domicile, être admis à jouir des droits de citoyen français. — Art. 2. Ce droit leur sera conféré par un décret spécial, rendu sur le rapport d'un ministre, le Conseil d'état entendu.

C'est par voie administrative, après instruction de l'affaire dans le comité de législation et rapport par lui présenté au Conseil d'état, en assemblée générale, que le gouvernement accorde ces lettres de naturalisation. L'ordonnance qui les confère est motivée et libellée ainsi qu'il suit : « Considérant que, de l'ensemble des circonstances, il résulte que le requérant se trouve dans les conditions prescrites par l'art. 1er du sénatus-consulte du 19 février 1808, pour obtenir la qualité de citoven français: notre Conseil d'état entendu, nous avons ordonné et ordonnons ce qui suit : Le sieur N... est admis à jouir des droits de citoyen français. A cet esset, il se retirera par-devant notre garde des sceaux, ministre de la justice, pour obtenir des lettres de naturalisation. »

Depuis 1830, une seule demande a été formée à l'effet de recouvrer la qualité de Français perdue pour service pris à l'étranger. Elle était fondée sur des services rendus en Amérique à des Français. Cette demande a été accueillie.

Les lettres de naturalisation concédées, ainsi qu'il vient d'être dit, conformément au sénatus-consulte de 1808, ne donnent pas aux étrangers le droit de siéger dans les chambres législatives. Aux termes de l'ordonnance des 4-10 juin 1814, ils ne peuvent être ainsi élevés à la plénitude de la qualité de citoyen français que par des lettres de grande naturalisation, soumises à la vérification des deux chambres, et qui ne sont accordées qu'à d'importants services rendus à l'état.

Remarquons encore que les lettres ordinaires de naturalisation, obtenues après dix ans de domicile, selon la loi du 22 frimaire an VIII, sont conférées administrativement, sans l'intervention du Conseil d'état.

75. La loi du 11 germinal an XI admet toute personne qui aura quelque raison de changer de nom, à en adresser au gouvernement la demande motivée et accompagnée des états de service du réclamant, de son extrait de naissance, des autorisations

données par les intéressés, s'il y a licu, des avis du procureur du roi et du procureur général, et des exemplaires légalisés du Moniteur et des journaux locaux contenant l'extrait de la demande. Le dispositif de l'ordonnance est ainsi conçu : « L'impétrant ne pourra se pourvoir devant les tribunaux, pour faire opérer sur les registres de l'état civil les changements résultant de la présente ordonnance, qu'après les délais fixés par les art. 6 et 8 de la loi du 18 germinal an xI, et en justifiant qu'aucune opposition n'a été formée au Conseil d'état. »

Le droit de demander la substitution de nom est entièrement personnel. Le Conseil d'état a décidé qu'un tuteur, même autorisé, était sans qualité pour exercer ce droit en faveur et aux lieu et place de son pupille. Les pères eux-mêmes ne peuvent invoquer, au profit de leurs enfants mineurs, le bénéfice de la loi de l'an xI.

Le rejet d'une première demande ne fait pas obstacle à ce qu'elle soit représentée, et même accueillie. Ces refus ne seraient, en aucun cas, susceptibles d'être attaqués par la voie contentieuse.

Le maire d'une commune peut se pourvoir au Conseil d'état contre l'autorisation qui aurait été accordée à un particulier d'ajouter à son nom celui de cette commune. Mais il a seul qualité pour faire valoir cette action que des tiers ne seraient pas recevables à exercer. C'est par la voie administrative que le recours devrait être introduit.

Un nom patronymique étant une propriété de famille, les tiers peuvent former tierceopposition aux ordonnances royales qui auraient accordé l'autorisation de le porter, et la question est alors du ressort des tribunaux ordinaires.

Les demandes en substitution ou en addition de noms sont instruites et rapportées devant le Conseil d'état, sans publicité ni plaidoiries, par le comité de législation.

Sect. 2. — Des attributions du Conseil d'état dans les matières d'administration pure.

76. L'art. 12 de la loi du 19 juillet 1845 est ainsi conçu:

Le Conseil d'état peut être appelé à donner son avis sur les projets de loi ou d'ordonnance, et, en général, sur toutes les questions qui lui sont soumises par les ministres.

Il est nécessairement appelé à donner son

avis sur toutes les ordonnances portant règlement d'administration publique, ou qui doivent être rendues dans la forme de ces règlements.

77. D'après la constitution de l'an viii, le Conseil d'état, ainsi que nous l'avons vu, était chargé de résoudre les difficultés qui s'élèveraient en matière administrative. L'arrêté du 5 nivôse de la même année l'appelait, en outre, à développer le sens des lois, toutes les fois que cette interprétation lui serait demandée par les consuls. Ses avis, approuvés et insérés au Bulletin, avaient force de loi; aujourd'hui, ils ont sans doute l'autorité considérable qui s'attache à l'expérience et aux lumières dont le Conseil n'a pas cessé d'offrir la plus imposante réunion, mais cette autorité est purement doctrinale; si elle est justement respectée par les départements ministériels dont elle éclaire les travaux, elle n'exercerait, devant les tribunaux, aucune influence sur l'interprétation des lois. L'approbation du roi, donnée sous la responsabilité et avec le contreseing ministériel, transforme en ordonnances royales les avis du Conseil d'état; ils se confondent alors avec les actes de la puissance exécutive, mais sans pouvoir dépasser jamais les limites dans lesquelles elle se renferme.

Ces projets de lois ou d'ordonnances, ces questions générales sur lesquelles le gouver-nement consulte le Conseil d'état, pourraient n'être pas soumis à ses délibérations; la loi n'énonce, à cet égard, qu'une faculté; à plus forte raison, les ministres sont-ils en droit de ne pas suivre ces avis qu'aucune prescription légale ne les oblige à rechercher.

78. Mais s'il s'agit d'un règlement d'administration publique, ou d'une ordonnance qui doive être rendue dans la forme de ces règlements, alors le concours du Conseil d'état est obligatoire : la loi du 19 juillet ne fait que confirmer, sur ce point, les lois, décrets et ordonnances antérieures. La constitution de l'an viii confie expressément au Conseil d'état la mission de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique. L'ordonnance royale du 19 avril 1817 prescrit que tout projet de loi ou d'ordonnance portant règlement d'administration publique, après avoir été, conformément à l'ordonnance du 23 août 1815, préparé dans l'un des comités, soit ensuite délibéré en Conseil d'état, tous les comités réunis, et tous les ministres secrétaires d'état ayant été convoqués.

Cependant, ces ordonnances ne présentant pas toutes le même degré d'intérêt, la loi nouvelle a admis que quelques-unes d'entre elles seraient délibérées dans les comités seulement, sans être portées ensuite à l'examen du Conseil d'état. Une ordonnance royale, préparée en Conseil d'état, devra établir cette division (l. 19 juill. 1845, art. 13).

79. La loi prescrivant impérieusement pour les règlements d'administration publique l'intervention du Conseil d'état, dont elle fait, quant aux autres ordonnances, une simple faculté, il importe de déterminer les caractères auxquels se reconnaissent ces règlements.

L'autorité royale s'exerce, en matière administrative, de deux manières: ou elle se borne à ordonner, dans la sphère de l'administration active, les dispositions nécessaires pour assurer la marche des différents services ministériels, ou bien elle procède par voie plus générale, plus solennelle, au moyen de règlements qui touchent aux choses mêmes et qui se réfèrent directement aux intérêts publics.

Ces dernières manifestations du pouvoir royal ont pris le nom de règlements d'administration publique. On les distingue à trois caractères principaux : ils embrassent une certaine généralité dans leur objet; ils s'étendent dans l'avenir par leur prévoyance; ils ont quelque chose d'impératif et d'obligatoire dans la branche de service qu'ils embrassent.

Les formes de ces règlements consistent principalement dans une instruction méthodique et régulière; dans la délibération du Conseil d'état; dans l'insertion au Bulletin des lois.

Nous n'essayerons pas de donner ici la nomenclature de toutes les questions administratives sur lesquelles le pouvoir royal s'entoure de ces formes solennelles. Nous nous bornerons à indiquer les sources les plus importantes qui alimentent, en matière de règlements d'administration publique, la compétence du Conseil d'état. Ce sont:

- 1º La loi du 22 germinal an xI sur l'organisation des chambres consultatives des manufactures, fabriques, arts et métiers.
- 2º L'art. 413 du Code pénal sur l'indication des produits des manufactures françaises, et la garantie de la bonne qualité, des dimensions et de la nature de la fabrication.
- 3° L'art. 90 du Code de commerce sur la négociation et la transmission de la propriété des effets publics.

- 4° La loi du 7 germinal an XI (art. 17), relative à la fixation du diamètre de chaque pièce de monnaie.
- 5° La loi du 23 ventôse an XII (art. 8) et la loi du 18 germinal an X (art. 11, 23, 35), relatives à l'établissement des séminaires.
- 6° Le décret du 3 messidor an XII sur les statuts et règlements des congrégations et associations religieuses.
- 7º La loi du 22 ventôse an XII sur la formation du tableau des avocats et la discipline du barreau.
- 8° La loi du 18 mars 1806 sur l'établissement des conseils de prud'hommes, et la détermination du mode de nomination de ces conseils.
- 9° L'acte législatif ou sénatus-consulte du 2 vendémiaire an XIV, les ordonnances des 27 septembre 1815, 30 septembre 1818, et la loi du 22 mars 1831 sur l'organisation des gardes nationales.
- 10° La loi du 10 octobre 1824 sur les mesures nécessaires à l'exécution de la loi sur les boissons.
- 11° La loi du 24 avril 1806 et la loi de finances du 17 octobre 1814, sur les mesures nécessaires à prendre pour assurer les perceptions confiées à l'administration des contributions indirectes, et réprimer les fraudes et les contraventions; pour que le commerce des vins et caux-de-vie de France à l'étranger ne puisse souffrir des dispositions des lois de finances, et pour l'exécution de la loi sur la taxe des sels.
- 12° L'art. 1042 du Code de procédure civile, et les art. 5 et 15 de la loi du 20 avril 1810, sur la taxe des frais ainsi que sur la police et discipline des tribunaux.
- 13° L'art. 544 du Code de procédure civile sur le mode suivant lequel il doit être procédé à la liquidation des dépens et frais dans les matières civiles ordinaires.
- 14° La loi du 20 avril 1810, relative à la création ou suppression des chambres ou sections dans les cours royales, à l'ordre du service, et à la formation des sections temporaires dans les tribunaux de première instance.
- 15° Les art. 615, 618, 624 et 625 du Code de commerce sur la détermination du nombre des tribunaux de commerce et des villes susceptibles d'en recevoir par l'étendue de leur commerce et de leur industrie; sur le nombre des juges et celui des suppléants; sur les droits, vacations, et devoirs des gref-

siers et huissiers attachés à ces tribunaux; sur l'organisation et les attributions des gardes du commerce, établis seulement dans la ville de Paris, pour l'exécution des jugements emportant contrainte par corps.

16° L'article 41 du Code pénal, relatif au règlement sur le travail des détenus.

- 17º La loi du 22 ventôse an XII (art. 38) sur l'établissement des écoles de droit, leur organisation administrative, les matières d'enseignement, les inscriptions, rétributions, examens et diplômes.
- 18° La loi du 19 ventôse an XI sur l'organisation des écoles de médecine, la détermination des conditions d'admission des étudiants aux écoles, la prise des inscriptions, les frais d'étude et de réception, et la forme du diplôme à délivrer aux docteurs reçus; sur l'emploi du produit des inscriptions et des réceptions dans chaque école de médecine, affecté au traitement des professeurs et aux dépenses de chacune d'elles; sur le mode des examens, leur époque, leur durée, ainsi que sur la forme des diplômes à délivrer aux officiers de santé.
- 19° La loi du 21 germinal an XI (art. 4) sur l'organisation des écoles de pharmacie, leur administration, l'enseignement qui y est donné, ainsi que la fixation de leurs dépenses et le mode de leur comptabilité.
- 20° La loi du 14 floréal an XI (art. 2) sur le curage des canaux et rivières non navigables, l'entretien des digues et ouvrages d'art qui les concernent.
- 21° La loi du 29 floréal an x sur la détermination du poids et du chargement des voitures.
- 22° La loi du 15 ventôse an XIII, concernant l'indemnité à payer, par les entrepreneurs de voitures publiques et de messageries, aux maîtres des relais de poste dont ils n'emploient pas les chevaux.
- 23° La loi des 27 avril 4 mai 1838, relative à l'asséchement et à l'exploitation des mines.
- 80. Quand aux ordonnances rendues en la forme de règlements d'administration publique, elles statuent sur des objets qui, sans présenter le caractère de généralité qui distingue les règlements, ont cependant une importance assez grande pour exiger un examen sérieux et des formes solennelles. Elles doivent être précédées d'une délibération du Conseil d'état, et l'absence de cette condition pourrait donner lieu à un recours conten-

tieux. (Ord. 18 sept. 1839, art. 16. — Ord. 13 déc. 1833. — Dufour, t. 1, nº 21, 182; Serrigny, t. 1, nº 95.) — V. Ordonnances.

Il est statué par des ordonnances royales, rendues dans la forme des règlements d'administration publique, sur:

1° Le tarif des droits de navigation pour chaque sleuve, rivière ou canal (l. 29 sloréal an x, art. 3).

2º Les taxes de départ ou d'arrivée des lettres de ou pour l'étranger (l. 14 floréal an x1, art. 4).

3° Les enquêtes qui doivent précéder la loi ou l'ordonnance déclarative d'utilité publique, dans les cas prévus par l'article 3 de la loi du 3 mai 1841 (V. loi du 16 sept. 1807, art. 51 et 53; ord. du 18 fév. 1834, et des 15 fév. et 23 août 1835).

4º L'établissement des bacs ou bateaux de passage, ponts, et les tarifs des péages alloués aux constructeurs (l. 14 floréal an X, art. 11 et 12;—l. de financ., 28 avril 1816, art. 231, et 17 août 1828).

5° Le tarif des droits à percevoir dans les bureaux de pesage, mesurage et jaugeage (l. 29 floréal an x, art. 2).

6° La manière de fixer la proportion de la jouissance à rendre aux fondateurs de lits dans les hospices, ou à leurs représentants (arrêté du 28 fruct. an x1, art. 3 et 4).

7º Les acquisitions des domaines nécessaires pour former ou agrandir les établissements des haras (l. 21 avril 1806, art. 1, 2 et 3).

8° Les projets de statuts et règlements pour le régime et la discipline intérieure de tout ce qui tient au commerce de la boucherie (arrêté du gouvernement du 8 vendém. an 11; ord. réglement. des 12 janv. 1825 et 27 oct. 1829).

9° La vente et la distribution des eaux de fontaine dans Paris (décret réglem. du 2 fév. 1812, art. 3).

10° Les rectifications d'erreurs commises sur le grand livre de la dette publique, quant aux noms, prénoms et dates de naissance des créanciers de l'état (arrêté du gouvernement du 27 frim. an XI, art. 1er).

11° Les changements de nom (l. 11 germ. an XI, art. 4 et 5).

12° La naturalisation des étrangers qui ont rendu des services importants à l'état, qui ont apporté dans son sein des talents, des inventions, ou une industrie utile, ou qui ont formé de grands établissements (sénatus-consulte du 26 vendém. an XI, art. 1 et 2; l. 14 oct. 1814, art. 1 et 3).

13º L'organisation de la Légion d'honneur (l. 29 floréal an x, art. 10).

14° Les chaudières à vapeur, à haute ou à basse pression (ord. du 25 mars 1830).

15° Les statuts de la banque de France et l'autorisation qui lui est nécessaire pour établir des comptoirs d'escompte (l. 22 avril 1806, art. 2; décret du 18 mai 1808, art. 2).

16° La possibilité et le mode d'application à chaque cas ou à chaque entreprise particulière des indemnités pour plus value, dues à raison des travaux publics, et spécialement à raison des travaux de desséchement (l. 16 sept. 1807, art. 58).

17º Les dessèchements de marais (ibid.).

18° La prohibition ou l'autorisation d'importer ou d'exporter les marchandises (l. 29 floréal an x, art. 1 et 27).

19° Les sociétés anonymes, entreprises d'assurances et tontines (C. de comm., 37; avis du Cons. d'état, approuvé le 1er avril 1809; décret réglem., 18 nov. 1810; ord. royale du 14 nov. 1821; instruct. minist. des 22 oct. 1817 et 11 juillet 1818; décret du 24 août 1793): aux termes de ce décret, les sociétés anonymes, entreprises d'assurances et tontines, devaient être réglées par un acte législatif).

20° La réception, la publication, l'impression et la mise à exécution des bulles, brefs, rescrits, mandats, provisions, signatures servant de provisions, et autres expéditions de la cour de Rome, même ne concernant que les particuliers (l. 18 germ. an x, art. 1).

21° La publication des décrets des synodes étrangers, même de ceux des conciles généraux, des bulles d'institution des évêques délivrées par le pape (*ibid.*, art. 3).

22° La fixation du nombre et de l'étendue des succursales (*ibid.*, art. 61).

23° La répartition définitive au marc le franc, entre les habitants des paroisses, de la contribution personnelle et mobilière, des dépenses annuelles de la célébration du culte, en cas d'insuffisance ou à défaut des revenus des fabriques, pourvu que ces dépenses n'excèdent pas 100 fr. dans les paroisses de six cents à douze cents âmes, et 300 fr. pour celles dont la population dépasse douze cents âmes; et la répartition provisoire de ces mêmes dépenses, au delà des mesures ci-

dessus fixées (l. 14 fév. 1810, art. 1 et 3).

24° L'établissement des chapelles domestiques et des oratoires particuliers (l. 18 germ. an x, art. 44).

25° Les fondations qui ont pour objet l'entretien des ministres et l'exercice du culte (*ibid.*, art. 73).

26° L'établissement des synagogues et la fixation de leur circonscription (2° décret du 17 mars 1805, art. 2).

27° Les honneurs à rendre aux magistrats des cours souveraines et des cours royales (décret réglem. 6 juillet 1810, art. 78).

28° L'établissement des manufactures et ateliers à odeur incommode et insalubre (décret du 15 oct. 1810).

29° La permission d'établir les fourneaux à fondre les minerais de fer et autres substances métalliques; les forges et martinets pour ouvrer le fer et le cuivre, les usines servant de patouillets et bocards, celles pour le traitement des substances salines et pyriteuses, dans lesquelles on consomme des combustibles (l. 21 avril 1810, art. 73).

30° La direction générale des travaux d'extraction des tourbes, celle des rigoles de dessèchement, et toutes les mesures propres à faciliter l'écoulement des eaux dans les vallées et l'attérissement des entailles tourbées (ibid., art. 85).

31° Le tarif des frais et vacations des experts, et les honoraires des ingénieurs des mines pour l'exécution des travaux prévus par la loi du 21 mars 1810 (*ibid.*, art. 91).

32° Les réunions ou distractions de communes, dans les cas prévus par l'article 4 de la loi du 18 juillet 1837.

Ces ordonnances sont quelquefois précédées d'une instruction dans laquelle les intéressés sont appelés et entendus, comme il arrive en matière d'établissements dangereux ou insalubres. L'ordonnance qui, dans ce cas, est contradictoire, a-t-elle le caractère d'une décision juridique, et ce caractère influe-t-il sur le recours ouvert aux parties? — V. Dufour, t. 1, n° 21; — V. aussi Ordonnances.

Sect. 3. — Des attributions du Conseil d'état en matière de tutelle administrative.

81. Le Conseil d'état s'associe à la tutelle exercée par le gouvernement sur les départements, les communes et les établissements d'utilité publique, en délibérant sur :

1º Les transactions destinées à prévenir ou |

à terminer les procès que les départements pourraient avoir à soutenir, soit entre eux, soit contre l'état, les communes ou les particuliers (l. 16 mai 1838, art. 38).

2º Les projets d'aliénation, d'acquisition et d'échange des propriétés départementales, ainsi que ceux de changement de destination des édifices et bâtiments départementaux, lorsque ces aliénations, acquisitions et échanges s'appliquent à une valeur de plus de 20,000 fr. (ibid., art. 29).

3º Les emprunts ou les contributions extraordinaires votés par les conseils généraux pour subvenir à des dépenses départementales. Ces emprunts et contributions ne peuvent être autorisés qu'en vertu d'une loi; mais la délibération du Conseil d'état doit précéder la présentation du projet de loi aux chambres (l. 16 mai 1838, art. 33 et 34).

4° L'acceptation ou le refus des legs et donations faits aux départements (*ibid.*, art. 31). Le préfet peut toujours, à titre conservatoire, accepter ces legs et donations : l'ordonnance d'autorisation, qui intervient ensuite, a effet du jour de cette acceptation.

5° L'établissement des dépôts de mendicité, au moyen soit des fonds départementaux, soit de legs et donations (décret du 5 juin 1808, tit. 2, art. 6).

6° Les règles d'administration relatives au mobilier légal des préfectures (l. 10 mai 1838; décret du 25 mai 1811; ord. royale des 17 déc. 1818 et 3 fév. 1830; ord. réglement. du 31 mai 1838, art. 162; ord. royale des 7 et 13 août 1841).

7º L'autorisation à donner aux préfets d'exercer en justice les actions du département; voici comment les articles 36 et 37 de la loi du 10 mai 1838 règlent le mode d'exercice des actions départementales:

« Les actions du département sont exercées par le préfet, en vertu des délibérations du conseil général, et avec l'autorisation du roi en son Conseil d'état. — Le département ne peut se pourvoir devant un autre degré de juridiction, qu'en vertu d'une nouvelle autorisation. — Le préfet peut, en vertu des délibérations du conseil général, et sans autre autorisation, défendre à toute action. — En cas d'urgence, le préfet peut intenter toute action, ou y défendre, sans délibération du conseil général, ni autorisation préalable. — Il fait tous actes conservatoires ou interruptifs de la déchéance. — En cas de litige entre

l'état et le département, l'action est intentée ou soutenue, au nom du département, par le membre du conseil général le plus ancien en fonctions (art. 36).

Aucune action judiciaire, autres que les actions possessoires, ne peut, à peine de nullité, être intentée contre un département qu'autant que le demandeur a préalablement adressé au préfet un mémoire exposant l'objet et les motifs de sa réclamation. — Il lui en est donné récépissé. — L'action ne peut être portée devant les tribunaux que deux mois après la date du récépissé, sans préjudice des actes conservatoires. — Durant cet intervalle, le cours de toute prescription demeurera suspendu (art. 37). — V. Département, Préfet.

8° Les transactions entre les communes et les particuliers sur des droits de propriété (arrêté du gouvern. du 21 frim. an XII, art. 2; l. 18 juillet 1837, art. 59). Depuis quelques années, ces matières ne donnent lieu à des ordonnances rendues dans la forme des règlements d'administration publique, que lorsque des tiers intéressés forment opposition à la transaction projetée. Si ces oppositions n'ont pas lieu, l'ordonnance destinée à approuver la transaction est simplement délibérée dans le comité de l'intérieur, sans être portée à l'assemblée générale du Conseil d'état.

9º Les impositions extraordinaires votées par les conseils municipaux.

Il faut ici distinguer: si la commune a moins de 100,000 fr. de revenus, et si c'est à des dépenses obligatoires que doit être affectée l'imposition extraordinaire, un arrêté du préfet suffit pour l'approuver. Elle ne peut l'être qu'en vertu d'une ordonnance royale délibérée dans le comité de l'intérieur, si la commune a plus de 100,000 fr. de revenus.

Si l'imposition extraordinaire a pour but de subvenir à des dépenses non obligatoires, elle ne peut être autorisée que par ordonnance du roi, également délibérée dans le comité de l'intérieur, s'il s'agit d'une commune ayant moins de 100,000 fr. de revenus, et par une loi, s'il s'agit d'une commune ayant un revenu supérieur. Mais le projet de loi n'est porté aux chambres qu'après avoir été soumis au comité de l'intérieur (l. 18 juillet 1837, art. 40).—V. Communes, nos 314 et suiv.

10° Les emprunts votés par les conseils municipaux. L'autorisation de les contracter doit être accordée, par une ordonnance royale ren-

due dans la forme des règlements d'administration publique, aux communes ayant moins de 100,000 fr. de revenus, et par une loi, aux communes ayant un revenu supérieur (*ibid.*, art. 41).

11º La création de commissions syndicales pour l'administration des biens communaux indivis (*ibid.*, art. 70 et suiv.).

12° Le changement de mode de jouissance des biens communaux dans le cas où les communes n'auraient pas profité du bénéfice de la loi du 10 juin 1793 (décret du 9 brumaire an XIII, art. 1er et 2; l. 18 juill. 1837).

Les acquisitions, les ventes ou échanges d'immeubles et le partage des biens indivis, délibérés par les conseils municipaux, quand il s'agit d'une valeur supérieure à 3,000 fr. pour les communes dont le revenu est audessous de 100,000 fr., et à 20,000 fr. pour celles dont le revenu atteint ou dépasse ce chiffre (l. 18 juill. 1837, art. 46).

13° L'acceptation délibérée par les conseils municipaux des dons et legs d'objets immobiliers faits à la commune, quelle qu'en soit la valeur.

Le refus fait par ces mêmes conseils d'accepter des dons et legs soit d'objets immobiliers, soit d'objets mobiliers ou de sommes d'argent.

Si la valeur des dons et legs d'objets mobiliers ou de sommes d'argent n'excède pas 3,000 fr., un arrêté du préfet suffit pour autoriser le maire à les accepter au nom de la commune.

Ce fonctionnaire peut, en tout cas, les accepter à titre conservatoire, en vertu de la délibération du conseil municipal. L'ordonnance du roi, ou l'arrêté du préfet qui intervient ensuite, a effet du jour de cette acceptation (ibid., art. 48).

14º Les pourvois formés par les communes ou sections de communes, ou par les contribuables, contre les arrêtés des conseils de préfecture qui leur auraient refusé l'autorisation de poursuivre en justice les actions communales. Ces pourvois sont introduits et jugés en la forme administrative. Ils doivent, sous peine de déchéance, être formés dans le délai de trois mois, à dater de la notification de l'arrêté du conseil de préfecture (l. 18 juillet 1837, art. 49 et 50).

15° L'approbation des tarifs d'octroi (lois des 28 avril 1816, 26 mars 1831, 29 mars, 18 avril 1832 et 24 mai 1834; ord. 23 juill. 1826.

— V. aussi la loi des finances du 11 juin 1842, portant qu'il ne pourra être établi aucune taxe d'octroi supérieure au droit d'entrée qu'en vertu d'une loi.

Sur la réclamation présentée, en 1843, par le comité de l'intérieur, il a été convenu entre les ministres de l'intérieur et des sinances que le comité de l'intérieur scrait appelé à donner son avis sur les projets d'ordonnances préparés par le département des finances pour l'établissement de nouveaux tarifs d'octrois, sur les taxes additionnelles ou les modifications à introduire dans les tarifs et règlements actuellement en vigueur. Il a été reconnu, par un avis du comité, qu'en principe, c'est au ministre de l'intérieur qu'il appartient de prononcer sur l'établissement des octrois, et au ministre des finances de préparer les projets de tarifs et règlements qui doivent être ensuite approuvés par une ordonnance royale rendue dans la forme des règlements d'administration publique. Cet avis rappelle que l'arrêté du 13 thermidor an viii chargeait le ministre de l'intérieur d'approuver les règlements et tarifs d'octrois présentés par les conseils municipaux; que la loi du 8 décembre 1814 (art. 123 et 124) donne au ministre de l'intérieur le droit de prononcer la suppression des octrois, sur la demande des conseils municipaux; qu'aux termes des art. 6, 7 et 8 de cette même ordonnance, les délibérations portant établissement ou modification d'un octroi ou d'un règlement sont adressées au ministre de l'intérieur, lequel permet, s'il y a lieu, l'établissement de l'octroi, puis renvoie les projets de règlements et de tarifs au directeur général des contributions indirectes pour être soumis au ministre des finances, sur le rapport duquel l'ordonnance d'approbation est rendue; que l'ordonnance royale du 28 avril 1816 n'a point modifié les attributions respectives des ministres; que la loi du 18 juillet 1837 place le produit des octrois au nombre des recettes ordinaires des communes, et attribue aux présets et au ministre de l'intérieur le droit de règler les budgets commu-

16° Les frais de régie des octrois des villes ayant plus de 20,000 fr. de revenus (décret réglem. du 21 brum. an XIII, art. 1 er).

17° Les plans d'alignement (lois des 16 sept. 1807, 18 juillet 1837, art. 30, § 8).

18° Les règlements nécessaires à la marche et à l'amélioration de l'administration des

monts-de-piété (décr. réglem. du 21 brumaire an XIII, art. 1 er).

19° La coupe des bois affectés aux majorats (déc. réglem. du 4 mai 1809; avis du Cons. d'état, 5 août 1809).

20° Les baux à longues années des biens communaux (arrêté du 5 germ. an 1X; ord. du 7 oct. 1818; l. 18 juill. 1837, art. 47).

21° Les concessions de tourbières, ardoisières, sources minérales, etc. (l. 18 juillet 1837, art. 31, § 10).

22° L'établissement de droits de location à percevoir dans un abattoir public (décret du 15 oct. 1810).

23° Les abonnements pour frais de casernement (l. 14 mai 1818, art. 46, § 2).

24° Les acquisitions et aliénations faites par les hospices et burcaux de bienfaisance (l. des 16 vendém. et 7 frim. an v; ord. du 31 octobre 1821).

25° Les baux des biens ruraux des hospices et bureaux de bienfaisance (décret des 7 germinal an IX et 12 août 1807; l. 25 mai 1835).

26° L'autorisation d'accepter les dons et legs faits à ces établissements (C. civ., 910; ord. des 2-14 avril 1817).

27° Les remboursements de capitaux à faire aux hospices par leurs débiteurs (avis du Conseil d'état du 21 déc. 1808). Les rachats de rentes faites aux débiteurs par les administrations charitables (circ. minist., 24 septembre 1825).

28° Les révélations au profit des hospices des rentes qui peuvent leur être dues par suite des attributions que leur ont faites la loi du 24 ventôse an IX et l'arrêté du 27 frimaire an XI.

29° Les traités ou abonnements consentis entre les établissements charitables et les directeurs de théâtres pour le produit concédé chaque année par la loi de finances sur les billets d'entrée aux spectacles, bals, etc. — V. lois de finances.

30° Les admissions dans les hospices, en vertu d'un traité passé avec la personne admise (cir. minist., 26 juill. 1833).

82. Cette tutelle administrative à laquelle participe le Conseil d'état s'étend encore sur deux autres catégories d'établissements: les sociétés savantes et d'utilité publique, et les établissements ecclésiastiques.

Sous le titre de sociétés savantes, sont comprises les sociétés d'agriculture, des sciences, des arts et belles-lettres, fondées dans un grand nombre de départements. L'art. 2 de la loi du 2 mai 1827 ordonne de comprendre sur la seconde partie de la liste du jury les membres des sociétés savantes reconnues par le roi. Depuis, l'art. 3 de la loi du 22 juin 1833 sur l'organisation des conseils généraux, a appelé tous les citoyens portés sur la liste du jury à concourir à la nomination des membres de ces conseils. La reconnaissance d'une société savante par ordonnance royale conférant à ses membres les fonctions importantes de jurés et d'électeurs départementaux, le gouvernement n'accorde ce titre qu'à des sociétés ayant un nombre limité de membres, et justifiant cette distinction par des travaux utiles.

Les sociétés dites d'utilité publique sont celles qui se vouent au soulagement de la classe pauvre, à l'extinction de la mendicité ou à la propagation de l'instruction primaire. Une société ne peut être déclarée d'utilité publique, c'est-à-dire recevoir l'existence légale, et devenir apte à possèder, acquérir, recevoir des legs et donations, que dans le cas où son but d'utilité publique est bien constaté, et où elle justifie des ressources suffisantes pour assurer sa durée.

Une ordonnance royale, également délibérée dans le comité de l'intérieur, est nécessaire pour autoriser ces sociétés savantes ou d'utilité publique à recevoir des legs ou donations, à transiger, à acquérir, à aliéner et à faire emploi de fonds en rentes sur l'état.

Les dons et legs faits à l'Institut royal de France sont acceptés par le ministre de l'instruction publique; ceux faits à l'Académie des beaux-arts sont acceptés par le ministre de l'intérieur.

83. Les mêmes règles de tutelle s'appliquent aux établissements dits fondations anglaises et écossaises.

La création de ces établissements remonte à l'époque où les Stuarts vinrent chercher un asile à la cour de Louis XIV. Institués pour l'éducation des jeunes catholiques d'Angleterre, d'Écosse et d'Irlande, ils furent d'abord séparés. Des lettres patentes de 1640 avaient réuni en un seul collège, dit des Écossais, les fondations de l'évêque de Murray et de l'archevêque de Glascow. L'arrêt du conseil de 1787 attribuait à l'archevêque de Paris l'administration supérieure du collège des Irlandais. L'arrêté du 19 fructidor an ix ordonna la réunion en un seul établissement de ces collèges et séminaires fondés en France en faveur des catholiques des trois royaumes. Sé-

parés par les ordonnances des 23 septembre 1814 et 25 janvier 1816, réunis de nouveau par celle du 17 décembre 1818, ils furent enfin, après de longues réclamations des prélats ou évêques anglais, écossais et irlandais, rendus à une existence distincte, par les ordonnances des 3 mars et 15 juillet 1824 et par celle du 2 février 1826. Du reste, ces ordonnances, sur lesquelles repose l'état actuel de ces établissements, n'ont rien changé aux dispositions de celle du 17 décembre 1818 relative à leur comptabilité. Un compte courant continue à leur être ouvert par le ministre des finances, qui est autorisé à recevoir les versements provenant de leurs revenus. Ces mêmes ordonnances autorisent les administrateurs, qui doivent être, autant que possible. des prêtres de l'église catholique britannique. à déléguer temporairement leurs fonctions à un ecclésiastique français, qui doit être agréé par le ministre.

Rattachées pendant longtemps aux attributions du ministère des cultes et de celui de l'intérieur, alors que l'instruction publique faisait partie de ce dernier département, les fondations anglaises et écossaises ont été, en 1832, transportées intégralement au ministère de l'instruction publique.

Elles ne peuvent aliéner, transiger, ou faire emploi de fonds en rentes sur l'état, qu'en vertu d'une ordonnance royale délibérée dans le comité de l'intérieur et de l'instruction publique.

84. Les dons et legs en argent ou objets mobiliers d'une valeur supérieure à 300 fr., qui ont pour objet les colléges, ou des fondations de bourses pour les étudiants, ou l'établissement de chaires nouvelles, doivent être acceptés par les administrateurs des colléges; l'autorisation leur est accordée, à cet effet, par une ordonnance royale délibérée dans le comité de l'intérieur et de l'instruction publique. Cette autorisation est, en tout cas, nécessaire, s'il s'agit de biens immeubles, quelle qu'en soit la valeur (l. 2 janv. et ord. 2-14 avril 1817).

85. Cette loi et cette ordonnance sont également applicables aux dispositions entre vifs ou par testament de biens meubles et immeubles faites au profit des églises, des archevêchés et évêchés, des chapitres, des grands et petits séminaires, des cures et des succursales, des fabriques, et, en général, de toute association religieuse reconnue par la loi.

L'acceptation desdits dons et legs est faite : 1° Par les évêques, lorsque les dons ou legs ont pour objet leur évêché, leur cathédrale ou leur séminaire.

Jusqu'en 1841, le Conseil d'état a autorisé l'acceptation de plusieurs dons et legs faits aux évêques, au nom de leur diocèse, sans attribution spéciale à un établissement public légalement constitué. Mais plusieurs avis du comité de législation, des 5 et 26 mars et 21 décembre 1841, ont modifié cette jurisprudence. Il a été reconnu que le diocèse n'a reçu d'aucune disposition législative la capacité civile, et que par conséquent il n'est pas apte à recevoir, à posséder et à acquérir : il n'est rien autre chose qu'une circonscription ecclésiastique.

2° Par les doyens des chapitres au profit desquels les libéralités auraient été faites.

La loi du 18 germinal an x, art. 11, permet aux archevêques et évêques d'établir dans leurs diocèses des chapitres cathédraux. Ils ont usé de cette faculté, et les chapitres sont au nombre de quatre-vingts comme les diocèses. L'autorisation nécessaire à la création de ces établissements est accordée par une ordonnance royale portant approbation des statuts présentés par les archevêques ou évêques.

3º Par le curé ou desservant, lorsqu'il s'agit de legs ou dons faits à la cure ou succursale, ou pour la subsistance des ecclésiastiques employés à la desservir.

4° Par les trésoriers des fabriques, lorsque les donateurs ou testateurs auront disposé en faveur des fabriques pour l'entretien de l'église ou pour le service divin.

Nulle autorisation d'accepter un legs fait à une fabrique ne peut être accordée par le gouvernement sans que la fabrique ait justifié, par la production de ses comptes et budgets, de l'état de son actif ou de son passif, et sans que, conformément aux prescriptions de l'ordonnance royale du 14 janvier 1831, les héritiers du testateur aient été mis en demeure d'acquiescer ou de s'opposer à la délivrance du legs fait à la fabrique.

- 5° Par le supérieur des associations religieuses, lorsqu'il s'agira de libéralités faites au profit de ces associations.
- 6° Par les consistoires, lorsque les legs ou donations auront pour objet la dotation des pasteurs ou l'entretien des temples.
- 86. Depuis quelques années, il s'est établi des maisons et caisses de retraite pour les pré-

tres âges et infirmes. Dans le principe, elles n'étaient pas légalement constituées, ou du moins elles n'avaient été qu'indirectement reconnues par des ordonnances royales, qui autorisaient les évêques ou les diocèses à accepter des dons et legs, avec charge d'en appliquer le produit aux maisons de retraite. Mais en 1841, à l'occasion d'un legs de cette nature, le comité de législation a émis l'avis. « que les maisons de retraite ne sont pas au nombre des établissements publics reconnus par la loi; que, dès lors, une autorisation spéciale est nécessaire pour conférer l'existence légale à chacun de ces établissements, et qu'elle ne peut être accordée qu'après vérification de statuts approuvés par l'évêque, réglant l'administration de la maison et les conditions d'admission.» En conséquence de cet avis, l'existence des caisses et maisons de retraite a été régularisée. Toutes celles ouvertes aujourd'hui ont été autorisées individuellement, et sont soumises, en ce qui concerne la gestion de leurs biens, aux mêmes règles d'administration que tous les autres établissements d'utilité publique.

L'évêque accepte les dons et legs faits au profit des maisons de retraite.

Les écoles secondaires ecclésiastiques, destinées à préparer aux études des séminaires les jeunes gens qui se vouent au sacerdoce, ont été originairement organisées par le décret du 15 novembre 1811. Ces écoles dépendaient alors de l'Université; elles en ont été détachées, pour être soumises à l'autorité des évêques, par les ordonnances du 5 octobre 1814 et du 17 février 1815.

Aux termes de l'article 7 de l'ordonnance du 5 octobre 1814, les écoles secondaires ecclésiastiques sont susceptibles de recevoir des legs et donations, en se conformant aux lois sur cette matière. Ces libéralités doivent être acceptées par le supérieur; elles sont d'ailleurs soumises aux règles tracées par les ordonnances des 2 avril 1817 et 14 janvier 1831.

Les dons et legs faits aux évêchés, chapitres, caisses et maisons de retraite ecclésiastiques, séminaires, écoles secondaires ecclésiastiques, paroisses, cures et consistoires.

Les emprunts contractés et les transactions consenties par les séminaires, les paroisses et les consistoires, donnent lieu à des ordonnances royales préparées dans le comité de législation, et soumises à l'examen du Conseil d'état réuni en assemblée générale.

Les marguilliers ne peuvent entreprendre, au nom des fabriques, aucun procès, ni y défendre, sans une autorisation du conseil de préfecture, auquel doit être adressée la délibération prise à ce sujet par le conseil et le bureau réunis. Dans le cas où l'autorisation de plaider leur serait refusée par le conseil de préfecture, ils peuvent se pourvoir, par voie administrative, dans le délai de trois mois, contre l'arrêté par lequel ce refus leur aurait été notifié.

Les mêmes règles doivent être suivies, et le même recours est ouvert aux titulaires des cures et aux évêques, comme administrateurs des biens des séminaires, en vertu des articles 14 et 70 du décret du 6 novembre 1813, ainsi concus:

«Les poursuites à fin de recouvrement des revenus seront faites par les titulaires des cures, à leurs frais et risques. Ils ne pourront, néanmoins, soit plaider, en demandant ou en défendant, soit même se désister lorsqu'il s'agira des droits fonciers de la cure, sans l'autorisation du conseil de préfecture, auquel sera envoyé l'avis du conseil de la fabrique. Nul procès ne pourra être intenté, soit en demandant, soit en défendant, dans l'intérêt des séminaires, sans l'autorisation du conseil de préfecture, sur la proposition de l'archevêque ou évêque, après avoir pris l'avis du bureau d'administration.»

Sect. 4. — Des attributions diverses du Conseil d'état, en matière administrative.

87. Outre les règlements d'administration publique, et les ordonnances royales rendues dans cette forme, outre celles par la délibération desquelles le Conseil d'état, comme nous venons de le voir, s'associe à la tutelle exercée par le gouvernement, il propose encore, dit l'art. 13 de la loi du 19 juillet 1845, les ordonnances qui statuent sur les matières administratives dont l'examen lui est déféré par des dispositions léglatives ou réglementaires.

C'est ainsi qu'en étudiant les travaux auxquels s'est livré le Conseil depuis 1830, nous pourrions rattacher à ses divers comités les questions suivantes. En les indiquant ici, nous n'avons pas, redisons-le encore, la prétention d'épuiser l'énumération complète des attributions du Conseil d'état; mais il n'est pas sans utilité, pour mieux caractériser sa compétence, de multiplier les espèces qu'elle em-

brasse; il sera ensuite d'autant plus facile pour nos lecteurs d'extraire de ces faits particuliers les principes généraux sur lesquels elle s'appuie.

§ 1 er. — Comité de législation.

88. Le comité de législation est appelé à délibérer sur les matières suivantes :

Organisation des paroisses (loi du 18 germinal an x, art. 31); érection des succursales (décret du 6 nov. 1813); - d'annexes, de chapelles de secours et de chapelles domestiques (loi du 18 germ. an x, art. 44); suppressions de succursales, de chapelles ou d'annexes (ibid., art. 61 et 62); translation du titre de cure, de succursale ou de chapelle (ibid., ibid.); acquisitions faites par les préfets au nom de l'état, concernant les édifices religieux; renouvellement de consistoires et circonscriptions d'églises consistoriales (loi du 18 germ. an x); liquidation des pensions des départements de la justice et des cultes, et des affaires étrangères (ord. du 18 sept. 1839, art. 16 et 17; déc. du 18 sept. 1806; réglem. du 4 juillet 1806; ord du 15 déc. 1824; arrêté du 3 floréal an VIII; ord. du 19 nov. 1823), des membres et des employés du Conseil d'état (loi du 22 août 1790 et 15 germ. an XI; déc. du 18 septemb. 1806; ord. du 23 sept. 1814, 9 janv. 1815 et 19 juin 1816), des veuves des employés du Conseil d'état (ord. du 17 août 1814), des officiers des cours, tribunaux et justice de paix (ord. du 23 sept. 1814), des employés et ouvriers de l'imprimerie royale (ord. du 20 août 1824), des employés de la grande chancellerie (ord. du 16 mai 1816), des dames de la maison royale de Saint-Denis (ord. du 23 avril 1821).

§ 2. — Cômité de l'intérieur et de l'instruction publique.

89. Ce comité délibère sur la fixation des limites entre départements, arrondissements ou cantons. (l., 18 juillet 1837).

Les opérations du cadastre font reconnaître chaque année des irrégularités dans les limites entre départements, arrondissements et cantons, telles qu'elles ont été fixées par les décrets des 22 déc. 1789, janvier 1790, et 28 pluviôse an VIII.

Aux termes du § 1er de l'art. 4 de la loi du 18 juillet 1837, tout changement dans les limites des communes qui modifierait la composition d'un département, d'un arrondissement ou d'un canton, ne peut être opéré que par une loi.

Le projet de loi est délibéré d'abord dans le comité de l'intérieur, qui en présente ensuite le rapport à l'assemblée générale du Conseil d'état.

Érections, réunions et distractions de communes.—Les réunions et distractions de communes peuvent être prononcées par ordonnance du roi, en cas de consentement des conseils municipaux assistés des plus imposés de la commune, en nombre égal à celui des conseillers: l'avis affirmatif du conseil général supplée au refus de ce consentement pour les communes qui n'ont pas trois cents habitants. Dans tous les autres cas, il ne peut être statué que par une loi (l. 18 juill. 1837, art. 4). Ces projets de loi et d'ordonnance sont instruits dans le comité de l'intérieur, qui les soumet ensuite à l'examen du Conseil d'état.

Création d'une place d'adjoint dans une section de la commune (l'.21 mars 1831, art. 2). Elle a lieu par ordonnance royale délibérée dans le comité de l'intérieur seulement.

Distractions de presbytères, et affectations des parties distraites à l'établissement d'écoles, de mairies ou d'autres besoins communaux (ord. 3 mars 1825).

Classement parmi les chemins vicinaux des communes de portions de routes royales déclassées (1. 24 mai 1842).

Liquidation des pensions accordées sur les fonds généraux aux fonctionnaires et employés ressortissant au ministère de l'intérieur, pour lesquels il n'a pas été institué de caisses de retraite, tels que les préfets, souspréfets, secrétaires généraux, conseillers de préfecture, employés des télégraphes, etc. Ces pensions sont liquidées d'après les dispositions des lois des 3-22 août 1790, des arrêtés du 15 germinal et 15 floréal an x1, et du décret du 13 septembre 1806.

Liquidation des pensions imputées sur la caisse de retraite de l'administration centrale de l'intérieur (décr. 4 juill. 1806), et de celles de toutes les administrations ressortissant à ce ministère (avis du Cons. d'état, du 17 nov. 1811). Ces diverses liquidations ne sont pas portées à l'assemblée génèrale du Conseil d'état.

§ 3. — Comité du commerce et des travaux publics.

90. Presque toutes les questions adminis-

tratives sur lesquelles ce comité est appelé à délibérer, aboutissent soit à un règlement d'administration publique, soit à une ordonnance rendue dans cette forme. Parmi ses attributions les plus importantes, nous devons citer:

L'approbation des statuts des sociétés anonymes, soit qu'elles se présentent sous la forme de sociétés d'assurances à primes, d'assurances mutuelles, soit de sociétés pour confection et exploitation de travaux publics, ou pour exploitation d'entreprises particulières.

L'autorisation des établissements insalubres de première classe, ou leur suppression, en cas de graves inconvénients pour la salubrité publique, la culture et l'intérêt général (décr. 15 oct. 1810).

L'établissement des caisses d'épargne.

La loi du 5 juin 1835 veut que toute caisse d'épargne soit autorisée par une ordonnance royale rendue dans la forme des règlements d'administration publique. Cependant les projets d'ordonnance qui les concernent ont cessé d'être portées au Conseil d'état, par décision de M. le garde des sceaux du 3 août 1840.

L'exécution des canaux d'embranchement de moins de vingt mille mètres de longueur (1. 3 mai 1841, art. 3).

La police des canaux et des rivières; les règlements d'eau; les prises d'eau et l'établissement des usines hydrauliques sur les rivières navigables ou non navigables. (l., 6 oct. 1791, tit. 2, art. 16; arrêté du 19 vent. an vi, art. 9; avis du comité de l'intérieur du 31 oct. 1817).

Les constructions de ponts (l. 3 mai 1841; ord. 19 fév. 1834; arrêté du 19 vent. et instr. du 19 therm. an vi).

Les classements, prolongements, rectifications et déclassements des routes royales et départementales (l. 3 mai 1841; ord. du 18 fév. 1834).

Les alignements de traverses dans les villes, bourgs et villages (l. 7 oct. 1790 et 3 mai 1841).

L'exécution des chemins de fer d'embranchement, ayant moins de vingt mille mètres de longueur (1. 3 mai 1841).

Les modifications de tarifs de péage, pour ponts, routes et chemins de fer.

La confection et les alignements des quais (l. 3 mai 1841).

Les règlements sur l'exploitation des carrières et ardoisières (l. 21 avril 1810).

L'organisation des commissions syndicales, et l'approbation des règlements relatifs à l'entretien des tourbières, digues et marais (l. 16 sept. 1807 et 21 avril 1810).

91. Le comité du commerce et des travaux publics connaît encore, mais sans les porter à l'assemblée générale du Conseil d'état, des questions relatives à l'établissement et au changement des jours de tenue des foires et marchés (décret 14 août 1793; l. 18 vendém. an 2; arrêté des consuls du 7 therm. an VII).

Il connaît également des questions relatives à la liquidation des pensions, des employés du ministère des travaux publics faisant partie du service actif (Ces pensions sont payées sur les fonds d'une caisse spéciale, créée par le décret du 7 fructidor an XII, à laquelle ont été réunies les caisses créées pour les employés des mines [décr. 18 nov. 1810], pour ceux des ponts à bascule [décr. 25 janv. 1813] et pour les maitres de port [décr. 10 nov. 1807].); des employés des haras (caisse spéciale créée par le décret du 20 juin 1827.); des employés des poids et mesures (ord. 3 nov. 1827.); des veuves de ces employés (Un avis du comité de l'intérieur, antérieur à la création du comité du commerce et des travaux publics, leur a déclaré applicable le bénéfice des dispositions du décret du 4 juillet 1806.); des employés de l'administration centrale du ministère du commerce et des travaux publics (décr. 4 juill. 1806 et 7 fruct. an XII).

## § 4. — Comité des finances.

92. Les projets d'ordonnance préparés par le comité des sinances, et portés ensuite à l'assemblée générale du Conseil d'état, sont relatifs aux matières suivantes:

Concessions des lais et relais de la mer (ord. d'août 1681; l. 15 avril 1829; C. civ., 538; l. 16 sept. 1807; ord. 23 sept. 1825).

Échange de terrains et bâtiments domaniaux (l. 22 nov. 1790, 15 et 16 flor. an x et 5 ventôse an XII; avis du Cons. d'état, du 9 fév. 1808).

Propriété du sol des routes départementales (C. civ., 538; décr. 16 déc. 1811).

Établissement des comptoirs d'escompte de la Banque de France (décr. 18 mai 1808).

Cautionnements pour journaux et écrits périodiques (l. 18 juill. 1828, 9 sept. 1835; ord. 18 nov. 1835).

Déductions à allouer pour déchet aux marchands en gros et entrepositaires de boissons (l. 20 juill. 1837, art. 6). Marchés à passer au nom de l'état (l. 31 janv. 1833; ord. 4 déc. 1836 et 31 mai 1838).

Fabrication et vente des tabacs factices (décr. 29 décembre 1810 et 12 janv. 1811; — l. de finan. 28 avril 1816; l. 12 fév. 1835).

Droits de navigation intérieure (arrêtés 8 prair.an x1 et 5 germ. an x11.—l. 8 juill. 1836).

Établissement, tarifs, règlements et suppressions d'octrois (l. 28 nov. 1816 et 11 juin 1842).

Réunion des droits d'abattage aux droits d'octroi (*ibid*.).

Propriété des bâtiments occupés par les cours royales, abandonnés aux départements par le décret du 9 avril 1811.

Surveillance du titre et perception des droits de garantie des matières d'or et d'argent (l. 19 brum. an vi et 5 vent. an XII; ord. 5 mai 1820).

Exportation desdites matières (1. 19 brum. an vi; ord. 31 mai 1815, 1er juill. 1811 et 9 nov. 1820).

Effets des tableaux de recensement de la population relativement aux droits d'entrée (ord. 20 déc. 1842 et 21 juin 1843).

Déclarations d'utilité publique relatives à l'agrandissement des douanes (l. 3 mai 1841).

Questions concernant la pêche fluviale (ord. 15 nov. 1836).

93. Les projets d'ordonnance délibérés dans le comité des finances et dont le Conseil d'état n'est pas saisi embrassent les intérêts de la comptabilité générale, des contributions directes et indirectes, de la dette inscrite, de l'enregistrement et des domaines, des douanes et des forêts. Citons seulement quelques espèces principales:

Comptabilité générale. — Créances de l'état et sur l'état. — Créances à déclarer caduques. — Demandes en décharge de sommes volées à des receveurs, percepteurs; caissiers, etc. — Demandes en décharge de débets. — Mandats payés sur faux acquits. — Accomplissement de la purge des hypothèques en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, et salaires des conservateurs des hypothèques dans les mêmes cas. — Responsabilité des receveurs généraux, receveurs particuliers et percepteurs. — Refus de paiement de traitements mal ordonnancés. — Surséances indéfinies accordées à des débiteurs insolvables.

Contributions directes et indirectes. — Cadastre. — Conservation et renouvellement de ses plans et des matrices cadastrales. — Con-

tributions personnelles et mobilières d'étrangers résidant en France. — Questions sur l'assiette de la redevance proportionnelle des mines. — Droits et cotes irrécouvrables des patentes. — Obligations, quant aux droits de patente, de la Banque de France, des banques départementales, des concessionnaires de mines de sel et de hauts fourneaux, et des propriétaires de numéros de siacres et de cabriolets. — Contributions à percevoir sur les ponts établis au moyen d'un péage, et sur les machines à vapeur servant à l'exploitation des mines. — Indemnités à allouer aux fabricants et débitants de tabacs factices. — Contraventions en matière de droits.

Dette inscrite. - Cumul de pensions, de pensions et de traitements. - Questions sur les indemnités temporaires. — Conversion en pensions viagères des majorats sur l'ancienne dotation du sénat. — Questions sur les pensions des anciens sénateurs et pairs de France. - Pensions de dotation attribuées à des femmes. - Questions relatives aux pensions sur fonds généraux et sur fonds de retenue. - Rectifications de pensions et d'erreurs dans des inscriptions viagères. - Réinscriptions et rappels d'arrérages de pensions. - Rétablissement de rentes en faveur d'héritiers. - Réversions au profit des veuves et orphelins. — Questions sur les services civils réunis aux services militaires, en matière de liquidation de pensions. — Questions sur les services militaires pendant l'émigration. - Transfert de rentes, arrérages, renouvellement d'inscriptions.

Domaines et enregistrement. - Actes de prèts sur dépôts. — Concessions de terrains usurpés. — Garanties à exiger pour les dotations de biens soumis au droit de retour. — Droits de l'état contre les détenteurs d'anciennes propriétés domaniales. — Questions sur l'exemption des droits de timbre et d'enregistrement. — Transactions au sujet de droits d'enregistrement sur les adjudications des bois domaniaux. — Questions relatives à l'application de la loi du 14 ventôse an vII, sur les domaines engagés. — Responsabilité des receveurs de l'enregistrement à l'égard des sommes et des intérêts dont ils sont reconnus débiteurs envers le trésor. — Transfert des rentes domaniales créées en exécution de la loi du 21 nivôse an vIII. — Rivages maritimes, servitudes. — Sommes versées par erreur dans les caisses de l'administration. —

Déchéances quinquennales opposées à des héritiers. — Délivrance de bois de construction pour la réédification des maisons usagères assurées contre l'incendie. — Successions en déshérence. — Conditions relatives au paiement de la prime accordée aux révélateurs. — Restitution de successions recueillies par l'état. — Droits de timbre à percevoir sur les bulletins de chemin de fer.

Forets, douanes et postes. - Autorisations concernant les constructions de scieries à distance prohibée des bois soumis au régime forestier. — Déchéances prononcées à défaut de paiement contre les acquéreurs de bois. — Droits d'usage réclamés par les communes. — Ouestions sur l'exécution de l'art. 58 du Code forestier. - Extraction de matériaux dans les forêts domaniales. — Demandes en résiliation de baux de pêche. — Détermination des droits de l'état sur des bois détenus, à titre d'emphytéose, par des particuliers. - Remises aux communes et hospices de vacations forestières. — Usurpations sur le sol forestier. — Extraction de sel marin, en franchise de droits. -Ouvrages d'or et d'argent venant de l'étranger. — Serment à prêter par les employés qui changent de grade. - Transports des marchandises par les paquebots de l'état sur la Méditerranée.

Assaires générales. — Questions relatives à l'ancienne liste civile. — Distraction de portions d'immeubles de la liste civile, affectées à la défense de l'état. — Droits du sceau, restitutions, remises ou modérations. — Indemnités des colons de Saint-Domingue.

Liquidations de pensions. — 1° Sur fonds généraux:

Pensions de donataires dépossédés, et reversions de pensions à leurs veuves et enfants (l. 26 juin 1821).

Révisions de pensions des vétérans des camps de Juliers et d'Alexandrie (1. 14 juill. 1819, art. 8).

Pensions des magistrats de la cour des comptes et de leurs veuves (l. 22 août 1790, art. 7; 22 août 1791, art. 1er; décr. 13 septembre 1806).

Pensions ecclésiastiques (l. 18 août 1792, tit. 3; décret du 2 frim. an II);

Pensions de veuves d'anciens sénateurs (ord. 4 juin 1814, art. 2; l. 22 mai 1829).

Pensions des employés de la Monnaie et des Médailles (l. 22 août 1790 et 22 août 1791; décret du 13 sept. 1806).

Pensions de postillons (l. 19 frim. an VII, | art. 14).

Pensions des employés des salines de l'Est (la loi du 17 juin 1840 les a mises à la charge de l'état).

Conformément à la loi du 25 mars et à l'ordonnance des 20 et 28 juin 1817, le ministre des finances fait réviser, par le comité attaché à son département, le travail de liquidation de toutes les pensions à imputer sur les fonds du trésor, quel que soit le département ministériel et le comité dans lequel ces liquidations aient été préparées. Ce n'est qu'après cette formalité accomplie, que les projets d'ordonnance, en vertu desquels les pensions doivent être accordées, peuvent être présentés à la signature du roi, et les pensions inscrites au trésor.

2º Pensions sur fonds de retenue et sur crédits spéciaux:

Les pensions du ministère des finances et des diverses administrations financières, de l'enregistrement et des domaines, des forêts, des douanes, des contributions indirectes, des postes et de la loterie, sont liquidées par le comité des finances, en vertu de l'ordonnance royale du 12 janvier 1825 et des règlements antérieurs, dans les cas prévus par l'article 46 de la même ordonnance; celles du greffe de la cour des comptes le sont par application du décret du 28 février 1811; celles de la caisse des dépôts et consignations, conformément à l'ordonnance royale du 28 août 1822.

Jusqu'en 1842, un crédit spécial de 500,000 f. avait été affecté aux allocations payées, sous le titre de Traitements d'inactivité dans les douanes, à d'anciens préposés invalides de la partie active. Mais un arrêté ministériel, du 2 juillet 1842, a décidé qu'à partir du 1er janvier 1843, ces allocations seraient réunies aux pensions sur fonds de retenues, et que le crédit spécial de 500,000 fr. se confondrait avec le crédit subventionnel voté pour la caisse des retraites. Par suite de cette disposition, les allocations susdites, accordées depuis 1843, ont pris le caractère de pensions imputées sur fonds de retenues et ont été, d'après les mêmes règles, liquidées par le comité des finances.

§ 5. — Comité de la guerre et de la marine.

94. Ce comité prépare certaines ordonnances relatives à la justice militaire, à la

comptabilité, au personnel et au matériel des ministères de la guerre et de la marine.

Il connaît des legs faits aux hospices des orphelins de la marine, — des ventes d'immeubles appartenant à la caisse des invalides, — des legs faits à divers établissements coloniaux.

En vertu d'une décision royale de 1835, les décrets rendus par les gouverneurs des colonies ne doivent être soumis à la sanction du roi qu'après un avis du comité de la marine et de la guerre, sur l'opportunité ou l'inopportunité de cette sanction.

Ce comité liquide les pensions des officiers, sous-officiers et soldats de l'armée de terre. pour ancienneté ou blessures : — les pensions et les soldes temporaires de réforme; - les pensions des veuves et orphelins; — les pensions civiles, accordées aux employés des administrations militaires et celles de leurs veuves et orphelins; — les pensions de retraite des marins de toutes classes et celles de leurs veuves; - les pensions dites demi-soldes, accordées aux gens de mer, par la loi dú 13 mai 1791, les traitements alloués aux enfants des marins demi-soldiers, au-dessous de l'âge de dix ans; - les pensions ou secours annuels attribués aux père et mère des marins tués dans les combats; - les pensions civiles des employés des administrations maritimes (l. 8 et 19 avril 1831; ord. 2 juillet 1831).

### CHAP. 5. — Des formes de procéder en matière administrative.

95. Comités. — Il est tenu, dans chaque comité, deux rôles où sont inscrites, d'après leur ordre de date, toutes les affaires renvoyées par les divers départements ministériels à l'examen du Conseil d'état. Ces deux rôles comprennent: le premier, les affaires urgentes; le second, les affaires ordinaires. Le vice-président du comité désigne celles qui doivent être réputées urgentes, soit par leur nature, soit en raison de circonstances spéciales.

96. Il peut arriver qu'un ministre désigne lui-même le rapporteur d'une affaire dont il saisit le Conseil. Hors de ce cas, assez rare, les rapporteurs sont nommés par le vice-président. La date de leur nomination, avec l'indication de l'affaire, est inscrite sur un registre particulier qui reste à la disposition du vice-président du comité, pendant la séance.

97. Les rapporteurs doivent présenter leurs rapports dans le délai le plus bref, et dans l'ordre déterminé par le vice-président du comité. Les affaires portées au rôle comme urgentes sont toujours à l'ordre du jour, et si l'instruction est terminée, le rapport doit être prêt, au plus tard, à la deuxième séance qui suit l'envoi des pièces. Lorsque l'affaire exige un supplément d'instruction ou une demande de pièces, etc., le rapporteur doit en entretenir le comité, au commencement de la première séance qui suit la remise du dossier entre ses mains; après la décision du comité, il prépare la correspondance qu'elle peut nécessiter. Ces communications des comités avec les ministres sont signées par le vice-président de chacun d'eux, ou par le vice-président du Conseil d'état.

98. Toute affaire doit être rapportée en séance du comité, en présence de trois conseillers d'état au moins. Toutefois, les vice-présidents peuvent charger deux conseillers d'état de siéger en séance extraordinaire, à l'effet d'entendre le rapport et de proposer le renvoi au ministre des affaires non susceptibles d'être portées au grand ordre de l'assemblée générale, et qui ne présenteraient aucune difficulté.

En l'absence du vice-président, la présidence du comité appartient : 1° au sous-secrétaire d'état; 2° au plus ancien conseiller d'état en service ordinaire.

Les maîtres des requêtes ont voix consultative dans toutes les affaires, et voix délibérative dans celles dont ils sont rapporteurs. Les auditeurs ont également voix délibérative dans les affaires dont le rapport leur est confié.

99. Si le projet d'ordonnance soumis à l'examen du comité réunit la majorité des suffrages, il est renvoyé purement et simplement au ministère dont il émane. La signature du vice-président et celle du rapporteur, apposées au bas du projet, constatent l'approbation du comité. Si, au contraire, il pense qu'il n'y a pas lieu d'y donner suite, ou s'il subordonne son assentiment à une circonstance quelconque, soit supplément d'instruction, soit changement de rédaction, etc., il formule son opinion dans un avis rédigé par le rapporteur, et transmis, lorsque le comité en a adopté la rédaction, par le vice-président au ministre. On donne le nom d'avis interlocutoires à ceux qui ont pour but de réclamer un complément d'instruction.

100. Les membres d'un comité peuvent être autorisés, par un arrêté du garde des sceaux, à prendre part aux délibérations d'un autre comité, pour la discussion d'une affaire déterminée.

101. Séances générales. — Il est dressé par les soins du secrétaire général, pour chaque séance, un rôle des affaires qui doivent être délibérées par le Conseil d'état. Ce rôle mentionne le nom du rapporteur, et contient la notice de chaque affaire.

Le rôle des assemblées générales est divisé en deux parties. La première, sous le nom de Grand ordre, comprend : les projets de loi; les projets de règlements d'administration publique; les appels comme d'abus, les enregistrements des bulles, brefs, etc.; les recours en matière de prises maritimes; les autorisations demandées pour les sociétés anonymes, tontines, banques et autres établissements de même nature; les autorisations de congrégations religieuses; les demandes en concession de mines et dessèchement de marais; la formation des sociétés syndicales pour les dessèchements et pour les irrigations, endiguements et curage de rivières: enfin, les affaires renvoyées directement par les ministres à l'assemblée générale du Conseil d'état, et toutes autres affaires que les vice-présidents des comités auront jugées susceptibles d'y être portées, d'après leur importance et la gravité des questions.

La seconde partie du rôle, sous le nom de *Petit ordre*, comprend toutes les autres affaires qui doivent, aux termes des lois et règlements, être portées au Conseil d'etat.

Le grand ordre seul est imprimé. Il est adressé aux membres du conseil deux jours au moins avant la séance, avec les projets de lois ou règlements d'administration publique, sur lesquels le conseil est appelé à délibérer, et les autres projets dont l'impression a pu être ordonnée par les ministres ou par le vice-président du Conseil d'état, sur la demande des vice-présidents des comités.

102. L'assemblée générale du Conseil est composée des ministres secrétaires d'état, des conseillers d'état en service ordinaire, et des conseillers d'état en service extraordinaire, autorisés à participer aux travaux et délibérations du conseil. Les maîtres des requêtes en service ordinaire, les maîtres des requêtes en service extraordinaire et les auditeurs assistent à cette assemblée. Tous les membres

du Conseil doivent sièger revêtus de leur costume.

Le Conseil d'état est présidé, en l'absence du garde des sceaux, par l'un des ministres présents à la séance, et, à défaut, par le viceprésident du conseil.

Il ne peut délibérer si, non compris les ministres, quinze au moins de ses membres avant voix délibérative ne sont présents. Si les membres présents sont en nombre pair. le plus ancien des maîtres des requêtes en service ordinaire présents à la séance, est appelé avec voix délibérative.

Les auditeurs n'ont que voix consultative. à l'assemblée générale, dans les affaires dont ils sont rapporteurs; les maîtres des requêtes y conservent les mêmes droits que dans le comité auquel ils sont attachés.

Le président a la police de l'assemblée; il dirige les débats, résume la discussion, pose les questions à résoudre.

103. L'approbation ou le dissentiment du Conseil d'état se formulent de la même manière que ceux des comités, par un renvoi du projet de loi, de règlement ou d'ordonnance signé du rapporteur, du vice-président et du secrétaire général du conseil, ou par un avis dont la rédaction et la transmission au ministre sont soumis aux règles que nous avons indiquées plus haut.

104. Les ordonnances royales rendues après délibération de l'assemblée générale mentionnent que le Conseil d'état a été entendu. Celles qui sont rendues après délibération d'un ou de plusieurs comités indiquent les comités à l'examen desquels elles ont été soumises. (V. l. 19 juillet 1845, et ord. du roi portant règlement intérieur pour le Conseil d'état, du 19 juin 1840.)

CHAP. 6. - Des attributions du Conseil d'état en matière contentieuse.

105. L'administration agissant constamment en vue de l'intérêt général, ne peut échapper à la nécessité de froisser quelquefois les intérêts particuliers. Les réclamations élevées par ceux-ci contre les actes dont ils prétendent avoir à se plaindre, peuvent être envisagées sous deux aspects bien différents. La mesure contre laquelle elles s'élèvent a-t-elle été prise par l'administration dans la plénitude de son pouvoir discrétionnaire, alors les intérêts auxquels elle porte atteinte doivent se soumettre et obeir, si leurs do- les autorités administratives;

léances ne sont pas écoutées. Mais si, au contraire, l'administration ne blesse plus seulement un intérêt, si elle lèse un droit, ou bien si elle s'écarte, dans son action, des prescriptions ou des formes de la loi, alors la réclamation change complétement de caractère: entre elle et l'autorité mise en cause vient se placer, avec les formes solennelles de la justice, un intermédiaire qui l'écoute, la discute et prononce ensuite sur sa validité, non par des arrêts se suffisant à eux-mêmes, mais par des avis auxquels l'administration attaquée n'a résisté qu'une seule fois depuis quarante ans.

Cet intermédiaire, c'est le Conseil d'état: ces questions sur lesquelles il prononce entre l'administration et les particuliers, et dans lesquellesse trouvent engagés non-seulement des intérêts froissés, mais des droits méconnus, ces questions forment le contentieux administratif. - V. Contentieux administratif.

106. La juridiction contenticuse du Conseil d'état a soulevé de nombreuses et de vives discussions. Des juges amovibles! des juges qui ne rendent pas d'arrêts, mais qui émettent simplement des avis! l'administration décidant dans sa propre cause! Que! vaste champ ouvert aux récriminations de toute espèce! Les uns ne voyaient d'autre remède à ces énormités que d'attribuer aux tribunaux ordinaires le contentieux administratif, renversant ainsi d'un seul coup cette barrière protectrice que le génie de l'assemblée constituante a élevée entre le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire. Les autres voulaient que le Conseil d'état ne pût connaître de ces questions qu'à la condition d'être transformé en cour de justice administrative dont les membres, comme ceux des cours royales, offriraient aux justiciables la garantie de l'inamovibilité. Aujourd'hui que la loi de 1845 a mis sin à cette polémique. nous ne rouvrirons pas un débat qu'elle a si heureusement terminé.

Le texte du dernier projet de loi relatif au Conseil d'état, et qui est devenu la loi du 19 juillet 1845, résumait assez complétement les attributions contentieuses du conseil. Il le chargeait (art. 16) de préparer les ordonnances qui statuent :

1º Sur les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire :

2° Sur les questions de compétence qui peuvent s'élever, en matière contentieuse, entre

3º Sur les recours dirigés, pour incompétence ou excès de pouvoir, contre toutes les décisions administratives;

4º Sur les recours dirigés, pour violation des formes ou de la loi, contre les arrêts de la cour des comptes, ainsi que contre toute décision administrative rendue en dernier ressort en matière contentieuse;

5º Sur les recours dirigés contre les décisions administratives, en matière contentieuse, qui ne sont pas rendues en dernier ressort;

6º Sur les oppositions formées à des ordonnances royales, et sur les demandes en inter-

prétation de ces ordonnances;

7º Sur les affaires administratives contentieuses qui, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, doivent être directement soumises à son examen.

Cette énumération n'a pas été reproduite par la loi.

§ 1er. — Conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire.

107. Les contestations qui s'élèvent entre ces deux autorités, lorsqu'elles revendiquent toutes deux la connaissance de la même affaire, donnent naissance aux conslits dits positifs. Au contraire, le conslit devient négatif quand elles se déclarent toutes deux incompétentes pour en connaître.

Lorsque l'autorité royale résumait en elle seule les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, le roi, au sommet de la hiérarchie d'où il dominait tous les corps judiciaires et administratifs, levait les conslits en son Conseil d'état. Ce droit, incontesté jusqu'à la révolution de 1789, commença à s'altérer à partir de cette époque. La loi des 7-14 octobre 1790 accorde bien que les réclamations d'incompétence à l'égard des tribunaux ne seront, en aucun cas, du ressort des tribunaux, et qu'elles seront portées au roi, chef de l'administration générale; mais elle ajoute : « Dans le cas où l'on prétendrait que les ministres de sa majesté auraient fait rendre une décision contraire aux lois, les plaintes seront adressées au corps législatif.»

Après la chute de la royauté, le droit d'élever les conslits sut dévolu au pouvoir exécutif par la loi du 21 fructidor (art. 3).

Le Conseil d'état ressaisit son ancienne attribution, en vertu du règlement consulaire du 5 nivôse an viii qui le chargea de pronon- l'lèvent entre les autorités administrative et

cer sur les consits qui pourraient s'élever entre l'administration et les tribunaux. L'ordonnance du 29 juin 1814 maintint, à cet égard, sa compétence, qui ne lui a pas été enlevée depuis. « Le comité du contentieux, dit l'article 9 de cette ordonnance, connaîtra de tout le contentieux de tous les départements, des mises en jugement des administrateurs et préposés, et des conflits. »

On pourrait hésiter à ranger les conslits dans la catégorie des affaires contentieuses. Si des droits privés peuvent s'y trouver engagés, le Conseil d'état n'a pas à s'en préoccuper : se bornant à régler les compétences, il pe se prononce pas sur le fond même du litige. A ne considérer que l'essence même de ces questions, il eût semblé plus rationnel de les classer parmi les matières de gouvernement ou de haute administration dont nous avons déjà traité. Les formes de procéder, en matière de conslits, diffèrent d'ailleurs de celles qui sont tracées pour les matières contentieuses. L'ordonnance du 1er juin 1828 veut que ce soit le procureur du roi qui transmette les pièces de l'affaire au garde des sceaux, qui, à son tour, les fait déposer au secrétariat du Conseil d'état (ord. du 12 mars 1831). L'intérêt privé disparaît ici complétement devant le principe qu'il s'agit de maintenir, tandis que, dans la sphère des questions contentieuses, c'est lui que nous trouvons au début de l'affaire, c'est par lui qu'elle s'engage, c'est lui qui doit l'introduire par une requête déposée au secrétariat. Remarquons d'ailleurs que l'instruction des conslits est consiée non pas au comité du contentieux, mais au comité de législation; il est vrai qu'aux termes de l'ordonnance du 18 septembre 1839, le rapport continue à être fait à l'assemblée générale du Conseil d'état, en séance publique, et que la délibération continue à être prise conformément aux articles 29 et suivants, qui règlent les formes à suivre en matière contentieuse.

Les conslits sont donc, en réalité, des matières mixtes, instruites dans la forme administrative, mais débattues et décidées dans la forme contentieuse. - V. Conslit.

\$ 2. — Questions de compétence qui s'élèvent entre les autorités administratives, au sujet des affaires contentieuses.

108. Outre les débats d'attribution qui s'é-

judiciaire, et que terminent des ordonnances préparées par le Conseil d'état, il peut arriver que diverses autorités administratives se prétendent également fondées à connaître de la même question contentieuse, et qu'il faille régler entre elles la question de compétence.

Si la question n'était pas contentieuse, si elle était purement administrative, une décision ministérielle suffirait pour la vider. C'est ainsi que, par voie de commandement, le chef de la hiérarchie administrative arrêterait les empiétements du préfet ou du souspréfet qui, par exemple, se prétendrait en droit de faire les règlements de police, placés par les lois dans les attributions des maires.

C'est donc seulement quand la question de compétence s'élève entre deux autorités administratives, relativement à une affaire contentieuse, qu'il y a lieu de se pourvoir au Conseil d'état, soit, comme nous venons de le voir à l'égard des conflits, que ces deux autorités se disputent le droit de connaître de l'affaire, soit qu'elles s'accordent à en décliner la connaissance.

Les lois des 7-14 octobre 1790 et 27 avril-25 mai 1791, qui donnent au roi le pouvoir de régler, en Conseil d'état, les conflits positifs ou négatifs qui divisent l'administration et les tribunaux, l'investissent, à plus forte raison, du droit de juger les contestations de cette espèce, quand elles naissent entre les délégués révocables de la puissance exécutive.

Deux espèces de recours sont ouverts, dans ce cas, aux parties intéressées: elles peuvent ou déférer au ministre compétent, et ensuite au Conseil d'état, l'arrêté de l'autorité administrative qui aura prétendu à une juridiction qui ne lui appartient pas, ou s'adresser directement au Conseil d'état pour se faire régler de juges. — V. Règlement de compétence.

§ 3. — Recours dirigés pour incompétence ou excès de pouvoir, violation des formes ou de la loi, contre des décisions administratives.

109. La loi des 7-14 octobre 1790 porte: « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont, en aucun cas, du ressort des tribunaux; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale. » L'attribution au Conseil d'état de ces réclamations ressort implicitement de la constitution de l'an VIII, qui le chargeait de résou-

dre toutes les difficultés qui pourraient s'élever en matière administrative.

Nous avons vu tout à l'heure que les questions de compétence, soulevées entre les autorités administratives, devaient nécessairement porter sur des matières contentieuses. pour que le recours fût ouvert devant le Conseil d'état. Mais ici, peu importe que la matière soit contentieuse ou non, la loi de 1790 embrasse, dans la généralité de ses principes. tous les actes des corps administratifs, et il ne pouvait en être autrement. En effet, accuser un acte quelconque de l'administration d'incompétence, ou d'excès de pouvoir, ou de violation des formes légales, c'est lui reprocher d'avoir méconnu les limites que la loi lui interdisait de franchir, c'est arguer d'un droit, c'est donc, en tout cas, exercer un recours contentieux ( V. Contentieux administratif); à plus forte raison, si la légalité même de l'acte administratif est contestée par les parties. La matière est essentiellement d'ordre public; aussi les recours de ce genre peuvent-ils être portés directement devant le roi, souverain arbitre des juridictions, sans être présentés d'abord aux supérieurs hiérarchiques des autorités dont la décision est attaquée.

M. Serrigny discute avec beaucoup de soin (Traité de la compét. administr., t. 1. p. 241 et suiv.) le sens qu'il faut attacher à ces expressions, incompétence et excès de pouvoir, souvent prises l'une pour l'autre. La distinction que le savant jurisconsulte cherche à établir est loin d'être sans importance : pour ne citer qu'un exemple de la portée qu'elle peut avoir, la loi du 27 ventôse an vIII, article 77, autorisait le pourvoi en cassation contre les jugements rendus par les juges de paix, pour incompétence et pour excès de pouvoir; mais la loi du 25 mai 1838 (art. 14 et 15) n'a fait de l'incompétence qu'un moyen d'appel, l'excès de pouvoir devant seul donner ouverture à cassation. Il était dès lors naturel que l'une fût nettement séparée de l'autre, et nous devons regretter que les chambres, lors de la discussion de cette loi de 1838, se soient bornées à reconnaître, sans chercher à la résoudre, la difficulté de cette séparation.

La compétence administrative est la mesure du pouvoir départi par la loi à l'autorité administrative: il y aura donc incompétence toutes les fois que cette mesure sera franchie. Mais, dans cette transgression, où finit l'incompétence, où commence l'excès de pouvoir?

Si le fonctionnaire ou administrateur, dit M. Serrigny, dépasse seulement le mandat qui lui est donné individuellement, s'il outrepasse la portion de juridiction qui lui compête, il y a incompétence; il commettra un excès de pouvoir, s'il usurpe sur des pouvoirs d'un autre ordre, sur l'autorité judiciaire, par exemple, ou s'il empiète sur des fonctions d'une nature étrangère à celles que la loi lui confie.

En creusant cette distinction, peut-être ne la trouvera-t-on pas très-solide : il serait impossible, en effet, dans le système sur lequel elle repose, de signaler une incompétence qui ne fût pas en même temps un excès de pouvoir. Nous ne poursuivrons pas la solution d'un problème devant lequel le vénérable M. Henrion de Pansey et Merlin luimême ont hésité. Au reste, si la loi du 25 mai 1838 l'a posé sans le résoudre, il n'existe pas, avec les mêmes embarras, pour la juridiction contentieuse du Conseil d'état, puisqu'elle s'étend à la fois sur toutes les transgressions du mandat de l'autorité administrative, soit que les intéressés y voient une incompétence, soit qu'ils y dénoncent un excès de pouvoir.

Le Conseil d'état connaît, à ces causes, nonseulement, comme nous l'avons dit, de toutes les matières administratives, contentieuses ou non, mais encore des décisions administratives déclarées définitives par les lois. C'est ainsi que lui sont déférées, pour incompétence ou excès de pouvoir, pour violation des formes ou de la loi:

Les décisions des conseils de révision (loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée, article 25);

Les décisions des jurys de révision (lois du 22 mars 1831 sur la garde nationale, et du 14 juillet 1837 concernant la garde nationale du département de la Seine);

Les arrêts de la cour des comptes (loi du 16 sept. 1807, art. 13 et 17).

Dans ces trois cas, le Conseil d'état fait l'office de cour de cassation; il annule la décision incompétente, et renvoie le fond à qui de droit. Mais si l'autorité contre laquelle s'exerce le recours n'a pas décidé en dernier ressort, s'il s'agit, par exemple, d'un conseil de préfecture, alors ce n'est plus comme Cour de cassation seulement, c'est comme cour d'appel que statue le Conseil d'état: il ne se borne pas à annuler la décision reconnue incompétente, il statue au fond.

La loi du 22 juin 1833 (art. 14) déclare nul et de nul effet tout acte ou toute délibération d'un conseil général relatif à des objets qui ne sont pas légalement compris dans ses attributions. La nullité est prononcée par ordonnance du roi.

Cette nullité peut être poursuivie, soit par le gouvernement lui-même, et alors il n'est besoin ni d'instruction, ni de délibération du Conseil d'état; du moins son intervention est complétement facultative, et le ministre qui la réclame peut le faire dans la forme administrative. Mais si des tiers sont intéressés à demander la nullité d'une délibération prise par un conseil général, s'ils l'attaquent pour incompétence ou excès de pouvoir, nous pensons qu'en vertu de la loi de 1790, le recours contentieux doit leur être ouvert. (arr. du Cons. 3 mai 1839 [commune de Montgaroult]; — 19 fév. 1840 [ville de Saint-Étienne].)

§ 4. — Recours contre les décisions, en matière contentieuse, qui ne sont pas rendues en dernier ressort.

110. Le règlement du 5 nivôse an VIII, qui confirma, en les étendant, les attributions données au Conseil d'état par la constitution du 22 frimaire, le chargea (art. 11) de prononcer sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres.

Les conseils de préfecture ayant été créés, peu de temps après, par la loi du 28 pluviôse an VIII, l'appel de leurs décisions fut porté devant le Conseil d'état, mais sans qu'aucune loi ait posé le principe général de ce recours. Le Conseil d'état devint donc une cour d'appel remplissant dans la hiérarchie administrative la mission que remplissent les cours royales à l'égard des tribunaux de première instance, de commerce et de police correctionnelle. Il ne se contenta plus d'annuler, pour incompétence, excès de pouvoir, violation des formes ou de la loi, les décisions des autorités soumises à sa juridiction souveraine; il se substitua aux premiers juges, réforma leurs jugements et statua au fond.

Les juridictions étant d'ordre public et de droit rigoureux, on pourrait s'étonner que cette cour d'appel administrative se soit ainsi élevée, sans la consécration de la loi, au milieu de nos institutions. Mais il ne faut pas se laisser tromper par des analogies plus apparentes que réelles, et appliquer aux matières administratives tous les principes qui régissent les matières judiciaires. Ces dénominations tribunaux administratifs, cour d'appel administrative, arrêt du conseil, que l'usage légitime jusqu'à un certain point, ne sont point exactes et pourraient devenir la source de graves erreurs, si l'on n'avait soin d'en préciser nettement la portée. Le Conseil d'état n'est pas un tribunal, il ne juge pas, dans le sens rigoureux qu'offrent ces expressions appliquées aux tribunaux ordinaires; il émet seulement, avec des formes et un appareil judiciaires, des avis que, sous sa responsabilité, le gouvernement admet ou rejette; on conçoit, dès lors, qu'à la rigueur, une loi n'était pas nécessaire pour organiser, des conseils de préfecture au Conseil d'état, un recours qui n'est, à tout prendre, qu'une révision exercée par le roi sur les décisions des agents de la puissance exécutive. Ce droit de révision découle naturellement de cette puissance elle-même; et pour qu'il pût être contesté, il faudrait que la loi l'eût formellement interdit.

Il est à croire cependant que si, un jour, les conseils de préfecture deviennent l'objet d'une loi spéciale, elle règlera expressément un recours qui n'a reposé, dans le principe, que sur une induction, très-juste d'ailleurs. Au reste, en l'absence d'un acte législatif qui l'établisse d'une manière générale, un grand nombre de lois particulières ont prescrit, dans des espèces très-diverses, l'appel au Conseil d'état des arrêtés des conseils de préfecture. C'est ainsi que l'art. 4 de la loi du 14 floréal an XI, sur le curage des canaux et rivières non navigables, prescrit que toutes les contestations relatives au recouvrement des rôles, aux réclamations des individus imposés et à la confection des travaux, soient portées devant les conseils de préfecture, sauf le recours au gouvernement, qui statuera en Conseil d'état. C'est ainsi que la loi du 9 ventôse an XIII, sur la plantation des grandes routes et chemins vicinaux, en ordonnant (art. 8) que les poursuites en contravention aux dispositions de cette loi soient portées devant les conseils de préfecture, ajoute, sauf le recours au Conseil d'état.

Il est peu de lois qui, en attribuant aux conseils de présecture la connaissance d'une matière, n'aient en même temps ouvert ce recours; nous le voyons même, en certaines circonstances, s'établir sans la prescription de la loi. La loi du 21 mars 1831, par exemple, défère aux conseils de préfecture, sans mentionner le recours au Conseil d'état, les questions relatives à la validité des opérations électorales pour la nomination des conseillers municipaux; l'art. 51, en enjoignant aux conseils de préfecture de prononcer dans le délai d'un mois, montre avec quelle promptitude la loi voulait que ces questions fussent résolues. Cependant la jurisprudence a consacré, même en cette matière, l'appel au Conseil d'état des arrêtés des conseils de préfecture.

111. Le Conseil d'état connaît encorc, par voie d'appel:

Des arrêtés des anciens directoires de département, créés par la loi des 22 déc. 1789-10 janvier 1790, et des administrations centrales, établies par la constitution du 5 fructidor an III (Les attributions conférées par la loi du 28 pluviôse an VIII aux conseils de préfecture faisaient en effet partie de celles de ces corps qui, dans certains cas, jugeaient en dernier ressort le contentieux administratif, pouvoir qu'ils n'ont pas transmis aux conseils de préfecture. — V. ord. des 18 avril 1821 [Ferrand] et 26 juillet 1826 [Reydellet]);

Des décisions prises par les ministres en matière contentieuse (V. décret réglementaire du 11 juin 1806);

Des arrêtés des préfets, dans les cas où la loi ouvre aux parties intéressées le recours au Conseil (V. Décret du 9 brum. an XIII, relatif au mode de jouissance des biens communaux; — décret du 4 juillet 1806, sur les difficultés qui peuvent naître entre les concurrents aux courses de chevaux, art. 27 et 28; loi du 28 juillet 1824 sur les chemins vicinaux, art. 9 et 10);

Des décisions du conseil de l'université, prises dans les affaires contentieuses relatives à l'administration générale des académies et de leurs écoles, ou aux membres de l'université, par rapport à leurs fonctions (décr. 17 mars 1808, art 82);

Des décisions des commissions spéciales, créées par la loi du 16 septembre 1807, sur le desséchement des marais (M. de Cormenin fait justement observer, à ce sujet, que le Conseil d'état ne pourrait annuler, ni pour cause d'incompétence, ni au fond, les décisions des commissions spéciales instituées

pour prononcer en dernier ressort sur des affaires administratives, même contentieuses, d'un genre déterminé, telles que liquidations, etc.);

Des arrêtés pris par les commissions spéciales instituées par le roi pour l'exécution des conventions diplomatiques (ord. 25 janv.-1<sup>er</sup> fév. 1824, relative à la liquidation des pertes éprouvées par le commerce français, par suite de captures faites en mer, art. 1);

Des décisions des conseils privés des colonies.

- § 5. Demandes en interprétation d'ordonnances royales et oppositions formées à ces ordonnances.
- 112. La règle cujus est legem condere, ejusdem est interpretari, devait naturellement attribuer au roi le droit d'interpréter les ordonnances royales, obscures ou ambiguës.

Dans ce cas, le recours au Conseil d'état n'a plus lieu, comme nous l'avons vu plus haut, contre les décisions rendues par les autorités inférieures, c'est d'une décision du roi luimême qu'on appelle au roi.

La voie de la demande en interprétation est ouverte même aux parties qui ont produit leurs observations et moyens dans l'instruction préparatoire de l'ordonnance dont il s'agit, et à l'égard desquelles elle est par conséquent devenue contradictoire.

Mais pour que le Conseil d'état puisse être saisi d'une demande en interprétation, il est indispensable que l'ordonnance au sujet de laquelle elle est réclamée ait soulevé une contestation quelconque, un conflit positif ou négatif, ou qu'elle ait été l'objet d'un renvoi des tribunaux à la justice administrative. Le Conseil d'état ne donne pas de consultations. (3 mai 1839 [Tessier]; 8 juillet 1840 [duc d'Uzés]; 29 janv. 1841 [Villiers].)

Il est facile de s'expliquer pourquoi ces demandes en interprétation s'introduisent et se jugent dans la forme contentieuse, même lorsqu'elles ont lieu à l'occasion d'un acte d'administration pure. D'abord, elles sont, nous venons de le voir, nécessairement provoquées par une contestation; elles ont, de plus, le caractère de l'appel, et enfin, il était naturel que le Conseil d'état, dans l'interprétation des ordonnances, se rapprochât le plus possible des règles tracées par la loi du 30 juillet 1828 pour l'interprétation des lois. Or, c'est la Cour de cassation et le pouvoir lé-

gislatif qu'elle investit de cette attribution; le Conseil d'état, pour l'exercer dans le domaine de l'ordonnance, devait donc s'entourer de l'appareil de sa procédure la plus sévère, et rendre, le plus solennellement possible, une décision dans laquelle des intérêts particuliers sont engagés.

Le droit d'interprétation du Conseil d'état ne s'arrête que devant la loi, ou devant les actes qui en ont le caractère et la force : ainsi, le Conseil est compétent pour interpréter les actes de l'ancienne monarchie et des gouvernements intermédiaires qui se sont succédé en France depuis 1789 (15 avril 1828 [Reynaud]); ceux des anciens souverains des provinces devenues françaises (29 janvier 1841 [Payssé]). Les décrets du 17 juillet 1793, les lois du 25 ventôse an iv et 9 thermidor an v, soumettent également à son interprétation les arrêtés pris par les représentants du peuple dans le cours de leurs missions (arr. C. 7 avril 1824 [ Laferté]). Mais il cesse d'être compétent s'il s'agit d'interpréter les ordonnances des rois de France ou les décrets impériaux qui sont devenus lois de l'état: c'est, dans ce dernier cas, à la loi précitée du 30 juillet 1828 qu'il faudrait recourir. Remarquons encore que le Conseil d'état ne peut connaître des demandes tendant à faire interpréter ou modifier, dans un sens général, les ordonnances qui constituent des règlements d'administration publique. (V. M. de Cormenin, Droit adm., t. 1, p. 214.)

explicitement l'interprétation des ordonnances royales au nombre des attributions du Conseil d'état. Elle prévoit seulement (art. 25) le cas où les dispositions des art. 19, 20, 21, 22, 23 et 24 n'auraient pas été observées, et elle statue que, dans ce cas, l'ordonnance du roi peut être l'objet d'un recours en révision, lequel est introduit dans les formes de l'article 33 du décret du 22 juillet 1806. Elle n'abroge, du reste, aucun des articles de ce décret, sur lequel repose la compétence du Conseil d'état, en matière d'interprétation des ordonnances royales. (V. art. 29, 37 et 40.)

Le recours en révision dont parle la loi du 19 juillet a beaucoup d'analogie avec celui qui est formé par la voie de l'opposition et de la tierce-opposition. Nous verrons, plus bas, en étudiant la procédure suivie par le Conseil d'état, quelles sont les règles spéciales à chacun d'eux. Quant à présent, nous nous bornerons à indiquer en quoi l'interprétation diffère de p l'opposition et de la tierce-opposition.

Nous avons dit que ceux-là même qui avaient été entendus dans l'instruction préparatoire pouvaient demander l'interprétation d'une ordonnance obscure ou ambiguë, pourvu qu'elle eût donné lieu à quelque contestation. L'opposition, au contraire, n'est recevable que de la part de ceux qui n'ont pas été mis à même de produire, dans le cours de cette instruction, leurs moyens et leur défense. Ici s'appliquent les principes du droit commun, formulés dans l'art. 474 du Code de procédure civile, aux termes duquel une partie peut former tierce-opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représente, n'ont été appelés. Qu'il s'agisse, par exemple, d'une concession dans laquelle peuvent être engagés des intérêts divers, d'une concession de mine. ou de l'autorisation d'établir une usine sur un cours d'eau; de deux choses l'une : ou les formalités qui doivent précéder l'ordonnance royale auront été observées conformément à la loi du 21 avril 1810 et à l'arrêté du directoire du 19 ventôse an vi, ou bien ces formalités auront été omises. Dans la première hypothèse, tous les intérêts que peut léser la concession auront été mis à même de plaider leur cause; les publications et affiches prescrites par la loi les auront suffisamment avertis, et s'ils n'ont pas profité de cet avertisment, il est juste qu'ils subissent la peine de leur négligence; la voie de l'opposition et de la tierce-opposition ne saurait leur être ouverte. Si, au contraire, ces formalités protectrices des droits des tiers ont été négligées, si la publicité commandée par la loi n'a pas été donnée à la demande en concession qui peut les atteindre, et qu'une ordonnance royale soit venue couronner cette instruction incomplète et irrégulière, il leur restera alors une dernière garantie dans l'opposition à cette ordonnance. (arr. C. 21 mars 1821 [Pujol]; 4 août 1811 [ Benoit ]; 21 déc. 1825 [ Tourraud]; 7 mai 1823 [Pouguet]; 14 janv. 1839 [ Vallée].)

- S 6. Affaires contentieuses soumises directement au Conseil d'état.
- 114. Il y a peu d'espèces contentieuses que des dispositions législatives ou règlementaires soumettent directement à l'examen du Conseil. Nous en trouvons néanmoins un exem-

ple dans la loi du 22 avril 1806, qui le charge: 1º de connaître, sur le rapport du ministre des finances, des infractions aux lois et règlements qui régissent la banque de France, et des contestations nées à propos de sa police et administration intérieures; 2º de juger, définitivement et sans recours, entre la Banque et les membres de son conseil général, toute condamnation civile, y compris les dommages et intérêts, et même soit la destitution, soit la cessation de fonctions.

Mais il faut remarquer que cette loi n'a jamais été appliquée.

- § 7. Observations générales sur les attributions contentieuses du Conseil d'état.
- 115. Nous ne saurions trop le répéter, le Conseil d'état n'émet que des avis; même sur les matières contentieuses, il propose (art. 12 de la loi du 19 juillet 1845) des ordonnances que le seing royal et le contre-seing ministériel peuvent seuls valider. Il est vrai de reconnaître que cette consécration n'a presque jamais fait défaut aux avis du Conseil émis sur les affaires contentieuses; elle a pu se faire attendre, des transactions ont pu résoudre à l'amiable le litige au sujet duquel elle devait intervenir, mais elle n'a jamais été positivement refusée.

Cependant, un honorable membre de la chambre des députés a proposé, iors de la dernière discussion, d'entourer de plus solennelles garanties l'exercice de cette autorité constitutionnelle en vertu de laquelle le pouvoir exécutif admet ou repousse, sous sa responsabilité, les avis du Conseil d'état. Les chambres se sont associées à sa sollicitude par le vote de la disposition suivante, qui est devenue l'art. 24 de la nouvelle loi :

« L'avis du Conseil d'état est transcrit sur le procès-verbal des délibérations, lequel fait mention des membres présents et ayant délibéré. - L'ordonnance qui intervient est contresignée par le garde des sceaux. - Si l'ordonnance n'est pas conforme à l'avis du Conseil d'état, elle ne peut être rendue que de l'avis du conseil des ministres; elle est motivée et doit être insérée au Moniteur ou au Bulletin des lois. »

116. En présence des graves objections qu'a soulevées cet article, on a cherché à en affaiblir la portée. Le garde des sceaux, a-t-on dit, dans les cas très-rares où il croira devoir s'écarter de l'avis du Conseil d'état.

ne manquera pas d'appuyer sa résistance sur une délibération du conseil des ministres; il fera donc naturellement, forcément, ce que l'article 24 lui prescrit de faire. Cet article n'est donc pas une innovation dont il y ait lieu de se préoccuper, puisqu'il érige simplement en droit ce qui existe en fait.

D'abord, à supposer qu'en réalité le garde des sceaux cherche, comme on l'a dit, à faire partager à ses collègues la responsabilité qu'il assume en repoussant un avis du Conseil d'état, ce n'est pas une raison pour écrire dans la loi ce qui n'est qu'un procédé de gouvernement. Les relations des ministres entre eux, les secours qu'ils se prêtent mutuellement, dans l'intérêt de leur mission commune, ne doivent pas sortir du secret de leur action intérieure. A ce point de vue, l'article serait inutile; mais, de plus, nous le croyons dangereux. En voyant élever solennellement cette juridiction souveraine qui devra connaître des avis du Conseil d'état, lorsque le gouvernement ne voudra pas y conformer l'ordonnance royale, quel sentiment éprouveront les justiciables de l'administration? Pense-t-on qu'ils se félicitent de cette haute garantie assurée à leurs droits? Nous craignons plutôt qu'ils ne se disent qu'on n'a pas organisé, pour ne jamais s'en servir, cette révision des avis du Conseil d'état, et qu'ils ne s'effrayent, en se les exagérant sans doute, des dangers de fréquentes évocations au conseil des ministres, où ils ne trouveraient plus, comme au Conseil d'état, ni les avantages de la publicité, ni ceux de la libre défense, et où ils rencontreraient, non plus seulement le garde des sceaux, dont le département est presque toujours désintéressé dans les affaires contentieuses, mais le ministre contre lequel ils auront lutté devant le Conseil d'état. La confiance dans la justice administrative a été trop souvent, et, hâtonsnous de le reconnaître, trop injustement ébranlée, pour qu'il n'eût pas fallu éviter, avec le plus grand soin, de rouvrir la porte à des attaques auxquelles les sages ordonnances de 1831 avaient enfin mis un terme.

Ce n'est pas tout: l'ordonnance non conforme à l'avis du Conseil d'état devra, dit l'article 24, être motivée et insérée au Moniteur et au Bulletin des lois. Nous avons peine à comprendre que les chambres n'aient pas reculé devant les difficultés que soulèverait cette disposition si elle était exécutée. Quelles

seront, en esset, les considérations qui s'opposeraient à ce que l'avis du Conseil d'état soit adopté? Elles ne seront nécessairement que politiques, et le conseil des ministres pourra-t-il toujours les articuler en tête de l'ordonnance, sans sortir de la réserve commandée au gouvernement? M. de Barante a rappelé à la chambre des pairs à quelle occasion le ministère s'était cru forcé de ne pas suivre un avis du Conseil d'état. C'était en 1818 : dans une affaire relative à une acquisition de domaines nationaux, le Conseil avait émis un avis contraire à l'acquéreur. Le gouvernement craignit de réveiller de dangereuses inquiétudes, en paraissant hésiter dans la protection qu'il avait jusque-là accordée aux ventes nationales et aux acquéreurs de domaines nationaux. Il n'approuva pas l'avis du Conseil d'état, et laissa dormir l'affaire, qui aboutit sans éclat à une transaction. Dans le système de l'article 24, comment l'ordonnance royale, délibérée en conseil des ministres, eût-elle été motivée?

117. De l'exposition succincte que nous avons faite des attributions principales du Conseil d'état, et des caractères généraux auxquels on reconnaît sa compétence en matière contentieuse, il résulte qu'elle s'étend, comme l'administration elle-même, entre les limites que lui trace, d'un côté, le pouvoir législatif, de l'autre, le pouvoir judiciaire; qu'ainsi le conseil ne peut connaître des questions d'état, de propriété et de titres privés que la loi réserve à la justice déléguée. Le seing royal communiquant aux avis du Conseil, émis en matière contentieuse, le caractère et la force d'un véritable jugement, les arrêts du Conseil revêtus de cette haute sanction emportent, comme les jugements ordinaires, contrainte par corps et hypothèque (V. l. 17 avril 1832, art. 8, 9 et 10). Ils ont, comme eux, l'exécution parée, aux termes de l'article 35 du décret du 11 juin 1806, qui déclare exécutoires les expéditions des décisions et avis du Conseil revêtus de l'approbation royale. Nous verrons plus bas qu'ils doivent être signifiés à personne ou domicile, par le ministère d'un huissier. Enfin, nous avons déjà indiqué qu'ils peuvent être attaqués par les mêmes voies que les jugements des tribunaux ordinaires.

Si les arrêts du Conseil sont par eux-mêmes exécutoires, il est cependant à observer, qu'assimilé en cela aux tribunaux de commerce, le Conseil d'état ne connaît pas de leur exécution; elle est abandonnée aux tribunaux ordinaires, à moins qu'elle ne se résolve en une mesure administrative qui, par conséquent, échappe à la compétence de la justice déléguée. C'est ainsi que les remboursements de créances sur l'état, les remises de biens aux anciens émigrés, etc., ordonnés par le Conseil d'état, ne peuvent se régler et s'effectuer que par l'autorité administrative; mais hors de ces cas et toutes les fois qu'un arrêt rendu au contentieux doit aboutir à une exécution judiciaire, cette exécution est dévolue aux tribunaux, à cette condition essentielle qu'ils ne pourront rien changer aux dispositions de l'acte administratif. (V. décret du 21 brum. an XIII, inéd.)

Autre analogie des arrêts du conseil avec les jugements : la caution judicatum solvi que les articles 16 du Code civil et 166 du Code de procédure civile exigent de l'étranger demandeur, en toutes matières autres que celles de commerce, cette caution est également exigée en matière contentieuse. Cette règle est établie par le décret du 7 février 1809, ainsi concu: « Les jugements rendus au profit des étrangers qui auraient obtenu des adjudications dans les matières pour lesquelles il y a, d'après notre décret du 22 juillet 1806, recours à notre Conseil d'état, ne pourront être exécutés, pendant le délai accordé pour ce recours, qu'autant que l'étranger aura préalablement fourni en France une caution bonne et solvable. »

118. La justice rendue par le Conseil d'état, dans le cercle de sa compétence, étant en réalité rendue par le roi lui-même, le droit de faire grâce doit nécessairement en accompagner l'exercice. Aussi voit-on souvent le conseil modérer les amendes encourues, en cas de contravention de grande voirie.

119. En poursuivant l'assimilation du Conseil d'état aux tribunaux ordinaires, nous trouvons, pour lui, l'obligation:

1° De ne statuer qu'autant qu'il y a litige existant. Ainsi, le pourvoi en confirmation d'un arrêté qui n'est pas attaqué doit être déclaré non recevable. (V. ord. des 1er fév. 1823 [Rose]; 24 mars 1824 [Vivin]; 12 janv. 1825 [None]; — V. aussi suprà, n° 112). De là encore cette conséquence, que le Conseil doit déclarer purement et simplement non recevable tout pourvoi devenu sans objet, soit parce que les décisions contre lesquelles il

était dirigé ont été réformées (V. ord. des 22 mars 1827 [Loubet]; même jour [Doumere-Belon]; 4 déc. 1835 [Bichet]; 6 mai 1836 [Eric Bernard]), soit parce qu'il est intervenu une transaction qui a mis fin au litige (V. ord. du 7 juin 1836 [Mouynet]), soit enfin parce que la partie au profit de laquelle avait été rendue la décision attaquée a renoncé au bénéfice de cette décision. (V. ord. du 28 oct. 1831 [ministre du commerce].)

2º De ne statuer que sur chaque espèce, et de s'abstenir de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire. Ainsi le Conseil d'état a excédé ses pouvoirs quand après avoir annulé un arrêté du conseil de préfecture, en matière de biens nationaux, il a déclaré nuls tous les arrêtés semblables pris dans le même département. (arrêtés des 12 fruct. an x, et 12 brum. an x1, inéd.)

3° De ne statuer, comme cour d'appel, sur le fond des matières, qu'autant que le juge de première instance a épuisé, à leur égard, sa juridiction. S'il ne l'a pas fait, le Conseil d'état devra renvoyer les parties à se pourvoir devant ce juge, ministre, préfet, ou conseil de préfecture. (V. décr. 17 mars 1812 [Eggerlé]; ord. 20 juin 1821 [Moisant].) De là cette conséquence que les arrêtés par défaut des conseils de préfecture ne peuvent être déférés au Conseil d'état, avant d'avoir été préalablement attaqués par voie d'opposition devant le conseil de préfecture qui les a rendus. (V. décr. et ord. des 25 mars 1807 [Lemaire]; 25 fév. 1818 [Cuel]; 24 mars 1819 [Bligny-Parisis]; 16 août 1820 [ Beaudet]; 26 fév. 1823 [ Mouton]; 24 mars 1824 [ Bancel]; 9 janv. 1828 [Lavocat]; 31 août 1830 [Varenne]; 28 janv. 1835 [Favre]; 11 août 1841 [préfet du Loiret]; et autres.) Les mêmes principes sont applicables au cas où une partie qui n'a été ni appelée ni entendue devant un conseil de présecture, veut faire résormer un arrêté de ce conseil qui lui fait grief. C'est par voie de tierce-opposition devant le conseil de préfecture lui-même qu'elle doit se pourvoir, et non par voie de recours direct devant le conseil d'état. (V. ord. du 8 janv. 1836 [ Prudhomme ].) De là suit encore qu'on ne peut soumettre au Conseil d'état que les chess de conclusions sur lesquels a statué le conseil de préfecture. (V. ord. 15 août 1834 [Druet-Desvaux ].) Toutefois, l'exception d'incompétence tirée de ce que le conseil de préfecture aurait prononcé sur une question dont la connaissance appartient aux tribunaux civils peut être proposée pour la première fois devant le Conseil d'état. (V. ord. des 6 sept. 1843 [élect. de Coniza]; 30 déc. même année [élect. de Corte].) Ajoutons enfin sur ce point que les arrêtés simplement préparatoires des conseils de préfecture ne peuvent être déférés au Conseil d'état avant le jugement définitif. (V. ord. des 21 fév. 1814 [commune d'Aurillac]; 19 juill. 1833 [ministre des travaux publics].)

4° De n'admettre de recours qu'autant que la partie qui le forme a qualité pour se pourvoir, et justifie de cette qualité. (V. ord. du 16 avril 1823 [Rasse].) Ainsi, n'est pas recevable le pourvoi formé contre un arrêté dans lequel le réclamant n'a pas été partie (V. ord. du 26 mars 1823 [Prevost]), ni la demande en interprétation d'un acte de vente nationale formée par un tiers qui ne prétend à aucun droit de propriété sur l'objet vendu. (V. ord. du 8 sept. 1824 [Conte].) Les ministres et autres fonctionnaires publics sont, comme les particuliers, soumis à ces règles. Ainsi un ministre est sans qualité pour demander la réformation de l'arrêté d'un conseil de préfecture qui ne prononce aucune condamnation contre l'état, et dont l'état n'a pas été partie. (V. ord. des 16 mai 1842 [commune de Vendresse]; 25 fév. 1843 [min. des travaux publics ]. ) Quant à la justification de la qualité du requérant, elle est abandonnée à la sagesse du conseil. Il a été jugé que des héritiers justifient suffisamment de leur droit à se pourvoir contre une décision rendue avec leur auteur, par la représentation de l'intitulé de l'inventaire où leur qualité est établie. (V. ord. du 23 déc. 1843 [ Honnorez ].)

5° De ne statuer que sur les conclusions qui tendent directement à l'annulation ou à la réformation de décisions existantes. (V. ord. du 19mai 1835 [de Richemond].) Un pourvoi qui n'aurait pour objet que les considérants d'un arrêté du conseil de préfecture, sans attaquer le dispositif, ne serait pas admissible. (V. ord. du 23 août août 1843 (élection de Grandbourg].)

6° De rejeter toute demande qui tendrait à aller contre l'autorité de la chose jugée. (V. ord. des 31 mars 1825 [hospices d'Arras]; 30 avril 1828 [commune de Masseraux]; 22 juill. 1835 [Legraverand].) Par la même raison, le conseil doit rejeter tout pourvoi formé contre des arrêtés de conseils de préfecture qui auraient servi de base à des jugements

passés en force de chose jugée. (V. décr. et ord. des 25 déc. 1812 [Ramary Deblaye]; 17 mai 1813 [ Tumerel ]; 9 juill. 1820 [ Vogel].) Du reste, comme en matière civile, le même principe s'étend aux décisions volontairement exécutées ou acquiescées. (V. décr. et ord. des 13 juill. 1813 [ Luneau]; 26 août 1818 [Lafarge]; 5 déc. 1837 [Capeaumont]; 5 sept. 1842 [Mulot].) Le paiement, sans protestation ni réserve, du montant des condamnations prononcées par un conseil de préfecture constitue nécessairement un acquiescement. (V. ord. du 7 avril 1819 [Fichet]. Mais il en serait autrement si le paiement n'avait été fait que comme contraint et forcé, et sous toutes réserves. (V. ord. du 22 mars 1841 [Gavarini].)

7° De n'admettre pour base de sa décision les arrêts rendus en pays étrangers, qu'autant que ces arrêts ont reçu autorité en France par la déclaration d'exequatur des tribunaux français. (12 février 1823 [Stacpoole].)

CHAP. 7. — Des règles de procédure à suivre devant le Conseil d'état, en matière contentieuse.

120. Le Conseil d'état se conforme encore aujourd'hui à la plus grande partie des dispositions du règlement de 1738, sur la procédure que le roi veut être suivic en son conseil. L'œuvre de d'Aguesseau a presque entièrement passé dans le décret du 22 juillet 1806. Nous allons en donner le texte, en ajoutant à chaque article les développements et les observations qui nous paraîtront nécessaires.

Sect. 1<sup>re</sup>. — Des instances introduites au Conseil d'état à la requête des parties.

121. Art. 1er.—« Le recours des parties au Conseil d'état, en matière contentieuse, sera formé par requête signée d'un avocat au conseil; elle contiendra l'exposé sommaire des faits et des moyens, les conclusions, les noms et demeures des parties, l'énonciation des pièces dont on entend se servir, et qui y seront jointes. »

Ainsi le premier devoir de toute personne privée ou civile, particuliers, communes, départements, etc., qui se pourvoit devant le Conseil d'état, c'est de constituer un avocat. Mais le gouvernement, comme nous le verrons (art. 16 et 17), n'est pas soumis à cette obligation. En vertu de son pouvoir discré-

tionnaire, le président du Conseil d'état admet quelquesois les parties elles-mêmes à présenter des observations orales, mais cette tolérance ne s'exerce que dans des cas fort rares, et M. de Cormenin n'en cite que quatre exemples depuis l'établissement des audiences publiques. Tout autre officier ministériel qu'un avocat au conseil est du reste sans qualité pour former un pourvoi au nom d'une partie. Un avoué, par exemple, ne pourrait se pourvoir au nom de son client. (2 sept. 1840 [Montal].)

L'identité d'intérêt ne rendrait pas recevable un pourvoi formé collectivement par plusieurs intéressés; chacun doit se pourvoir en son propre et privé nom. Seulement, en vertu d'une décision très-sage du ministre des finances, l'enregistrement ne perçoit qu'un simple droit à raison de ces pourvois individuels, et quel qu'en soit le nombre (22 janvier 1824 [Filleau]; 29 déc. 1840. [ve Hervé]).

La requête exigée par l'article précité ne peut être suppléée par aucun autre acte, par exemple, par une déclaration signifiée à l'administration, qu'on entend se pourvoir contre telle ou telle décision. (25 juin 1817 [Bouilliat]; 1er avril 1840 [Michaut].)

122. Mais les lois et la jurisprudence ont apporté quelques exceptions à la règle qui veut que toute requête, sous peine d'être déclarée nulle et non avenue, soit introduite par le ministère d'un avocat au conseil.

Ainsi: 1º les parties qui interviendraient dans un conflit, peuvent signer elles-mêmes les productions par lesquelles elles cherchent à l'appuyer ou à le combattre. Ces pièces sont soumises au droit ordinaire d'enregistrement, de greffe et de timbre (ord. du 12 déc. 1821 et du 12 mars 1831).

2º En matière de contributions directes, le recours contre les arrêtés des conseils de préfecture peut être transmis au gouvernement par l'intermédiaire du préfet : il est affranchi de tous droits d'enregistrement et autres que celui du timbre (art. 29 de la loi du 26-31 mars 1831; art. 30 du budget des recettes de l'exercice 1832; loi du 20 avril 1832). Mais la même faveur ne s'étend pas aux pourvois formés en matière de contributions indirectes. (24 fév. 1842 [ville de Tarare].)

3º L'article 53 de la loi du 22 juin 1833, Sur l'organisation des conseils généraux de

département et des conseils d'arrondissement, dispose que le recours au Conseil d'état contre les arrêtés des conseils de préfecture, relatifs à la validité des élections départementales, sera exercé par la voie contentieuse, jugé publiquement et sans frais. La constitution d'avocat est donc ici tout à fait facultative.

4° Nous avons vu que, malgré le silence de la loi du 21 mars 1831, le Conseil d'état admet les pourvois en matière d'élections municipales. Une conséquence forcée de cette jurisprudence, est d'accorder à ces pouvoirs le bénéfice de l'article 53 de la loi du 22 juin 1833: dans ce cas, comme dans le précédent, les parties pourront donc signer elles-mêmes leurs requêtes (26 fév. 1832 [Debar]).

La loi du 22 mars 1831, sur la garde nationale, n'exempte (art. 121) que des droits de timbre et d'enregistrement les recours exercés en vertu de ses dispositions. Par une assez bizarre anomalie de jurisprudence, le Conseil d'état a refusé à ces pourvois la dispense des frais dont il avait accordé la faveur aux pourvois relatifs aux élections municipales. Et cependant la loi du 21 mars 1831 était entièrement muette sur ce point, tandis que celle du 22 mars, en dispensant des droits de timbre et d'enregistrement les recours des gardes nationaux, mettait en quelque sorte le conseil sur la voie d'une remise complète des frais. Quoi qu'il en soit, dans l'état actuel des choses, ces derniers ne peuvent être valablement introduits que par le ministère d'un avocat (25 août 1835 [Landry]).

5° Les divers projets de loi sur la police du roulage dispensaient des frais les recours formés, en cette matière, contre les arrêtés des conseils de préfecture. Il est probable que la loi à întervenir sanctionnera cette disposition.

123. L'omission dans la requête des faits de l'affaire et des moyens de recours, le défaut de production des pièces qui doivént y être jointes, et notamment de la décision attaquée, peuvent en entraîner le rejet. (16 oct. 1813 [Richard]; 5 mars 1841 [Brois].) Le Conseil permet généralement que cette nullité soit couverte par une requête ampliative, dont il exige le dépôt dans un délai qu'il détermine. Mais aux termes d'un avis du comité du contentieux, du 14 avril 1821, adressé à l'ordre des avocats le 21 du même mois, cette faveur devrait être restreinte aux cas où le requérant, par des causes indépendantes de

sa volonté, ne pourrait présenter ni la décision attaquée, ni les pièces justificatives de l'instance, ni l'exposé des faits et moyens, et justificrait de cet empêchement; hors de ces cas, la nullité du pourvoi pourrait être prononcée sur la proposition du rapporteur. Quoi qu'il en soit, le pourvoi devient nul, si, dans les délais accordés et sur mise en demeure, la requête ampliative n'était pas produite. (V. entre autres, ord. des 10 oct. 1834 [ Jullienne ]; 5 déc. même année [ veuve Puech ]; 31 janv. 1838 [ Berthe ].)

La rêquête doit, sous peine de rejet, contenir les conclusions des parties. Ces conclusions déterminant le cercle dans lequel le Conseil d'état renferme sa délibération et son avis, il est essentiel qu'elles aillent nettement à leur but et qu'elles précisent bien l'objet du recours.

Les noms et demeure des parties pourraient être omis dans la requête, sans qu'elle sût pour cela rejetée. Quant à leur profession, il n'est pas nécessaire que mention en soit faite (10 sept. 1823 [Pauwels]).

Une remarque générale à faire sur cet article 1<sup>er</sup>, c'est qu'en détaillant les formalités auxquelles il assujettit le recours au Conseil d'état, il n'énonce pas quelles sont celles dont l'oubli entraîne la nullité de la requête. Le Conseil conserve à cet égard un droit d'appréciation souveraine, dont il use discrétionnairement.

124. Art. 2. — « Les requêtes et en général toutes les productions des parties seront déposées au secrétariat du Conseil d'état; elles y seront inscrites sur un registre, suivant leur ordre de dates, ainsi que la remise qui en sera faite, par le garde des sceaux, au membre du conseil chargé de préparer l'instruction. »

Ce dépôt doit être effectué même dans le cas où, comme en matière de contributions directes ou d'élections départementales, le pourvoi a lieu sans frais (5 sept. 1836 [Nantes]; 1er avril 1840 [Michau]).

Dans les matières auxquelles n'est pas attachée la dispense de frais, la requête introductive d'instance est assujettie au droit fixe d'enregistrement de 25 fr., aux termes de l'article 47 de la loi de finances du 28 avril 1816.

125. Art. 3.—« Le recours au Conseil d'état n'aura pas d'effet suspensif, s'il n'en est autrement ordonné. Lorsque l'avis de la commission établie par notre décret du 11 juin dernier sera d'accorder le sursis, il en sera fait rapport au Conseil d'état, qui prononcera. »

La nécessité de n'apporter aucunc entrave à l'administration a fait ici déroger à la règle du droit commun, qui veut qu'en matière civile, l'appel soit suspensif, à moins que, dans des cas déterminés, il n'y ait lieu d'ordonner l'exécution provisoire du jugement. (Code de procéd. civ., art. 135 et 439.)

Le comité du contentieux, qui a remplacé la commission dont parle l'art. 3, propose ordinairement d'accorder le sursis quand l'exécution provisoire de la décision attaquée causerait à la partie un dommage irréparable, sans préjudice, dans le cas où elle serait validée par le conseil, des indemnités qui pourraient être dues à ceux au profit desquels elle avait été rendue par l'autorité administrative du premier ressort, et dont les intérêts auraient souffert du retard apporté à son exécution.

Généralement le sursis est accordé dans tous les cas ou l'exécution de la décision attaquée aurait pour objet soit la démolition de constructions élevées, soit la confection de travaux qui doivent changer un état matériel de choses que la partie a intérêt à conserver, soit la destruction de choses qui ne pourraient être remplacées, telles que des bois, etc., mais toujours à la condition qu'il n'y ait pas péril en la demeure. (V. entre autres, dans des espèces varićes, les ord, des 7 août 1816 [Legavriau]; 6 nov. 1817 [Leneuf]; 3 déc. même année [Barbier-Dufay]; 23 avril 1818 [Sentenac et Ferry-Lacombe ]; 9 sept. même année [ Bochard ]; 31 mars 1819 [Grouet et Cossard]; 20 juin [Clocq] et 14 nov. 1821 [Monnot]; 6 fev. [ Villars ] et 28 août 1822 [ Billebaut ]; 13 août [Decaix ] et 29 oct. 1823 [Berbiat]; 14 avril 1824 [Gouin]; 16 nov. 1825 [Trigant-Brau]; 2 juill. 1828 [Wackerein]; 4 mars [Selligue et autres]; 28 oct. [Delorme] et 30 déc. 1829 [Cognet]; 11 novemb. 1831 [Coste]; 18 oct. 1832 [Levasseur]; 17 janv. [Noel et Johard ] et 11 août 1833 [Picot]; 14 fev. [commune de Bray] et 14 nov. 1834 [Lecoq]; 23 oct. 1835 [de Tourzel]; 5 mars 1841 [ commune de Brienon l'Archevêque ].)

Quelquefois aussi le Conseil d'état accorde le sursis dans des circonstances autres que celles où il s'agit d'une exécution matérielle, par exemple, lorsque s'agissant de paiement de sommes qui pourraient n'être que difficilement recouvrées, au cas d'infirmation, le réclamant offre de faire un dépôt qui conserve les droits de toutes les parties. (V. ord. des 6 août 1823 [héritiers Lamerveille]; 25 avril 1834 [compagnie Bouquet-Crouzier].)

Les sursis peuvent s'étendre jusqu'à ce que le Conseil d'état ait statué sur le recours; leur durée peut aussi varier selon les circonstances, qui sont appréciées par le comité du

contentieux et par le Conseil.

Le Conseil d'état, d'après l'art. 3, peut seul prononcer sur la demande en sursis; un préfet, un ministre seraient incompétents pour la recevoir et y répondre; mais ils peuvent, s'il n'y a pas péril en la demeure, suspendre l'exécution de leurs arrêtés. Aussi le comité du contentieux est-il dans l'usage de communiquer aux autorités administratives la demande en sursis, afin qu'elles examinent si l'intérêt public leur permet de différer cette exécution; dans le cas où elles s'yopposeraient, le comité du contentieux et le Conseil d'état trouvent, dans les motifs sur lesquels elles appuient leur refus, les éléments de leur propre décision.

126. Art. 4.—« Lorsque la communication aux parties intéressées aura été ordonnée par le garde des sceaux, elles seront tenues de répondre et de fournir leur défense dans les délais suivants: dans quinze jours, si leur demeure est à Paris, ou n'en est pas éloignée de plus de cinq myriamètres; dans le mois, si elles demeurent à une distance plus éloignée dans le ressort de la cour royale de Paris, ou dans l'un des ressorts des cours royales d'Orléans, Rouen, Amiens, Douai, Nancy, Metz, Dijon et Bourges; dans deux mois, pour les ressorts des autres cours royales en France; à l'égard des colonies et des pays étrangers, les délais seront réglés, ainsi qu'il appartiendra, par l'ordonnance de soit communiqué. Ces délais commenceront à courir du jour de la signification de la requête à personne ou domicile par le ministère d'un huissier.

» Dans les matières provisoires ou urgentes, les délais pourront être abrégés par le garde des sceaux.»

La rédaction du premier paragraphe de cet article semble indiquer que les parties intéressées ne sont pas toujours mises en demeure de répondre et de fournir leurs défenses. Depuis que les ordonnances de 1831 ont établi la publicité des audiences, une conséquence nécessaire de cette heureuse innovation a été la communication de toutes les requêtes. L'ordonnance du garde des sceaux qui la prescrit est mise au bas ou en marge de la requête; en voici la formule : « Soit la présente requête communiquée par le premier huissier des lieux, à ce requis, à N....., à l'effet de quoi il pourra, si bon lui semble, faire prendre connaissance, au secrétariat du comité du contentieux, desdites requêtes et des pièces à l'appui, pour y fournir ses défenses, dans les délais du règlement. »

Quand le défendeur à qui a été notifiée l'ordonnance de soit communiqué a laissé écouler les délais sans fournir ses réponses et moyens de défense, le Conseil d'état statue sur les seules pièces produites. (15 juin 1812 [hospices de Tournay].)

127. Art. 5. — « La signature de l'avocat au pied de la requête, soit en demande, soit en défense, vaudra constitution et élection de domicile chez lui. »

C'est une dérogation au principe qui permet aux parties, en matière civile, d'élire domicile où bon leur semble, chez leur avoué ou ailleurs. En matière administrative, où toute cause de retard doit être écartée, la constitution de domicile chez l'avocat au conseil offre plus de garanties.

128. Art. 6.—« Le demandeur pourra, dans la quinzaine après les défenses fournies, donner une seconde requête, et le défendeur pourra répondre dans la quinzaine suivante.

«Il ne pourra y avoir plus de deux requêtes de la part de chaque partie, y compris la requête introductive.»

Ainsi que le remarque avec raison M. Serrigny (Traité de la compétence administrative, t. 1, page 300), les dispositions de cet article, calquées sur celles des art. 77, 78, 79, 80 et 81 du Code de procéd. civ., sont même plus favorables au défendeur que le Code, qui ne lui permet qu'une requête de défense. Aujourd'hui que la défense orale a été ajoutée à l'instruction écrite, on voit que les garanties que présente la procédure administrative ne le cèdent en rien à celles qu'offre la procédure judiciaire.

Les termes de l'art. 6 sont formels : ils ne permettent que deux requêtes en tout. C'est donc une extension abusive donnée au règlement que d'admettre d'abord une requête sommaire, qui n'a d'autre but que de prévenir la déchéance, ensuite une requête ampliative, dans laquelle sont établis les conclusions et les moyens de défense, et enfin, une troisième requête, contenant la réponse dn défendeur au demandeur.

129. Art. 7. — « Lorsque le jugement sera poursuivi contre plusieurs parties, dont les unes auraient fourni leurs défenses, et les autres seraient en défaut de les fournir, il sera statué à l'égard de toutes par la même décision.»

130. Art. 8. — « Les avocats des parties pourront prendre communication des productions de l'instance au secrétariat, sans frais. Les pièces ne pourront en être déplacées, si ce n'est qu'il y en ait minute, ou que

la partie y consente. »

131. Art. 9. — « Lorsqu'il y aura déplacement de pièces, le récépissé, signé de l'avocat, portera son obligation de les rendre dans un délai qui ne pourra excéder huit jours; et, après ce délai expiré, le garde des sceaux pourra condamner personnellement l'avocat en dix francs au moins de dommages et intérêts par chaque jour de retard et même ordonner qu'il sera contraint par corps. »

Le délai de huit jours, sixé par cet article, peut être trop court, dans certains cas, pour que l'avocat donne à l'examen des pièces déplacées toute l'attention nécessaire; aussi estil souvent dépassé. Il eût été à souhaiter qu'en prorogeant ce délai à quinze ou vingt jours, on l'eût rendu rigoureux; s'il était sévèrement observé, ce serait par acte d'huissier que devrait être faite la sommation de rétablir les pièces.

132. Art. 10. — « Dans aucun cas, les délais pour fournir ou signifier requête ne seront prolongés par l'effet des communica-

tions. »

133. Art. 11. — « Le recours au Conseil d'état contre la décision d'une autorité qui y ressortit ne sera pas recevable après trois mois du jour où cette décision aura été notifiée. »

Nous avons vu plus haut quelles sont les autorités qui ressortissent au Conseil d'état, et dont les décisions peuvent lui être déférées

par voie d'appel.

Le délai d'appel est étendu à quatre et à huit mois pour le recours contre les décisions du conseil privé de la Martinique et de la Guadeloupe, et de l'île Bourbon; il est de cinq mois pour ceux dirigés contre les actes des autorités administratives de la Corse. (V. art. 13 du règlement; art. 73 et 445, Code de proc. civ.) La maxime du droit romain: Dies termini non computantur in termino, est suivie dans la supputation du délai; on n'y comprend ni le jour de la signification ni celui de l'échéance; c'est ce que prescrit d'ailleurs l'art. 1033 du Code de procédure civile. (20 juillet 1832 [Troyes]; 14 déc. 1843 [Colonna].)

Le mode de notification varie selon que les décisions à notifier ont été prises entre les particuliers ou corporations, ou bien entre

les particuliers et l'état.

Dans le premier cas, la jurisprudence du Conseil d'état est constante. Elle ne fait courir le délai de trois mois que du jour où la décision a été notifiée, à personne ou domicile, par le ministère d'un huissier, conformément à l'article 443 du Code de procédure civile. (arr. C. 6 sept. 1826 [Coquet]; 5 nov. 1828

[Regnault].)

Cette règle est applicable : 1° aux communes. La signification doit être faite au maire ou à son adjoint (Cass. 6 août 1832, S.-V. 32. 1. 488; J. P. 3º édit.; - id., 8 et 26 mars, 7 juillet 1834, S.-V. 34. 1. 162, 249 et 654; J. P. 3e édit.). Quid, si le maire et son adjoint ou ses adjoints étaient parties intéressées? M. de Cormenin, en soulevant la difficulté, ne la résout pas; elle nous semble tranchée par l'article 5 de la loi du 21 mars 1831, qui veut qu'en cas d'absence ou d'empêchement du maire et des adjoints, le maire soit remplacé par le conseiller municipal, le premier dans l'ordre du tableau, lequel est dressé suivant le nombre des suffrages obtenus. 2º Au trésor et au domaine. 3º Aux établissements publics, tels que fabriques et hospices, et aux sociétés qui ont reçu de la loi l'existence civile. 4º Aux ministres, lorsqu'ils exercent le recours dans l'intérêt des administrations qui ressortissent à leur département.

Dans le second cas, le ministère d'un huissier n'est pas nécessaire. Une notification administrative, telle qu'une lettre des ministres ou des directeurs généraux, des préfets, directeurs des contributions directes, intendants militaires et autres agents, suffit pour faire courir le délai d'appel contre les particuliers que condamnent les décisions rendues par les ministres au profit de l'état (27 fév. 1826 [Comm. des Angles]; 14 déc. 1826 [Comm. de Millery]; 19 juillet 1837 [Meyer]).

Il résulte même de la jurisprudence du Con-

seil que, quelle que soit l'irrégularité de la notification, le pourvoi n'est plus recevable dès qu'un fait ou un acte quelconque du réclamant établit qu'il avait connaissance de la décision attaquée. (V. ord. des 17 juill. 1816 [Brion]; 21 mai 1817 [Fleury]; 2 juin 1819 [Dubignon]; 27 août 1828 [Marteau]; 8 janv. 1831 [ministre des finances]; 27 fév. 1836 [commune des Angles]; 26 août 1842 [commune de Rivel]; 29 juin 1844 [ville d'Avignon].)

C'est du reste au défendeur à prouver que la notification a eu lieu, ou que la décision a été connue du réclamant. (9 juin 1830 [min. de la guerre].) La règle est applicable aux ministres comme aux particuliers. (19 mars

1823 [Chambarre].)

Des circonstances extraordinaires, des événements de force majeure, peuvent décider l'autorité royale à accorder une prorogation des délais d'appel. C'est ainsi que l'ordonnance du roi, des 29 novembre-11 décembre 1815, a relevé de la déchéance ceux qui, à raison des événements arrivés depuis le 20 mars, avaient été empêchés de se pourvoir au Conseil d'état dans les délais fixés. Les requêtes en relief de laps de temps devaient être présentées au Conseil dans le délai d'un mois. Il résulte des ordonnances rapportées par Sirey dans la Jurisprudence du Conseil d'état, que le relief de temps n'a été accordé que lorsque le délai du pourvoi n'était pas expiré au 20 mars 1815. (6 et 12 mars 1816 [Marcotte, habitants de Thiais, Ramus, Cothereau et Pelletier].)

La simple notification administrative cesse d'être suffisante, et le ministère d'un huissier devient nécessaire dans plusieurs circonstances. Nous citerons notamment, parmi les décisions prises entre les particuliers et l'état, et qui doivent être signifiées par acte extrajudiciaire, les arrêts de la cour des comptes rendus au profit de l'état, les arrêtés des conseils de préfecture, pris également au profit de l'état en matière de domaines engagés, de biens nationaux ou de toute autre matière, et les décisions ministérielles accompagnées d'une contrainte par corps. (21 mai 1817 [Conchon]; 28 juillet 1819 [Catoire].)

Si le besoin d'épargner à l'état des frais, et à l'action administrative des lenteurs, a conduit à simplifier la signification de ces actes, il faut reconnaître, d'un autre côté, les inconvénients de la notification adminis-

trative. Rien ne prouve rigoureusement qu'elle ait été faite aux parties ; le timbre de la poste est loin d'être à cet égard une garantie suffisante; car, ainsi que le fait remarquer M. de Cormenin, la seconde page de la lettre où il est empreint peut avoir été déchirée, et avec elle disparaît la seule indication authentique qui puisse faire valablement courir le délai d'appel. La transcription sur un registre spécial de la notification administrative ne remédierait pas à ce danger, car, à moins d'un récépissé de la partie, comment la convaincre d'avoir réellement reçu la dépêche dont ce registre aurait gardé la minute? Il faudrait, toutes les fois que la chose sera possible, exiger ce récépissé, ou, mieux encore, confondre tellement la décision notifiée avec la lettre de transmission que l'une ne puisse pas être séparée de l'autre; mais ces palliatifs ne sauraient suppléer au ministère d'un huissier, auquel l'intérêt de l'état commanderait de recourir toujours, bien que la jurisprudence et les termes cux-mêmes de l'article 11 du règlement permettent de s'en dispenser. (V. comme exemples de réclamations introduites sous le prétexte de notification insuffisante : décret, 18 août 1811 [le navire la Flora], 13 juillet 1813 [Valadier], 8 mars 1814 [Etignard] et les autres espèces citées par M. de Cormenin, t. 1, p. 58.)

Si la décision des juges de premier ressort n'a pas été exécutée, la partie à laquelle elle n'aurait pas été notifiée conserve, même après trente ans, le droit d'en appeler au Conseil d'état; mais si, au contraire, cette exécution avait été consommée, la prescription trentenaire est alors rigoureusement applicable. (Ainsi jugé par la Cour de cassation les 14 nov. 1809 (S.-V. 10. 1. 186; D. A. 1. 516) et 15 nov. 1832 (S.-V. 32. 1. 821; D. P. 33. 1. 66.) — V. M. Serrigny. t. 1, p. 318.

134. Art. 12. — « Lorsque, sur un semblable pourvoi fait dans le délai ci-dessus prescrit, il aura été rendu une ordonnance de soit communiqué, cette ordonnance devra être signifiée dans le délai de trois mois, sous peine de déchéance. »

Le Conseil a fait une rigoureuse application de cet article dans de nombreuses espèces. (V. notamment décr. et ord. 22 nov. 1811 [Schmith]; 22 nov. 1836 [Marteau]; 8 mai 1841 [Berdoly]; 27 juill. 1843 [Pomera]; 31 juill. 1843 [fabrique de Saint-Jean], etc.) Jugé même que la déchéance est applicable.

encore bien que la partie qui a obtenu l'ordonnance de soit communiqué n'aurait pas reçu signification de la décision attaquée. (8 mars 1814 [ Etignard ].)

La déchéance peut être prononcée d'office par le Conseil d'état. C'est une peine que le règlement inslige à la partie qui a obtenu et négligé de faire signisser en temps utile l'ordonnance de soit communiqué. Il en est autrement des sins de non-recevoir qui ne peuvent être suppléées d'office que dans le cas seulement d'un pourvoi tardivement dirigé contre l'état.

L'article 12 applique le délai de trois mois à toutes les localités de la France continentale; il est regrettable qu'il n'ait pas conservé le système de graduation adopté par l'art. 4, que nous avons expliqué ci-dessus. Il ne fallait pas seulement fixer un maximum, ni accorder à un défendeur résidant à Paris les mêmes délais qu'à celui qui habiterait Bayonne ou Marseille.

Entre particuliers, l'ordonnance de soit communiqué doit être signifiée par huissier, à personne ou domicile; entre particuliers et corporations, au maire ou adjoint, au préfet, aux administrateurs des établissements en cause; entre particuliers et ministres, l'intervention de l'huissier est remplacée par celle du garde des sceaux, qui transmet au ministre, dont la décision est attaquée, l'ordonnance de soit communiqué.

135. Art. 13. — « Ceux qui demeureront hors de la France continentale auront, outre le délai de trois mois, énoncé dans les deux articles ci-dessus, celui qui est réglé par l'article 73 du Code de procédure civile.»

Il y a déchéance du pourvoi : contre les décisions du conseil privé de la Guadeloupe ou de la Martinique, lorsque la requête n'a pas été déposée au secrétariat du Conseil d'état dans les quatre mois, à compter de la déclaration de pourvoi faite au secrétariat du conseil privé de la colonie (V. ord. 24 mars 1832 [Budan]; 31 oct. 1833 [Perriolat]); contre les décisions du conseil privé de l'île Bourbon, lorsque le dépôt de la requête n'a pas été effectué dans les huit mois de la déclaration faite au secrétariat du conseil privé. (31 mars 1835 [Boyer].)

136. Art. 14. — « Si, d'après l'examen d'une affaire, il y a lieu d'ordonner que des faits ou des écritures soient vérifiés, ou qu'une partie soit interrogée, le garde des sceaux

désignera un maître des requêtes, ou commettra sur les lieux: il règlera la forme dans laquelle il sera procédé à ces actes d'instruction. »

Ces mesures d'instruction sont, le plus souvent, ordonnées à la demande du comité du contentieux, chargé par la loi du 19 juillet 1845 de diriger l'instruction écrite et de préparer le rapport de toutes les affaires contentieuses. Il n'est pas nécessaire, pour les prescrire, de l'intervention du Conseil d'état : c'est un avantage que la procédure administrative présente sur la procédure judiciaire. Le garde des sceaux conserve d'ailleurs le pouvoir de régler, en l'appropriant aux espèces et aux circonstances, la forme dans laquelle devront avoir lieu ces suppléments d'instruction. Ils consistent d'ordinaire dans la mise en cause des personnes non appelées et qui paraissent devoir figurer au procès; en expertises et vérifications de lieux; en ordonnances de committimus, par lesquelles des juges de paix, préfets, sous-préfets, ingénieurs, sont chargés de procéder à des enquêtes, expertises, auditions de témoins, vérifications d'écritures, etc. (V., pour l'application de cette règle dans des espèces diverses, ord. des 10 juill. 1822 [Desgraviers]; 19 fév. 1823 [Laas]; 15 sept. 1831 [Méjan]; 2 mars 1832 [Goupil]; 10 janv. [Pernot]; 31 janv. [Grégoire]; 6 juin [commune de Coligny]; et 19 déc. 1834 [ veuve Charpentier et Hadjy Mohamed ]; 15 mai [Hugot]; et 19 juill. 1835 [de Chapeaurouge]; 4 juill. 1837 [Garanton]. — V. aussi une ordonnance du 22 juillet 1835 [Jeanne], de laquelle il résulte qu'il appartient au Conseil d'état de nommer un curateur à un mort civilement qui veut plaider devant lui.)

Les parties peuvent former opposition devant le Conseil d'état à l'ordonnance préparatoire par laquelle le ministre de la justice prescrit un supplément d'instruction. (1<sup>er</sup> mai 1815 [ de Belloc].)

Si une question de propriété se trouve engagée dans l'instance administrative, le comité du contentieux propose une ordonnance interlocutoire, à l'effet de la faire préalablement juger par les tribunaux. L'instance n'est reprise devant le Conseil d'état qu'après que la question préjudicielle soumise à la justice ordinaire a été complétement vidée. (V. Ord. des 10 avril 1818 [Alziary]; 18 avril 1821 [Ternaux].)

M. de Cormenin (Droit administratif,

t. 1er, p. 61 et 62, 5e édit.) a produit les formules des mises en cause, des ordonnances de committimus, des procès-verbaux de visites de lieux, d'enquêtes et d'audition de témoins, dressés par les maîtres des requêtes, à ce départis, ainsi que celles des ordonnances interlocutoires d'avant faire droit.

137. Art. 15. — « Dans tous les cas où les délais ne sont pas fixés par le présent décret, ils seront déterminés par ordonnance du garde des sceaux. »

Sect. 2. — Dispositions particulières aux affaires contentieuses introduites sur le rapport d'un ministre.

138. Art. 16. — « Dans les affaires contentieuses introduites au Conseil sur le rapport d'un ministre, il sera donné, dans la forme administrative ordinaire, avis à la partie intéressée de la remise des mémoires et pièces fournis par les agents du gouvernement, afin qu'elle puisse prendre communication dans la forme prescrite aux articles 8 et 9, et fournir sa réponse dans le délai du règlement. Le rapport du ministre ne sera pas communiqué. »

Cet article, en attribuant au gouvernement le droit de se dispenser à la fois de la constitution d'avocat et du ministère d'un huissier, de même que le décret du 10 thermidor an 1v l'avait déjà dispensé de celui d'un avoué, ne met cependant aucun obstacle à ce que l'état ou les administrations publiques recourent à ces formes de procéder, lorsqu'ils le jugent convenable. Ainsi, les conflits élevés par le préfet de la Seine sont toujours soutenus par l'avocat de la préfecture.

Le pourvoi du ministre est notifié à la partie intéressée par la voie administrative, c'està-dire par simple lettre, comme nous l'avons expliqué plus haut. Ici se retrouvent les difficultés que nous avons signalées, et l'embarras de constater, d'une manière irréfragable, que le défendeur a réellement reçu la notification qui fait courir pour lui le délai d'appel. L'article 6 de l'ordonnance réglementaire du 31 août 1828, sur le mode de procéder devant les conseils privés des colonies, indique par analogie la précaution que l'on devrait prendre dans ce cas. « Lorsque la notification, dit-il, sera faite par lettre d'avis, la remise en sera constatée, savoir : 1º Si la notification est faite à personne ou domicile, par un récépissé daté et signé par ladite personne, ou, en cas de refus ou d'absence, par un récépissé daté et signé par le commissaire civil ou le commissaire commandant de la commune; 2º si la notification est faite à un domicile élu, par un récépissé daté et signé par la personne chez laquelle aura été faite l'élection de domicile, et en cas de refus ou d'absence, par un récépissé daté et signé par le même fonctionnaire public. » L'intervention du commissaire civil ou du commandant de la commune serait remplacée, pour les notifications dont nous nous occupons en ce moment, par celle du fonctionnaire ayant qualité pour recevoir une copie d'assignation. Mais dans les cas douteux, dans ceux pour lesquels elle sera réclamée, le ministère d'un huissier nous paraîtrait préférable.

Aujourd'hui que les ministres n'introduisent plus leur recours que par lettre du garde des sceaux, et non plus par rapport au roi, la dernière disposition de l'article 16 a cessé d'être observée. L'introduction par voie de rapport n'a plus lieu que pour les appels comme d'abus, les conflits et les mises en jugement, matières dans lesquelles les pièces ne doivent pas être communiquées. Elles l'ont été cependant quelquefois dans les questions de mises en jugement. Mais cette faveur accordée à la défense a entraîné parfois, des inconvénients, et les prohibitions des règlements à l'égard des communications de cette nature nous paraissent devoir être respectées.

espectees. - 139. Indépendami

139. Indépendamment des pourvois que les ministres peuvent former contre les parties. comme représentant l'intérêt de l'état engagé dans le débat, la jurisprudence les admet à se pourvoir dans l'intérêt de la loi et afin que la décision sollicitée du Conseil d'état, en éclairant les agents de l'administration et les conseils de préfecture, empêche une jurisprudence contraire aux principes de s'établir et de se propager. Mais ce recours ne peut avoir aucun effet à l'égard des parties qui ne sont pas mises en cause. (V. ord. 23 avril 1823 [Laporte]; 11 août [Poupas], 26 nov. et30 déc. 1841 [Min. des trav. pub.]). Il suit de là. que le pourvoi dans l'intérêt de la loi ne peut être présenté par un ministre qu'après les délais accordés aux parties pour se pourvoir elles-mêmes, et dans le cas seulement où les chefs sur lesquels portent les pourvois n'auraient pas été déférés au Conseil d'état. (8 avril 1842 [Duvergier].)

140. Art. 17. — « Lorsque, dans les affaires où le gouvernement a des intérêts opposés à ceux d'une partie, l'instance est introduite à la requête de cette partie, le dépôt qui sera fait au secrétariat du Conseil, de la requête et des pièces, vaudra notification aux agents du gouvernement : il en sera de même pour la suite de l'instruction. »

La jurisprudence a modifié le texte de cet article: il résulterait rigoureusement de ses termes que le dépôt seul au secrétariat vaut notification aux agents du gouvernement. Mais il est juste de reconnaître que si le garde des sceaux peut être censé en avoir eu immédiatement connaissance, la même présomption n'existe pas à l'égard de ses collègues; il faut qu'ils soient dûment avertis que ce dépôt a eu lieu, et ils le sont en effet par une lettre du garde des sceaux. C'est de la date de cette lettre que doit se compter le délai de quinze jours donné au gouvernement pour répondre. (V. plus haut, art. 4.)

Les délais sont de droit rigoureux, et la règle commune est, sur ce point, imposée au gouvernement. C'est de lui que tous les citoyens doivent recevoir l'exemple de la soumission aux lois. Les ministres sont donc tenus de répondre, dans les quinze jours, à la notification qui leur est faite par la lettre du garde des sceaux. Passé ce terme, le Conseil d'état pourrait condamner les ministres par défaut; M. de Cormenin voudrait même qu'en punition de leur négligence, la voie de l'opposition leur fût fermée.

Sect. 3. — Des incidents qui peuvent survenir pendant l'instruction d'une affaire.

§ 1er. - Des demandes incidentes.

141. Art. 18. — « Les demandes incidentes seront formées par une requête sommaire déposée au secrétariat du Conseil : le garde des sceaux en ordonnera, s'il y a lieu, la communication à la partie intéressée, pour y répondre dans les trois jours de la signification, ou autre bref délai qui sera déterminé. »

142. Art. 19. — « Les demandes incidentes seront jointes au principal, pour y être statué par la même décision.

» S'il y avait lieu néanmoins à quelque disposition provisoire et urgente, le rapport en sera fait par le maître des requêtes à la prochaine séance du comité, pour y être pourvu par le Conseil, ainsi qu'il appartiendra. »

Toute demande incidente doit être étroitement liée à la contestation actuelle; il ne suffirait pas, pour qu'elle fût admise, qu'elle se rattachât à de précédents décrets ou ordonnances qui n'auraient pas avec la cause une intime connexion.

La recevabilité d'un pourvoi incident est, du reste, subordonnée à celle du pourvoi principal; ainsi, lorsque ce dernier pourvoi n'est pas recevable, le pourvoi incident doit être également rejeté. (ord. 26 août 1842 [commune de Rivel].)

L'article 18 semble laisser au garde des sceaux la faculté de ne pas communiquer à la partie intéressée la demande incidente. Mais, dans la pratique, il n'en use jamais; les demandes incidentes suivent le sort des requêtes principales qui sont toutes communiquées au défendeur.

## § 2. — De l'inscription de faux.

143. Art. 20. — « Dans le cas d'une demande en inscription de faux contre une pièce produite, le garde des sceaux fixera le délai dans lequel la partie qui l'a produite sera tenue de déclarer si elle entend s'en servir.

» Si la partie ne satisfait pas à cette ordonnance, ou si elle déclare qu'elle n'entend pas se servir de la pièce, cette pièce sera rejetée.

» Si la partie fait la déclaration qu'elle entend se servir de la pièce, le Conseil d'état statuera, sur l'avis du comité du contentieux, soit en ordonnant qu'il sera sursis à la décision de l'instance principale jusqu'après le jugement du faux par le tribunal compétent, soit en prononçant la décision définitive, si elle ne dépend pas de la pièce arguée de faux.»

La question à laquelle le Conseil d'état s'attache surtout, dans le cas de l'inscription de faux à laquelle est relatif l'art. 20, c'est celle de savoir quelle influence la pièce douteuse peut avoir sur le jugement à intervenir. Ainsi l'instance principale ne s'arrêterait pas devant une pièce arguée et même convaincue de faux, si le rôle qu'elle a joué dans l'instruction n'était pas décisif; de même, le comité du contentieux ne s'occuperait pas de la demande en inscription de faux, la pièce se rattachât-elle au fond de l'affaire, si le pourvoi n'était pas jugé recevable. Ces règles se justifient d'elles-mêmes. (ord. du 19 mai 1815 [Kirman].)

## § 3. — De l'intervention.

. 144. Art. 21. — « L'intervention sera formée par requête; le garde des sceaux ordonnera, s'il y a lieu, que cette requête soit communiquée aux parties, pour y répondre dans le délai qui sera fixé par l'ordonnance : néanmoins, la décision de l'affaire principale qui serait instruite, ne pourra être retardée par une intervention. »

La condition indispensable pour que l'intervention soit admise, c'est que les intervenants aient à la faire admettre un intérêt qui leur soit propre et distinct de la cause principale. En conséquence, le Conseil d'état rejette toute intervention qui n'offre pas ce caractère. (16 déc. 1830 [Barbaste]; 25 juill. 1833 [Lavauguyon]; 1er sept. 1832 [Laffitte]; 31 août 1837 [Rousseau].)

M. Serrigny fait remarquer, contre l'opinion de M. de Cormenin, que les créanciers sont admissibles à intervenir. Il cite les termes mêmes de l'arrêt du Conseil rendu, le 16 août 1833, dans l'espèce d'Annebault, sur laquelle M. de Cormenin fonde sa doctrine; ces termes sont en effet décisifs : « En ce qui touche l'intervention des créanciers de ladite dame Danican; considérant qu'ils ont intérêt à la cause, et qu'ainsi ils ont droit à y être admis comme parties intervenantes. » A part ce considérant, dont la précision ne laisse rien à désirer, si l'intérêt, comme le dit M. de Cormenin lui-même, est la mesure de l'intervention dans les causes en instance, comment repousser celle des créanciers qui peuvent si valablement invoquer cette maxime, dans les cas, par exemple, où leur débiteur se défendrait mal, ou bien s'entendrait frauduleusement avec son adversaire? (Cormenin, t. 1, p. 113.)

C'est en vertu du même principe que nous regardons comme recevable, avec M. Serrigny, l'intervention des sous-traitants. Sans doute, les sous-conventions des entrepreneurs sont étrangères à l'administration, qui ne reconnaît pour obligé que le titulaire, et, à ce point de vue, M. de Cormenin serait fondé à soutenir que leur intervention ne serait pas admissible, s'ils prétendaient saisir le Conseil d'état des discussions nées de leurs conventions avec le fournisseur principal; mais s'ils se présentent uniquement comme ses créanciers, et en vue de sauvegarder leurs intérêts qu'il pourrait compromettre, la garantie de

l'intervention ne saurait leur être refusée. (V. ord. du 18 avril 1821 [Boubée et Leleu]; — V. aussi Serrigny, t. 1, p. 335.)

L'art. 466 du Code de proc. civ. ouvre la voie de l'intervention à ceux qui auraient droit de former tierce-opposition. Le sousacquéreur, qui pourrait sans contredit former tierce-opposition aux jugements rendus contre l'acquereur depuis la revente qu'il a faite de l'immeuble, ne doit-il pas, d'après la règle posée par le Code, être admis à intervenir? Non, dit M. de Cormenin: il n'a d'autres droits ni d'autres intérêts que ceux de l'acquéreur; et si l'acquéreur a fait faillite depuis la revente, s'il néglige le soin de sa défense, ne résulte-t-il pas de ces circonstances pour le sous-acquéreur un intérêt propre et distinct qui doit rendre son intervention admissible? (V. ord. du 31 oct. 1821 [Maille]; V. aussi ord. 11 avril 1837 [Demaistre].)

## § 4. — Des reprises d'instance et constitution de nouvel avocat.

145. Art. 22. — « Dans les affaires qui ne seront point en état d'être jugées, la procédure sera suspendue par la notification du décès de l'une des parties, ou par le seul fait du décès, de la démission, de l'interdiction ou de la destitution de son avocat.

» Cette suspension durera jusqu'à la mise en demeure pour reprendre l'instance ou constituer avocat. »

146. Art. 23.—«Dans aucun des cas énoncés en l'article précédent, la décision d'une affaire en état ne sera différée.»

147. Art. 24.— « L'acte de révocation d'un avocat par sa partie, est sans effet pour la partie adverse, s'il ne contient pas la constitution d'un autre avocat. »

Que doit-on entendre par affaires en état? L'art. 343 du Code de proc. civ. porte: « L'affaire sera en état, lorsque la plaidoirie sera commencée; la plaidoirie sera réputée commencée, quand les conclusions auront été contradictoirement prises à l'audience. Dans les affaires qui s'instruisent par écrit, la cause sera en état quand l'instruction sera complète, ou quand les délais pour les productions et réponses seront expirés. » Le bénéfice de la publicité et de la plaidoirie orale n'ayant été accordé aux parties en instance devant le Conseil d'état que vingt-cinq ans après le décret du 22 juillet 1806, il est évident qu'il n'a pu entendre par affaires en état que celles

dont l'instruction écrite était complète. Mais depuis que les ordonnances de 1831 ont donné à la défense une si heureuse extension, en admettant les avocats des parties à présenter des observations orales après le rapport, ne doiton considérer une affaire comme étant en état que lorsque ces observations ont été présentées? Ce serait, à notre avis, s'attacher trop littéralement aux termes de l'art. 343. Remarquons que les ordonnances de 1831 n'ont rien modifié à l'instruction écrite qui doit, d'après le règlement de 1806, précéder le rapport et les observations orales des avocats. La requête formée par ceux-ci, dans l'intérêt des parties, contient l'exposé sommaire des moyens, et les conclusions : or, l'art. 343 répute les plaidoiries commencées, quand les conclusions ont été contradictoirement prises à l'audience et dans les instances administratives; cette condition n'est-elle pas réellement remplie par l'énoncé des conclusions contenues en la requête? Les observations orales des avocats n'en seront que le développement. Il est vrai que la communication qui leur sera faite, conformément à l'art. 18 de la loi du 19 juillet 1845, des questions posées par le rapport du comité du contentieux, pourra exercer sur ces observations une certaine influence; mais, en se placant au point où cette communication a été faite et reçue, n'est-il pas permis de considérer l'affaire comme étant en état, et n'est-ce pas dans ce sens qu'il faut entendre les art. 22 et 23 du règlement de 1806 combinés avec l'art. 343 du Code de proc. civ.? C'est à cette opinion que nous croyons devoir nous arrêter.

La notification du décès de l'une des parties pourrait ne pas suspendre la procédure, s'il s'agissait, par exemple, d'un arrêté déféré au Conseil d'état pour cause d'incompétence ou d'excès de pouvoir, et que la question de compétence fût en état d'être jugée. (V. au surplus, ord. du 13 janv. 1816 [Bezanger];
— Foucart, t. 3, n° 348; Serrigny, n° 335.)

## § 5. - Du désaveu.

148. Art. 25.—« Si une partie veut former un désaveu relativement à des actes ou procédures faits en son nom ailleurs qu'au Conseil d'état, et qui peuvent influer sur la décision de la cause qui y est portée, sa demande devra être communiquée aux autres parties. Si le garde des sceaux estime que le désaveu mérite d'être instruit, il renverra l'instruc-

tion et le jugement devant les juges compétents, pour y être statué dans le délai qui sera réglé. A l'expiration de ce délai, il sera passé outre au rapport de l'affaire principale, sur le vu du jugement du désaveu, ou faute de le rapporter. »

149. Art. 26.—« Si le désaveu est relatif à des actes ou procédures faits au Conseil d'état, il sera procédé contre l'avocat sommairement, et dans les délais fixés par le garde des sceaux. »

Les cinq incidents dont nous venons de parler, les demandes incidentes, l'inscription de faux, l'intervention, les reprises d'instance et constitution de nouvel avocat, et enfin le désaveu, sont les seuls dont s'occupe le règlement de 1806; mais il en est trois autres, savoir, le désistement, la récusation et la péremption, qu'a prévus et règlés le Code de procédure civile. Que décider, à leur égard, en matière de contentieux administratif?

Le désistement, qui peut se produire sous deux formes, la rénonciation à l'instance de la part du demandeur, et l'acquiescement à la chose jugée de la part du défendeur, est de droit commun, et il n'y avait aucune raison pour que le Conseil d'état ne l'admît pas: mais la jurisprudence a établi certaines conditions auxquelles seulement il est recevable. Il faut qu'il soit pur et simple, et que celui qui le donne ait le droit de renoncer à l'action introduite (11 décembre 1838 [Goetz]; - 27 mars 1839 [Laurent]; - 15 août 1339 [Gobisson]; — 23 août 1826 [Mouren]; — 23 janv. 1837 [Bertrand]): par exemple, le désistement ne pourrait avoir lieu au nom d'une commune qu'avec le concours et l'autorisation régulière de la tutelle administrative, à laquelle est soumise la gestion de la fortune communale (26 mai 1837 [Bérard]). Si le désistement est refusé par la partie adverse, il est passé outre au jugement (29 août 1834 [Apt]); la partie qui l'aurait refusé d'abord et accepté ensuite paie les frais (1er mai 1833 [Porcher]). Le Code de procédure veut (art. 402) que le désistement soit signifié d'avoué à avoué; en matière administrative contentieuse, il est signifié d'avocat à avocat (20 avril 1835 [Suin]).

Le Code de procédure civile a énuméré (art. 378) les neuf causes pour lesquelles un juge peut être *récusé*. Nous ne pensons pas que le Conseil d'état admette l'application absolue de cet article. Il a rejeté expressé-

ment, par une ordonnance du 16 mars 1832 (Collin), une demande fondée sur le § 8 de l'art. 378 qui récuse tout juge qui a précédemment connu du différend comme juge pu comme arbitre, et tendant à récuser les membres du conseil qui avaient délibéré, en assemblée administrative, l'ordonnance attaquée plus tard par la voie contentieuse. Admettre cette demande, c'eût été interdire à tous les conseillers d'état en service ordinaire. sans exception, de discuter les affaires contentieuses, puisque tous siégent ou peuvent siéger dans les assemblées administratives. L'ordonnance du 16 mars 1832 s'appuie d'ailleurs sur un considérant très-fondé, c'est que l'assemblée générale délibère administrativement, dans un intérêt public, et sous la réserve de tous les droits privés.

La loi du 19 juillet 1845, en statuant par son art. 22 que « les membres du Conseil ne peuvent participer aux délibérations relatives aux recours dirigés contre la décision d'un ministre, lorsque cette décision a été préparée par une délibération de comité à laquelle ils ont pris part, nous paraît avoir fixé par là les limites dans lesquelles doivent se renfermer les récusations, ainsi que l'avait fait déjà l'ordonnance du 18 septembre 1839 (art. 33). Mais s'il n'y a pas sur ce point d'obligation légale, en dehors du cas précité, nous ne doutons pas que les membres du Conseil d'état ne se récusassent d'eux-mêmes dans toutes les causes où ils apercevraient un devoir moral de s'abstenir. Les habitudes du Conseil prouvent jusqu'où il pousse, sur ce point, les scrupules de la délicatesse et de la loyauté.

La péremption étant une déchéance, et les déchéances étant de droit rigoureux, elle ne peut s'établir par induction et par analogie; dans le silence du règlement de 1806, elle n'est pas admise par le Conseil d'état (9 janv. 1832 [Petit-Durieu]).

#### SECTION 4.

§ 1er. - Des décisions du Conseil d'état.

150. Art. 27. - « Les décisions du Conseil contiendront les noms et qualités des parties, leurs conclusions et le vu des pièces principales. »

Ainsi que nous l'avons déjà dit, l'instruction écrite et le rapport de toutes les affaires contentieuses sont consiés à un comité spécial, qui prend le nom de comité du conten- | procès-verbal des délibérations, lequel fait

tieux. Ce comité est présidé par le vice-président du Conseil d'état. Il est composé de cinq conseillers en service ordinaire, y compris le vice-président, et d'un nombre de maîtres des requêtes en service ordinaire et d'auditeurs, qui devra être déterminé par l'ordonnance royale rendue en exécution de l'art. 13 de la loi du 19 juillet 1845.

Les questions posées par le rapport sont communiquées aux avocats des parties avant la séance publique.

Le rapport des affaires est fait au comité du contentieux et au Conseil d'état par celui des membres du comité qui a été désigné à cet effet par le président. Les maîtres des requêtes avaient autrefois voix délibérative dans toutes les affaires soumises au comité: le même privilège leur était accordé au Conseil d'état dans les affaires dont ils faisaient le rapport; ils y avaient d'ailleurs voix consultative dans toutes les autres. La loi de 1845 a diminué. à cet égard, l'importance de leur situation: ils n'ont plus voix délibérative, au comité comme au Conseil, qu'en qualité de rapporteurs. Les auditeurs ont voix délibérative au comité, et voix consultative au Conseil d'état. dans les affaires dont le rapport leur est confié.

Chaque année, le garde des sceaux désigne trois maîtres des requêtes en service ordinaire qui remplissent les fonctions de commissaires du roi. Ils assistent aux séances du comité du contentieux.

Le rapport des affaires contentieuses est fait au Conseil d'état, en séance publique. Les conseillers d'état et les maîtres des requêtes en service ordinaire ont seuls le droit d'y siéger; les auditeurs y assistent. La séance est présidée par le garde des sceaux, et, en son absence, par le vice-président du Conseil d'état. Après le rapport, les avocats des parties sont admis à présenter des observations orales; le commissaire du roi donne ses conclusions dans chaque affaire.

Le Conseil d'état ne peut délibérer, si, non compris le garde des sceaux, quinze au moins de ses membres ayant voix délibérative ne sont présents. Si les membres présents sont en nombre pair, le plus ancien des maîtres des requêtes attaché au comité qui a préparé l'instruction de l'affaire en délibération, est appelé avec voix délibérative.

La délibération n'est pas publique.

L'avis du Conseil d'état est transcrit sur le

mention des membres présents et ayant délibéré.

Nous avons expliqué quelle était la portée de cet avis, qui ne devient une ordonnance qu'après avoir été revêtu de la signature royale et du contre-seing ministériel. La dénomination d'arrêt, qui a été maintenue par l'usage, était celle donnée aux jugements de l'ancien conseil des parties; celle de décision qu'emploie improprement le réglement de 1806, se trouve aussi dans l'article 75 de la constitution de l'an viii.

Les noms et qualités des parties doivent être soigneusement énumérés dans le projet d'ordonnance : il importe de bien établir pour ou contre qui le Conseil d'état a prononcé; toute désignation vague et générale, telle, par exemple, que celle de consorts, doit être évitée, car elle pourrait autoriser la prétention d'une partie à se représenter devant le Conseil, comme n'étant pas comprise dans cette énonciation. (V. Ord. du 16 avril 1823 [Rasse]; 1er août 1834 [Mazet].)

L'avis du Conseil d'état se renfermant toujours dans les conclusions des parties, en matière d'intérêts privés, ces conclusions doivent y être visées textuellement, car elles fixent et déterminent la véritable portée de l'arrêt intervenu : ce n'est qu'en matière d'intérêts publics que le conseil supplée, au besoin, à l'insuffisance des conclusions que l'état aurait pu incomplétement formuler par l'organe de ses agents.

151. Art. 28.—« Elles ne seront mises à exécution contre une partie, qu'après avoir été préalablement signifiées à l'avocat au conseil qui aura occupé pour elle. »

C'est la règle tracée par l'art. 147 du Code de procédure civile. Ces significations, ainsi que nous le verrons plus bas (art. 51), doivent toujours se faire par huissier.

# § 2. — De l'opposition aux décisions rendues par défaut.

152. Art. 29. — « Les décisions du Conseil d'état rendues par défaut sont susceptibles d'opposition. Cette opposition ne sera point suspensive, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné. Elle devra être formée dans le délai de trois mois, à compter du jour où la décision par défaut aura été notifiée : après ce délai, l'opposition ne sera plus recevable.»

Il y a cette différence entre l'opposition et la tiercé-opposition, que la première peut être formée par ceux qui ont été régulièrement mis en cause, et appelés à comparaître devant le Conseil d'état. La seconde ne compète, ainsi que son nom l'indique, qu'aux tiers intèressés, qui n'auraient esté dans la cause ni par eux-mêmes, ni par leurs représentants.

Les arrèts contradictoires, c'est-à-dire ceux qui visent les requêtes et les conclusions des parties, ne sont pas attaquables par la voie de l'opposition (26 août 1818 [Lafarge]; 28 mai 1835 [Payon]).

Elle est admise contre les ordonnances interlocutoires (ord. du 24 mars 1824 [Espié]).

Le cas d'urgence étant toujours supposé en matière administrative, il était naturel que la règle commune (art. 155, Cod. proc. civ.) fût ici intervertie. Le Code veut que l'opposition par défaut soit suspensive, à moins qu'en cas d'urgence, l'exécution immédiate du jugement n'ait été ordonnée. L'article 29 du règlement statue, au contraire, que l'exécution immédiate est la règle, et le sursis l'exception. Il est juste d'ajouter que, par une contradiction singulière, après avoir ainsi de nouveau proclamé cette urgence qui est le caractère dominant de l'action et de la procédure administratives, l'article 29 accorde, pour former l'opposition, un délai vraiment excessif. Remarquons que le défendeur a déjà eu de quinze jours à deux mois et plus pour produire ses moyens, sur l'ordonnance de soit communiqué. Ajouter à ce délai, après lequel seulement il peut être pris défaut contre lui, un nouveau délai de trois mois pour former opposition, c'est aller évidemment au delà des besoins de la désense, et retarder, sans aucune nécessité, la solution des affaires. L'exécution provisoire ne remédie pas à cet abus, puisqu'à supposer qu'elle ait eu lieu, le Conseil d'état n'en sera par moins forcé de revenir sur ses pas, et de rentrer dans l'affaire par la voie de l'opposition ouverte à la partie. Le délai devrait être gradué, et son maximum arrêté à une limite de beaucoup inférieure à trois mois.

C'est à compter du jour où la décision par défaut aura été notifiée à la partie que court ce délai exorbitant. Il est donc essentiel de prendre toutes les mesures nécessaires pour que l'insuffisance de la notification n'entraîne pas de nouveaux retards. Les observations que nous avons faites plus haut sur les dangers des significations par lettres administratives dans le cas où l'arrêt est rendu au profit du gouvernement, s'appliquent ici avec une nouvelle force, et il nous semble que l'état devrait toujours signifier par huissier les arrêts par défaut prononcés en sa faveur.

153. Art. 30. — « Si le comité est d'avis que l'opposition doive être reçue; il fera son rapport au Conseil, qui remettra, s'il y a lieu, les parties dans le même état où elles étaient auparavant. — La décision qui aura admis l'opposition sera signifiée dans la huitaine, à compter du jour de cette décision, à l'avocat de l'autre partie. »

L'usage a modifié, dans la pratique, les dispositions de l'art. 30. Avant que la publicité et la plaidoirie ne fussent établies en matière contentieuse, il arrivait souvent que le Conseil d'état rejetait, sans même les communiquer à la partie adverse, les requêtes et les oppositions qu'il jugeait mal fondées. (V. Ordonnance des 31 octob. [Selves]; 19 déc. 1821 [Brunet].) Mais depuis que les ordonnances de 1831, devenues aujourd'hui la loi du 19 juillet 1845, ont assuré aux intérêts privés ces précieuses garanties, le Conseil d'état n'a pas cru pouvoir les leur enlever dans aucun cas. Aussi, toutes les oppositions sont-elles, sans exception, communiquées au demandeur (18 juin 1823 [Servolle]; 2 juill. 1812 [Caillant]). M. de Cormenin ne cite qu'un seul cas où il faudrait appliquer littéralement l'article 30 : ce serait, dit-il, celui où l'opposant ferait valoir, pour unique moyen dans la forme, qu'il n'a pas été entendu lors de la décision par défaut. Encore, le savant auteur ajoute-t-il que le comité pourrait, dans ce cas, prescrire à l'opposant de produire ses moyens au fond dans une requête ampliative, et dans un délai fixé (t. 1, p. 115).

Du reste, le Conseil d'état n'est pas obligé de statuer par la même décision sur l'opposition et sur le fond. Il peut déclarer l'opposition recevable, toutes choses demeurant en état et dépens réservés. (V. ord. 18 avril 1816 [commune de la Bastide du Temple]; 18 nov. 1818 [ville d'Amiens].)

154. Art. 31.— « L'opposition d'une partie défaillante à une décision rendue contradictoirement avec une autre partie ayant le même intérêt, ne sera pas recevable. »

Le Code de procédure civile exige (art. 153) que, « si de deux ou de plusieurs parties assignées, l'une fait défaut et l'autre comparaît, le profit du défaut soit joint, et que le jugement de jonction soit signifié à la partie défaillante par un huissier commis. » La procédure administrative est ici plus rapide : elle supprime l'arrêt de jonction, et elle applique immédiatement, aussi bien à la partie défaillante qu'à celle qui s'est présentée, l'autorité de la décision contradictoire. (V., sur l'admissibilité de l'opposition des héritiers, dans le cas où la signification d'une ordonnance royale rendue par défaut aurait été faite à leur domicile, et non à celui d'une des parties défaillantes, l'ordonnance du 23 décembre [Aviat], exemple unique cité par M. de Cormenin, t. 1, p. 74).

## § 3. — Du recours contre les décisions contradictoires.

155. Art. 32.—« Défenses sont faites, sous peine d'amende, et même, en cas de récidive, sous peine de suspension ou de destitution, aux avocats au Conseil d'état de présenter requête en recours contre une décision contradictoire, si ce n'est en deux cas : 1° si elle a été rendue sur pièces fausses; 2° si la partie a été condamnée, faute de représenter une pièce décisive qui était retenue par son adversaire. »

L'amende, dont cet article ne détermine pas le taux, est abandonnée à la discrétion du Conseil d'état. Le Code de procédure civile en fixe le chiffre à 300 fr. (art. 494).

M. Serrigny (t. 1, p. 349) explique fort bien pourquoi la requête civile n'est admise, en matière contentieuse, que contre les décisions contradictoires, tandis que le Code de procédure (art. 480) l'admet aussi contre les jugements par défaut en dernier ressort: c'est, dit-il, que, devant le Conseil d'état, le délai de l'opposition étant le même que celui de la requête civile, et l'opposition étant préférable à la requête civile, il ne peut y avoir lieu à la requête civile, ni pendant ni après le délai de l'opposition; tandis que, devant les tribunaux, le délai de l'opposition étant plus court que celui de la requête civile, cette dernière voie peut succéder à l'autre.

La voie de la requête civile est ouverte, contre les décrets et arrêtés du directoire exécutif et du gouvernement consulaire, pourvu qu'ils visent les demandes et les conclusions des parties, et que par là ils puissent être assimilés aux décisions contradictoires rendues postérieurement au règlement du 22 juillet 1806. (20 nov. 1815 [Puget]; 6 mars 1816

[ Pacaut ]; 24 oct. 1821 [ Heureuse ]; 19 avril 1826 [ Rougemont ].)

Les deux conditions exprimées par l'art. 32 doivent s'entendre en ce sens, que la pièce arguée de faux ait eu sur la décision une influence essentielle (11 Janv. 1808 [Combes]).

Quant à la pièce décisive, il faut, comme ces termes mèmes l'indiquent, qu'elle ait réellement servi de base à l'avis du Conseil d'état, et qu'elle ait été retenue par l'adversaire (4 mai 1835 [Gilbert]; 30 déc. 1822 [Bacri]; 19 juill. 1826 [Latruffe]). Une pièce déposée dans les archives d'un ministère ou d'une administration, et dont la partie intéressée aurait négligé de se faire délivrer copie, ne serait pas considérée comme ayant été retenue dans les circonstances nécessaires pour donner ouverture à la requête civile. (V. arr. C. 4 juin 1816 [Lefebvre].)

La loi du 19 juillet 1845 accorde, en dehors des deux cas prévus par le règlement de 1806. le bénéfice du recours en révision dans les hypothèses suivantes : si les affaires contentieuses n'ont pas été rapportées en assemblée générale et en séance publique; si des membres du Conseil d'état en service extraordinaire assistaient à la séance; si les avocats n'ont pas été admis à présenter des observations orales; si le commissaire du roi n'a pas été entendu; si le nombre voulu de conseillers n'était pas présent à la délibération; si les membres du Conseil qui n'ont point entendu le rapport, les observations des avocats et l'avis du commissaire du roi, ont néanmoins pris part à la délibération; enfin si les membres du Conseil ont participé aux délibérations relatives aux recours dirigés contre une décision d'un ministre, lorsque cette décision a été préparée par une délibération du comité à laquelle ils ont pris part.

156. Art. 33.—« Ce recours devra être formé dans le même délai et admis de la même manière que l'opposition à une décision par défaut.»

Ce délai est de trois mois; mais il ne doit courir qu'à partir du jour où les pièces ont été reconnues fausses, ou du jour où la preuve aura été faite que la pièce décisive est retenue par l'adversaire.

157. Art. 34.—« Lorsque le recours contre une décision contradictoire aura été admis dans le cours de l'année où elle avait été rendue, la communication sera faite, soit au défendeur, soit au domicile de l'avocat qui a

occupé pour lui, et qui sera tenu d'occuper sur ce recours, sans qu'il soit besoin d'un nouveau pouvoir.»

158. Art. 35.— « Si le recours n'a été admis qu'après l'année depuis la décision, la communication sera faite aux parties, à personne ou domicile, pour y fournir réponse dans le délai du règlement.»

159. Art. 36. — «Lorsqu'il aura été statué sur un premier recours contre une décision contradictoire, un second recours contre la même décision ne scra pas recevable. — L'avocat qui aurait présenté la requête scra puni de l'une des peines énoncées en l'article 32. » (V. ordon. des 13 mars 1822 [Meynard]; 17 déc. 1823 [Ouvrard]; 17 janv. 1834 [Latruffe]; — V. aussi l'ord. du 20 sept. 1839, art. 34.)

## § 4. — De la tierce-opposition.

160. Art. 37.— « Ceux qui voudront s'opposer à des décisions du Conseil d'état rendues en matière contentieuse, et lors desquelles ni eux ni ceux qu'ils représentent n'ont été appelés, ne pourront former leur opposition que par requête en la forme ordinaire; et, sur le dépôt qui en sera fait au secrétariat du Conseil, il sera procédé conformément aux dispositions du titre 1<sup>er</sup>. »

L'art. 37 n'établit pas de délai fatal dans lequel le recours par voie de tierce-opposition doive être formé; la raison en est simple: il ne peut être exercé, en effet, que lorsque les parties qui n'ont pas figuré dans l'instance viennent à la connaître. (28 mars 1821 [Latouche]; 21 juin 1826 [Kapp]; — V. M. de Cormenin, t. 1, p. 77 et 78.)

Ce recours est ouvert non-seulement contre les décisions du Conseil d'état, en matière contentieuse, mais encore contre les actes des gouvernements antérieurs qui auraient blessé des droits privés (18 août 1807 [Meinier]; 28 mars 1821 [ville de Rochefort]).

Deux conditions sont nécessaires pour qu'il soit admis : la première c'est que la décision attaquée porte au tiers opposant un préjudice réel, car l'intérêt est la mesure des actions (24 oct. 1821 [Duparc]); la seconde, c'est qu'il n'ait pas été représenté dans l'instance. Ici s'appliquent les principes du droit commun sur la chose jugée, et sur les caractères généraux auxquels on reconnaît l'identité des personnes. (9 avril 1817 [fabrique de Cam-

brai]; 1er sept. 1825 [Clausel]; 5 sept. 1821 [Neuilly]; 7 juin 1826 [Delabarre].)

161. Art. 38.— «La partie qui succombera dans sa tierce opposition sera condamnée en 150 fr. d'amende, sans préjudice des dommages-intérêts de la partie, s'il y a lieu. »

Cette amende peut être modérée par le Conseil d'état, comme celles prononcées contre les contraventions administratives. M. de Cormenin pense que c'est aux tribunaux seuls à prononcer, s'il y a lieu, dans le cas de l'art. 38 comme dans tous les autres, sur les dommages-intérêts. M. Serrigny cite une ordonnance du 31 oetobre 1821 (Schmith) qui contredit formellement cette doctrine. (V. ord. du 17 juin 1818 [Reiss]; 9 janv. 1828 [Prevost]; 31 oct. 1821 [Maille].)

162. Art. 39. — «Les art. 34 et 35 ci-dessus, concernant les recours contre les décisions contradictoires, sont communs à la tierceopposition. »

163. Art. 40. — « Lorsqu'une partie se croira lésée dans ses droits ou sa propriété par l'effet d'une décision du Conseil d'état, rendue en matière non contentieuse, elle pourra nous présenter une requête pour, sur le rapport qui nous en sera fait, être l'affaire renvoyée, s'il y a lieu, soit à une section du Conseil d'état, soit à une commission.»

Toutes les ordonnances rendues de l'avis du Conseil d'état ne sont pas susceptibles d'être attaquées par la voie contentieuse : elle peuvent en effet ne blesser que des intérêts, et nous avons vu que, pour qu'elles deviennent l'objet d'un recours contentieux, il faut qu'elles blessent des droits. L'art. 40 du règlement de 1806 contient une inexactitude de rédaction manifeste : il n'aurait pas dû dire « lorsqu'une partie se croira lésée dans ses droits ou sa propriété, » mais bien «dans ses intérêts;» car, si ses droits avaient été réellement méconnus, ce n'est plus la voie gracieuse, mais la voie contentieuse qui lui serait ouverte. (V. au surplus, ord. des 11 fév. 1818 [Tolozé]; 26 mars 1823 [Paris].)

Les formalités prescrites pour le pourvoi en la forme contentieuse ne sont pas applicables à l'art. 40. Ainsi le pourvoi formé en vertu de cet article n'est pas soumis aux délais fixés par l'art. 29 (10 sept. 1817 [Corbineau]).

Il n'est pas nécessairement donné suite à cette requête; les mots « pour être l'affaire renvoyée, s'il y a lieu, soit à une commission, soit à une section du Conseil d'état, » indi-

quent suffisamment qu'il n'est pas ici question de la justice due à des droits violés, mais de la faveur dont pourraient paraître dignes les doléances d'un intérêt compromis. Aussi, le refus que ferait le garde de sceaux de proposer au roi le renvoi demandé ne pourrait donner lieu à un recours contentieux, non plus que la nouvelle ordonnance royale, qui aurait été rendue sur l'avis de la commission ou du comité saisis de l'examen de la réclamation (19 fév. 1823 [Truffaut]; 12 mai 1824 [Benoît]; 17 déc. 1823 [Vanlerberghe]).

## § 5. - Des dépens.

164. Art. 41. — « En attendant qu'il soit fait un nouveau tarif des dépens, et statué sur la manière dont il sera procédé à leur liquidation, on suivra provisoirement les règlements antérieurs relatifs aux avocats au Conseil, et qui sont applicables aux procédures ci-dessus (1). »

(1) Nous croyons devoir rapporter ici l'ordonnance du roi, du 18 janvier 1826, qui a réglé le tarif des dépens pour les procédures qui s'instruisent au Conseil d'état.

Art. 1er. Les dépens continueront d'être réglés au Conseil d'état, conformément au tarif établi par l'ordonnance du 28 juin 1738 (2e partie, tit. 16, art. 22) et par celle du 12 septembre 1739, en tant que ces tarifs s'appliquent à la procédure actuelle, ainsi qu'il suit:

#### DÉPENS D'AVOCAT.

1º Pour frais de ports de lettres et paquets, Lorsque la partie demeurera à Paris, ou n'en sera pas éloignée de plus de 5 myriamètres... 5 fr.

2º Le droit de consultation (tarif de 1738, alinéa 7; règlem. du 22 juill. 1806, art. 1er)... 10 fr.

3° Le droit de présentation ou de dépôt et enregistrement (tarif de 1738, alinéa 9; règlement du 22 juillet 1806, art. 2)................ 6 fr.

4º Le droit de communication (tarif de 1738, alinéa 27; règlem, du 22 juill, 1806, art. 8)... 3 fr.

5° Chaque rôle des requêtes présentées au Conseil, contenant vingt-cinq lignes à la page et douze syllabes à la ligne (tarif de 1738, alinéa 14; règle-

165. Art. 42. — « Il ne sera employé, dans la liquidation des dépens, aucuns frais de

ment du 22 juillet 1806, art. 46)......... 2 fr. 6° Le mis au net, par rôle (tarif de 1738, alinéa 15; règlem. du 22 juill. 1806, art. 46)... 50 c.

9° Pour la copie de l'ordonnance royale, signifiée aux avocats de l'instance, chaque rôle (tarif de 1738, alinéa 22; règlement du 22 juillet 1806, art. 28).................................. 50 c.

Les articles indûment divisés, et dont le taxateur aura fait la réunion, ne seront comptés que pour un seul article (tarif de 1738, alinéa 38; règlement du 22 juillet 1806, art. 43).

13° La vacation à la taxe (tarif de 1738, alinéa 40; règlem. du 22 juill. 1806, art. 43)... 4 fr.

### FRAIS DE GREFFE.

Cette ordonnance ne pourra être expédiée ni notifiée (tarif de 1739, art. 1er, alinéa 3; règlement du 11 juin 1806, art. 28; id. du 22 juillet 1806, art. 2; ordonn. du 23 août 1815, art. 15).

17° Tout certificat délivré par le greffier (tarif de 1739, art. 1er, alinéa 21)...... 4 fr.

18° La signature de l'expédition d'une ordonnance royale (tarif de 1739, art. 1<sup>er</sup>, alinéa 2; règlement du 11 juin 1806, art. 35)..... 12 fr.

20º Chaque rôle d'expédition du greffe, de quel-

voyage, séjour ou retour des parties, ni aucuns frais de voyage d'huissier au delà d'une journée. »

166. Art. 43. — « La liquidation et la taxe des dépens seront faites, à la commission du contentieux, par un maître des requêtes, et sauf révision par le garde des sceaux. »

Les règles de droit commun consignées dans les art. 130 et 131 du Code de procédure civile s'appliquent, en matière de dépens, aux affaires contentieuses administratives. Ainsi les dépens sont à la charge de la partie qui succombe; de même aussi, ils peuvent être compenses en tout ou en partie, si les adversaires succombent respectivement sur quelques chefs. (V. ord. 3 juin 1820 [ Heullant]; 27 déc. même année [ Castellane ]; 3 sept. 1836 [ville de Lyon].) Enfin, le Conseil peut également, lorsque la décision qu'il rend ne termine pas le litige, réserver les dépens pour les mettre à la charge de celle des parties qui succombera en fin de cause. (ord. des 18 avril 1816 [Domaines]; 4 juin 1823 [Fayard].)

Les considérations qui ont fait accorder, par les art. 16 et 17 du règlement, au gouvernement demandeur ou défendeur, la faculté de saisir le Conseil d'état, sans employer le ministère d'un avocat, s'opposent à ce que, dans ces mêmes causes, des dépens soient prononcés à son profit ou à sa charge (2 août 1838

21º Le retrait des pièces (tarif de 1739, art. 1er, alinéa 19; règlem. du 11 juin 1806, art. 27)... 4 fr.

Art. 2. Il ne sera employé dans la liquidation des dépens aucun frais de voyage, séjour ou retour des parties, ni aucuns frais de voyage d'huissier, au delà d'une journée.

Art. 3. La liquidation et la taxe des dépens seront faites au comité du contentieux par le maître des requêtes rapporteur.

Art. 4. La taxe sera rendue exécutoire par notre garde des sceaux, et, dans le cas où il serait empêché, par le conseiller d'état vice-président du comité du contentieux.

Art. 5. L'opposition à la taxe sera recevable dans les trois jours de la signification de l'exécutoire.

Elle sera jugée par notre garde des sceaux, conformément à l'article 43 du règlement du 22 juillet 1806.

[Schaaf]). Il en est de même des administrations publiques, demanderesses ou défenderesses, alors même qu'elles procèdent avec le ministère d'un avocat (ord. 17 janv. 1834 [Contributions indirectes].)

Les dépens seraient à la charge de l'avocat qui aurait signé une requête tout à fait inadmissible; et à celle du maire qui, sans avoir préalablement consulté le conseil municipal, se pourvoirait, au nom de la commune (5 nov. 1823 [Chavassieux]; 12 janv. 1825 [None]).

Il faut pour que le Conseil d'état alloue des dépens, qu'ils soient demandés par les conclusions de la partie; ils ne sont jamais adjugés d'office: tout est de droit rigoureux en cette matière. Si l'ordonnance a omis de statuer sur les dépens, cette omission peut être réparée par une ordonnance nouvelle, d'après la jurisprudence constante du Conseil d'état. (V. notamment, ord des 23 déc. 1815 [ville de Rouen]; 1er déc. 1819 [Dittes]; 31 août 1828 [Hervé]; 28 mai 1838 [commune de Saint-Nabord].)

L'art. 38 du règlement du 22 juillet 1806, la loi du 22 avril 1806 (art. 21, § 2), suffiraient à prouver, contre l'opinion de M. Macarel, que les tribunaux n'ont pas seuls le pouvoir de prononcer sur les dommages-intérêts réclamés par les parties, et que ce droit appartient également au Conseil d'état. (V. M. Macarel, Élém. de Jurisp. admin., t. 1, p. 91.) Les termes de la loi de 1806 sont on ne peut pas plus explicites : « Le Conseil d'état prononcera définitivement et sans recours, entre la Banque de France et les membres de son conseil général, ses agents ou employés, toute condamnation civile, y compris les dommages et intérêts, et même soit la destitution, soit la cessation des fonctions. » M. Serrigny cite, en outre (t. 1, p. 365), plusieurs espèces dans lesquelles des dommages-intérêts ont été prononcés par le Conseil d'état, notamment l'ordonnance du 19 décembre 1839, qui condamne l'administration, en la personne du ministre des travaux publics, à payer 3,000 fr. de dommages-intérêts à un sieur Læmlé, à raison des blessures qu'il s'était faites en tombant dans un puits laissé ouvert par la faute des agents de l'administration; et celle du 28 janv. 1841 (Jones), qui apprécie les dommages causés à une estacade construite dans un port maritime, et condamne l'auteur de ces dommages à les réparer.

C'est à la nature du litige qu'il faut s'atta-

cher pour discerner les cas où les dommagesintérêts devront être prononcés par les tribunaux ou par le Conseil d'état. Les premiers seront seuls compétents, toutes les fois que le débat qui pourrait donner lieu à des dommages-intérêts ne s'agitera qu'entre deux intérêts privés; mais s'il a lieu entre l'administration et un particulier, comme dans les deux espèces Læmlé et Jones, citées plus haut, le droit de statuer sur les dommagesintérêts appartiendra incontestablement au Conseil d'état.

### SECT. 5.

## § 1er. — Des avocats au Conseil.

167. Art. 44.—« Les avocats en notre Conseil d'état auront, conformément au décret du 11 juin 1806, le droit exclusif de faire tous actes d'instruction et de procédure devant le comité du contentieux.»

L'ordre des avocats au Conseil d'état a été créé par le décret du 11 juin 1806 (art. 33), qui leur conférait le droit exclusif, confirmé par l'art. 44 du règlement, de signer les mémoires et requêtes des parties en matières contentieuses de toute nature. Ces avocats étaient nommés, dans l'origine, par l'empereur, sur une liste de candidats présentée par le grand juge, ministre de la justice.

L'ordonnance royale des 10-12 juillet 1814 porta à soixante le nombre des membres devant former le collège des avocats au Conseil d'état, et les choisit presque en totalité parmi les avocats à la Cour de cassation. Alors que cette juridiction souveraine se confondait avec celle du Conseil d'état, dont elle n'est, comme nous l'avons vu, qu'un démembrement, les fonctions d'avocat au Conseil du roi et à la Cour de cassation étaient naturellement réunies, et la restauration voulait préparer le retour à cet ancien usage. Il arriva cependant que plusieurs des avocats en cassation qui avaient été nommés avocats au Conseil d'état, méconnaissant le motif qui avait décidé leur nomination, crurent pouvoir séparer les deux titres, garder l'un et transmettre l'autre, ou même les transmettre tous deux à des individus différents, ce qui produisit le double inconvénient de commettre à trop de personnes l'exercice de ces fonctions, et de contrarier les vues dans lesquelles avait été fait le choix des nouveaux avocats au Conseil. Pour remédier à cet abus, l'ordonnance royale des 13-30 novembre 1816 prescrivit que les titres d'avocat en cassation et d'avocat au Conseil d'état, qui se trouveraient réunis sur une même tête, ne fussent plus séparés à l'avenir.

La loi de finances du 28 avril 1816 avait d'ailleurs autorisé les avocats à la Cour de cassation (art. 91) à présenter à l'agrément du roi leurs successeurs, pourvu qu'ils offrissent les conditions exigées par les lois, et que le titulaire cédant n'eût pas été destitué. Cette loi ne faisait que confirmer, d'une manière plus explicite et plus régulière, la faculté de traiter des offices ministériels, en substituant à une simple tolérance la reconnaissance et la consécration légale de ce droit.

Enfin l'ordonnance royale des 10-30 sept. 1817 réunit l'ordre des avocats aux Conseils du roi et le collège des avocats à la Cour de cassation sous la dénomination, conservée jusqu'à ce jour, d'ordre des avocats aux Conseils du roi et à la Cour ds cassation.

Elle règle, en même temps, la discipline intérieure de l'ordre.

Le cautionnement exigé des avocats à la Cour de cassation, et que les lois des 27 ventôse an VIII, 2 ventôse an XIII et 28 avril 1816, avaient successivement porté à 7,000 fr., fut pareillement exigé de ceux des membres du nouvel ordre qui ne l'avaient pas encore fourni.

168. Art. 45.— « L'impression d'aucun mémoire ne passera en taxe. Les écritures seront réduites au nombre de rôles qui sera réputé suffisant pour l'instruction de l'instance. »

169. Art. 46.—« Les requêtes et mémoires seront écrits correctement et lisiblement, en demi-grosse seulement: chaque rôle contiendra au moins cinquante lignes, et chaque ligne douze syllabes au moins: sinon, chaque rôle où il se trouvera moins de lignes et de syllabes sera rayé en entier, et l'avocat sera tenu de restituer ce qui lui aurait été payé à raison de ces rôles.»

· 170. Art. 47. — « Les copies signifiées des requêtes et mémoires, ou autres actes, seront écrites lisiblement et correctement; elles seront conformes aux originaux et l'avocat en sera responsable.»

171. Art. 48. — « Les écritures des parties, signées par les avocats au Conseil, seront sur papier timbré.

» Les pièces par elles produites ne seront point sujettes au droit d'enregistrement, à l'exception des exploits d'huissier, pour chacun desquels il sera perçu un droit fixe de un franc.

» N'entendons néanmoins dispenser les pièces produites devant notre Conseil d'état, des droits d'enregistrement auxquels l'usage, qui en serait fait ailleurs, pourrait donner ouverture.

» N'entendons pareillement dispenser du droit d'enregistrement les pièces produites devant notre Conseil d'état, qui, par leur nature, sont soumises à l'enregistrement dans un délai fixe.»

Nous n'avons aucune observation à faire sur ces articles, si ce n'est que le droit fixe de *un franc* a été porté à cinq francs par l'art. 45 de la loi de finances du 28 avril 1816.

172. Art. 49. — « Les avocats au Conseil seront, selon les circonstances, punis de l'une des peines ci-dessus dans le cas de contravention aux règlements, et notamment s'ils présentent comme contentieuses des affaires qui ne le seraient pas, ou s'ils portent au Conseil d'état des affaires qui seraient de la compétence d'une autre autorité.»

L'amende, la suspension et la destitution, prononcées contre les avocats au Conseil par les art. 32 et 36 du règlement, sont des mesures extrêmes auxquelles une impérieuse nécessité et la dignité de l'ordre lui-même pourraient seules décider le Conseil d'état.

Les archives du Conseil n'ont gardé que bien peu de traces des peines disciplinaires dont l'échelle est graduée ainsi qu'il suit:

Les avocats sont invités à être plus circonspects à l'avenir (4 juin 1823 [Langlade]).

La suppression des mémoires injurieux produits par eux devant le Conseil est ordonnée (23 juin 1824 [Lachallerie]).

Les frais du pourvoi sont, outre l'amende, mis à la charge de l'avocat qui a témérairement introduit la requête (19 avril 1826 [Rougemont]; 12 janvier 1825 [None]).

La condamnation prononcée dans ce dernier cas, peut être transmise au conseil de l'ordre (12 janv. 1825 [None]).

C'est l'application aux affaires contentieuses des règles tracées par les art. 132 et 1036 du Code de procédure civile.

Les limites qui séparent les affaires contentieuses de celles qui ne le sont pas, sont souvent trop difficiles à établir pour que le Conseil d'état n'apporte pas beaucoup de modération et d'indulgence dans l'exercice du pouvoir disciplinaire qui lui est remis par l'art. 49. Il faudrait, pour qu'il en usât sévèrement, que la témérité du pourvoi fût sans excuse.

M. de Cormenin a consacré un long chapitre de son premier volume (p. 87 à 167), à établir les règles spéciales du rejet des requêtes. Ce traité, véritable trésor de science, ne saurait jamais être médité avec trop de soin par les jeunes avocats au Conseil.

173. Art. 50.—« Les avocats au Conseil prêteront serment entre les mains du garde des sceaux ministre de la justice. »

## § 2. — Des huissiers au Conseil.

174. Art. 51.— « Les significations d'avocat à avocat, et celles aux parties ayant leur demeure à Paris, seront faites par des huissiers au Conseil. »

Ces officiers ministériels attachés à la Cour de cassation, et exploitant près le Conseil d'état, sont nommés par ordonnance royale, et prêtent serment entre les mains du garde des sceaux. Ils sont au nombre de huit. — V. Arrêt du conseil, Autorité administrative, Conflit, Conseil de préfecture, Contentieux administratif, etc.

DUCHESNE.

CONSEIL DE FAMILLE. — 1. C'est une assemblée de parents ou amis qui, sous la présidence du juge de paix, délibère sur les intérêts des incapables et pourvoit à l'administration de leur personne et de leurs biens.

2. « La loi laisse aux parents les plus proches des mineurs (ou des incapables), comme liés par les nœuds les plus sacrés et intéressés au bonheur des familles ainsi qu'à la conservation de leurs biens, le soin de leur personne, de leur éducation, de leur fortune. C'est le conseil de famille qui nomme à la tutelle, si le père et la mère n'y ont pourvu; c'est sous sa surveillance que le tuteur donne des soins à l'éducation physique et morale des mineurs, qu'il gère l'administration à lui consiée; c'est à ce conseil que doivent être soumises toutes les difficultés qui se présentent pendant la minorité; c'est lui qui juge des motifs d'exclusion ou d'excusation de la tutelle ; c'est lui qui a la faculté d'émanciper le mineur. » (Meyer, Des institutions judiciaires, t. 4, p. 376.)

Telle est, en résumé, la mission confiée au conseil de famille par la législation des codes, qui n'ont fait en cela que consacrer à

peu près les dispositions de la loi du 24 août 1790.

3. Les dispositions de nos lois actuelles sur les conseils de famille diffèrent en quelques points de celles qui, sous la législation ancienne, réglaient la composition et les attributions des assemblées de famille ou réunions de parents, qui représentaient ce que sont aujourd'hui nos conseils de famille.

Nous aurons occasion, dans la suite de cet article, de parler de ces différences. On peut, toutefois, consulter sur ce point Merlin (Répert., v° Avis de parents), Rebuffe (in Tract. de sentent. prov., art. 3, gloss. 2, n° 4); de la Roche-Flavin et Graverol (Arrêts notables, p. 582), Boutarirc (Inst., liv. 1er, tit. 30), Serres (Inst., liv. 1, tit. 15), Domat (Lois civ., liv. 2, tit. 1).

4. Nous examinerons successivement la composition du conseil de famille, sa convocation, ses attributions, ses délibérations et les voies que la loi autorise contre elles.

Sect. 1<sup>re</sup>. — Composition du conseil de famille.

§ 1er. — Du juge de paix.

§ 2. — Du nombre de parents qui doivent former le conseil de famille. —
Conditions pour y être admis. —
Ordre dans lequel les parents doivent être appelés. — Exclusions.

Sect. 2. — Convocation du conseil de famille.

- § 1er. Quand le conseil de famille doit-il être convoqué?
- § 2. Par qui le conseil de famille doit-il être convoqué?
- § 3. Dans quelle forme la convocation doit-elle avoir lieu?
- § 4. Effets de la convocation.

Sect. 3. — Attributions du conseil de famille.

Sect. 4. — Délibérations du conseil de famille.

- § 1er. Quel jour et dans quel lieu le conseil de famille doit-il se réunir?
- § 2. Combien faut-il de membres présents pour délibérer?
- § 3. Par qui le conseil de famille doit-il être présidé?
- § 4. De quelle manière le conseil de famille doit-il délibérer? — Comment sa délibération doit-elle être constatée?
- § 5. Quels sont les effets des délibéra-

tions du conseil de famille? — Homologation. — Dans quels cas l'homologation est-elle nécessaire? — Qui doit la poursuivre? — Comment doit-elle être demandée et accordée? — Quels sont ses effets?

SECT. 5. — Voies ouvertes contre les délibérations du conseil de famille.

SECT. 1<sup>re</sup>. — Composition du conseil de famille.

5. Le conseil de famille se compose de deux éléments divers, également essentiels à la validité de ses opérations: du juge de paix, et des parents ou amis de celui sur les intérêts duquel le conseil est appelé à délibérer (1).

## § 1er. - Du juge de paix.

6. Anciennement le juge déférait la tutelle sur l'avis des parents réunis en assemblée de famille; mais en pays de droit écrit, le juge n'était pas astreint à suivre le choix fait par cette assemblée (Serres, Inst., liv. 1, tit. 15). Sous l'empire de la loi de 1790, le juge de paix ne pouvait prendre part aux délibérations. Sa mission se bornait à recueillir les suffrages, à constater le résultat de la délibération, quand elle était terminée, et à en dresser l'acte, dont il ne pouvait même pas ordonner l'exécution. Les auteurs du Code civil pensèrent que ce magistrat ne devait point être simple spectateur d'opérations aussi impor-

(1) Une ordonnance royale du 25 avril 1820 règle ainsi la composition et les attributions du conseil de famille des membres de la famille royale : 1º Le conseil est composé d'abord des princes de la famille et du sang royal, et ensuite des parents que le roi juge à propos d'y appeler; 2º il s'assemble au lieu indiqué par le roi; 3º le chancelier de France exerce, dans cette occasion, les fonctions attribuées par le code au juge de paix; 4º les fonctions de greffier sont remplies par le garde des archives de la chambres des pairs; 5° c'est à ce conseil que doivent être rendus les comptes de tutelle, s'il y a lieu à en rendre avant la majorité du pupille; 6º le conseil remplit pour les actes de la tutelle toutes les fonctions qui, à l'égard des particuliers, sont déléguées par le Code civil aux conseils de famille ordinaires; 7º dans tous les cas où, entre particuliers, les délibérations des conseils de famille sont sujettes à l'homologation des tribunaux, cette homologation est remplacée par l'approbation du roi.

tantes que celles que la loi consie au conseil; qu'il fallait, au contraire, l'autoriser à y concourir et à les diriger au besoin.

L'intervention du juge de paix parut encore nécessaire, soit pour départager l'assemblée, soit pour éviter la prépondérance d'une ligne sur l'autre, lorsque le conseil ne se trouverait composé que de cinq membres. Enfin, le législateur voulut donner au pupille, dans la personne de ce magistrat, un protecteur impartial qui, n'appartenant à aucune des deux lignes et n'agissant sous aucune influence, dirigeât les opérations vers le bien et l'utilité du mineur.

Le juge de paix est donc membre actif et délibérant du conseil de famille; et c'est avec raison que la cour de Bordeaux a annulé une délibération d'un conseil de famille, dont le procès-verbal constatait que le juge de paix s'était borné à présider le conseil de famille, sans prendre part à la délibération et sans voter. (Bordeaux, 21 juillet 1808, S.-V. 8. 2. 268; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 719.)

7. La juridiction du juge de paix dans le sein du conseil de famille n'est pas une juridiction contentieuse, mais une juridiction extraordinaire, purement administrative. Dans le conseil de famille, le juge de paix ne rend pas de jugement, il participe à un avis donné, il concourt à l'adoption d'une mesure administrative. Aussi, tandis que l'initiative d'action n'est jamais accordée au juge, le juge de paix peut d'office provoquer, par exemple, la nomination d'un tuteur ou sa destitution; tandis que le juge siége d'ordinaire au tribunal où se tiennent ses audiences et que ses opérations sont toujours publiques, c'est dans sa propre demeure que le juge de paix exerce d'ordinaire ses fonctions, et ses opérations sont essentiellement secrètes; tandis que la loi investit toujours le juge d'une juridiction, le juge de paix est obligé de renvoyer devant le tribunal tout ce qui devient contentieux dans le cours ou par suite des délibérations du conseil. — V. Encyclopédie des juges de paix, vo Conseil de famille.

8. Ce principe est fécond en conséquences: si le juge de paix n'agit point ici comme juge, il est évident que les délibérations du conseil de famille ne participent point de la nature des jugements; que, par suite, le gressier n'est pas tenu d'en délivrer copie ou expédition à tous requérants, ainsi que nous le verrons plus loin. — V. n° 90.

9. Il en résulte, en second lieu, que ce magistrat ne pourrait être récusé, par cela seul qu'il aurait donné un avis écrit dans l'affaire. Pourrait-il l'être pour les autres causes énoncées dans l'article 44 du Code de procédure civile?

Aux termes de cet article, les juges de paix peuvent être récusés : 1° « Lorsqu'ils ont un intérêt personnel à la contestation. » Il nous semble qu'il doit en être de même dans le cas actuel, et qu'il serait immoral que ce magistrat présidât une assemblée appelée à délibérer sur ses propres intérêts, et y exerçât surtout la prépondérance attachée à sa voix en cas de partage. La cour d'Aix l'a ainsi jugé, en décidant qu'on doit annuler la délibération à laquelle avait concouru la partie adverse des mineurs (Aix, 3 fév. 1832, S.-V. 33. 2. 307; J. P. 3º édit.; D. P. 32. 2. 174). 2º « Quand ils sont parents ou alliés d'une des parties, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement. » Il doit ici en être de même, non point à cause de la suspicion naturelle et légitime qui résulte de la qualité de parent, mais pour éviter la prépondérance que le juge de paix donnerait à la ligne à laquelle il appartiendrait, prépondérance que la loi a voulu éviter, en ordonnant de composer le conseil de parents ou d'amis, pris moitié du côté paternel, moitié du côté maternel. 3º «Si, dans l'année qui a précédé la récusation, il y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties ou son conjoint, ou ses parents et alliés en ligne directe. » Cette circonstance ne saurait être, selon nous, une cause de récusation, parce qu'ici le conseil ne juge pas une contestation, et que ce n'est que comme juge que le juge de paix peut être récusé dans le cas prévu. On ne saurait d'ailleurs admettre que le souvenir d'un procès pût déterminer le juge de paix à sacrifier les intérêts du mineur. 4° «S'il y a procès civil entre eux et l'une des parties ou son conjoint.» Cette circonstance devrait être sans doute une cause de récusation; mais il faudrait que ce procès intéressât l'état du mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens (C. civ., 442).

Bousquet, sur l'article 416, enseigne que si le juge de paix persistait à connaître de l'affaire, bien qu'il se trouvât dans un cas de recusation, la délibération ne serait pas nulle. Mais les principes que nous venons de développer ne nous permettent pas d'adopter cette

opinion, surtout lorsque nous considérons l'influence que l'autorité du juge de paix et sa voix prépondérante doivent nécessairement exercer sur le résultat des délibérations.

10. Le juge de paix reste membre et président du conseil de famille, quoique après l'annulation d'une de ses résolutions, le même objet soit de nouveau soumis à sa délibération. (Paris, 6 octobre 1814, S.-V. 15. 2. 215; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 722.)

11. Quel est le juge de paix que la loi appelle au Conseil? Aux termes de l'art. 406, le conseil de famille doit être convoqué par le juge de paix du domicile du mineur. Aux termes de l'art. 108, le mineur n'a d'autre domicile que celui de son tuteur. De la combinaison de ces deux articles, il semble résulter qu'on doive distinguer entre la convocation du conseil de famille appelé à déférer la tutelle, et les diverses convocations postérieures auxquelles la tutelle peut donner lieu: que, dans le premier cas, on doit attribuer la compétence au juge de paix dans le canton duquel la tutelle s'est ouverte, tandis que, dans le second, cette compétence appartiendrait au juge de paix du domicile du tuteur.

La doctrine et la jurisprudence ont généralement repoussé cette distinction : « C'est le domicile du mineur, au moment où s'ouvre la première tutelle, dit Toullier, c'est-à-dire le domicile de ses père et mère, s'il s'agit d'un mineur d'âge, qui fixe la compétence du juge de paix. C'est chez ce juge de paix, à moins qu'il ne désigne lui-même un autre local, que le Conseil doit s'assembler pendant tout le temps que dure la tutelle. Le conseil de famille ne doit pas suivre les divers domiciles que pourraient prendre successivement les tuteurs et curateurs des mineurs.

» Si, après la première assemblée tenue pour l'établissement de la tutelle, il était nécessaire d'assembler le conseil, soit pour remplacer le premier tuteur décédé, soit pour procéder à sa destitution, soit pour toute autre cause, l'assemblée devrait être convoquée devant le juge de paix du lieu où se serait faite la première nomination d'un tuteur. » (Toullier, t.2, liv. 1er, tit. 10, n° 1114;—Delvincourt, Cours de Code civil, t. 1, p. 384, n° 4, notes; — Bousquet, Des conseils de famille, sur l'article 407; — Valette sur Proudhon, Traité des personnes, p. 313; — Duranton, t. 3, n° 453; — Zachariæ, Cours de droit civil français, t. 1, § 94, p. 192. — V. aussi Cass.,

29 nov. 1809, S.-V. 10. 1. 62; J. P. 3º édit.; D. A. 12. 710; - id. 23 mars 1819, S.-V. 19. 1. 325; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 710.)

On oppose, il est vrai, un arrêt de la même cour qui aurait jugé que le conseil de famille appelé à nommer un tuteur ad hoc pour accepter une donation faite au mineur par son tuteur, était valablement convoqué au domicile de ce tuteur, et ne devait pas être convoqué au domicile d'origine ou naturel du mineur (4 janv. 1842, S.-V. 42. 1. 244; J. P. 1842. 2. 417; D. P. 42. 1. 189). Mais, dans l'espèce, c'était le tuteur lui-même qui, après avoir fait la convocation à son domicile, demandait la nullité de cette convocation, afin de parvenir à la nullité d'une donation qu'il avait faite au pupille; et ce motif, énoncé dans l'arrêt, paraît avoir surtout déterminé la décision de la cour. Quoi qu'il en soit, en déclarant, d'une manière absolue, qu'en droit le mineur n'a pas d'autre domicile que celui du tuteur, et en faisant application de ce principe à l'espèce proposée, la cour nous paraît avoir méconnu le véritable esprit de la loi dont elle avait fait une bien plus juste application dans ses précèdents arrêts. Nous persistons donc à penser, avec les auteurs que nous avons cités et avec la première jurisprudence de la Cour de cassation, que lorsqu'il devient nécessaire d'assembler le conseil de famille, soit pour remplacer le tuteur décédé. soit pour procéder à sa destitution, soit pour toute autre cause, le conseil doit être convoqué, non devant le juge de paix du domicile légal (actuel) du mineur ou de l'interdit, mais devant celui du domicile qu'avait le mineur ou l'interdit lors de l'ouverture de la tutelle.

12. Nous citerons, pour compléter la justification de notre opinion, les considérants de l'arrêt de la Cour de cassation, du 23 mars 1819, qui nous paraissent résumer parfaitement toutes les raisons de décider en faveur du système que nous adoptons. « La cour..... yu l'art. 406 du Code civil; considérant qu'aux termes de cet article, le tuteur doit être nommé par un conseil de famille convoqué devant le juge de paix du domicile du mineur; que, par ce domicile, l'article désigne formellement le domicile naturel du mineur, puisque, de sa disposition combinée avec celle de l'art. 405, il résulte que le domicile dont il parle est celui acquis au mineur avant toute nominaion utile de tuteur; que le conseil de famille

qu'il indique est également un conseil pris dans ce domicile, puisque, suivant les articles 407 et 409, il doit être composé, outre le même juge, de parents et alliés pris dans la commune où la tutelle est ouverte, et dans la distance de deux myriamètres, ou, à défaut de ceux-ci, de citovens de la même commune connus pour avoir eu des relations d'amitié avec le père ou la mère du mineur: que cette attribution étant générale et absolue, comprend les nominations successives de tuteur comme la première;

» Qu'on ne peut induire rien de contraire de la disposition de l'article 108, suivant lequel le mineur a son domicile chez son tuteur, puisque cette disposition n'a pour objet de régler le domicile du mineur que pour la gestion du tuteur; d'où il suit que ce domicile cessant par la mort du tuteur, le domicile naturel du mineur reprend sa force, et doit régir la nomination du nouveau tuteur: qu'enfin, si le conseil de famille devait suivre les juges de paix des divers domiciles que pourraient prendre successivement les tuteurs, il pourrait s'ensuivre l'inconvénient grave de soustraire les tuteurs à la surveillance naturelle du véritable conseil de famille, et de livrer le mineur à l'arbitraire de conseils étrangers à sa personne et indifférents à ses intérêts, tandis que, en général, cet inconvénient cesse par l'attribution de toutes ces nominations à un conseil de famille composé de la manière prescrite par les articles 407 et 409, et convoqué devant le juge de paix du domicile naturel du mineur, conformément à l'article 406. »

13. Mais Toullier, dont nous avons cité plus haut les paroles, admet une autre distinction : « Nous disons que l'assemblée devrait être convoquée devant le juge de paix du lieu où se serait faite la première nomination d'un tuteur, car il en serait autrement si le conseil de famille ne s'était assemblé que pour nommer un subrogé-tuteur au survivant des père et mère; dans ce cas, si le survivant avait changé de domicile et venait à mourir avant la majorité de ses enfants, sans avoir nommé un tuteur, ce serait devant le juge de paix de son dernier domicile qu'il faudrait convoquer le conseil pour nommer un tuteur pendant tout le temps de la minorite. » (ibid., nº 1114.) Cette opinion est partagée par plusieurs auteurs (Zachariæ, t.1er, § 94; Duranton, t. 3, nº 453).

La jurisprudence a varié sur cette distinction. Tantôt la Cour de cassation a décidé que le domicile du mineur était celui du dernier décédé de ses père et mère, et que la convocation devait avoir lieu devant le juge de paix de ce domicile (10 août 1825, S.-V. 26. 1. 139; J. P. 3° édit.; D. P. 25. 1. 405); tantôt, revenant sur cette doctrine, elle a jugé que le conseil ne pouvait être convoqué que devant le juge de paix du canton dans lequel la tutelle s'était ouverte par le décès de l'un des deux conjoints, et elle a cassé un arrêt de la cour de Besançon qui avait adopté une autre opinion (11 mai 1842, S.-V. 42. 1.661; J. P. 1842, 1.711; D. P. 42. 1. 217).

Ceux qui enseignent que le conseil de famille peut être convoqué au domicile du dernier mourant des père et mère, et établissent ainsi une distinction entre la tutelle légale et la tutelle dative, se fondent sur ce que la tutelle des enfants mineurs non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère, chez lesquels ces mineurs ont leur domicile aux termes de l'article 108; ils ajoutent qu'aucune disposition légale n'interdit au père ou à la mère survivant la faculté de changer le domicile qu'ils avaient à l'époque où la tutelle s'est ouverte; qu'en cas de tutelle légale, partout où se transporte le père ou la mère, là se trouve nécessairement le siège des affaires du pupille; là seulement se rencontrent tous les genres de protection dont la loi veut l'entourer.

Mais il faut remarquer qu'il suffirait alors au survivant des père et mère, quand il aurait des intérêts opposés à ceux du mineur, de changer de domicile pour se soustraire à la vigilance du conseil de famille le plus porté, par son intérêt personnel et par l'affection qu'on lui suppose pour le mineur, à exercer une active surveillance.

Au surplus, la loi n'a point fait de distinction; et l'article 421, qui oblige le survivant des père et mère, tuteur légal, à convoquer le conseil de famille pour la nomination du subrogé-tuteur, ordonne que ce conseil soit composé comme il est dit à la section 4, c'est-à-dire du juge de paix du domicile d'origine, et de six parents ou amis, pris dans la commune où la tutelle s'est ouverte (Valette sur Proudhon, t. 2, p. 314).

14. En règle générale, on ne peut nommer qu'un seul tuteur; cependant l'article 417 dispose que « quand le mineur, domicilié en

France, possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur, et qu'en ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective. »

15. La loi ne dit pas dans quel lieu ni par qui ce protuteur sera nommé; d'où Toullier conclut (t. 2, p. 332) que le protuteur doit régulièrement être nommé dans le lieu où s'assemble le conseil de famille pour choisir un tuteur.

Mais cet auteur ajoute que si le protuteur nommé s'excuse, ou, ce qui est la même chose, si le conseil de famille n'en a point nommé, il doit en être nommé un dans le lieu de la situation des biens.

Lors de la discussion au Conseil d'état, la commission proposait de faire nommer le protuteur dans le pays où le mineur aurait les biens que ce protuteur devait administrer. M. Tronchet proposa au contraire de faire toujours nommer le protuteur par le conseil de famille qui nommait le tuteur. M. Cambacérès proposa de faire remplacer le protuteur, quand il s'excuserait, par le conseil qui serait assemblé dans le lieu de la situation des biens.

Cet amendement fut adopté; et c'est sans doute sur cette adoption que Toullier fonde sa doctrine. Mais il est à remarquer que le Code civil n'a point consacré la disposition de cet amendement, qui dès lors n'a aucune force légale; et nous persistons à penser que, dans tous les cas, le protuteur ne peut être nommé que par le conseil de famille du lieu où la tutelle s'est ouverte, puisque, ainsi que nous l'avons vu, ce conseil est seul compétent pendant toute la durée de la tutelle.

16. La cour de Paris a décidé que le tribunal saisi de la demande en interdiction était compétent pour recevoir l'avis du conseil de famille; qu'il n'était pas nécessaire que ce conseil s'assemblât devant le juge de paix; qu'il pouvait s'assembler devant le président du tribunal, en la chambre du conseil (15 mai 1813, S. V. 14. 2. 23; J. P. 3° édit.; D. A. 9.538). A l'appui de sa décision, elle invoque l'art. 496.

Cette solution paraît résulter en effet de cet article, qui porte « qu'après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le président interrogera le défendeur en la chambre du conseil; » ce qui semble indiquer que, dans ce cas spécial, c'est ce magistrat qui doit présider le conseil de famille et exercer les fonctions que la loi confère au juge de paix dans les autres circonstances. Mais elle ne peut se concilier avec l'art. 494, qui règle expressément le cas où le conseil de famille est assemblé pour donner son avis sur l'interdiction, et ordonne de composer le conseil comme en matière de tutelle ordinaire, et par là défère la présidence au juge de paix. L'art. 494 est le seul qui régisse cete matière. Le mot reçu de l'art. 496 ne peut s'entendre que d'une réception matérielle, c'est-à-dire de la réception du procès-verbal; autrement, il y aurait antinomie dans la loi, et les antinomies ne peuvent exister que lorsqu'il y a impossibilité de concilier les textes: or, ici tout se concilie en laissant aux mots leur sens grammatical.

17. Le tribunal de première instance de Bordeaux avait annulé la délibération d'un conseil de famille; il avait ordonné qu'un nouveau conseil serait convoqué; et, en raison des graves difficultés qui pouvaient s'élever dans le sein du conseil, il avait commis un des membres du tribunal pour le présider. Mais la cour de Bordeaux, devant laquelle l'appel de ce jugement fut porté, a rétabli les vrais principes et ordonné que le conseil s'assemblerait devant le juge de paix, conformément aux dispositions de la loi. (Bordeaux, 6 mess. an XII, S.-V. 4. 2. 150; J. P. 3'e édit.; D. A. 12. 700.)

18. Toutefois, nous devons reconnaître qu'il peut se présenter des circonstances où le conseil de famille devra s'assembler devant un autre juge de paix : par exemple, si le juge de paix du domicile du mineur ne pouvait entrer dans la composition du conseil de famille, s'il se trouvait; ainsi que ses suppléants, dans l'un des cas d'exclusion prévus par le § 4 de l'art. 442, dont nous parlerons plus loin, il est bien certain que le tribunal de première instance aurait, dans ce cas, le droit de réunir le conseil devant le juge de paix d'un autre canton. La question s'est présentée devant la cour de Metz, dans une espèce où le juge de paix du domicile d'un mineur ayant refusé de voter, le tribunal civil. à défaut de suppléant de la justice de paix du canton, désigna le juge de paix d'un autre canton pour présider le conseil de famille. La délibération qui eut lieu devant ce juge de paix fut attaquée plus tard par le subrogé tuteur du mineur, sur la requête duquel avait

été rendu le jugement qui avait désigné le juge de paix devant lequel avait été prise la délibération. La question de fond fut écartée par une double fin de non recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, résultant de l'exécution du jugement et de l'irrécusabilité du subrogé tuteur, qui avait provoqué la mesure qu'il attaquait alors. (Metz, 20 avril 1820, S.-V. 21. 2. 339; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 711.) Nous pensons que si la cour eût statué au fond, elle eût dû maintenir également la validité de la délibération.

- § 2. Du nombre de parents qui doivent former le conseil de famille. Conditions pour y être admis. Ordre dans lequel les parents doivent être appelés. Exclusions.
- 19. Le conseil de famille doit être composé, aux termes de l'art. 407, de six membres ayant voix délibérative, non compris le juge de paix (1). Ce nombre n'est pas cependant indispensable pour la validité des délibérations, car l'art. 415 permet au conseil de délibérer, lorsque les trois quarts des membres convoqués sont présents; mais il est essentiel que six membres aient été convoqués.
- 20. Sous l'ancienne législation, les assemblées de famille se composaient de huit à douze parents, ainsi que l'atteste Despeisses (t. 1, p. 488, n° 3). Le nouveau Code ne permet pas de faire entrer dans la composition du conseil de famille au delà de six parents, non compris le juge de paix; c'est en effet ce qui résulte de la discussion à laquelle cet article a donné lieu.
- « La commission, dit Locré (t. 5, p. 80), proposait d'appeler indistinctement tous les parents et alliés présents, jusqu'au quatrième degré inclusivement, quel que fût leur nombre et à quelque ligne qu'ils appartinssent; ils devaient cependant être au moins au nombre de six, et s'ils n'atteignaient pas ce nombre, des amis les suppléaient. Les cours d'appel d'Amiens, de Bruxelles, de Colmar et de Nancy demandaient qu'on fixât un maximum. Elles disaient que si l'on appelait tous les parents et tous les alliés, on pourrait avoir une

<sup>(1)</sup> Lorsque le conseil de famille est appelé à donner son avis sur la réduction de l'hypothèque légale de la femme, il ne doit plus se composer que de quatre parents (art. 2144).

assemblée composée de trente à quarante personnes, et de là seraient résultés deux effets préjudiciables au mineur : d'une part, il serait difficile d'assurer la tranquillité de l'assemblée; de l'autre, on surchargerait le mineur de frais inutiles. La justesse de ces observations fut sentie, et la section proposa de composer le conseil de famille de six personnes au plus, de quatre au moins. »

Le législateur ne voulut point laisser indéterminé le nombre des membres du conseil de famille : l'art. 407 du Code civil l'a fixé à six membres.

21. Si le conseil était composé d'un plus grand nombre, la délibération serait-elle nulle? Cette question a été agitée devant la cour royale d'Amiens. On soutenait que le nombre de parents fixé par la loi était, à la vérité, de rigueur, en ce qu'il ne pouvait être au-dessous de six, mais qu'il n'était pas tellement limitatif qu'il ne pût être augmenté; qu'en supposant que la loi ne comptât pour rien le nombre des parents excédant celui de six, leur concours ne pouvait être considéré que comme une surabondance qui ne devait pas vicier la délibération, d'après la maxime : utile per inutile non vitiatur; que, d'ailleurs, un tel concours de parents garantissait de plus en plus les intérêts du mineur, et ne pouvait, par conséquent, rien présenter de contraire à la loi.

Malgré ces observations, la cour d'appel n'en déclara pas moins la délibération nulle. (Amiens, 11 fructidor an XIII, S.-V. 7. 2. 863; J. P. 3° édit.; — V. Bousquet, Des conseils de famille, sur l'art. 407.)

On ne peut se dissimuler que cette décision ne soit conforme à l'esprit de la loi. « Pour parvenir à une bonne organisation des conseils de famille, disait l'orateur du gouvernement (M. Berlier) au corps législatif, il a paru nécessaire de les rendre peu nombreux; ce serait donc former des conseils défectueux que de les rendre plus nombreux que la loi ne l'a permis. »

Mais, de plus, elle trouve sa justification implicite dans la disposition de l'art. 407, qui veut que l'on préfère le parent à l'allié du même degré; et, parmi les parents du même degré, le plus âgé à celui qui le serait le moins. Pourquoi cette préférence, et pourquoi ne pas faire entrer également le parent et l'allié, et surtout tous les parents du même degré? Pourquoi surtout l'art. 410, en auto-

risant le juge de paix à permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents, veut-il que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre réglé par les art. 407, 408 et 409? C'est évidemment parce qu'il a entendu fixer une limite qu'on ne pût franchir sans se mettre en opposition manifeste avec la loi, et sans entacher les opérations de nullité.

22. Cependant les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines sont exceptés de la limitation de nombre posée en l'art. 407. S'ils sont six ou au delà, ils sont tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls, avec les veuves d'ascendants et les ascendants valablement excusés, s'il y en a; s'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil. (C. civ., 408.)

23. Ainsi, quel que soit le nombre des frères germains et des maris des sœurs germaines, ils sont tous membres du conseil de famille et doivent être également convoqués, concurremment avec les ascendantes veuves et les ascendants valablement excusés, à quelque nombre que les uns et les autres s'élèvent, et de quelque nombre qu'ils excèdent celui de six.

24. Nous disons les ascendantes veuves, parce que nous ne pensons pas que le législateur ait voulu appeler au conseil de famille les secondes femmes des ascendants, bien qu'il semble qu'on pourrait l'induire des expressions veuves d'ascendants dont s'est servi l'art. 408. Il est en effet à remarquer que. dans le projet, on avait mis les ascendantes. ce qui excluait évidemment les ascendantes par alliance, et que l'on substitua à ce mot celui de veuves d'ascendants, seulement sur l'observation qui fut faite, que les ascendantes mariées pourraient être appelées concurremment avec leurs maris; ce qui n'était pas dans le vœu de la loi. (Zachariæ et ses annotateurs, t. 1, p. 190.)

25. Quant aux ascendants valablement excusés de la tutelle légale, ils sont, comme les ascendantes veuves, appelés au conseil de famille plutôt par déférence que comme membres nécessaires. Ils sont libres d'y assister ou non (1). Le conseil sera donc, malgré

<sup>(1)</sup> Contra, Valette sur Proudhon (Traité des personnes, t. 2, p. 311).

leur présence, composé d'après les règles indiquées (c'est-à-dire composé d'au moins six membres, au nombre desquels ils ne sont pas comptés), et pourra, malgré leur absence, valablement délibérer. Les ascendants non valablement excusés font partie des six membres nécessaires qui doivent composer le conseil de famille. (Toullier, t, 2, n° 1111; Zachariæ, t. 1, p. 190; Duranton, t. 3, p. 460.)

26. Nous ne pensons pas, du reste, que les ascendantes par alliance doivent toujours être exclues du conseil de famille. S'il y avait plusieurs mineurs qui ne fussent pas tous du même lit, il faudrait appeler au conseil tous les ascendants qui représenteraient les deux lits, parce que la loi n'établit aucune distinction entre eux, et que les ascendants qui représentent chaque lit ont le même intérêt à la conservation de la fortune des mineurs, qui restent presque toujours dans l'indivi-

sion jusqu'à leur majorité.

27. Faudrait-il appeler également les maris des sœurs germaines, si celles-ci étaient décédées sans postérité? Sans nul doute; car la mort, sans enfants, du conjoint qui produisait l'affinité ne fait pas cesser tous les rapports d'alliance. (V. Alliance, §§ 2 et 4); à plus forte raison faudrait-il le décider ainsi, s'il existait des enfants ou descendants (Rouen, 28 août 1809, S .- V . 9. 2. 385; J. P. 3e édit.; D. A. 12. 716; - Bruxelles, 11 juin 1812, S.-V. 13. 2. 220; J. P. 3º édit.; D. A. 12. 717; - Cass. 24 fév. 1825; S.-V. 25. 1. 273, J. P. 3º édit.; D. P. 25. 1. 119; - id., 16 juill. 1810, S .- V. 16. 1. 355; J. P. 3e édit. V. aussi Valette sur Proudhon, Traité des personnes, t. 2, p. 315.)

28. Doit-on y appeler aussi tous les neveux enfants des frères germains? Delvincourt (t.1er, p. 276, no 7, notes) soutient l'affirmative, en appuyant son opinion d'un arrêt de la Cour de cassation, du 16 juillet 1810, cité no 27, qui a décidé que les enfants des frères germains appartiennent également à la ligne paternelle et à la ligne maternelle. Mais nous ne pensons pas que cette considération suffise pour les excepter de la limitation de nombre posée en l'art. 407, puisque l'art. 408 ne les

excepte pas formellement.

29. Il résulte des dispositions de l'art. 408 que les frères germains, les maris des sœurs germaines, les ascendantes veuves doivent être nécessairement convoqués. On avait prétendu qu'il n'en était ainsi,

à l'égard des ascendantes veuves, que lorsque le conseil se composait exclusivement de frères germains. Mais cette doctrine, évidemment contraire à l'esprit des art. 407 et 408. a été repoussée par la jurisprudence (Colmar, 27 avril 1813, S.-V. 14. 2. 48; J. P. 3º édit.; D. A. 12. 717; - Toulouse, 5 juin 1829, S.-V. 29, 2, 313; J. P. 3º édit.; D. P. 29. 2. 252). Comment supposer, en effet, que le législateur exige la convocation des ascendantes veuves, quand le conseil se compose exclusivement de frères germains, et qu'il cesse de l'exiger, quand il se compose de parents plus éloignés? Disons plutôt, avec ces deux cours, qu'à plus forte raison, les ascendantes veuves, et surtout la mère, quand elle est vivante, doivent faire partie de l'assemblée, puisque naturellement elles portent une plus vive affection au mineur sur les intérêts duquel il s'agit de statuer, et que l'on ne peut, sans entraîner la nullité de la délibération. négliger de les convoquer.

30. Dans tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque le conseil de famille ne sera pas exclusivement composé des frères germains, des maris des sœurs germaines, des ascendants ou des ascendantes veuves, les membres de ce conseil ne pourront pas, à peine de nullité, excéder le nombre de six, non compris le juge de paix. — V. suprà, nº 21.

31. La loi appelle à composer le conseil de famille les parents, les alliés, les amis. L'art. 407 appelle d'abord les parents, pris tant dans la commune où la tutelle s'est ouverte que dans la distance de deux myriamètres, en suivant l'ordre de proximité dans les degrés. Ainsi le conseil devra d'abord se composer de tous les frères germains, des maris des sœurs germaines, de tous les ascendants, qu'ils soient ou non excusés de la tutelle, et des ascendantes veuves, sauf à celles-ci et aux ascendants valablement excusés à ne pas se présenter, s'ils le jugent à propos. Il n'y aura lieu d'appeler les autres parents que dans le cas où ceux-ci ne donneraient pas un nombre suffisant de membres pour composer le conseil.

Telle est l'opinion de M. Proudhon (Traité des personnes, t. 2, p. 311). M. Valette, son commentateur, enseigne au contraire que les ascendantes veuves et les ascendants valablement excusés ne comptent pas dans la formation du nombre légal de six, « parce que, dit-il, dès le moment qu'ils ont eu besoin de se

faire excuser de la tutelle, ils ne peuvent présenter assez de garantie, d'activité, d'attention d'esprit et d'assiduité aux séances du conseil pour qu'on les admette à figurer dans le nombre indispensable de six membres. » Cela serait vrai, si la loi n'admettait d'autre excuse que celle de l'âge; mais nous voyons, au contraire, qu'on peut s'affranchir de la tutelle pour des causes qui supposent toute lucidité dans l'esprit et l'intelligence, par exemple, lorsqu'on invoque les fonctions publiques dont on est investi. D'un autre côté, les charges de la tutelle sont bien plus onéreuses que celles des membres du conseil de famille; celles-ci exigent moins d'assiduité, d'activité: on conçoit donc qu'on puisse être affranchi des unes sans être dispensé des autres.

Mais les ascendants, les frères germains et autres parents ne doivent être nécessairement convoqués qu'autant qu'ils sont domiciliés dans le rayon de deux myriamètres de la commune où la tutelle s'est ouverte; s'ils sont domiciliés hors de ce rayon, l'art. 407 donne au juge de paix le droit d'appeler les alliés, et, à défaut des uns et des autres, il peut appeler soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (art. 409); mais il faut que ceux-ci soient domiciliés dans la commune même; à leur défaut, on devrait recourir au principe général, et appeler des parents plutôt que des amis.

32. La loi a tracé l'ordre dans lequel les parents doivent être appelés. Il n'en est pas ainsi des amis. L'art. 409 charge le juge de paix de les désigner. Ce droit n'appartient qu'à ce magistrat (Besançon, 9 avril 1808, S.-V. 9. 2. 158; J. P. 3e édit.; D. P. 12. 715). Cependant, comme il peut ne pas connaître les relations d'amitié des père et mère du mineur avec les divers citoyens de leur commune, rien n'empêche qu'après s'être entouré de renseignements suffisants, il n'accepte comme amis ceux qui lui sont présentés à ce titre. En agréant cette désignation, il se l'approprie et donne, comme l'a dit la cour de Colmar, un caractère officiel à une convocation qui, dans son principe, n'était qu'officieuse. (14 juill. 1836, S.-V. 37. 2. 231; J. P. 1837. 2. 434; D. P. 37. 2. 179.)

Mais en autorisant la vocation d'amis, quand les parents résideront hors du rayon

de deux myriamètres, la loi n'a pas entendu priver ces parents du droit d'entrer dans la composition du conseil; elle a seulement voulu donner au juge de paix le pouvoir d'éviter leur déplacement. Si ces parents veulent renoncer à cette espèce de dispense, établie par la loi en leur faveur, et se présenter volontairement, en personne ou par fondés de pouvoirs, l'intérêt des mineurs, le seul à considérer, exige qu'ils soient admis à faire partie du conseil de famille (Besançon, 26 août 1808, S.-V. 7. 2. 865; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 715); parce que, lorsqu'ils se présentent, les amis ne sont plus nécessaires, et que ceux-ci ne sont, d'après l'art. 409, appelés qu'à leur défaut.

Cependant l'opinion contraire a été consacrée par la cour de Rouen; elle a jugé que le juge de paix ne pouvait être contraint par des parents plus proches, mais domiciliés hors du rayon, à les admettre au conseil de famille (Rouen, 29 novembre 1816, S.-V. 17. 2. 76; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 715). Cette décision ne nous paraît pas juridique; les articles 407 et 409 combinés sont trop décisifs (V. Bousquet, ibid. sur l'art. 409; — contrà, Chardon, De la puiss. tutél., n° 317.)

33. Faut-il que le procès-verbal constate les causes qui ont fait appeler des amis au lieu de parents? La cour d'Aix a jugé que, lorsqu'il est muet à cet égard, il y a présomption légale que les parents, s'il en existe, ont eu des motifs pour refuser, ou le juge de paix des motifs pour les récuser (19 mars 1835, S.-V. 35. 2. 478; J. P. 3° édit.; D. P. 35. 2. 166). De même, la cour de Turin a décidé qu'une délibération n'était pas nulle, par cela seul qu'il n'y avait pas été fait mention de la cause pour laquelle les parents les plus proches des mineurs n'y avaient pas été appelés (5 mai 1810; S.-V. 11. 2. 37; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 714).

Si l'on admettait cette doctrine, il serait impossible de faire jamais annuler la délibération d'un conseil de famille, quelque irrégulière et défectueuse que fût sa composition; car on ne manquerait pas de trouver, dans cette présomption légale, la justification de toutes les irrégularités dans la composition des conseils. Les amis eussent-ils été préférés aux plus proches parents, et même au père ou à la mère, que l'on soutiendrait qu'il y a présomption légale qu'ils ont été excusés ou récusés. Il ne peut en être ainsi : on ne peut, à l'aide d'une présomption, qui n'est ni dans

l'intention du législateur, ni écrite dans le texte de la loi, frustrer les pupilles des garanties qui leur sont dues, et que la loi leur donne en composant les conseils de famille selon les règles qu'elle prescrit.

34. Il peut arriver qu'il y ait sur les lieux un nombre suffisant de parents, et que cependant il soit de l'intérêt du mineur d'appeler des parents ou alliés résidant hors des distances légales. Dans ce cas, la loi donne au juge de paix le droit d'appeler les parents, à quelque distance qu'ils soient domiciliés; mais il faut que ces parents soient d'un degré supérieur, ou tout au moins d'un degré égal à celui des parents qui se trouveraient sur les lieux. La loi donne ici un simple droit au juge de paix; mais ce magistrat devrait toujours l'exercer, quand les parents proches, par exemple, les frères ou les ascendants se trouvent domiciliés hors du rayon. Dans ce cas, on doit avoir le soin de retrancher quelquesuns des parents résidant dans la commune, de manière à ce que le conseil ne se compose pas de plus de six membres, à l'exception toutesois du cas prévu par l'art. 408.

35. Dans quelles branches ces parents doivent-ils être pris? Merlin nous apprend que les assemblées de famille étaient autrefois composées de manière à donner la prépondérance à la ligne paternelle, et qu'à cet effet, on appelait quatre parents du côté du père, tandis qu'on n'en appelait que trois du côté de la mère. (Rép., v° Avis de parents.) Despeisses (t. 1er, p. 448) dit au contraire que l'on conservait une balance exacte, et qu'on appelait trois ou quatre parents de chaque côté.

Quoi qu'il en soit des anciens usages, la loi nouvelle a voulu éviter la prépondérance d'une ligne sur l'autre, et pour cela, l'article 407 ordonne de prendre les membres du Conseil. moitié du côté paternel et moitié du côté maternel, en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne, de sorte que, quand même le mineur aurait six oncles paternels, on serait tenu d'appeler trois parents du côté maternel, bien qu'ils fussent d'un degré plus éloigné; qu'on serait même obligé de recourir à des amis pour représenter la ligne maternelle, à défaut deparents ou alliés, quel que fût le nombre de parents paternels et leur degré de proximité. La loi exige impérieusement que chaque ligne soit représentée également; on ne pourrait donc appeler les parents de la ligne paternelle pour représenter ceux de la ligne maternelle.

car la ligne paternelle se trouvant déjà représentée, ce serait lui accorder une double représentation et lui donner la prépondérance sur l'autre ligne, ce que la loi a voulu précisément éviter. (Colmar, 14 juillet 1836, S.-V. 37. 2. 231; J. P. 1837. 2. 344; D. P. 37. 2. 179).

36. La loi appelle tous les frères germains, et ce n'est qu'au cas où ils sont en nombre inférieur à celui prescrit par l'article 407, que d'autres parents sont appelés. De ce que les frères germains sont parents dans les deux lignes, la cour de Rouen et la Cour de cassation ont conclu qu'ils étaient aptes à représenter l'une ou l'autre, et qu'ils pouvaient être mis indifféremment au nombre des parents paternels ou maternels (Rouen, 28 août 1809, S.-V. 9. 2. 385; J. P. 3° édit.; — Cass. 10 août 1815, S.-V. 15. 1. 411; J. P. 36 édit.; D. A. 12. 717). Les placer ainsi et les compter dans une seule ligne, serait, suivant nous, restreindre leur parenté et leurs droits, et amener précisément ce que la loi a voulu éviter, la prépondérance d'une ligne sur l'autre. Ainsi, dans l'espèce de la Cour de cassation, on avait composé le conseil de deux frères germains du mineur, d'un parent paternel et de trois parents maternels. Cette composition avait pour effet de donner la prépondérance à la ligne maternelle. Loin de compter indifféremment les frères germains pour l'une ou l'autre ligne, on doit les compter également pour toutes les deux, et, dans l'espèce, il fallait composer le conseil des deux frères germains, et de quatre parents pris moitié du côté paternel et moitié du côté maternel.

Si le nombre nécessaire pour compléter le conseil est un nombre pair, on doit prendre un nombre égal dans chaque ligne; mais s'il était impair, nous reconnaissons avec Toullier (t. 3, p. 325, n° 1111) qu'on pourrait en prendre deux dans une ligne et un dans l'autre, et appliquer ici le principe que les deux frères appartiennent également aux deux lignes. Il n'y aurait pas, du reste, d'autre manière de procéder, puisque le conseil ne peut se composer de plus de six membres, excepté dans le cas où les frères germains et les ascendants ou ascendantes veuves excèdent ce nombre.

37. Lorsque le conseil de famille est appelé à délibérer sur les intérêts d'un enfant naturel mineur, ou dont l'interdiction est provoquée, on ne peut évidemment exiger qu'il soit composé des parents les plus proches, puisque

les enfants naturels n'ont point de famille, qu'ils n'ont d'autres parents que leurs père et mère; il suffit donc que, dans ce cas, ce conseil soit composé uniquement de personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec les père et mère de l'enfant naturel. (Cass. 3 sept. 1806, S.-V. 6. 1. 474; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 774.)

38. On ne doit pas cependant conclure de là que le conseil appelé à nommer un tuteur ad hoc à l'enfant désavoué par le mari, puisse être composé uniquement d'amis; car, jusqu'à ce que le désaveu ait été admis, cet enfant est censé légitime; il suffit pour cela qu'il soit né dans le mariage; on doit donc suivre, pour la nomination de ce tuteur, les règles tracées pour les enfants légitimes, et la nomination du tuteur ad hoc serait évidemment nulle, si elle était émanée d'un conseil composé seulement d'amis, quand il se serait trouvé sur les lieux des parents dans la ligne paternelle. (Montpellier, 12 mars 1833, S.-V. 34. 2. 42; J. P. 3º édit.; D. P. 33. 2. 215.) — V. Désaveu de paternité, Enfant naturel.

39. Exclusions.—Ne peuvent être membres du conseil de famille: 1° les mineurs (art. 442), parce que étant eux-mêmes privés de l'exercice des droits civils, et, à cause de la faiblesse de leur âge, sous la puissance d'autrui, il serait singulier, dit Merlin (Rép., v° Avis de parents), qu'ils pussent opiner sur le compte d'un autre mineur. Le père et la mère sont exceptés de cette règle.

Cette exception éprouva même quelque difficulté à la section du tribunat; mais comme le père et la mère sont émancipés de plein droit par le mariage, qui les met hors de la puissance d'un tuteur et les place chefs d'une famille, on pensa qu'ils devaient entrer dans la composition du Conseil pendant le court espace de temps qu'ils ont à parcourir pour atteindre leur majorité.

"2°. La loi exclut du conseil les interdits; cette exclusion atteint même les père et mère qui se trouvent dans cette situation. Le motif qui a fait priver les interdits de l'exercice de leurs droits civils, et qui les a fait placer sous la dépendance d'autrui, existe au même degré pour les rendre impropres à s'immiscer en quoi que ce soit dans l'administration de la personne et des biens des autres."

3°. Les femmes sont également exclues. Il en était de même sous la jurisprudence du parlement de Toulouse, ainsi que nous l'at-

teste Catellan, qui cite un arrêt du 18 janvier 1674. Il est à remarquer que, dans le ressort de ce parlement, les attributions des assemblées de famille étaient très-circonscrites et ne s'étendaient guère au delà de la nomination du tuteur. Mais on doit être peu étonné de cette jurisprudence, à une époque où était admise une espèce de suspicion légale contre la capacité et le discernement de la femme: varium est et mutabile semper concilium feminæ; de sorte que l'on excluait même des assemblées de famille la mère à laquelle on attribuait cependant la tutelle légale. Le Code civil n'est pas tombé dans cette contradiction; s'il a exclu les femmes, il a admis la mère et les ascendantes, qui doivent également être convoquées, bien qu'elles puissent se dispenser d'accepter la tutelle.

4º. L'article 442 exclut encore ceux qui ont, ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis. On concoit cette exclusion : elle a pour effet d'empêcher l'influence que ces personnes pourraient exercer sur les autres membres. Il serait d'ailleurs injuste d'appeler à délibérer sur les intérêts du mineur celui qui les attaque et revendique sa fortune ou lui conteste son état. Bien qu'il ne soit pas permis d'étendre les exclusions, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, nous pensons avec Malleville (t. 1, p. 449) qu'on doit exclure le membre du conseil dont la femme ou les enfants auraient un procès avec le mineur. Deux considérations ont fait prononcer l'exclusion, quand le procès est entre le père et le mineur: c'est à la fois l'affection que le membre du conseil aurait pour son père et, l'intérêt de ce membre appelé à recueillir la succession de son père. Mais cette affection et cet intérêt ne sont pas moindres quand le procès s'agite entre la femme ou les enfants et le mineur, puisque, en cas de décès, le mari peut être appelé à recueillir la succession de son épouse, de même que le père est appelé à recueillir partie de la succession de ses enfants.

Il faut que le procès compromette l'état du mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens. Il ne suffirait donc pas d'un simple procès au possessoire, ni d'un procès qui ne serait relatif qu'à une faible partie de ces biens. Le procès en partage est-il une cause d'exclusion? Cette question s'est présentée devant la cour de Paris; mais cette cour a décidé que les demandes en compte, licitation, liquidation et partage, n'étant que l'effet et l'exercice du droit non contesté de sortir de l'indivision, n'était pas un procès (6 oct. 1809, S.-V. 12. 2. 347).

5°. Aux termes de l'article 443, la condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit l'exclusion de la tutelle et par conséquent du conseil de famille. Sont également exclus de plein droit, les individus frappés de mort civile (art. 25), et ceux auxquels une décision judiciaire a interdit toute participation aux conseils de famille, dans les cas déterminés par les articles 334 et 335 du Code pénal.

6°. L'article 445 interdit l'entrée du conseil à ceux qui sont exclus de la tutelle. Or, aux termes de l'article 444, on doit exclure de la tutelle les gens d'une inconduite notoire. Il semble résulter de là que les gens d'une inconduite notoire doivent être exclus du conseil de famille.

Il faut remarquer que l'exclusion prononcée par l'article 445 ne s'applique qu'aux personnes exclues de la tutelle, et non pas à celles qui sont dans le cas d'être exclues; d'où la Cour de cassation a conclu, avec raison, « que les tribunaux ont bien le droit le plus 'étendu d'examiner les actions d'un tuteur et de les juger, mais que ce droit ne leur est pas donné à l'égard des membres du conseil de famille; qu'ainsi, quand' il s'agit d'un membre de ces assemblées, les tribunaux peuvent bien examiner s'il a encouru l'exclusion ou la destitution d'une tutelle, mais que leur pouvoir est limité à la vérification de ce fait; car, dans les articles dont l'objet est de fixer la compétence, la loi disant que la conduite des tuteurs est soumise à l'examen des tribunaux, et ne répétant pas cette disposition à l'égard des membres du conseil de famille, il est évident, d'après la règle : qui de uno dicit de altero negat, que la loi ne veut pas que les tribunaux connaissent des faits qui tendent à inculper la moralité de ces membres du conseil de famille; que si, sur ces faits, elle défend toute discussion, tout examen judiciaire, il est visible qu'elle leur interdit de juger les individus qui en sont membres, et, par une conséquence nécessaire, de les exclure des conseils, si ce n'est dans les cas spécialement prévus par les articles 442 et 445; qu'en limitant ainsi les

causes d'exclusion, il ne peut en résulter aucun inconvénient sérieux, car, s'il s'élève contre les actes d'un conseil de famille des réclamations fondées, les tribunaux ont toute l'autorité pour annuler ces actes et faire complétement droit aux parties lésées; que la faculté de juger les membres des conseils de famille et de les exclure arbitrairement, ne serait propre qu'à susciter des délations, semer la division parmi les parents, blesser sans nécessité la réputation des citoyens, et causer un scandale public; qu'il est de la sagesse des tribunaux de prévenir ces désordres, et que le repos des familles l'exige. » (Cass. 13 oct. 1807, S.-V. 7. 1. 473; J. P. 3º édit .: D. A. 9. 548.) Cette décision se justifie par elle-même et rend toute discussion superflue. (V. en outre, Besançon, 26 août 1806, S.-V. 7. 2. 166; J. P. 3º édit.; D. A. 12. 715 et 718. — Proudhon, ibid., p. 308.)

M. Delvincourt (t. 1, p. 277, note 8) veut appliquer la disposition de l'article 445 à la veuve qui a convolé sans se faire confirmer dans la tutelle. Mais cette opinion, contraire à la doctrine de Bousquet (loc. cit., p. 63) et de la cour de Bruxelles (30 mai 1810, S.-V. 10. 2. 397; J. P. 3° édit.), ne nous paraît pas admissible. Il ne faut pas, en effet, isoler l'article 445 de ceux qui le précèdent; et dès lors il est évident que cet article, en déclarant que l'individu exclu ou destitué d'une tutelle ne peut faire partie d'un conseil de famille, se réfère aux cas d'exclusion qu'énumèrent les articles 442, 443 et 444. D'ailleurs, la mère qui convole n'est ni exclue ni destituée de la tutelle; elle n'est pas continuée dans la tutelle, ce qui est bien différent.

7°. La loi prononce encore une exclusion spéciale lorsque le conseil est assemblé pour donner son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est provoquée, ou à laquelle il s'agit de donner un conseil judiciaire. « Ceux qui auront provoqué l'interdiction, dit l'article 495 du Code civil, ne pourront faire partie du conseil. Cependant l'époux ou l'épouse, et les enfants de la personne dont l'interdiction sera provoquée, pourront y être admis sans y avoir voix délibérative. »

Quelques doutes se sont élevés sur le sens dans lequel on doit interpréter cet article. Les enfants et le conjoint sont-ils absolument et dans tous les cas privés du droit de délibérer, ou cette exclusion ne les frappe-t-elle que lorsqu'ils ont provoqué eux-mêmes l'interdiction ou la dation du conseil judiciaire? Toullier (t. 2, nº 1322), Locré (Esprit du Code civil, t. 5, p. 335), Favard de Langlade (Rép., vº Interdiction) et la cour de Colmar (14 juillet 1836, S.-V. 37. 2. 231; J. P. 1837. 2. 434; D. P. 37. 2. 179), ont vu dans cet article une exclusion absolue qui ne permettait, dans aucun cas, ni aux enfants ni aux conjoints, de prendre part à la délibération du conseil de famille, tandis que Delvincourt (t. 1, p. 323, notes), Rolland de Villargues (Rép. du notariat, vº Interdiction, nº 19), Proudhon (t. 2, p. 312), Duranton (t. 3, nº 729), la cour de Bruxelles (20 juillet 1812, S.-V. 13. 2. 67; J. P. 3e édit,; D. A. 9. 550), la Cour de cassation (13 mars 1833, S.-V. 33. 1. 257) et la cour de Rouen (30 nov. 1836, S.-V. 37. 2. 88; J. P. 1837. 2. 436; D. P. 37. 2. 179), décident au contraire que cet article n'est relatif qu'à ceux des parents qui ont provoqué l'interdiction ou la dation du conseil judiciaire.

« Considérant que l'article 514 C. civ., dit la Cour de cassation (arr. du 13 mars 1833), renvoie, pour l'instruction et le jugement des dations de conseil judiciaire, aux articles relatifs aux causes d'interdiction; que l'art. 494 renvoie, pour la formation du conseil de famille en matière d'interdiction et de conseil judiciaire, au mode déterminé par les articles 407 et 408; que l'art. 407 dispose d'une manière générale que ledit conseil sera composé de six parents ou alliés les plus proches, par conséquent des enfants qui sont au premier degré: qu'aucun article ne prononce l'exclusion des enfants dans le conseil de famille, convoqué en matière d'interdiction; que l'article 495, qui suit immédiatement l'art. 494 relatif à la formation des conseils, n'est relatif lui-même qu'à ceux des parents qui ont provoqué l'interdiction; que cet article est composé d'un seul alinéa et de deux membres de la même phrase, qui sont liés l'un à l'autre, dépendants l'un de l'autre, liés par le mot cependant; et que le sens de la phrase n'est autre que celui-ci : ceux qui ont provoqué l'interdiction ne pourront faire partie du conseil de famille, et cependant l'époux ou les enfants, qui auront provoqué cette interdiction, seront admis avec voix consultative, ce qui est une disposition exceptionnelle; et qu'on ne peut, par conséquent, tirer de cet article seul, un motif de les priver du vote délibératif, quand ils ne sont point les provocateurs de l'interdiction.»

Nous considérons qu'en prononçant ainsi, la Cour de cassation a sainement interprété la loi, et nous maintenons avec elle et les auteurs que nous avons cités, qu'en matière d'interdiction ou de dation de conseil judiciaire, le conjoint et les enfants sont appelés à faire partie du conseil avec voix délibérative, à moins qu'ils n'aient eux-mêmes provoqué l'interdiction ou la dationțdu conseil judiciaire, cas auquel ils ne perdent pas le droit d'assister au conseil, mais ils n'y assistent alors qu'avec voix consultative.

40. La Cour de cassation a jugé, par le même arrêt, qu'en matière de prohibition les lois ne pouvaient être étendues, et que, ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article, les gendres n'étaient compris dans le mot enfants; que dès lors, en supposant que les enfants fussent exclus du droit d'être membres délibérants du conseil de famille, quoiqu'ils n'eussent pas provoqué l'interdiction, cette exclusion, relative aux enfants, ne saurait être étendue aux gendres.

41. On avait voulu appliquer la disposition de l'art. 495 aux parents, subrogé tuteur et juges de paix, qui provoquent la destitution du tuteur. On soutenait que, nul ne pouvant être juge et partie dans sa propre cause, celui qui demandait la destitution du tuteur ne pouvait pas voter sur cette destitution. Mais ce système ne pouvait se concilier avec l'art. 446, qui, en autorisant le juge de paix à poursuivre lui-même d'office la destitution, ne défère pas la présidence à un autre magistrat. C'était donc reconnaître qu'il devait rester au conseil, partant, qu'il devait en être de même des autres parents contre lesquels l'exclusion n'est prononcée par aucun texte de loi. Il n'y a d'ailleurs aucune parité entre ce cas et celui de l'article 495: dans l'un, la provocation n'est que l'effet de la volonté du parent poursuivant, tandis que, dans l'autre, le subrogé tuteur exerce un ministère forcé et ne fait que remplir l'obligation que l'art. 446 du Code civil lui impose. (Rennes, 14 fév. 1810, S.-V. 12. 2. 424; J. P. 3º édit.; D. A. 12. 731; - Rouen, 17 nov. 1810, S.-V. 11. 2. 86; J. P. 3° édit.; — Cass. 12 mai 1830, S.-V. 30. 1. 346; J. P. 3e édit.; D. P. 30. 1. 240.)

42. On avait encore voulu exclure du conseil de famille le parent qui a intérêt à ce que l'interdiction ne soit pas prononcée; mais

comme la loi ne prononce pas son exclusion. la cour de Caen a décidé, avec raison, qu'il peut entrer dans la composition de ce conseil. (15 janv. 1811, S.-V. 12. 2. 206; J. P. 3º éd.; D. A. 9. 539.)

43. Tels sont les cas d'exclusion prononcés par la loi. Est-il permis aux tribunaux de les étendre? en d'autres termes, les art. 442 et 445 sont-ils limitatifs ou restrictifs? Nous pensons qu'ils sont limitatifs.

Lorsque la loi attache un droit à une qualité, sa disposition générale ne peut être restreinte que par une disposition exceptionnelle et formelle. « Il est de principe, dit la Cour de cassation, qu'un individu légalement appelé à l'exercice d'un droit, d'une charge, d'une fonction quelconque, n'en peut être exclu, à raison d'incapacité ou d'indignité, que par un texte formel de la loi. » Or, tout parent ayant le droit d'être membre du conseil de famille ne peut évidemment en être exclu que lorsqu'il se trouve dans l'un des cas prévus. (13 oct. 1807, S.-V. 7. 1. 473; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 548.) - V. Chardon, De la puiss. tutėl., nº 306.

44. C'est par application de ce principe qu'ont été rendues les décisions suivantes, savoir : par la cour de Bruxelles, que la faillite n'est pas un motif d'exclusion du conseil de famille (14 août 1833, S.-V. 34. 2. 683; J. P. 3° édit.). En effet, la faillite n'étant pas un motif d'exclusion de la tutelle, à plus forte raison ne doit-elle pas faire exclure du conseil de famille; - par la Cour de cassation, que, s'il est inconvenant qu'un fils fasse partie d'un conseil de famille appelé à décider si son père doit être exclu, pour cause d'incapacité, de la tutelle ou de l'administration de ses enfants mineurs, la présence de ce fils au conseil n'est pas une cause de nullité (16 déc. 1829, S.-V. 30. 1. 156; J. P. 3º édit.; D. P. 30. 1. 8); — par la Cour de Paris, « que les parents assemblés en conseil de famille n'exercent point de fonctions judiciaires, et ne prononcent point entre des parties litigantes; que leurs fonctions se bornent à donner un avis, que la justice peut adopter ou rejeter, suivant les lumières qu'elle a recueillies de la discussion; d'où il suit que les mêmes causes qui permettent de récuser des magistrats, loin de pouvoir être appliquées aux parents qui auraient dit leur façon de penser sur une question sur laquelle ils seraient ensuite appelés à délibérer en assemblée de famille, sont au contraire des motifs plus puissants de les admettre à délibérer sur tout ce qui a rapport aux personnes et aux biens des mineurs; qu'il importe peu à la loi et à la justice qu'ils aient émis leur opinion, qui n'est point un jugement, puisque le tribunal doit la sanctionner ou la rejeter, suivant qu'il la trouvera avantageuse ou désavantageuse aux mineurs.» (Paris, 27 janv. 1820, S.-V. 20. 2. 293; J. P. 3º édit.; D. A. 10. 218; - id., 7 flor. an XIII, S.-V. 5. 2. 302; J. P. 3e édit.; - Cass. 13 oct. 1807, S.-V. 7. 1. 373; J. P. 3º édit.; D. A. 9. 548); — par la Cour de cassation, que le subrogé tuteur n'étant exclu du conseil de famille que lorsque les intérêts du tuteur sont en opposition avec ceux du mineur, on ne peut étendre cette exclusion au cas où cette opposition n'existe pas. (Cass. 3 sept. 1806, S.-V. 6. 1. 474; J. P. 3º édit.)

45. Cependant ce principe ne doit pas être appliqué avec trop de rigueur, et nous pensons, avec la Cour de cassation, que le conseil ne peut admettre dans son sein ceux qui ont un intérêt direct à l'objet de la délibération (3 mai 1842, S.-V. 42. 1. 593; J. P. 1842. 1. 707; D. P. 42. 1. 217); et avec la cour d'Aix, que toute délibération du conseil de famille à laquelle a concouru la partie adverse du mineur, fût-ce son frère germain, est irrégulière et nulle (3 fév. 1831, S.-V, 33. 2. 307; J. P. 3º édit.; D. P. 32. 2. 174), parce que alors ce ne serait plus un ami du mineur, un parent affectueux et dévoué que l'on introduirait au conseil, mais une personne avant un intérêt hostile à celui du pupille, et que la protection dont la loi veut entourer celui-ci deviendrait un véritable piége qui lui serait tendu.

Il est vrai que nous avons dit, avec la cour de Caen, qu'on ne devait pas exclure du conseil le parent intéressé à ce que l'interdiction ne fût pas prononcée, mais il n'y a nulle parité entre les deux espèces. Quelle que soit l'opinion du conseil de famille, le tribunal peut n'y avoir aucun égard et prononcer ou refuser l'interdiction, selon qu'il le trouve à propos. Il n'en est pas ainsi quand le conseil délibère sur les intérêts du mineur : les tribunaux ne connaissent de ses délibérations que quand elles sont soumises à la formalité de l'homologation ou qu'elles n'ont pas été rendues à l'unanimité; dans tous les autres cas, elles peuvent porter un préjudice énorme au pupille: il serait donc souverainement injuste qu'elles eussent été rendues avec le concours de la partie adverse.

46. Telles sont les règles auxquelles le législateur a subordonné la régularité de la composition du conseil de famille. Sont-elles prescrites à peine de nullité? La jurisprudence a varié sur cette question. D'un côté, la cour d'Angers a décidé qu'un conseil de famille, qui n'a pas été régulièrement convoqué, ne peut inspirer à la justice la contiance nécessaire, et qu'on ne doit jamais s'écarter des règles tracées par la loi. (29 mars 1821, S.-V. 21. 2. 260; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 712.) Par application de ce principe, la cour de Lyon a annulé la délibération d'un conseil de famille, sur le motif qu'il n'avait pas été composé des parents les plus proches (15 fév. 1812, S.-V. 13. 2. 289.; J. P. 3e édit.; D. A. 12. 712. - Sic, Rouen, 7 av. 1827, S.-V. 27. 2. 196; J. P. 3º édit.; D. P. 27. 2. 154); et la cour de Montpellier a également frappé de nullité une délibération, parce que des amis avaient été préférés aux parents dans la composition du conseil (12 mars 1833, S.-V. 34. 2. 42. J. P. 3º édit.; D. P. 33. 2. 215). La Cour de cassation s'est montrée moins rigoureuse. De ce que l'art. 407 n'édicte pas la peine de nullité, elle en a conclu que la loi laisse à la sagesse et à la prudence des tribunaux le soin d'apprécier les circonstances particulières qui peuvent excuser, à cet égard, des irrégularités exemptes de tout soupçon de dol ou de connivence, et qui n'ont pas lésé l'intérêt des mineurs ou des interdits. (13 avril 1824, S.-V. 34. 1. 444; J. P. 3e édit.; D. P. 34. 1. 340; - Sic, Grenoble, 4 juin 1836, S.-V. 37. 2. 109; J. P. 3e édit.; D. P. 37. 2. 121; - Turin, 10 avril 1811, S .- V. 12. 2. 281. J. P. 3e édit.; D. A. 12. 713; - Bruxelles, 15 mars 1806, S.-V. 7. 2. 866; J. P. 3e édit. D. A. 12. 713.)

La doctrine n'est pas restée muette sur cette question. M. Valette (De l'état des personnes, t. 2, p. 328) n'hésite pas à décider que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, d'après les circonstances, ce qui doit être considéré comme substantiel et exigé à peine de nullité. M. Duranton (t. 3, n° 479) se prononce dans le même sens : « La bonne foi ne permet pas, dit-il, que ceux qui ont traité avec un citoyen publiquement connu pour tuteur de tel mineur soient victimes de la fraude ou de l'erreur de ceux qui l'ont nommé. » La question de savoir quelles sont,

parmi ces dispositions, celles qui sont prescrites à peine de nullité est abandonnée à la conscience du juge, dit Zachariæ (t. 1er, § 96); pour la décider, ajoute-t-il, il appréciera l'importance plus ou moins grande des principes violés, dans leur rapport avec le but qui les a fait établir, c'est-à-dire avec l'intérêt du mineur. Mais, comme cet intérêt ne peut être déterminé d'une manière complète à l'aide de principes purement théoriques, il devra rechercher, d'après les circonstances particulières à la cause, si le mineur a éprouvé ou non quelque préjudice par suite de l'inobservation de la loi. »

Il y aurait en effet quelque chose de trop rigoureux à annuler les délibérations du conseil, parce que quelque irrégularité peu importante se serait glissée dans sa composition; mais il serait aussi trop dangereux d'admettre lé principe posé par M. Duranton, et de faire résulter une fin de non-recevoir de la bonne foi des tiers: car ces tiers ont toujours à se reprocher de n'avoir pas pris les précautions nécessaires, de ne s'être pas enquis de la manière dont le conseil de famille a été formé.

Remarquons d'ailleurs que c'est uniquement dans l'intérêt du mineur que ces règles sur la composition du conseil ont été tracées. La question ne gît donc pas uniquement dans le point de savoir si cette composition est exempte de dol, ou si le mineur a éprouvé quelque préjudice, mais bien si elle était régulière et si le mineur n'aurait pas retiré un plus grand avantage d'un conseil composé d'une manière plus conforme à la loi.

On dit que la loi n'a pas édicté la peine de nullité; mais faut-il en conclure qu'on puisse la violer impunément? La loi ne dit pas que le conseil sera présidé, à peine de nullité, par le juge de paix; maintiendrait-on ses délibérations s'il avait été présidé par un commissaire de police? Il en serait, sans doute, de ce cas comme de celui où un tribunal est illégalement composé. C'est pour garantir les intérêts du mineur que le Code appelle au conseil les parents les plus proches de préférence aux parents plus éloignés, les parents de préférence aux alliés, ceux-ci de préférence aux amis; intervertir cet ordre. c'est méconnaître le vœu de la loi, c'est se jeter dans l'appréciation arbitraire des faits et des résultats, quand il ne s'agit que de l'application d'une loi à l'observation de laquelle le législateur attache le plus haut prix. Le parti qui nous paraîtrait le plus sage serait de se rattacher à l'observation rigoureuse de la loi, surtout lorsque la demande en nullité serait formée par le mineur lui-même, et de ne faire fléchir la rigueur des principes que dans les circonstances, très-rares, où cette demande serait plutôt fondée sur un caprice que sur des intérêts réels. Alors on pourrait appliquer la maxime : nullité sans grief ne nuit pas.

## Sect. 2. — Convocation du conseil de famille.

47. Nous aurons à examiner, dans cette section, quand il y a lieu de convoquer le conseil de famille, par qui il doit être convoqué, comment il doit l'être, et quel est l'effet de la convocation.

## § 1er. — Quand le conseil de famille doit-il être convoqué?

48. Le conseil de famille doit être convoqué toutes les fois qu'il s'agit de pourvoir à certains intérêts des mineurs que la loi a spécialement commis à ses soins. Ainsi il y a lieu à le convoquer, soit qu'il s'agisse de nommer ou de destituer le tuteur dans les cas prévus par la loi, soit qu'il s'agisse de surveiller et de vérifier sa gestion, de l'autoriser à faire certains actes juridiques, soit qu'il s'agisse enfin d'obtenir l'avis du conseil sur diverses affaires de la tutelle. Tous les cas dans lesquels le conseil de famille est appelé a prendre une délibération ou à donner un avis ont été déterminés spécialement par la loi; ils sont exposés dans la section qui traite des attributions du conseil de famille. (V. infrà, sect. 3.)

49. S'il s'agissait d'une affaire qui rentrât dans les limites de l'autorité personnelle du tuteur, et pour laquelle la loi n'aurait pas exigé l'avis du conseil de famille, celui-ci pourrait néanmoins le convoquer, pour lui demander son avis; mais cet avis ne déchargerait pas le tuteur de sa responsabilité, qui devrait être seulement appréciée, dans ce cas, avec moins de rigueur, ainsi que le dit avec raison M. Zachariæ (t. 1, § 95).

Lorsque le conseil de famille a été convoqué dans les circonstances que nous venons d'indiquer, la convocation est-elle obligatoire

pour ceux qui y sont appelés? (V. infrá, nº 66.)

# § 2. — Par qui le conseil de famille doit-il être convoqué?

50. Au juge de paix seul appartient le droit de convoquer le conseil de famille et de désigner les personnes qui doivent le composer. C'est ce qui résulte implicitement des dispositions de l'art. 406 du Code civil, qui donnent à ce magistrat le droit de convoquer, d'office et à sa poursuite personnelle, le conseil de famille, ne laissant aux autres personnes dénommées en l'article que la faculté de provoquer cette convocation et de faire les diligences nécessaires pour la réaliser. C'est ce qui résulte encore des art. 409 et 410 du même Code qui charge le juge de paix de désigner les parents qui doivent être appelés au conseil de famille dans les circonstances prévues en ces articles; c'est ce qui résulte enfin des art. 411 et 415, qui chargent ce magistrat de fixer le jour de l'assemblée et de déterminer le lieu de la réunion.

Il est bien entendu qu'en l'absence du juge de paix, ses suppléants par rang d'ancienneté sont investis des pouvoirs confiés à ce magistrat.

51. Comme nous l'avons déjà indiqué, le conseil de famille doit être convoqué, soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix (C. civ., 406).

52. Ainsi trois sortes de personnes sont également appelées à provoquer cette convocation: 1º les parents, à cause de l'affection qu'ils sont présumés avoir pour le mineur; 2º les parties intéressées, parce que, ne pouvantagir contre le mineur, que la loi déclare incapable de se défendre, il ne serait pas juste de rendre les créanciers ou d'autres parties intéressées victimes de la négligence, peut-être même de la mauvaise foi des parents qui, en se refusant à provoquer la convocation, auraient un moyen trop facile de paralyser toutes les demandes dirigées contre le mineur; 3º le juge de paix, parce que, si, dans des vues d'intérêt ou par négligence, les parents ne veillent pas aux droits des orphelins, la loi doit leur fournir un protecteur dans la personne de ce magistrat.

53. Quels parents peuvent provoquer la convocation du conseil de famille? L'ex-

pression générale dont se sert l'art. 406 ne permet pas de supposer qu'il soit nécessaire d'être à un degré de parenté plus ou moins rapproché pour avoir le droit de provoquer la convocation; la loi ne faisant pas d'exception, on doit même l'attribuer aux parents exclus du conseil, qui peuvent s'être rendus indignes d'en faire partie, sans avoir perdu cette affection que la loi suppose dans ceux auxquels elle donne qualité pour provoquer la convocation du conseil de famille, quand les intérêts du mineur l'exigent.

54. Après avoir énuméré les personnes à la réquisition desquelles le conseil de famille sera convoqué, l'article 406 ajoute que toute personne peut dénoncer au juge de paix du domicile du mineur le fait qui donne lieu à la nomination du tuteur. Remarquons les termes de la loi : elle dit que toute personne pourra dénoncer, parce qu'elle n'a pas voulu donner à toute personne le droit de provoquer la convocation du conseil de famille. Elle permet de dénoncer le fait qui donne lieu à la nomination du tuteur, parce que ce fait matériel ne peut être sujet à contestation; mais elle ne donne pas le droit de dénoncer les autres faits qui peuvent nécessiter la convocation du conseil de famille. C'est un droit qui n'appartient qu'aux parents, aux parties intéressées et au juge de paix : l'accorder à d'autres personnes, ce serait souvent autoriser la malveillance à s'immiscer dans les secrets de famille.

55. La loi ne confie pas seulement aux parents le droit de requérir la convocation du conseil de famille, elle leur en fait un devoir, parce que c'est principalement à eux qu'il appartient de veiller aux intérêts du mineur. Dans la coutume de Bretagne, on les rendait responsables du défaut de convocation, lorsque la mère du pupille refusait la tutelle ou se remariait. Le premier projet du Code civil soumettait les parents à cette responsabilité, suivant la proximité de leur degré. On entendait même, dit Malleville sur l'art. 406, que cette responsabilité fût solidaire entre les parents de chaque degré. La disposition fut supprimée sur ces observations : que les cantons étant très-étendus, il arriverait que tous les parents ne seraient pas également instruits du décès; que cette responsabilité, autorisée en Bretagne, n'y était jamais pratiquée; que, dans les autres provinces de la France où les lois ne l'établissaient pas, on

ne s'était pas aperçu que les intérêts des mineurs en souffrissent, parce que le ministère public veillait pour eux et faisait apposer les scellés. Mais l'obligation imposée aux parents, quoique privée de sanction, n'en existe pas moins dans l'esprit de la loi. Ceux-ci doivent donc s'empresser de requérir la convocation du conseil de famille aussitôt qu'ils la croient nécessaire, de même que le juge de paix doit l'ordonner sur leur réquisition, ou quand il a connaissance d'un fait de nature à y donner lieu.

56. Suffit-il aux parents et aux parties intéressées d'alléguer leur qualité pour requérir la convocation, ou faut-il qu'ils justifient, dans leur réquisition, de leur intérêt ou de leur parenté? La loi ayant expressément limité à certaines personnes le droit de provoquer cette convocation, celles qui veulent la provoquer doivent justifier qu'elles sont dans les conditions posées par le législateur, pour user de cette prérogative.

57. L'article 83 du Code de procédure ordonne de communiquer au ministère public les causes des mineurs, et généralement toutes celles où l'une des parties est défendue par un curateur. On avait voulu conclure de là qu'il était permis aux magistrats exercant ce ministère, de provoquer et de suivre d'office les délibérations du conseil de famille: mais c'était méconnaître les attributions confiées à ces magistrats qui, d'après l'article 2 du titre 8 de la loi du 24 août 1790, ne peuvent agir, dans les affaires civiles, que par voie de réquisition et non par voie d'action. Ils le peuvent d'autant moins, dit Merlin (Rép., vº Ministère public, § 6, nº 2), que, d'une part, le Code civil, loin de leur en donner le droit, le leur refuse implicitement, et que, d'une autre part, la loi du 24 août 1790 leur interdit expressément la voie d'action (V. Malleville sur l'art. 406, p. 422; Cass. 27 frim. an XIII; S.-V. 7. 2. 1058; J. P. 3e édit.; D. A. 11. 38; —id., 11 août 1818, S.-V. 19. 1. 17: J. P. 3º édit.; D. A. 12. 708). «Le ministère public, dit la Cour de cassation dans ce dernier arrêt, n'est pas nommé, par l'art. 406. parmi les personnes qui ont le droit de requérir la convocation d'un conseil de famille pour nommer un tuteur; son droit se borne à pouvoir dénoncer, comme toute autre personne, au juge de paix du domicile du mineur ou de l'interdit le fait qui doit donner lieu à la nomination d'un nouveau tuteur. De là, il

faut conclure qu'en principe il n'est pas plus dans les attributions du ministère public de requérir d'office, en pareil cas, la convocation d'un conseil de famille, qu'il n'est dans celles des tribunaux de l'ordonner sur de semblables réquisitions. »

Cette opinion nous paraît d'autant plus fondée que, dans les pays de droit écrit, les assemblées de parents étaient toujours convoquées à la réquisition et à la diligence du procureur du roi ou du procureur fiscal du lieu où le père du pupille avait son domicile (Boutaric, Inst., liv. 1, tit. 20), ou bien à la requête du parent qui poursuivait la dation de la tutelle (Serres, Inst., liv. 1, tit. 15), et que les auteurs du Code civil, qui certes n'i-gnoraient pas cette législation, n'auraient pas manqué de confèrer de pareils droits au ministère public, s'il n'eût été dans leur intention de l'en dépouiller.

## § 3. — Dans quelle forme la convocation doit-elle avoir lieu?

53. Si le juge de paix agit d'office, il assigne devant lui, aux lieu, jour et heure qu'il indique. S'il agit sur réquisition, il délivre une cédule au réquérant, et celui-ci la fait signifier, par exploit d'huissier, aux membres désignés par ce magistrat pour composer le conseil. Du reste, tous les auteurs enseignent, et nous partageons cette opinion conforme à l'esprit du législateur et aux dispositions de l'art. 7 du Code de procédure, que la convocation par cédule n'est pas nécessaire, quand les parents prennent, de concert, jour avec le juge de paix pour tenir l'assemblée. (Toullier, liv. 1er, tit. 10, t. 2, p. 328, no 1115; Levasseur, Manuel des justices de paix, page 119; Chardon, ibid., nº 319.) Mais il est toujours prudent de convoquer par cédule, parce que les membres ne peuvent plus refuser de se rendre, sans s'exposer à l'amende prononcée par l'art. 413, amende qu'on ne saurait leur insliger s'ils n'avaient pas été cités. D'un autre côté, bien que l'assemblée puisse délibérer quand elle se compose des trois quarts des membres convoqués, il faut néanmoins, dans ce cas, pour pouvoir passer outre, prouver que la convocation a eu lieu. Cette preuve ne peut être faite qu'au moyen de la citation signifiée au défaillant, et on n'en serait pas dispensé en alléguant que celui-ci avait promis de se rendre au conseil. (V. Rouen, 7 avril 1827, S.-V. 27. 2. 196; J. P.; 3°édit.; D. P. 33. 2. 154.) (1)

59. L'art. 411 charge le juge de paix de régler, à jour fixe, le délai pour comparaître, mais de manière qu'il y ait toujours, entre la citation notifiée et le jour indiqué pour la réunion du conseil, un intervalle de trois jours au moins, quand toutes les parties citées résident dans la commune, ou dans la distance de deux myriamètres; mais si parmi les parties citées, il s'en trouve domiciliées au delà de cette distance, le délai doit être augmenté d'un jour par trois myriamètres. Le législateur accorde ce délai, afin que les membres du conseil puissent réfléchir sur l'objet de la convocation, et s'entourer des renseignements et des lumières qui leur paraîtraient nécessaires pour donner un avis consciencieux et éclairé. Il faut donc que la citation indique cet objet, afin que le but du législateur puisse être atteint. Nous devons toutefois faire remarquer que ces formalités ne sont pas prescrites à peine de nullité absolue. « C'est afin. dit Toullier, de laisser aux tribunaux le pouvoir de décider si les circonstances impriment aux contraventions un caractère assez grave pour prononcer la nullité des actes où elles ont été commises. » (t. 2, nº 1119.) Il en est

<sup>(1)</sup> Bousquet (Des conseils de famille, sur l'art. 409) trace ainsi la marche que le juge de paix doit suivre: « Le juge de paix peut donc, quand il y a une partie requérante, dresser un procès-verbal d'organisation du conseil de famille. Ce procèsverbal doit contenir: 1º La réquisition contenant la demande de convocation et son objet; 2º le choix fait par le juge de paix de six parents, alliés ou amis, qui doivent composer le conseil de famille. Pour que le juge de paix puisse connaître les parents, alliés ou amis qu'il doit choisir, il doit demander au requérant la liste des parents, alliés ou amis du mineur ou de tout autre pour l'intérêt duquel le conseil doit être tenu, ou se faire expliquer la parenté, l'alliance ou les liaisons d'amitié qui doivent déterminer ses choix; il doit aussi indiquer le jour, l'heure et le lieu où le conseil devra être tenu... » Quand il agit sur simple dénonce, « Il délivrera une cédule portant organisation du conseil de famille et permission de citer à jour, heure et lieu fixes, les personnes qui devront le composer. Cette cédule et citation seront annexées au procès-verbal du conseil de famille. Elles remplaceront le procès-verbal d'organisation, puisqu'elles seront déposées au gresse de la justice de paix.»

autrement des règles concernant la composition du conseil de famille. — V. suprà, nos 45 et suiv.

60. Les fonctions des membres du conseil de famille sont gratuites; la loi ne leur accorde aucune indemnité, même pour frais de déplacement.

#### § 4.—Effets de la convocation.

61. L'art. 412 fait un devoir aux parents et amis convoqués de se rendre aux assemblées au jour fixé dans la citation : « Tout parent, disait l'orateur du gouvernement au tribunat, doit au mineur, à ce membre faible et intéressant de sa famille, sa protection, son appui, ses lumières; s'il ne comparaît point pour composer le conseil, il témoigne alors une insouciance coupable. »

Cependant la loi ne pouvait, sans injustice, contraindre un parent ou un ami à sacrifier ses affaires personnelles, quelque urgentes qu'elles fussent, à surmonter ses infirmités et ses souffrances, pour se rendre au conseil. Aussi l'art. 412 lui donne-t-il le droit de se faire représenter par un fondé de pouvoir spécial.

Le droit de se substituer un fondé de pouvoir était déjà reconnu sous l'empire de la loi de 1790; la cour de Paris et la Cour de cassation l'avaient également consacré (Paris, 26 pluviôse an XI, S.-V. 3. 2. 469; J. P. 3° édit.; D. A. 12, 714; — Cass. 1er vent. an XII, S.-V. 5. 2. 228). Il n'en était pas ainsi en pays de droit écrit, où le parent convoqué était tenu de se rendre en personne.

62. Bien que, d'après l'art. 1990, les femmes et les mineures puissent être choisies pour mandataires, nous ne pensons pas qu'il puisse en être ainsi dans le cas qui nous occupe, en présence de la disposition de l'art. 442, qui les exclut du conseil. Si, en règle générale, la loi permet de leur confier un mandat, c'est qu'en règle générale aussi, le mandat n'intéresse que celui qui le donne; ici, au contraire, l'objet du mandat n'intéresse que le mineur. (V. Bousquet, Des conseils de famille, sur l'art. 412.) Il en est de même de ceux qui sont exclus du conseil de famille; Zachariæ (ibid., p. 194) et Paillet (sur l'art. 412) enseignent qu'ils ne peuvent se présenter comme fondés de pouvoir: il ne peut en effet leur être permis de faire indirectement ce que la loi leur interdit de faire directement.

63. Dès le moment que la loi exigeait que

le conseil de famille délibérât, elle devait veiller à ce que le nombre des membres ne fût pas réduit arbitrairement par le choix que plusieurs d'entre eux auraient pu faire du même mandataire; aussi le dernier paragraphe de l'art. 412 porte-t-il, en termes exprès, que le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne.

Il suit nécessairement de là qu'un membre du conseil ne peut être mandataire d'un autre membre: « car il paraît évident, selon le vœu de la loi, a dit avec raison la cour de Turin, que le nombre de parents ou alliés qu'elle a prescrit doit être composé d'individus réellement présents, chacun desquels puisse donner son avis dans l'assemblée; et il paraît également incontestable que ce vœu de la loi ne serait pas rempli, si quelques membres du conseil de famille pouvaient être représentés par d'autres personnes, membres du même conseil, attendu que, quoique fictivement. lorsque l'un de ses membres en représente un autre, on puisse considérer deux personnes intervenantes au conseil, dans la réalité cependant il n'y a, en ce cas, que l'avis d'une seule personne. » (20 fév. 1807, S.-V. 7. 2. 562; J. P. 3e édit.; D. A. 12. 723.)

64. La cour de Metz a décidé qu'on ne pouvait obliger le mandant à émettre son vœu par la procuration même (24 brum, an xIII, S.-V. 6. 2. 5; J. P. 3e édit.; D. A. 9. 549). Nous adoptons pleinement cette opinion: la loi n'ordonne la convocation du conseil qu'afin que les parents puissent délibérer en assemblée. La délibération a pour objet d'éclairer tous les membres; toute délibération serait donc superflue, si l'acte de procuration déterminait le vote du mandataire. Celui-ci étant lié par son mandat, pourrait même se trouver dans l'obligation de voter contre sa conscience, quand la délibération lui aurait prouvé que le vœu exprimé dans le mandat est contraire aux intérêts du mineur. Le mandataire doit être libre d'adopter l'opinion qui lui paraît la meilleure: il faut donc que son mandat soit illimité. (V. Chardon, ibid., nº 320; Valette, ibid., p. 305; Bousquet, ibid., sur l'art. 412.)

65. La même cour a juge que le nom du mandataire ne devait pas être laissé en blanc. Nous pensons en effet que c'est au mandant à faire le choix de la personne qui doit le représenter; il doit veiller à ce que la personne qui lui est substituée lui offre toutes les

garanties qu'exigent les intérêts du mineur (même arrêt).

66. Si le conseil de famille avait été convoqué pour donner son avis sur une affaire qui rentrât dans les attributions personnelles du tuteur, y aurait-il pour les membres convoqués obligation d'aller à la réunion, sous peine de l'amende édictée par l'art. 413 du Code civil? L'affirmative n'est pas douteuse: chacun d'eux ne peut être juge du mérite de la convocation, et doit toujours obéissance au magistrat auguel la loi attribue le droit de faire cette convocation. Quant à la délibération en ellemême, il en est autrement, et les membres du conseil ainsi réunis ne sont pas plus obligés de délibérer que le tuteur n'est astreint à suivre la décision qui serait prise. (V. les annotateurs de Zachariæ, t. 1, § 95, note 3; V. suprà, nº 49.)

67. Le législateur ne s'est pas contenté d'imposer aux membres convoqués l'obligation de se rendre à l'assemblée, il a ajouté une sanction à ce devoir, et l'art. 413 ordonne aux juges de paix de condamner à une amende, qui ne peut s'élever au-dessus de 50 fr., tout parent, allié ou ami convoqué, qui, sans excuse légitime, ne comparaîtrait point. Aux termes du même article, cette amende est pro-

noncée sans appel.

Pourrait-on l'appliquer au membre qui refuserait de voter? Nous ne le pensons pas. La loi ne rend passible que celui qui ne comparaît pas sans excuse légitime: l'attacher au refus de délibérer, ce serait étendre les effets de la loi pénale, ajouter à cette loi une rigueur qu'elle n'a pas. (Cass. 10 déc. 1828, S.-V. 29. 1. 320; J. P. 3° édit.)

68. La loi ne prononce l'amende que contre le membre qui ne se trouve pas dans un cas d'excuse légitime. La nature de cette excuse n'est point du reste déterminée par le légis-lateur; c'est au juge de paix, qui d'ailleurs est chargé d'appliquer l'amende, qu'il appartient d'apprécier la légitimité de la cause qui a empêché le parent de défèrer à la convocation. L'excuse peut au surplus être présentée, même après le jugement; si elle est admise par le juge de paix, il rapporte son jugement.

69. Aux termes de l'article 414, s'il y a excuse suffisante, le juge de paix peut, selon les circonstances et toutes les fois que l'intérêt du mineur semble l'exiger, passer outre, pourvu que le conseil réunisse les trois quarts

au moins de ses membres convoqués, ou bien ajourner l'assemblée ou la proroger, quand il convient soit d'attendre le membre absent, soit de le remplacer.

SECT. 3. — Attributions du conseil de famille.

70. Les attributions que la loi a consiées au conseil de famille se réduisent à deux principales : un pouvoir d'élection, et un pouvoir d'administration.

71. Pouvoir d'élection. — Ce pouvoir a été exclusivement et d'une manière absolue attribué au conseil de famille, en ce sens que s'il est permis aux tribunaux d'annuler ses élections, ce n'est jamais que pour vice de forme, ou parce qu'elles ont porté sur des personnes incapables, indignes ou excusables; mais quand les délibérations sont régulières, quand elles émanent d'un conseil légalement composé, et que les personnes sur lesquelles le choix est tombé ne sont dans aucun des cas d'excuse, d'incapacité ou d'indignité prévus par la loi, les tribunaux doivent les respecter; si au contraire ils décident qu'il v a lieu à annuler l'élection par un des motifs ci-dessus exprimés, ils ne peuvent nommer eux-mêmes à la tutelle, et ils doivent renvoyer cette nomination au conseil de famille. (Cass. 29 nov. 1816, S.-V. 17. 1. 33; J. P. 3e édit.; D. A. 12. 715.) Par application des mêmes principes, il a été décidé: 1º par la cour de Turin, que, lorsqu'un mineur avait à débattre des intérêts contraires à ceux de son père, c'était le conseil de famille et non le tribunal de première instance qui avait la mission de nommer un tuteur spécial ou curateur ad hoc (9 janv. 1811, S.-V. 11. 2. 184; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 483); 2° par la cour de Caen, que le droit de nommer un curateur au mineur émancipé appartenait au conseil de famille et non au père (27 juin 1812, S.-V. 14. 2. 394; J. P. 3e édit.; D. A. 14. 752); 3º enfin, par la cour de Metz, que c'était au conseil de famille à nommer le tuteur en matière d'interdiction, bien que le père de l'interdit existât encore (16 fév. 1812, Metz, S.-V. 12. 2. 389; J. P. 3e édit.; D. A. 9. 544). Toutes ces décisions sont conformes à la loi, qui appelle toujours directement le conseil de famille à faire ces nominations (1).

<sup>(1)</sup> En matière d'absence et de contumace, l'administrateur ou curateur ne doit pas être nommé par le conseil de famille; la loi confie, dans ce cas,

72. Le conseil de famille exerce le droit d'élection dans divers cas : 1° aux termes de l'article 405, il nomme le tuteur, en l'absence de tout tuteur nommé par les père et mère; 2º il nomme un protuteur (art. 417); 3º il nomme un tuteur ou curateur à l'interdit (art. 505); 4° il nomme un subrogé-tuteur, soit au mineur (art. 421), soit à l'interdit (art. 505); 5° il confirme dans la tutelle la mère qui a convolé (art. 400); 6° il nomme un nouveau tuteur, lorsque le titulaire, à raison de fonctions, services ou missions qui lui auraient été conférés postérieurement à l'acceptation et gestion de la tutelle, a demandé et obtenu son remplacement; et si, à l'expiration de ces fonctions, services ou missions, le nouveau tuteur réclame sa décharge, ou que l'ancien redemande la tutelle, c'est encore le conseil de famille qui la lui défère (art. 431); 7° il nomme un tuteur provisoire aux enfants mineurs dont le père a disparu depuis six mois, et dont la mère est décédée (art. 142); 8° il nomme un tuteur ad hoc à l'enfant contre lequel le père a formé un désaveu (art. 318); 9° si des mineurs ont des intérêts opposés dans un partage, il nomme un tuteur spécial et particulier à chacun d'eux (art. 338); 10° il nomme un curateur au ventre, lorsque la femme se déclare enceinte au décès de son mari (article 393); 11° il nomme le curateur à l'enfant émancipé (art. 180); 12° il nomme le curateur qui, aux termes de l'article 936, doit accepter la donation faite au sourd-muet qui ne sait pas écrire; 13° il désigne celui de ses membres qui doit notifier au tuteur la délibération qui lui défère la tutelle (C. de pr. civ., 882).

73. Le droit d'élection comprend implicitement le pouvoir que l'art. 446 confère au conseil, de destituer ou de révoquer le tuteur infidèle, incapable ou d'une inconduite notoire; toutefois ce pouvoir n'est pas aussi absolu; car s'il est vrai que l'article 446 porte que toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le conseil de famille, il est vrai aussi que si le conseil refusait de révoquer le tuteur qui aurait encouru la destitution, cette révocation pourrait être prononcée par le tribunal, de même que ce tri-

bunal aurait le droit de confirmer dans la tutelle celui qui en aurait été injustement dépouillé. Mais, dans le premier cas, il faudrait que la délibération n'eût pas été unanime, puisque l'article 883 ne permet aux tuteurs, curateurs, subrogé-tuteurs et membres de l'assemblée, de se pourvoir contre la délibération, que dans le cas où elle n'a pas été unanime; dans le second, il n'en serait pas ainsi, car l'art 448 permet au tuteur destitué ou exclu d'assigner le subrogé-tuteur pour se faire déclarer maintenu dans la tutelle; il ne distingue pas entre les délibérations unanimes et celles qui ont obtenu moins de suffrages.

74. Pouvoir d'administration. — Ce pouvoir ne confère pas au conseil de famille l'administration des biens et de la personne du pupille ou de l'interdit; il lui donne seulement le droit de régler certains points de cette administration qui, en principe, appartient exclusivement au tuteur. C'est comme conséguence de ce principe qu'il a été décidé: 1º par la cour de Turin, que le conseil de famille ne peut s'arroger le droit de déterminer le mode d'éducation des mineurs (9 déc. 1808. S.-V. 10. 2. 540; J. P. 3º édit.; D. A. 12. 732; contrà, Chardon, De la puissance tutélaire, t. 3, nº 380); 2º par la cour de Riom, que le conseil de famille ne peut s'opposer à ce que le tuteur poursuive et obtienne le remboursement des capitaux du mineur (13 avril 1809, S.-V. 12. 2. 288; J. P. 3º édit.): 3º enfin, par la cour de Toulouse, qu'il ne peut imposer au père, tuteur légal de ses enfants. l'obligation de donner caution ou de faire emploi, pour sûreté des capitaux appartenant aux mineurs, qu'il recoit en sa qualité de tuteur (2 juillet 1821, S.-V. 22. 2. 10; J. P. 3º édit.; D. A. 12. 739).

Mais, lorsque le mineur n'ani père ni mère, ni aïeuls, ou quand ceux-ci se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le conseil de famille a seul qualité, 1° pour consentir au mariage du mineur (art. 160); 2° pour autoriser le tuteur à former opposition à ce mariage (art. 175); 3° pour régler les conventions matrimoniales et désigner les personnes qui doivent assister au mariage (art. 511 et 1398). La Cour de cassation a décidé, par application de ces dernières dispositions, que les donations faites en contrat de mariage par le mineur orphelin, ne sont valables qu'autant qu'elles ont eu lieu avec le

le droit d'élection aux tribunaux. (Art. 112, 122, Cod·civ., et 471 Cod. inst. crim. combinés.)—V. absence, Curateur, Contumace.

consentement exprès du conseil de famille, et qu'il ne suffirait pas que ces donations eussent été faites avec le consentement des membres du conseil désignés pour assister le mineur dans le contrat, si ces membres n'avaient pas reçu peuvoir ou autorisation de donner un tel consentement (19 mars 1838, S.-V. 38. 1. 200; J. P. 1838. 1. 413; D. P. 38. 1. 101). — V. Contrat de mariage, Donation.

75. C'est encore au conseil de famille qu'il appartient de consentir à la tutelle officieuse du mineur qui n'a ni père ni mère (art. 361), à l'enrôlement volontaire du mineur qui n'est pas parvenu à sa dix-huitième année et qui n'a également ni père ni mère; d'autoriser le tuteur à provoquer la réclusion du mineur, quandle tuteur a des sujets de mécontentement graves sur şa conduite; de décider si le mineur, qui n'a ni père ni mère, doit être émancipé (art. 478), ou si l'émancipation doit lui être retirée (art. 485).

Le conseil de famille peut seul autoriser le tuteur à acheter ou à prendre à ferme les biens de ses pupilles (art. 450); à les aliéner ou les hypothéquer (art. 457); à emprunter (même article), à accepter ou répudier les successions échues au mineur (art. 461), ce qui comprend implicitement l'abandon de biens; à accepter les donations (art. 463); à introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ou à acquiescer à une demande relative aux mêmes droits (art. 464); à transiger (art. 467 et 2045); à provoquer un partage (art. 465); à restreindre les hypothèques du mineur sur les biens du tuteur, ou à les radier (art. 2141, 2143); le conseil doit aussi régler les époques où le tuteur sera tenu de remettre au subrogé-tuteur les états de situation de sa gestion.

76. Telles sont les attributions confiées au conseil de famille. La loi les a ainsi restreintes afin de ne pas trop gêner l'administration du tuteur et de ne pas trop multiplier les difficultés. Dès lors, le conseil de famille doit se renfermer scrupuleusement dans les strictes limites de ces attributions; il ne lui est jamais permis de s'en arroger d'autres. Toutes les fois que le législateur a voulu que ce conseil fût consulté, a dit la cour de Paris, il l'a indiqué. Aussi cette cour a-t-elle décidé que le tuteur peut, sans autorisation, exercer l'action en séparation de corps au nom de l'interdit dont la personne lui a été confiée

(21 août 1841, S.-V. 41. 2. 488; J. P. 1841. 2. 405; D. P. 42. 2. 22); et la cour de Turin a jugé, d'un côté, que le conseil ne peut prendre sur lui de déterminer le mode d'éducation à donner aux mineurs (arr. cité n° 74); d'un autre côté, qu'il lui est interdit de juger les contestations qui s'élèvent entre le tuteur et le subrogé-tuteur, relativement aux comptes de tutelle (5 mai 1810, S.-V. 11. 2. 37; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 714).

77. Dans les divers cas que nous avons énumérés, l'autorisation est requise à peine de nullité; ce n'est point ici qu'il faut chercher quelle est la nature de cette nullité et quels en sont les effets; ces questions sont traitées sous chacune des matières auxquelles la nullité proposée peut se rattacher. — V. Contrat de mariage, Donation, Émancipation, Hypothèque, Interdiction, Nullité, Partage, Puissance paternelle, Ratification, Transaction, Tutelle, Tutelle officieuse, etc., etc.

### SECT. 4. — Délibérations du conseil de famille.

78. Nous avons à parler ici du jour et du lieu des délibérations, du nombre des membres nécessaire pour délibérer, de la présidence du conseil, de la forme des délibérations, du procès-verbal qui doit en être dressé, et des effets des délibérations.

#### \$ 1er. — Quel jour et dans quel lieu le conseil de famille doit-il se réunir?

79. L'article 411 du Code civil charge le juge de paix de régler à jour fixe l'époque de la comparution. Aucune disposition ne lui interdit de fixer un dimanche ou un jour de fête légale; l'article 8 du Code de procédure civile lui donne même implicitement ce droit. C'est donc au jour indiqué dans la citation que les parents doivent s'assembler. Pourraient-ils délibérer utilement, si une circonstance quelconque les réunissait plus tôt? Nous adoptons volontiers l'affirmative, mais à la condition que tous ceux qui auront été convoqués seront présents. Bousquet, sur l'article 411, émet une opinion semblable; il va même jusqu'à soutenir que le conseil pourrait délibérer, antérieurement au jour fixé par la citation, quand même quelquesuns des membres cités seraient absents, « si l'on connaissait d'ailleurs légalement et certainement qu'il est impossible à ceux-ci de se

rendre ou de se faire représenter.» Nous n'admettons pas qu'une délibération prise dans de telles circonstances fût régulière ; il faudrait, selon nous, attendre le jour de la citation, parce qu'il pourrait arriver que l'obstacle qui semblait empêcher, même d'une manière absolue, le membre absent de comparaître ou de se faire représenter, fût levé tout à coup, et alors on aurait à se reprocher une délibération précipitée qui, par cet événement, deviendrait irrégulière. D'un autre côté, si l'impossibilité de comparaître ou de se faire représenter était tellement absolue qu'elle ne pût pas être livrée au jour indiqué par la citation, ne serait-il pas du devoir du juge de paix de pourvoir au remplacement du membre empêché, quand l'empêchement lui est connu légalement et certainement avant l'époque de la réunion?

Il est hors de doute que le conseil pourra se réunir plus tard que le jour fixé, de même qu'il peut s'ajourner, pourvu toutefois que tous les membres soient présents au nouveau jour fixé, ou qu'ils aient été régulièrement prévenus.

- 80. Les assemblées de famille se tiennent de plein droit chez le juge de paix, à moins qu'il ne désigne lui-même un autre local (art. 415). La loi dit chez le juge de paix, et non pas au lieu ordinaire des audiences du juge de paix, parce que les délibérations du conseil de famille ne participent point de la nature des jugements, et que par leur nature elles doivent au contraire demeurer secrètes.
- 181. Puisque les assemblées du conseil de famille se tiennent de plein droit chez le juge de paix, il est évident que lorsque la citation n'indique pas le lieu de la réunion, les membres doivent se rendre au domicile de ce magistrat; que, d'un autre côté, le silence de la citation à cet égard ne pourrait être une cause de nullité, ni faire excuser l'absence du membre qui aurait refusé de se rendre.—V. M. Duranton, t. 3, n° 454; Bousquet, sur l'art. 415.
- 82. Le juge de paix peut toujours indiquer un autre local; il ne peut y être contraint ni par le tuteur ni par les autres membres du conseil, mais il peut déférer à leur demande quand elle est motivée sur quelque cause légitime, par exemple, pour éviter le déplacement de l'un des membres du conseil, qui, pour cause de maladie ou d'infirmité, ne pourrait se rendre à la demeure du juge.

# § 2. — Combien faut-il de membres présents pour délibérer?

83. Il n'est pas nécessaire que tous les membres convoqués soient réunis pour que le conseil puisse délibérer; l'article 415 permet de passer outre, pourvu qu'on réunisse les trois quarts au moins des membres convoqués.

Selon Delvincourt (t. 1er, p. 278, note), le législateur n'aurait prescrit ce nombre que dans la prévoyance où le conseil serait composé de plus de six parents. Nous ne voyons pas qu'il en doive être ainsi. Peut-être cet auteur s'est-il déterminé par cette réflexion qu'il serait difficile de trouver les trois quarts des six membres, le nombre six n'étant pas multiple de quatre; mais dès l'instant que cinq excèdent les trois quarts des six, la loi n'est-elle pas exécutée? Il suffira donc de la présence de cinq membres, non compris le juge de paix, pour la validité de la délibération.

Toutefois, si le conseil ne réunit que les trois quarts des membres convoqués, il ne peut passer outre à la délibération qu'autant que le membre absent ne se présenterait pas. S'il se présentait et faisait agréer son excuse, il devrait être remplacé par le juge de paix, parce qu'on ne se trouverait plus dans l'exception prévue par l'article 415, qui ne dispose que pour le cas d'absence du membre qui ne se présente pas (Agen, 26 mars 1810, S.-V. 7. 2. 857; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 781).

#### §3. — Par qui le conseil doit-il être présidé?

84. « Le conseil de famille doit être présidé par le juge de paix, qui y aura voix délibérative, et prépondérante en cas de partage (art. 416). » Cette attribution est attachée aux fonctions de ce magistrat, au caractère dont il est revêtu. De sorte que s'il se trouvait empêché, il faudrait avoir recours à ses suppléants; et si les uns et les autres se trouvaient également dans un cas d'exclusion ou d'empêchement, le tribunal de première instance devrait leur substituer le juge de paix d'un autre canton. Le conseil ne pourrait être présidé dans aucun cas par le plus ancien de ses membres, car la présidence du juge de paix est un de ses éléments constitutifs et qui tiennent à son essence même.

85. En déférant la présidence au juge de paix et en lui accordant voix prépondérante,

le législateur lui fait implicitement un devoir de prendre une part active à la délibération, d'émettre son vote et de faire pencher la balance en cas de partage. Ce magistrat ne saurait donc s'abstenir et refuser de délibérer; il ne lui suffirait pas de présider l'assemblée, son suffrage est d'un grand poids : c'est lui qui éclaire les parents sur les véritables intérêts et sur les droits des mineurs, par exemple, quand le conseil est assemblé pour délibérer sur une transaction proposée ou sur un procès à intenter. Aussi la cour de Bordeaux a-t-elle jugé que la délibération d'un conseil de famille était nulle lorsque le juge de paix n'y avait pris aucune part, et s'était borné à présider le conseil (21 juillet 1808, S.-V. 8. 2. 268; J. P. 3º édit.; D. A. 12. 719).

Il faut même que le procès-verbal fasse mention de la participation du juge de paix, afin d'assurer la justice qu'il a accompli ce devoir. Mais il est évident que cette mention résulte suffisamment de l'énonciation insérée dans le procès-verbal, que la délibération a éte rendue à l'unanimité des membres (Paris, 21 août 1841, S.-V. 41. 2. 488; J. P. 1841. 2. 405; D. P. 42. 2. 22).

§ 4. — De quelle manière le conseil doit-il délibérer? — Comment sa délibération doit-elle être constatée?

86. La loi n'a pas tracé la manière dont le conseil devait délibérer; elle s'en rapporte à cet égard à la sagacité du juge de paix, qui doit diriger la délibération avec discernement et intelligence. Il est convenable qu'il expose d'abord l'objet de la convocation, qu'il donne à chaque membre le temps nécessaire pour la discussion, qu'il mette aux voix les diverses propositions qui sont faites. Chaque membre émet son opinion, excepté ceux qui n'ont que voix consultative; le juge de paix donne ensuite son avis, et fait connaître le résultat de la délibération (1).

87. Cette délibération doit être prise à la majorité des voix. Mais suffira-t-il d'une majorité relative, ou faudra-t-il exiger, dans tous les cas, une majorité absolue? Locré (Esprit du Code civil, t. 2, p. 99), Toullier (t. 2, n° 1121), Zachariæ (§ 94), Chardon (Des trois puissances, t. 3, n° 291), enseignent que la majorité relative suffit, « parce que, disent-ils, quand la loi demande la décision d'une assemblée, elle est censée se contenter de la majorité relative, c'est-à-dire de l'avis de la minorité, à moins que le contraire ne soit formellement exprimé. »

MM. Duranton (t. 3, n° 466), Valette sur Proudhon (Traité des personnes, t. 2, p. 323), Rolland de Villargues (Rép., v° Conseil de famille), Favard de Langlade (Rép., v° Tutelle, § 4, n° 6), les cours de Metz (16 février 1812, S.-V. 12. 2. 389; J. P. 3° édit.; D. A. 9. 544), d'Aix (10 mars 1840, S.-V. 40. 2. 346; D. P. 40. 2. 239), enseignent au contraire que la délibération serait nulle si elle n'était prise à la majorité absolue des suffrages.

Il est à regretter que le législateur ne se soit pas expliqué à cet égard. En effet, si on exige la majorité absolue, les délibérations seront quelquefois impossibles, lorsque, par exemple, trois membres se prononceront pour une opinion, deux pour l'opinion contraire, le sixième et le juge de paix pour une troisième. La cour d'Aix dit en vain que les tribunaux sauraient bien vaincre la force d'inertie qu'on voudrait opposer à celle de la loi, notamment par la convocation d'un nouveau conseil, dans lequel on appellerait d'autres parents ou amis, à défaut de ceux qui, avant refusé d'accomplir leur mission, se seraient placés dans une condition d'indignité. Car, d'un côté, il est possible que chaque membre agisse de bonne foi, et alors on lui appliquerait une peine injuste. D'un autre côté, les exclusions ne peuvent être étendues d'un cas à un autre, et nulle part la loi ne déclare indigne d'entrer dans la composition du conseil de famille celui qui a persisté dans une opinion qu'il a crue la meilleure. Enfin, la loi ayant appelé elle-même les parents qui doivent composer le conseil, ce serait la violer que d'en appeler d'autres.

Il ne reste donc aucun moyen coercitif. Faut-il conclure de là qu'il suffise de la majorité relative? Non; car lorsque la loi a voulu s'en contenter, elle l'a expressément déclaré, et il est de l'essence de toute délibération d'être le résultat de la majorité absolue. Le parti qui nous semblerait le plus sage, ce sc-

<sup>(1)</sup> Nous pensons, avec Zachariæ, que quoique le conseil n'ait aucune juridiction, il a cependant le droit de prendre toutes les mesures et de recourir à toutes les informations nécessaires pour délibérer en connaissance de cause (t. 1er, p. 195). Ses délibérations ont trop d'importance pour qu'on puisse luico ntester ce droit.

rait d'appliquer aux conseils de famille les dispositions de l'article 117 du Code de procédure qui, lorsqu'il se forme plus de deux opinions, oblige les juges plus faibles en nombre de se réunir à l'une des deux opinions émises par le plus grand nombre. Ainsi le tribunal, en annulant la délibération prise à la simple majorité relative, devrait renvoyer devant le même conseil pour délibérer de nouveau, avec injonction aux membres les plus faibles en nombre de se réunir à l'une des deux opinions du plus grand nombre. Ce moyen, en satisfaisant pleinement au vœu de la loi, concilierait toutes les exigences et ferait cesser tous les abus. — V. en ce sens, Valette sur Proudhon, t. 2, p. 323.

88. Le greffier de la justice de paix doit assister à la délibération; c'est lui qui est chargé de la rédiger; il lui est alloué les deux tiers des vacations des juges de paix pour assistance au conseil (art. 16 du tarif). L'article 4 du tarif accorde aux juges de paix, à Paris, 5 fr.; dans les villes où il y a un tribunal de première instance, 3 fr. 75 c.; dans les autres villes et cantons ruraux, 2 fr. 50 c. Le juge de paix ne peut jamais prendre plus de deux vacations.

Les droits et vacations accordés aux juges de paix ont été supprimés par la loi des 21-24 juin 1845, au moyen d'un traitement fixe qui leur est alloué. — V. Juge de paix.

89. La délibération du conseil de famille doit être enregistrée. Elle donne lieu à la perception d'un droit fixe de 2 fr. Il n'est dû également qu'un seul droit, bien qu'elle contienne, en outre, un acte qui n'en soit que la suite et la conséquence. Telle serait, par exemple, la délibération par laquelle, en consentant au mariage du mineur, le conseil désignerait un de ses membres pour assister aux conventions matrimoniales; celle qui destituerait un tuteur et en nommerait un autre; celle qui, en confirmant la tutelle sur la tête de la mère qui convole, lui adjoindrait son second mari. Mais il en serait autrement si les deux àctes étaient indépendants l'un de l'autre; par exemple, si la délibération nommait un subrogé-tuteur, autorisait la mère à procéder à l'inventaire et au partage de la succession, nommait en même temps deux experts et constatait la prestation de serment de ces deux experts, il serait dû d'abord un droit fixe de 2 fr. pour la délibération, et de 1 fr. pour la prestation du serment.

90. L'art. 853 du Code de procédure civile ordonne aux greffiers et dépositaires des registres publics d'en délivrer, sans ordonnance de justice, expédition, copie ou extrait, à tous requérants, à la charge de leurs droits, à peine de dépens, dommages et intérêts. Cette disposition ne s'applique pas aux délibérations du conseil de famille? La Cour suprême a décidé, par un arrêt récent, que ces délibérations n'étaient ni des jugements, ni des actes appartenant à la publicité; que le dépôt qui en est fait au greffe des justices de paix a lieu dans l'intérêt des familles, et non pour livrer au public le secret des délibérations; que la loi n'a point ordonné la transcription de ces actes sur les registres publics; que leur indication sommaire sur les registres de l'enregistrement contient la mention qu'il suffit au public de connaître; que, dès lors, le greffier de la justice de paix n'est pas obligé d'en délivrer expédition à tous requérants qui ne justifieraient d'aucun intérêt particulier de nature à rendre utiles les expéditions par eux requises. (Cass. 30 déc. 1840, S.-V. 41. 1. 171; J. P. 1841. 1. 54; D. P. 41. 1. 62.)

Ajoutons, à l'appui de cette décision, que la publicité de ces délibérations pourrait entraîner les abus les plus graves, soit lorsque le conseil de famille aurait destitué le tuteur ou la mère tutrice pour inconduite notoire, soit lorsqu'il refuserait le consentement au mariage du pupille par des motifs secrets, puisés dans la conduite de la personne avec laquelle l'alliance serait proposée. Comment concevoir, dans ces divers cas, que la loi puisse vouloir livrer ces faits à la connaissance du public, en obligeant le greffier à délivrer à tous requérants une expédition des délibérations qui les mentionnerait?

91. Il n'est pas nécessaire, en règle générale, que la délibération du conseil de famille soit motivée; la cour de Toulouse l'a reconnu, et nous adoptons pleinement cette opinion. (5 juin 1829, S.-V. 29. 2. 313, J. P. 3° édit.; D. P. 29. 2. 252; —Paris, 11 déc. 1821, S.-V. 22. 2. 161; J. P. 3° édit.; D. A. 11. 913.) Cependant l'art. 447 fait une exception, pour le cas où la délibération du conseil de famille prononce l'exclusion ou la destitution du tuteur.

Cette exception s'applique-t-elle au cas ou la mère qui convole n'est pas confirmée dans la tutelle? Nous ne le pensons pas. Nous avons vu qu'on ne pouvait assimiler à la destitution le cas où la mère n'était pas confirmée; qu'il n'y avait là ni destitution ni exclusion. Si le législateur oblige la mère qui se remaric à se faire confirmer dans la tutelle, c'est principalement parce que se trouvant elle-même sous la puissance maritale, avant perdu l'administration de ses biens personnels, il est difficile de concevoir qu'elle puisse administrer la personne et les biens de ses enfants, sans avoir au moins pour associé dans cette administration celui sous la puissance duquel elle se trouve. Or, l'intérêt des enfants exige que le conseil examine quelle est la valeur morale de l'homme avec lequel la mère a convolé, et s'il est digne que l'on conserve à sa femme, en l'y associant lui-même, la tutelle des enfants qui lui sont personnellement ctrangers. Ainsi, lorsque le conseil refuse de continuer la tutelle à la mère, celle-ci n'est pas destituée, elle n'est pas exclue; seulement le conseil décide qu'il ne veut pas faire partager cette mission au second mari, étranger aux enfants du premier lit: il n'y a donc aucune parité entre ce cas et celui de destitution ou d'exclusion; on ne peut donc obliger le conseil à motiver sa délibération, puisque la loi ne l'exige que pour le cas de destitution ou d'exclusion. (Cass. 17 nov. 1813, S.-V. 14. 1. 74; J. P. 3º édit.; D. A. 12. 732.)

92. Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent doit être mentionné dans le procès-verbal (C. pr. civ., 883). La nécessité de cette mention se justifie par la faculté accordée au tuteur, au subrogé tuteur, au curateur, et même à tous les membres de l'assemblée, de se pourvoir contre la délibération; et comme la demande doit être formée contre les membres qui ont été d'avis de la délibération, il était indispensable que le procès-verbal les fît connaître et qu'il indiquât par conséquent l'avis émis par chacun des membres du conseil.

Cette nécessité de faire connaître l'avis de chaque membre du conseil n'existe que lorsque la délibération n'est pas unanime et lorsqu'il est permis de se pourvoir; car, si on ne peut pas se pourvoir contre la délibération, le motif qui a fait ordonner l'énonciation de l'avis de chaque membre n'existe plus, et alors la formalité n'est plus nécessaire, cessante causà, cessat effectus. Nous verrons plus loin dans quel cas il est permis de se pourvoir contre les délibérations du conseil de famille.

- § 5. Quels sont les effets des délibérations du conseil de famille?—Homologation. Dans quels cas l'homologation est-elle nécessaire? Qui doit la poursuivre? Comment doit-elle être demandée et ordonnée? Quels en sont les effets?
- 93. Les délibérations du conseil de famille ont pour effet d'investir le tuteur et le subrogé tuteur nommés de leurs fonctions, à dater du jour de la nomination. V. Curateur, Tutelle, Tuteur.
- 94. Quand elles ont pour objet d'autoriser certains actes qui ne seraient point valables sans cette autorisation, les délibérations du conseil de famille impriment à l'acte qu'elles ont autorisé le même caractère d'irrévocabilité, la même force que s'il était émané d'un majeur, que si le pupille avait eu la capacité nécessaire pour y consentir seul et sans aucune autorisation.

Cependant, il n'en est ainsi qu'autant que la délibération n'est pas elle-même soumise à la nécessité de l'homologation des tribunaux; car lorsqu'elle est soumise à cette formalité, elle n'a de valeur que du jour où elle a été homologuée.

95. Dans quels cas l'homologation estelle nécessaire? — Les délibérations du conseil de famille doivent être homologuées lorsqu'elles destituent le tuteur, et que celui-ci réclame contre sa destitution (C. civ., 448); quand elles autorisent le tuteur à emprunter pour le mineur, à alièner ou à hypothèquer les biens immeubles de celui-ci (C. civ., 458); quand elles autorisent une transaction au nom du mineur (C. civ., 467); quand elles autorisent le mineur émancipé à emprunter, à vendre ou à alièner ses immeubles (C. civ., 483 et 484); quand elles règlent les conventions matrimoniales de l'enfant d'un interdit (C. civ., 511).

Dans tous ces cas, l'homologation est indispensable; mais il n'en est pas ainsi dans les autres. L'homologation est une formalité exceptionnelle; dès lors, on ne doit y recourir que lorsqu'elle est formellement requise par la loi. Aussi, la cour de Toulouse a-t-elle décidé que la délibération du conseil qui autorise le tuteur à répudier une succession, même immobilière, ne devait pas être homologuée, le législateur ne l'exigeant pas dans ce cas, et n'ayant pas manqué de l'ordonner dans tous les cas où elle était nécessaire. (Tou-

louse, 11 juin 1829, S.-V. 30. 2. 15; J. P. 3° édit.; D. P. 29. 2. 269; — id., 5 juin 1829, S.-V. 29. 2. 313; J. P. 3° édit.; D. P. 29. 2. 252.)

96. Qui doit demander l'homologation de la délibération? — En règle générale, l'homologation doit être poursuivie par le tuteur, auquel la loi en confie expressément le droit (C. de procéd. civ., 887). Mais si la délibération prononce la destitution du tuteur, il est évident que celui-ci n'en poursuivrait jamais l'homologation; aussi, dans ce cas, l'art. 448 du Code civil en confie le droit au subrogé-tuteur. De quel subrogétuteur la loi entend-elle parler? Est-ce de celui qui a été nommé par la délibération dont l'homologation est poursuivie, ou bien de celui qui aurait été nommé antérieurement?

La question peut se présenter lorsque la délibération prononce la destitution du tuteur, dont elle confère les fonctions au subrogétuteur, et qu'elle nomme, par voie de suite, un autre subrogé-tuteur.

Mais elle nous semble résolue par l'art. 448, qui ne permet implicitement au nouveau tuteur d'entrer en fonction, quand le tuteur n'adhère pas à sa destitution, qu'après que la délibération qui le concerne a été homologuée. Il résulte évidemment de là que cette délibération n'a d'existence légale qu'après son homologation; celui qui agirait en vertu de ce titre, avant qu'il eût été homologué, agirait donc sans titre; dès lors, le subrogétuteur, qui ne tire ses pouvoirs que de cet acte, ne peut en poursuivre l'homologation, puisqu'il ne peut agir qu'en vertu d'un titre certain, et que la validité de la délibération dépend d'un événement futur et incertain, l'homologation pouvant être refusée par le tribunal. (V. Bruxelles, 12 nov. 1830, S.-V. 31. 2. 58; J. P. 3e édit.; D. P. 33. 2. 223.)

97. Si le tuteur néglige de poursuivre l'homologation, le subrogé-tuteur doit la demander lui-même; à défaut par l'un et l'autre d'agir dans le délai fixé par la délibération, ou, à défaut de fixation, dans le délai de quinzaine, tout membre de l'assemblée peut demander cette homologation contre le tuteur, et aux frais de celui-ci, sans répétition (C. proc. civ., 887.)

La généralité de cette disposition s'applique à tous les cas, même au cas de destitution du tuteur; aussi la cour d'Orléans a-t-elle

jugé que, dans ce cas, si le subrogé-tuteur néglige de faire homologuer la délibération, le plus proche parent qui a provoqué la destitution peut agir en son lieu et place. (9 prairial an XII, S.-V. 5. 2. 14.)

Il est bien évident, sans doute, qu'alors l'homologation devra être poursuivie contre le subrogé-tuteur; mais devra-t-elle l'être aux frais de celui-ci, sans répétition? La loi ne le dit pas. Or, la condamnation personnelle aux dépens est une peine, et toute peine doit être écrite dans la loi; on ne peut l'étendre d'un cas à un autre : elle ne peut par conséquent être infligée au subrogé-tuteur.

98. Comment l'homologation doit-elle être demandée et ordonnée? — «Dans tous les cas où il s'agit d'une délibération sujette à l'homologation, une expédition de la délibération sera prèsentée au président, lequel, par ordonnance au bas de ladite délibération, ordonnera la communication au ministère public, et commettra un juge pour en faire le rapport à jour indiqué. — A la suite de l'expédition de la délibération, il sera présenté requête à fin d'homologation; cette requête ne sera point grossoyée. » (C. pr. civ., 885; Tarif, 78.)

«Le procureur du roi donnera ses conclusions au bas de ladite ordonnance; la minute du jugement d'homologation sera mise à la suite desdites conclusions sur le même cahier. » (C. pr. civ., 886.) « Ainsi, dit Delvincourt (t. 1<sup>er</sup>, p. 280, notes), l'expédition de la délibération, la requête à fin d'homologation, l'ordonnance du président, les conclusions du procureur du roi, et la minute du jugement, tout cela ne doit faire qu'une seule et même pièce, afin d'éviter les frais. »

99. Lorsqu'il s'agit de l'homologation d'une délibération du conseil de famille qui autorise le tuteur à emprunter pour le mineur, à aliéner ou hypothéquer les biens immeubles de celui-ci, il y doit être statué en chambre du conseil du tribunal, après que le procureur du roi a été entendu. (C. civ., 458.)

Le Code de procédure ne dit point que le tribunal statuera en la chambre du conseil dans les autres cas; d'où il suit qu'il doit prononcer en audience publique, la publicité étant de l'essence des jugements, qui n'en sont pas exemptés par la loi. Mais ce Code déroge-t-il à l'art. 458 du Code civil? Nous ne le pensons pas; car il est de principe que les lois générales n'abrogent les lois spéciales que lorsque cette abrogation est extuellement

consignée dans la loi, ou que leurs dispositions sont incompatibles, et ici, nous ne trouvons ni une abrogation textuelle, ni la moindre incompatibilité. Le Code civil dispose pour un cas particulier; le Code de procédure pour tous les autres: leurs dispositions peuvent donc se concilier. (Douai, 1<sup>er</sup> août 1838; S.-V. 40. 2. 21; J. P. 40. 1. 643; D. P. 40. 2. 47.)

100. D'un autre côté, le Code de procédure n'exempte des formes ordinaires que l'homologation de la délibération qui a pour objet les intérêts du mineur lui-même; mais il n'en est pas ainsi des diverses voies autorisées contre les délibérations, lorsque le mineur n'y est pas intéressé, et qu'elles concernent uniquement le tuteur et les autres membres du conseil de famille. Il résulte, en effet, des dispositions des art. 883 ét 884 du Code de procédure, que, lorsqu'il y a débat entre le tuteur et le subrogé-tuteur ou les membres du conseil, la cause doit être jugée sommairement, il est vrai, mais dans les formes ordinaires, la procédure prescrite par les art. 885 et 886 du Code de procédure n'étant relative qu'à l'homologation. C'est, du reste, dans ce sens que s'est prononcée la cour royale de Montpellier, par arrêt du 3 décembre 1841 (S.-V. 42. 2. 28; J. P., 1842. 2. 406.)

101. Lorsque l'homologation est poursuivie, les tiers ne peuvent intervenir qu'autant qu'ils y ont intérêt; car il est de principe que l'intérêt est la mesure des actions. Les seuls qui aient intérêt à soutenir ou à combattre les délibérations sont: le tuteur destitué, auquel l'art. 448 du Code civil accorde d'ailleurs le droit d'assigner le subrogé-tuteur pour se faire déclarer maintenu dans la tutelle; les parents qui ont provoqué la destitution de ce tuteur, en requérant la convocation du conseil de famille, et qui, aux termes de l'art. 449, peuvent intervenir dans la cause.

102. L'intervention est-elle permise au nouveau tuteur? Elle ne peut lui être interdite quand il conteste sa nomination et soutient qu'il doit être excusé de la tutelle. Mais il en serait autrement s'il venait se joindre à celui qui demanderait l'homologation. En effet, il agirait ou comme tuteur nommé, ou comme simple membre du conseil de famille: comme tuteur, il ne le pourrait pas, puisque le titre qui lui conférerait cette qualité n'aurait pas encore d'existence légale, ou du moins ne pourrait pas encore être exécuté; comme membre du conseil de famille, l'art. 888

du Code de procédure ne lui accorde, à ce titre, le droit d'intervenir que pour s'opposer à l'hômologation. La cour d'Angers a rendu hommage à ces principes, et sa doctrine sur ce point nous semble incontestable. (Angers, 29 mars 1821, S.-V. 21. 2. 260; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 712.)

103. Ce que nous venons de dire est spécial au cas où il s'agit de la demande en homologation d'une délibération qui destitue le tuteur. Dans tous les autres cas, l'art. 888 du Code de procédure donne à tous les membres de l'assemblée le droit d'intervenir pour s'opposer à l'homologation; ils doivent le déclarer par acte extra-judiciaire à celui qui est chargé de la poursuivre, et s'ils n'ont pas été appelés, ils peuvent former opposition au jugement.

104. Quels sont les effets de l'homologation? — L'effet de l'homologation, quand elle est nécessaire, est de donner une existence légale à la délibération qui en est l'objet, et de rendre valables les actes que la délibération autorise; de telle sorte que, quand ces actes ont été réalisés, il n'appartient à personne, pas même au mineur, d'en demander la nullité. Mais ces principes ne sont vrais qu'autant que la délibération est valable en elle-même; car, si elle avait été rendue illégalement ou par un conseil de famille convogué contrairement aux dispositions de la loi, l'homologation ne validerait point les actes qui en auraient été la suite : leur validité est soumise à une double condition: 1º le consentement du conseil de famille, composé selon le vœu de la loi; 2º l'homologation de la justice. L'homologation approuve la délibération, mais le juge de qui cette homologation émane ne s'occupe point de l'accomplissement des formalités prescrites pour la composition du conseil qui a délibéré. « L'homologation, dit la Cour suprême, n'a pas l'effet d'un jugement; si c'est un acte de juridiction, c'est un acte de juridiction gracieuse, n'opérant pas l'effet de la chose jugée. » Aussi cette cour a-t-elle décidé que la délibération d'un conseil de famille, portant nomination d'un tuteur, pouvait être attaquée devant un tribunal de première instance, encore qu'elle eût été homologuée par le juge sans contradiction ni contestation; que si, par conséquent, de deux tuteurs différents nommés au même mineur, l'un attaquait la nomination de l'autre, le juge de première instance ne pouvait se croire lié par la contrarièté de deux décisions, dans le sens de l'art. 504 du Code de procédure civile; qu'il n'y avait pas nécessité de renvoyer à un juge supérieur; que c'était au premier juge à prononcer. (Cass. 18 juill. 1826, S.-V. 27. 1. 57; J. P. 3° édit.; D. P. 26. 1. 420.)

105. En matière d'interdiction et de dation de conseil judiciaire, l'avis préalable des parents n'a point la force d'une délibération; il importe peu qu'il soit ou non attaqué, car, par lui-même, il ne peut entraîner ni l'interdiction ni la dation d'un conseil judiciaire: c'est au tribunaux seuls que la loi donne le droit, soit d'interdire, soit de pourvoir d'un conseil; elle n'appelle les parents qu'à donner leur avis sur l'opportunité de cette mesure.

106. Le projet de Code civil contenait une disposition qui rendait les membres du conseil de famille responsables de la gestion du tuteur qu'ils avaient nommé. Serres (liv. 1er, tit. 15) nous apprend que, sous la jurisprudeuce du parlement de Toulouse, la responsabilité ne pesait que sur les membres convoqués qui ne s'étaient pas rendus à l'assemblée, et que c'était une peine appliquée à leur contumace. D'après cet auteur, le juge lui-même était responsable, quand il ne suivait pas le choix fait par les parents; mais, en règle générale, cette responsabilité n'existait pas, ainsi que nous l'attestent Cambolas (liv. 5, ch. 29), Maynard (liv. 6, ch. 56), Papon (liv. 15, tit. 5, art. 21): Automne (sur les lois Cum ostendimus, § fidejussores. ff. De fidejussor. et nominator.; § si magistratus, ff. De magistrat. conveniend.). Graverol (sur la Roche-Flarin) rapporte deux arrêts, l'un du parlement de Toulouse (juin 1585), l'autre du parlement de Grenoble, dont il ne donne pas la date, qui l'ont ainsi jugé. Cet auteur ajoute que, dans les pays coutumiers, « les nominateurs d'un tuteur, qui avaient agi de bonne foi, ne répondaient jamais de son insolvabilité, fût-il insolvable lors de sa nomination, parce que n'ayant été appelés que pour donner leur avis, consilii non fraudulenti nulla est obliqatio (1. 47, ff. De reg. juris.)

Les rédacteurs du Code civil ne voulurent pas se montrer plus sévères, et cette disposition fut rejetée comme déraisonnable. Nous admettons donc que les membres du conseil ne sauraient être responsables de l'effet de leurs délibérations, sauf les cas de dol et de fraude qui, comme on le sait, font exception

à toutes les règles. (V: Valette sur Proudhon, Traité des personnes, t. 1, p. 326; Duranton, t. 3, nº 473.)

Sect. 5. — Voies ouvertes contre les délibérations du conseil de famille.

107. Les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées dans diverses circonstances que la loi a indiquées, et par les personnes auxquelles elle en donne le droit.

Celui qui a été nommé tuteur peut se pourvoir devant les tribunaux pour faire admettre l'excuse que le conseil de famille a rejetée (C. civ., 440); mais il faut qu'il l'ait proposée au conseil de famille, s'il était présent à la délibération; s'il n'était pas présent, il faut qu'il fasse convoquer le conseil pour délibérer sur son excuse; car s'il ne l'avait pas proposée au moment où la tutelle lui a été déférée, il serait irrecevable à l'invoquer ultérieurement (C. civ., 438, 439).

108. Le père et la mère qui seraient privés, par une délibération, de la tutelle légale de leurs enfants, auraient également le droit de se pourvoir, bien que la loi ne le leur confère pas d'une manière expresse. Ce droit résulte nécessairement de l'art. 390 du Code civil, qui leur défère la tutelle légale de leurs enfants, et par là leur donne la faculté d'attaquer, devant les tribunaux, toute délibération qui tendrait à méconnaître leurs droits.

109. Le tuteur destitué ou exclu peut également se pourvoir contre la délibération qui le prive de la tutelle (art. 448), et assigner le subrogé-tuteur pour se faire déclarer maintenu.

110. Toutes les fois que la délibération n'est pas unanime, elle peut être attaquée par le tuteur, le subrogé-tuteur ou le curateur, même par tous les membres de l'assemblée. La demande doit être formée contre les membres qui ont été de l'avis de la délibération, sans recourir au préliminaire de la conciliation (C. de pr. civ., 883).

Lorsqu'il y aura unanimité, c'est-à-dire avis uniforme de tous les membres du conseil, la délibération ne pourra être attaquée par le subrogé-tuteur, ni par les membres individuellement. Comment les admettre, en effet, à se pourvoir contre une délibération qui serait leur propre ouvrage?

Mais résulte-t-il de l'article 883 que toute délibération qui n'aura pas obtenu Fenanimité des suffrages puisse être indistinctement attaquée? Nous pensons qu'on ne doit admettre qu'une exception: ce serait lorsque la délibération aurait eu pour objet l'élection du tuteur. Une telle élection ne peut, selon nous, être attaquée, encore bien qu'elle n'ait pas été unanime, pourvu toutefois que la délibération soit régulière en la forme, et qu'elle ne porte pas sur une personne indigne ou incapable.

La cour de Paris a adopté cette opinion; elle a décidé que la disposition de l'article 883 du Code de procédure civile ne s'applique pas à l'election du tuteur (6 oct. 1814, S.-V. 15. 2. 215). La même solution résulte implicitement d'un arrêt de la cour de Metz, qui a décidé que « la loi n'a pas prescrit la mention au procès-verbal de l'avis de chaque membre du conseil, bien que l'élection n'ait pas obtenu l'unanimité des suffrages, parce que, dit cette cour, l'élection proprement dite n'est que la délation arbitraire et spontanée d'un simple suffrage, et que la loi n'a exigé la désignation nominale de l'avis de chaque membre du conseil de famille, lorsque les délibérations ne sont pas unanimes, que lorsqu'il s'agit de délibérations ou d'avis sur les intérêts des mineurs, ou de la destitution du tuteur, ou enfin sur les excès de celui-ci, parce qu'alors les délibérants sont appelés devant les tribunaux pour y soutenir et défendre l'avis qui a prévalu. » Ainsi dans l'esprit de cette cour, les délibérants ne peuvent être appelés devant les tribunaux en matière d'élection de tuteur (Metz, 16 fév. 1812, S .- V. 12. 2. 389; D. A. 9. 544).

La cour d'Angers a cependant émis une opinion contraire (6 août 1819, S.-V. 20. 2. 196; J. P. 3e édit.; D. A. 12. 698). Cette décision ne tendrait à rien moins qu'à déférer aux tribunaux l'élection du tuteur; car, si on les autorisait à censurer et modifier l'élection faite par le conseil de famille, il faudrait leur donner mission de nommer dux-mêmes le tuteur au mépris de l'art. 405 du Code civil. En effet, renverraient-ils devant le même conseil pour procéder à une nouvelle élection? Mais cette mesure pourrait être sans résultat, si les membres de ce conseil persistaient dans leur choix. Renverraientils devant un conseil autrement composé? Mais ils méconnaîtraient les règles tracées par le Code sur la composition du conseil de famille. Du reste, l'article 418 du Code civil nous paraît lever tous les doutes, puisqu'il charge le tuteur d'agir et d'administrer, du jour de sa nomination par le conseil de famille, si elle a eu lieu en sa présence, sinon, du jour qu'elle lui aura été notifiée. N'est-ce pas dire que le tuteur une fois désigné l'est irrévocablement, et que sa nomination tire toute sa force de la délibération qui la renferme?

On oppose l'article 883 du Code de procédure civile; mais les termes mêmes de cet article indiquent assez qu'il n'est applicable que lorsqu'il s'agit de délibérations relatives aux intérêts du mineur, et non pas à l'élection du tuteur, puisqu'il suppose une organisation préexistante de la tutelle, dès le moment qu'il parle de tuteur, subrogé-tuteur et curateur. Pour que cet article reçût ici son application, il faudrait nécessairement que cette application fût en harmonie avec les dispositions du Code civil sur la matière des tutelles; car le Code de procédure, qui n'a pour objet que de régler la forme des actions, ne peut être susceptible d'une interprétation contraire aux principes de législation consacrès par le Code civil.

111. Dans tous les autres cas, les délibéra tions du conseil de famille qui ne sont pas unanimes peuvent être attaquées; si elles sont unanimes, elles ne peuvent être attaquées que dans la forme, puisque l'article 883 restreint le droit de se pourvoir contre elles au cas où elles ne sont pas unanimes. Mais quand elles sont irrégulières dans la forme, quand le conseil de famille a été illégalement composé, ou qu'il n'a pas observé les formalités prescrites par la loi, le tuteur, le subrogé-tuteur et les membres du conseil peuvent se pourvoir contre ses délibérations. Vainement leur objecterait-on que, par leur concours, ils ont couvert le vice dont elles étaient entachées; lorsqu'une loi prescrit une formalité substantielle, on ne peut couvrir par un acquiescement la violation de cette formalité.

Cependant la jurisprudence s'est divisée sur cette question. Si, d'un côté, les cours de Lyon (15 fév. 1812, S.-V. 13. 2. 289; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 712), de Colmar (27 avril 1813, S.-V. 14, 2. 48; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 717), d'Angers (29 mars 1821, S.-V. 21. 2. 260; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 712) et de cassation (24 fév. 1825, S.-V. 25. 1. 273; J. P. 3° édit.; D. P. 25. 1. 119) ont décidé que la nullité des délibérations pouvait être deman-

dée par les parents qui n'auraient pas protesté contre ces délibérations, et même par ceux qui y auraient acquiescé, d'un autre côté, la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence et a posé en principe que le tuteur qui avait convoqué le conseil de famille n'était pas recevable à se prévaloir de la nullité de la convocation de ce conseil (4 janv. 1842, S.-V. 42. 1. 244; J. P. 1842. 2. 417; D. P. 42. 1. 189). — V., en outre (Bruxelles, 18 juillet 1810, S.-V. 11. 2. 433; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 726.)

Que, par son acquiescement, on puisse couvrir la nullité d'une convention, d'un jugement ou de tout autre acte auguel on est personnellement intéressé, on ne saurait le contester; mais qu'il en soit de même quand on n'est pas personnellement intéressé à se prévaloir de cette nullité, quand on agit pour le compte d'autrui, et surtout d'une personne incapable d'agir, en un mot, quand la nullité n'est relative qu'aux intérêts d'un mineur, on ne peut l'admettre, parce que s'il est permis de compromettre ses intérêts, on ne peut pas compromettre ceux d'autrui, et que si on peut renoncer à ses droits, on ne peut renoncer à ceux d'autrui : dès lors l'acquiescement ne peut rendre irrecevable à proposer la nullité, parce que cette nullité intéresse seulement le mineur, et que d'ailleurs les tutelles sont d'ordre public et sous la surveillance spéciale du ministère public (Colmar, 27 avril 1813, S.-V. 14. 2. 48; J. P. 3º édit.). - V. Chardon, ibid., nº 315.

112. La loi n'indiquant pas de formes spéciales pour se pourvoir contre les délibérations du conseil de famille, il faut recourir aux règles ordinaires; mais on n'est pas obligé le citer en conciliation; la loi dispense de cette épreuve ces sortes de causes (C. de pr. civ., 49 et 883). L'article 884 prescrit seulement de juger ces affaires sommairement.

113. Contre qui les poursuites devront-elles être dirigées? L'article 883 du Code de procédure civile ordonne de former la demande contre les membres qui ont été d'avis de la délibération. Le juge de paix étant membre du conseil de famille, il semble résulter de cet article que les poursuites doivent également être dirigées contre lui : mais ce serait méconnaître l'esprit de la loi qui, dans l'article 883, n'entend évidemment parler que des autres membres du conseil, c'est-à-dire des parents, alliés ou amis; il ne pourrait en être autrement, sans mettre cet article en opposition manifeste avec les articles 509 et 510 du Code de procédure civile, car l'action dirigée contre le juge de paix serait une véritable prise à partie qui ne pourrait être exercée que devant la cour royale et sous la permission préalable de cette cour (Cass. 29 juillet 1812, S.-V. 13. 1. 32; J. P. 3º édit .: D. A. 12. 720.)

114. Si la demande est formée par le tuteur dont les excuses ont été rejetées, il doit diriger les poursuites contre les membres qui l'ont nommé malgré son opposition; si elle est formée par le tuteur destitué, il doit la diriger contre le subrogé-tuteur.

Dans le premier cas, « si le tuteur parvient à se faire exempter de la tutelle, ceux qui auront rejeté l'excuse pourront être condamnés aux frais de l'instance. S'il succombe, il y sera condamné lui-même. » (C. civ., 441.) Dans les autres cas, si la délibération est annulée, les frais sont considérés comme frais de gestion, et demeurent à la charge de la tutelle; si elle est confirmée, ils sont supportés par la partie qui succombe.

115. Quelle que soit la nature de la contestation, qu'il s'agisse d'un pourvoi dirigé contre la délibération, ou d'une demande en homologation, le jugement qui intervient est toujours sujet à appel. C'est ce que décide, en termes formels, l'article 889 du Code de procédure civile: « Les jugements rendus sur la délibération du conseil de famille, dit cet article, seront sujets à l'appel. » Dès lors le tribunal de première instance ne peut statuer comme juge d'appel sur une délibération (Cass., 14 et 15 ventôse an XIII, S.-V. 5. 1. 92; J. P. 3° édit.; D. A. 12. 719).

Property of the least contact the in the continue of the sales of the unit al 1965 services by the first over an own inge intermitted september of all and and a september of a september of the september of a septe Partition between the services and the services are services and the services and the services and the services are services and the services and the services and the services are services and the services and the services are services and the services and the services are se 44, 960 Mark 120 Set allow of the manner was 工具, 10 支出, 10 支出, 2 元, 2

us social as Interest (the an - represent the continuous programmes and the state of th rang less par a dispute a log of morning sin de lances stop of this sea organ like a part them show no binary also as a transfer of the con-And the first of the state of t A STATE OF THE PARTY OF A section of the Sect and the section of a section of the section of the

was lake night a treating of Tabucating and of come to Ashing printer a line religi this (a) altitur or a lining recountry and

THE REST OF SERVICE STREET, SPILE LINES, SPILE LINES, SPILE LINES, SPILES, SPI La . Lide mulwall Totage employed and the stage of the and trivial to the state of the following and the state of the state o water and the trace from the configuration of the all compatibilitions and dispension and and a property and the party of the party of the party

mounde jour ves as Pres commune of many Till Contouting the courselfes derrogal-elles er Brand at the baller Tagling and column are the arrivation for mice is sectionally al all significant out out out of difficulty

All The Different Like State Man Like the Sand

**医阴影性 对加州 外影** [4] 《新加州安徽》(4) SET THE REAL PROPERTY OF THE PERSON OF personal state of the local STANDARD SOUND WE STAND and the state of a substitute of niger of a state of a state of the state of Same of Market and but to be sers vinorembre esta e and a second of the second o tion research by the strait of all a strains of the strains of the strains managed the alleged to the state of the first Palaco di Arashir ang Masasi off test Wile firm hills

Automotive notice to the second Males and his energy set fact that sed village substance of the gray and amount of the second const the sindicate of the angulator A series of the series of the The state of the s

Michigan with tringsmap searce I all you be bale as Findante, Sil terminal the a first of a continuity of the control of the c

The same of the sa shines to Marketta animodilish care ma nonoine a ce la financiami de se se conoine buspours suit à vigles (1882) de cons access en fermes folk-last reduce de cur cone d Market and the state of the sta 65 alteration of busines at mailtraut had article, second an other a legisle a tree was the principal formulate midestry no bearings SHAD SOU THE LOUGH SATE MINION The letter of the common on some Sand AND THE RESERVE OF THE STATE OF

THE BUT THE TREET THEOLOGY

