

vende ses droits d'héritier bénéficiaire (n° 568). De quelle manière qu'il ait accepté, il est héritier, et il ne peut pas cesser de l'être quant aux obligations qu'il a contractées envers les créanciers et légataires. Ceux-ci ont donc le droit de le poursuivre; mais l'acheteur prenant la place de l'héritier quant à ses droits, doit aussi être tenu des charges de l'hérédité, car il achète une universalité qui comprend un passif et un actif; il doit donc indemniser le vendeur en lui remboursant ce que celui-ci a payé à titre d'héritier.

Les créanciers pourraient-ils agir directement contre l'acheteur? Non, car l'acheteur ne s'est pas obligé à leur égard, il n'est donc pas leur débiteur. Ils peuvent seulement agir contre lui, en vertu de l'article 1166, comme exerçant les droits du vendeur, leur débiteur; mais cette action est moins profitable que l'action directe qui appartient aux créanciers contre l'héritier; celle-ci leur profite pour le tout, tandis qu'ils doivent partager avec tous les créanciers les bénéfices de l'action qu'ils intentent en vertu de l'article 1166 (1).

580. L'article 1698 dit que l'acheteur doit rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les *dettes et charges* de la succession. Qu'entend-on par dettes et charges? Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre qui est le siège de la matière. La loi ajoute que l'acheteur doit faire raison au vendeur de tout ce dont il était créancier; nous avons déjà dit que les créances, ainsi que les dettes éteintes par confusion, revivent quand l'héritier vend l'hérédité (n° 571).

L'obligation de supporter les dettes et charges de la succession est très-onéreuse, puisque l'héritier en est tenu indéfiniment et, par suite, l'acheteur. On conçoit que celui-ci tienne à se mettre à l'abri des risques d'une obligation illimitée qui pourrait le ruiner. La loi prévoit que les parties fassent des stipulations contraires; elles peuvent convenir que l'acheteur ne devra supporter les dettes

(1) Duranton, t. XVI, p. 548, n° 525, et tous les auteurs. Bruxelles, 7 août 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 328).

et charges que pour une certaine somme, ou jusqu'à concurrence de son émolument, ou pour une certaine quotité, enfin elles peuvent même affranchir l'acheteur de toute contribution aux dettes. Ces diverses clauses ne concernent que des intérêts pécuniaires, que les parties sont toujours libres de régler comme elles l'entendent. On est étonné de voir ces questions de fait portées devant la cour de cassation; il va sans dire que celle-ci prononce régulièrement des arrêts de rejet, en se fondant sur le texte de l'article 1698, qui autorise les stipulations contraires des parties contractantes (1).

ARTICLE 3. De la cession de droits litigieux (2).

§ 1^{er}. Quand il y a lieu au retrait.

581. « Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire en lui remboursant le prix réel de la cession » (art. 1699). *Peut s'en faire tenir quitte* : l'expression est assez singulière; le droit du débiteur cédé a un nom que la tradition a consacré, et on ne voit pas pourquoi les auteurs du code ne l'ont pas reproduit. Pothier dit que c'est une espèce de *droit de retrait*; le débiteur, en remboursant le cessionnaire, est admis à prendre son marché. L'achat que le cessionnaire avait fait de la dette litigieuse est détruit en la personne de l'acheteur et passe en celle du débiteur, qui est censé avoir lui-même racheté sa dette du créancier et avoir transigé avec lui pour la somme portée en la cession. En définitive, le retrait exercé par le débiteur exproprie le cessionnaire. Pourquoi la loi permet-elle d'enlever à celui-ci un droit qu'il tient de son contrat et qui est sa propriété? C'est une vraie expropriation; et, dans notre ordre constitutionnel, l'expropriation ne peut avoir lieu que pour cause d'utilité publique. Pothier répond : « Ce

(1) Rejet, chambre civile, 14 février 1854 (Daloz, 1854, 1, 53), et 23 avril 1860 (Daloz, 1860, 1, 228).

(2) Desjardins. *Du retrait des droits litigieux* (*Revue pratique*, t. XXV, XXIX et XXX).

retrait est très-équitable. *Le bien de la paix* exige que le débiteur qui, en prenant pour lui le marché, éteint le procès auquel la dette litigieuse devait donner lieu, soit préféré pour ce marché à un *odieux acheteur de procès*. » Le mot *odieux* est de trop, a-t-on dit; l'acheteur est un spéculateur, un homme qui cherche à profiter d'une chance qu'il croit bonne. L'appeler odieux, alors qu'on ne nomme pas ainsi celui qui fait un contrat aléatoire quelconque, est un préjugé. Nous croyons bien qu'il y a un préjugé de charité chrétienne dans le droit de retrait, mais il faut l'accepter et l'interpréter dans l'esprit qui l'a fait admettre; or, les auteurs du code s'expriment à peu près comme Pothier (1). Portalis rappelle que le droit de retrait a été introduit par les lois des empereurs et que la jurisprudence française avait adopté, en ce point, le droit romain. « Nous avons cru, dit-il, devoir conserver une faculté que la raison et l'humanité justifient; l'humanité plaide pour le débiteur, contre ces hommes avides du bien d'autrui, qui achètent des procès pour vexer le tiers ou pour s'enrichir à ses dépens. » On peut répondre que les hommes agissent par intérêt beaucoup plus que par passion, et que si le créancier vend à bas prix un droit litigieux, c'est qu'il y a une chance de perte que le cessionnaire consent à courir. Le seul motif que l'on puisse donner pour justifier le retrait, c'est qu'il met fin à un procès. C'est certes un grand bien, mais on ne doit pas acheter ce bien en violant un droit; or, la loi viole le droit de propriété du cessionnaire. Vainement dit-on que le retrait satisfait tous les intérêts et que, notamment, le cessionnaire n'a pas le droit de se plaindre, puisque, tout défavorable qu'il est, il retrouve ce qu'il a donné (2). Cela n'est pas exact : j'ai le droit de me plaindre quand on me prive de

(1) Pothier, *De la vente*, n° 597. Colmet de Santerre, t. VII, p. 211, n° 146 bis I. Portalis, *Exposé des motifs*, n° 48 (Loché, t. VII, p. 86). Comparez la discussion du conseil d'Etat, séance du 9 nivôse an XII (Loché, t. VII, p. 41, n° 7). Tronchet avoue que la raison du retrait est la défaveur qui pèse sur les cessionnaires de droits litigieux; Bigot-Préameneu répète le mot d'*odieux*.

(2) Bigot-Préameneu au conseil d'Etat. Duvergier reproduit la remarque (t. II, p. 441, n° 356).

ma propriété, ne fût-ce que d'une chance de bénéfice, car spéculer est aussi un droit.

582. Pour qu'il y ait lieu au droit de retrait, il faut une première condition, c'est que le droit litigieux ait été *cédé*. Par cession, la loi entend une vente (art. 1692); le texte de l'article 1698 le dit implicitement, puisqu'il exige que le débiteur qui veut user de cette faculté rembourse au cessionnaire le *prix* de la cession. Doit-on étendre à tout contrat onéreux, par exemple à l'échange, ce que la loi dit de la vente? On l'enseigne ainsi, parce qu'il y a même motif de décider (1). Mais l'analogie suffit-elle pour étendre une disposition aussi exorbitante que celle de l'article 1699? On n'est plus dans le texte, et dès que l'on est hors du texte, on rentre dans le droit commun.

583. Il est certain que la loi ne s'applique pas à la donation; le texte n'est plus applicable, puisque la condition sous laquelle le débiteur peut exercer le retrait ne peut pas être remplie, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute; on ne peut pas dire des donataires que la libéralité qu'ils reçoivent est une spéculation odieuse, car ils ne spéculent point (2). Tous les auteurs sont de cet avis; mais, d'accord sur le principe, ils se divisent quand il s'agit de l'appliquer à une donation faite avec charge. C'est qu'il y a dissentiment sur le caractère même des donations dites onéreuses. Nous avons enseigné, au titre des *Donations*, que ce sont de vraies libéralités quand le montant de la donation excède la valeur des charges. Il faut appliquer ce principe à l'espèce. Dès qu'il y a libéralité, l'article 1699 n'a plus de raison d'être; on ne peut pas même supposer qu'en se soumettant à des charges le donataire ait fait un marché odieux, car ce n'est pas lui qui prend l'initiative du contrat, il ne spéculé point, il est gratifié. Cela nous paraît décisif (3).

(1) Duvergier, t. II, p. 477, n° 387. Colmet de Santerre, t. VII, p. 213, n° 146 bis VII.

(2) Duranton, t. XVI, p. 558, n° 537, et tous les auteurs (Daloz, au mot *Vente*, n° 2018).

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 454, note 14, § 359 *quater*, et en sens divers, les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VII, p. 212, n° 146 bis V.

La jurisprudence est en ce sens. Une femme presque octogénaire fait une cession de droits litigieux à ses enfants moyennant une rente viagère. Le débiteur prétend exercer le droit de retrait. Sa prétention a été repoussée. « Le retrait autorisé par la loi, dit la cour de Caen, a pour but principal, non-seulement d'éteindre les procès, mais encore de mettre une fin à l'avidité de ceux qui profitent de l'ignorance et de la faiblesse de certaines personnes pour leur faire vendre des droits embarrassés et litigieux. Ce serait étrangement contrarier ce but moral et honnête que d'appliquer le retrait à des actes de bienfaisance et de générosité; celui qui l'exerce peut bien se substituer à l'acquéreur gratifié pour l'acquittement des charges qu'il a contractées, mais il ne peut pas se substituer à lui dans l'affection du bienfaiteur. Dans le fait particulier de la cause, on ne peut voir qu'un véritable avancement d'hoirie, avec réserve d'une pension; et une pareille cession, loin d'avoir le caractère des actes qui sont l'objet de l'article 1699, mérite toute la faveur de la justice. » Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet; la cour de cassation dit que la décision attaquée a fait une juste appréciation de la cession consentie par une mère au profit de ses enfants, en la qualifiant d'avancement d'hoirie, véritable démission de biens permise aux père et mère et, par conséquent, ne pouvant être assimilée aux pactes de droits litigieux (1).

584. L'article 1699 suppose qu'un *droit* litigieux a été cédé. Que faut-il entendre par le mot *droit*? Est-ce tout droit, mobilier et immobilier, ou ne s'agit-il que des droits de créance? Il a été jugé que le droit de retrait ne s'applique qu'à la cession de droits de créance, et non à une action qui tend à recouvrer un immeuble (2). Ce qui paraît avoir déterminé la cour de Bruxelles à donner ce sens restreint au mot *droit* dans l'article 1699, c'est qu'il se trouve placé sous la rubrique du chapitre qui traite spé-

(1) Rejet, 15 mars 1826 (Daloz, au mot *Vente*, n° 2021). Dans le même sens, rejet, chambre civile, 24 décembre 1855 (Daloz, 1856, 1, 13).

(2) Bruxelles, 21 décembre 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 523). Comparez Bruxelles, 24 février 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 50).

cialement des droits de créance. L'argument est très-faible, car la classification n'est pas une loi. De ce que l'article 1690, qui prescrit une espèce de publicité pour la cession de droits de créance, n'est pas applicable à la cession de droits réels, on ne peut pas conclure que l'article 1699 doit être limité aux droits mobiliers, car il n'y a aucun rapport entre les deux dispositions; elles ont une origine différente et un objet différent. Le texte même diffère; l'article 1690 est une suite de l'article 1689, qui parle du transport d'une *créance*, d'un *droit* ou d'une *action sur un tiers*, donc d'un droit contre une personne; tandis que l'article 1699 parle en termes généraux d'un *droit*, donc de tout droit. Quant à l'esprit de la loi, il est tout aussi général que le texte; y a-t-il moins de cupidité odieuse à acheter un procès immobilier qu'à acheter un procès mobilier? Enfin on peut encore invoquer, en faveur de cette interprétation, l'exception que l'article 1701, n° 3, apporte à la règle de l'article 1699; il y est question d'un *héritage* sujet au droit litigieux, donc d'un droit réel; or, l'exception porte sur la règle et implique, par conséquent, que la règle comprend les droits immobiliers (1).

585. Le droit de retrait s'applique-t-il aussi à la vente d'un immeuble dont la propriété est litigieuse? Au premier abord, on est tenté de dire que cette espèce ne rentre pas dans le texte de la loi; elle parle d'un *droit* litigieux, et non d'une chose dont la propriété est litigieuse. A notre avis, le texte est applicable. Qu'est-ce que la loi entend par droit litigieux? Il ne faut pas isoler le mot *droit*; ce n'est pas la cession d'un droit considérée d'une manière abstraite que la loi réprouve, elle considère comme odieux le marché qui a pour objet un droit litigieux, c'est-à-dire un procès, comme l'explique l'article 1700. Tel est certainement l'esprit de la loi, elle veut mettre fin au litige, et, pour ce motif, elle permet d'exproprier celui qui a acheté le procès. Qu'importe que la vente ait pour objet l'immeuble dont la propriété est soumise au procès ou le droit que le vendeur prétend avoir sur l'immeuble? C'est

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 455, § 359 *quater*.

presque une question de mots; car celui qui vend un immeuble dont la propriété lui est contestée, vend réellement le droit qu'il prétend avoir, plutôt que la chose; il vend donc un droit litigieux.

Toutefois la jurisprudence de la cour de cassation est contraire, et il faut en tenir compte, car, quoi qu'on en dise, elle y persiste. Il ne suffit pas de dire, comme le fait Marcadé, que la décision de la cour suprême est une erreur; il faut le prouver et, avant tout, l'écouter. L'arrêt de 1818 porte que la subrogation aux cessions de droits litigieux n'a pour objet que les créances et autres droits incorporels; qu'elle est, par conséquent, inapplicable aux immeubles qui, étant des corps certains et déterminés, ne sont pas compris dans les dispositions de l'article 1690(1). C'est un argument de texte, et cette argumentation mérite toujours que l'on s'y arrête, car il s'agit de la volonté du législateur. Troplong, aussi sévère que Marcadé, dit que cet arrêt est un exemple des égarements trop fréquents de la jurisprudence. Nous croyons également que la cour s'est trompée, mais la chose n'est pas aussi évidente qu'on le prétend. Dans une matière traditionnelle, la tradition a une grande autorité, il faut donc la consulter. Lamouignon dit dans ses arrêts que « le cessionnaire des héritages et autres droits mobiliers et immobiliers, de quelque nature qu'ils soient, étant en litige, peut être contraint par celui sur lequel le transport a été pris de le subroger en ses droits. » On lit dans Ferrière, sur l'article 108 de la coutume de Paris : « Les cessions des actions et choses litigieuses sont permises en France, mais conformément aux lois romaines ». Rousseaud de Lacombe dit que ces lois sont applicables, que la cession soit faite de *droits* litigieux, de *meubles* ou d'*immeubles* (2). La tradition paraît décisive, mais elle n'est pas unanime, comme on le dit; car la cour de Bruxelles l'invoque en faveur de l'opinion contraire; toutefois le passage de Ferrière nous pa-

(1) Cassation, 24 novembre 1818 (Daloz, au mot *Communes*, n° 1985, 3°). Comparez Troplong, p. 512, n° 1001. Marcadé, t. VI, p. 353, n° II de l'article 1701.

(2) Voyez les citations dans Duvergier, t. II, p. 469, note.

rait décider la question; il parle de la cession des *actions* et *choses* litigieuses; or, l'article 1699 parle également de *droits litigieux*; puis vient l'article 1700, qui porte : « La chose est litigieuse, etc. » Les mots *choses* et *droits* sont donc employés comme synonymes. Cela répond à la difficulté de texte.

Il y a un arrêt postérieur que l'on cite comme ayant consacré l'opinion contraire, laquelle est professée par la plupart des auteurs. En y regardant de près, on voit que la cour maintient sa première doctrine. Dans l'espèce, les droits cédés étaient les droits de propriété que le cédant prétendait avoir sur une lande et sur un marais; ces droits formaient l'objet d'une demande judiciaire introduite par le prétendu propriétaire. Le pourvoi soutenait que la chose cédée était un immeuble et que, par ce motif, la cession n'était pas soumise au retrait; il invoquait donc la jurisprudence de 1818. Que répond la cour? Que l'espèce actuelle est toute différente. « C'est réellement céder un droit litigieux, dit-elle, que céder, non pas un immeuble *qu'on détient* et *qu'on peut livrer*, mais seulement des droits quelconques sur cet immeuble et des prétentions qui, par l'événement, peuvent ne rien représenter au cessionnaire(1). » La distinction serait donc celle-ci. Je cède un immeuble que je possède, mais sur la propriété duquel il y a procès : la cession ne sera pas sujette à retrait. Je cède le droit de propriété que je prétends avoir sur un immeuble que je ne possède pas : la cession sera sujette à retrait. Cette distinction ne nous paraît pas très-solide. Qu'importe, qu'étant possesseur de l'immeuble litigieux, je puisse le livrer à l'acheteur? Je ne lui livre toujours qu'une prétention, et s'il est jugé que je ne suis pas propriétaire de l'immeuble, ma prétention, quoique appuyée sur la possession, ne représentera rien pour le cessionnaire. On peut donc appliquer littéralement à la vente d'un immeuble litigieux ce que la cour de cassation dit de la cession d'un droit litigieux sur un immeuble; les deux hypothèses étant iden-

(1) Rejet, 22 juillet 1851 (Daloz, 1851, I, 265). Comparez rejet, 28 janvier 1836 (Daloz, au mot *Vente*, n° 2041, 2°).

tiques, le droit de retrait doit être accordé dans l'une et l'autre. La raison en est simple, c'est que, dans les deux cas, il y a vente d'un procès (1).

586. L'article 1699 ne donne le droit de retrait que lorsqu'un droit litigieux est cédé. Quand un droit est-il litigieux? L'article 1700 répond : « La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit. » Il y a donc deux conditions requises pour que le droit soit litigieux, dans le sens de l'article 1699 : il faut d'abord qu'il y ait procès et il faut, en second lieu, que, dans ce procès, le fond du droit soit contesté. Si l'une de ces conditions fait défaut, le droit ne sera pas litigieux. Il peut y avoir procès sans que le fond du droit soit contesté, comme nous allons le voir ; dans ce cas, il n'y aura pas lieu au retrait. Et alors même que la cession déclarerait que le droit est contesté et que l'acte le qualifiât de litigieux, il n'y aurait pas lieu au retrait si, lors de la cession, le procès n'était pas engagé (2).

La définition de l'article 1700 est donc restrictive, en ce sens que le droit n'est litigieux que sous les conditions qui résultent du texte de la loi. Il est vrai que les termes ne sont pas restrictifs ; l'article ne dit pas que le droit n'est litigieux que s'il y a procès et contestation sur le fond, mais le caractère restrictif de la définition résulte du but que le législateur a eu en vue. Dans l'ancien droit, il n'y avait pas de définition légale du droit litigieux ; il en résultait des incertitudes et des contestations que le législateur a voulu prévenir. D'ailleurs, comme on l'a très-bien dit, toute définition est exclusive de ce qui ne rentre pas dans sa formule ; c'est pour cela que le législateur prend la peine de définir ; si le droit était litigieux, en dehors des termes de la loi, la définition serait plus qu'inutile, elle tromperait ceux qui cherchent dans le texte ce que la loi veut (3). Telle est aussi la jurisprudence. On lit

(1) Duvergier, t. II, p. 470, n° 379. Aubry et Rau, t. IV, p. 455, note 15, § 359 *quater*. Colmet de Santerre, t. VII, p. 211, n° 146 *bis* III.

(2) Rejet, 24 janvier 1827 (Dalloz, 1827, I, 123). Comparez cassation, 1^{er} mai 1866 (Dalloz, 1866, I, 318). Duvergier, t. II, p. 447, n° 360.

(3) Colmet de Santerre, t. VII, p. 218, n° 147 *bis* I, et tous les auteurs

dans un arrêt de la cour de cassation : « En transportant dans notre code la disposition des lois romaines qui admettaient le retrait pour la cession des droits litigieux, le législateur a voulu qu'il ne pût rester aucune incertitude sur ce que la loi entend par droit litigieux. Tel a été l'objet de l'article 1700. Cette disposition tend à faire cesser la diversité d'interprétations qu'offrait notre ancienne jurisprudence sur les circonstances qui constituaient un droit litigieux ; dès lors il faut la regarder comme limitative. » C'est en ce sens, dit la cour, que l'article 1700 a toujours été entendu et constamment interprété depuis la promulgation du code (1).

587. Il faut procès pour que le droit soit litigieux dans le sens de l'article 1699. C'est une dérogation à l'ancien droit. « On appelle créances litigieuses, dit Pothier, celles qui sont contestées, *ou peuvent l'être*, par celui qu'on en prétend le débiteur, que le procès soit déjà commencé, *ou qu'il ne le soit pas encore*, mais qu'il y ait lieu de l'appréhender (2). » La disposition du code est plus logique ; elle tend à mettre fin aux procès, donc il faut qu'il y ait procès ; il ne suffit pas qu'il y ait lieu de l'appréhender, car cette crainte peut ne pas se réaliser. Une citation en conciliation est donnée : y a-t-il procès ? En apparence, oui, puisque la tentative de conciliation est le préliminaire obligé de toute instance judiciaire ; donc, dira-t-on, c'est le commencement de l'instance, et, par suite, il y a procès. On répond, et la réponse est décisive, que la citation en conciliation ne peut pas être considérée comme le premier acte du procès, puisque c'est une voie légale pour prévenir le litige. Alors même que le juge de paix ne parvient pas à concilier les parties, on n'en doit pas induire qu'il y a procès ; car il arrive que, malgré le refus de conciliation, la contestation n'a pas de suite, le refus du débiteur n'étant parfois qu'un moyen dilatoire pour éluder l'exécution de ses engagements ; mais quand la demande

(1) Cassation, 5 juillet 1819 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 2048). Dans le même sens, cassation, 1^{er} mai 1866 (Dalloz, 1866, I, 318), et rejet, cour de cassation de Belgique, 7 février 1846 (*Pasicrisie*, 1846, I, 157).

(2) Pothier, *De la vente*, n° 583.

est portée devant les tribunaux, la résistance cesse, parce qu'elle est inutile et même dangereuse, à raison des frais que le défendeur aura à supporter (1).

588. Il ne suffit pas qu'il y ait procès à un moment quelconque pour qu'il y ait lieu au retrait, il faut que le vendeur cède un droit litigieux, que l'objet de la vente soit un procès. De là suit que le procès doit être antérieur à la vente. Si donc le cessionnaire intente le procès, le droit n'est point litigieux, car le cessionnaire n'a pas acheté un procès. Il en serait ainsi quand même le vendeur aurait déclaré céder un droit litigieux et que la vente eût été faite aux périls et risques de l'acheteur; tout ce qui en résulterait, c'est que la vente serait aléatoire, mais ce ne serait pas la vente d'un procès (2).

Il ne suffit pas non plus qu'il y ait eu procès, il faut que l'instance dure encore lors de la vente, car c'est à ce moment que la chose doit être litigieuse; donc le droit de retrait ne peut être admis lorsque, par un jugement définitif, le litige a disparu et que le droit est devenu certain. L'objet unique du retrait, dit la cour de cassation, étant de faire cesser les procès et de les éteindre, il ne peut plus être question de retrait quand le droit n'est plus sujet à litige (3).

589. La loi ajoute une seconde condition pour que la chose soit litigieuse : il doit y avoir contestation sur le fond du droit. Quand les deux conditions se rencontrent, le droit est *censé* litigieux. Le mot *censé* donne parfois lieu à des controverses, parce qu'il paraît synonyme de *présumé*. Il est certain que tel n'est pas le sens de l'article 1700; la loi veut dire que la chose est considérée comme litigieuse, en d'autres termes, qu'elle l'est aux yeux de la loi et que, par suite, il y a lieu au retrait.

590. Mais quand peut-on dire qu'il y a contestation

(1) Duvergier, t. II, p. 448, nos 361 et 362. Metz, 6 mai 1817 (Daloz, au mot *Vente*, n° 2051).

(2) Rejet, 24 janvier 1827, et rejet, chambre civile, 9 février 1841 (Daloz, au mot *Vente*, n° 2050, 1° et 3°. Comparez rejet, 20 mars 1843 (Daloz, au mot *Vente*, n° 2050, 4°).

(3) Cassation, 1^{er} juin 1831, et sur renvoi, Bordeaux, 12 avril 1832 (Daloz, au mot *Vente*, n° 2062, 2°).

sur le fond du droit? L'expression est vague, et elle a donné lieu à bien des difficultés. Un premier point est certain, c'est qu'en supposant qu'il y ait contestation sur le fond, le juge doit admettre le retrait, sans qu'il puisse examiner le mérite de la contestation; il peut trouver le droit certain, et non contestable; cela n'empêche pas que le droit soit litigieux dès qu'il est contesté. En ce sens, c'est une question de fait : dès qu'il y a procès et contestation sur le fond, le droit est litigieux, quand même le juge serait d'avis que l'affaire n'aurait pas dû être portée devant les tribunaux; il n'en est pas moins vrai qu'un procès a été acheté, ce qui est décisif (1).

Il faut cependant admettre une restriction à cette règle. Si le droit est consacré par un jugement passé en force de chose jugée, il n'est plus litigieux, quand même le débiteur élèverait une contestation; car il attaque un acte inattaquable, un acte qui est présumé l'expression de la vérité, sans qu'aucune preuve soit admise contre cette présomption. La restriction résulte de l'autorité que la loi attache à la chose jugée; aucune contestation ne pouvant être reçue sur le fond d'un droit reconnu par une décision irrévocable, l'opposition à une décision de cette nature ne peut pas avoir pour effet de rendre incertain ce qui est certain (2).

591. Il faut qu'il y ait contestation sur le fond du droit. Le fond du droit est contesté quand le défendeur nie que le droit existe. Lors d'une cession, il y a entre le créancier et le débiteur une instance dans laquelle celui-ci soutient qu'il n'est pas tenu du droit qui fait l'objet de la cession; il ne conteste pas l'existence de l'obligation, mais il prétend que le titre même sur lequel la demande est fondée prouve qu'il a agi au nom et pour le compte d'un tiers; le défendeur contestait donc qu'il y eût une dette à sa charge : c'était contester le fond du droit, et, par suite, la chose était litigieuse (3).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 457 et note 25, § 359 *quater*. Colmet de Santerre, t. VII, p. 218, n° 147 *bis* I.

(2) Rejet, section civile, 4 mars 1823 (Daloz, au mot *Vente*, n° 2062, 1°).

(3) Rejet, section civile, 3 janvier 1820 (Daloz, au mot *Vente*, n° 2050, 1°).

Il se peut que le titre originaire d'une créance ne soit pas contesté, et que néanmoins le droit soit litigieux. Une créance résulte d'une sentence qui a acquis l'autorité de chose jugée et qui, à ce titre, est incontestable, mais le débiteur prétend que sa dette est compensée au moyen des indemnités qu'il a le droit de réclamer contre son créancier; or, dire qu'une dette est compensée, c'est dire qu'elle n'existe pas; c'est donc contester l'existence actuelle de la dette, et, partant, le litige porte sur le fond du droit (1).

Il n'est pas nécessaire, pour que le droit soit litigieux, que l'existence de tout le droit soit contestée; si le débiteur, tout en reconnaissant sa dette, en conteste l'étendue ou la quotité, il nie la dette partiellement; le litige porte donc sur l'existence de la dette et, par suite, le droit est litigieux (2).

592. L'existence de la dette n'est pas douteuse, ni contestée, mais le débiteur oppose des exceptions à la demande formée contre lui : en résulte-t-il que la chose soit litigieuse? C'est ici le vrai siège des difficultés que soulève la définition de l'article 1700. En exigeant que la contestation porte sur le fond du droit pour que la chose soit litigieuse, l'article 1700 dit implicitement qu'il y a des contestations qui ne rendent pas le droit litigieux; de là suit que toute défense n'a pas pour effet de rendre la chose litigieuse. Il y a donc une distinction à faire. Quand la défense consiste dans une exception péremptoire, le défendeur attaque la validité du droit, quoiqu'il en reconnaisse l'existence; s'il réussit, il sera jugé qu'il n'est pas débiteur, donc il conteste le fond du droit. Le défendeur oppose la prescription; c'est reconnaître que le droit a existé, mais qu'il est éteint; si le juge admet l'exception, il rejette la demande et pour toujours, sans que le créancier puisse la renouveler; en ce sens, l'exception est péremptoire, elle détruit le droit du demandeur, c'est un moyen aussi énergique de nier le droit que si le défendeur

(1) Rejet, 29 avril 1834 (Daloz, au mot *Vente*, n° 2056, 2°).

(2) Paris, 3 février 1867 (Devilleneuve, 1868, 2, 16).

soutenait qu'il n'a jamais existé : qu'importe, en effet, qu'il ait existé, s'il n'existe plus? C'est donc, en définitive, l'existence actuelle du droit qui est en cause; donc le fond du droit est contesté et, par suite, la chose est litigieuse. Il en serait de même si le débiteur opposait la nullité du droit que le créancier réclame. Une obligation nulle existe, mais si elle est annulée, elle sera censée n'avoir jamais existé. Soutenir que l'obligation est nulle, c'est donc prétendre qu'il n'y a pas de dette, c'est contester le fond du droit, ce qui rend le droit litigieux.

Il y a d'autres exceptions qui sont étrangères au fond du droit et qui concernent uniquement la procédure. Je suis assigné devant un tribunal incompetent; je demande que la cause soit renvoyée devant les juges qui ont seuls le droit d'en connaître. L'assignation qui m'a été donnée est nulle : j'invoque la nullité. Ces exceptions n'ont rien de commun avec le droit réclamé en justice; je ne le conteste pas, quand je demande la nullité de l'assignation ou mon renvoi devant le juge compétent; le débat sur le fond n'est pas encore engagé, il ne le sera que lorsque je serai assigné valablement devant le juge compétent. Donc le droit n'est point litigieux (1).

593. Tels sont les principes; ils ne sont pas douteux. Toutefois l'application est parfois douteuse, puisqu'il arrive que la cour de cassation se trouve en désaccord avec les juges du fait. Un droit est reconnu par un arrêt, mais il est subordonné à des justifications ultérieures qui le rendent incertain; il en résulte que le procès n'est pas terminé et que le droit reste litigieux. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une affaire qui remontait au dernier siècle. Un acte de partage avait eu lieu entre une commune et des habitants qui prétendaient avoir le droit de couper le bois dans les portions d'une forêt qu'ils justifiaient avoir été acquises par eux ou par leurs auteurs. Il fut jugé que l'acte de partage de 1760 pouvait être opposé à la commune. Mais les arrêts qui le jugèrent ainsi,

(1) Duvergier, t. II, p. 449, n° 363-365. Marcadé, t. VI, p. 351, n° I de l'article 1700.