

**366.** Les créances alimentaires sont-elles d'ordre public? Cette question est très-controversée. Il faut d'abord distinguer si les aliments sont dus en vertu de la loi ou en vertu de conventions ou d'un testament. Les aliments que la loi oblige certaines personnes à fournir sont dus à raison d'un lien de parenté ou d'alliance. En résulte-t-il que l'on ne peut pas transiger sur l'obligation alimentaire? La question a été examinée ailleurs (t. III, n<sup>os</sup> 50 et 59).

Si les aliments sont dus en vertu de conventions et de testaments, l'obligation ne touche en rien à l'ordre public; les aliments sont dans le domaine de celui à qui ils sont dus, ils peuvent être cédés, donc ils peuvent former l'objet d'une transaction. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et sa décision repose sur un fondement inébranlable, le texte de la loi. Pour que la transaction sur une créance alimentaire fût prohibée, il faudrait qu'elle fût placée hors du commerce; or, les droits, comme les choses, sont, en général, dans le commerce; ils servent aux besoins des hommes, ceux-ci doivent donc avoir le droit d'en disposer. De là suit qu'il faut une loi pour rendre une chose indisponible; or, dit la cour de cassation, l'indisponibilité des aliments ne résulte d'aucun texte. On cite l'article 1004 du code de procédure, qui défend de compromettre sur les aliments; la cour de cassation répond que la loi ne défend pas de transiger et que la prohibition de compromettre ne peut pas être étendue à un cas tout à fait différent (n<sup>o</sup> 330) (1). On cite encore l'article 581 du code de procédure, qui place les aliments parmi les choses insaisissables. La réponse est facile et péremptoire, c'est que la défense de la loi s'adresse aux créanciers de celui qui a droit aux aliments; elle limite leur droit de saisie, mais elle ne déclare pas les aliments indisponibles.

On s'est prévalu du droit romain; la cour de cassation répond que la loi romaine n'interdisait la disposition que pour les legs d'aliments; elle aurait dû répondre que nous sommes régis par le code civil, et non par le sénatus-consulte de Marc-Aurèle. L'empereur avait peut-être de bonnes

(1) Rejet, 22 février 1831 (Daloz, au mot *Transaction*, n<sup>o</sup> 82, 2<sup>o</sup>. Comparez, en sens divers, Pont, t. II, p. 308, n<sup>o</sup> 313, et les auteurs qu'il cite

raisons pour déclarer les aliments indisponibles; en disposant des aliments, le donataire trompait les vues du donateur, qui avait entendu assurer sa vie. Un de nos bons auteurs soutient que la loi romaine est toujours en vigueur; Duranton oublie que le droit romain, de même que tout l'ancien droit, est abrogé par le code civil. Après avoir ressuscité une loi morte, Duranton trouve bon de la modifier; il peut être de l'intérêt du créancier de transiger; la transaction sera valable si elle est homologuée par le tribunal sur les conclusions du ministère public (1). Qu'on nous dise en vertu de quel texte le juge interviendrait pour homologuer une transaction; et ne faut-il pas un texte pour lui donner la juridiction volontaire qu'il n'a point? On peut soutenir qu'il y a une lacune dans la loi, mais ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient de la combler.

#### § IV. *Formes.*

**367.** Après avoir défini la transaction, l'article 2044 ajoute : « Ce contrat doit être rédigé par écrit. » Cela veut-il dire que la transaction est un contrat solennel? La cour de Caen dit que « les termes impératifs de cette disposition ont évidemment eu pour objet de subordonner l'existence de la transaction à ce qu'il en soit donné acte (2). » On devrait trembler de dire, en droit, qu'une chose est évidente! Ce que la cour dit être une vérité évidente se trouve être une évidente erreur. Pour qu'un contrat soit solennel, il faut que la loi le dise; car, en règle générale, les formes ne sont prescrites que pour la preuve, c'est par exception que les formes sont de la substance du contrat : tels sont la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque. La volonté de rendre ces contrats solennels résulte du texte même de la loi. C'est ainsi que l'article 893 dit qu'on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation et testament, dans les formes ci-après établies; l'article 934

(1) Duranton, t. XVIII, n<sup>o</sup> 413. En sens contraire, tous les auteurs.

(2) Caen, 12 avril 1845 (Daloz, 1845, 2, 108).

prescrit ces formes, et il veut qu'elles soient observées sous peine de nullité. C'est plus que nullité, c'est inexistance; car, aux termes de l'article 1339, les donations nulles en la forme ne peuvent être confirmées. Est-ce que l'article 2044 est aussi rédigé en ce sens? Non, il se borne à dire que la transaction doit être rédigée par écrit. Quel est l'objet de cette disposition? La loi entend exclure la preuve testimoniale. C'est l'explication que donne le rapporteur du Tribunal. Après avoir rappelé que la transaction est un contrat, et qu'elle doit réunir les conditions essentielles requises pour la validité des conventions, Albisson dit : « La seule condition que le projet ajoute, et qui devait l'être par rapport à la *nature particulière* de la transaction, c'est qu'elle soit rédigée par écrit; ce qui est infiniment sage, car la transaction devant terminer un procès, c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau que d'en laisser dépendre l'effet de la solution d'un problème sur l'admissibilité ou le résultat d'une *preuve testimoniale* (1). » Merlin dit très-bien que rien, dans ces paroles, n'indiqua la pensée de faire de l'écrit une solennité essentielle pour l'existence de la transaction. Pour que l'on pût donner ce sens au rapport, il faudrait que le rapporteur se fût servi de quelques expressions qui marquassent que la transaction, à la différence des autres contrats onéreux, serait un contrat solennel. Tout ce qu'Albisson dit, c'est que la transaction doit être rédigée par écrit, à raison de sa nature particulière : reste à savoir quelle influence la nature du contrat aura sur la forme. Elle n'en a d'autre, sinon que l'effet de la transaction ne doit pas dépendre d'une preuve testimoniale. Il s'agit donc d'une question de preuve, et la transaction a ceci de spécial que la loi n'en admet pas la preuve par témoins, même dans les cas où, d'après le droit commun, elle serait admissible (2). La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (3); à vrai dire, la question n'a jamais

(1) Albisson, Rapport, n° 2 (Loché, t. VII, p. 464).

(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Transaction*, § VIII, n° 1 (t. XVI, p. 54).

(3) Liège, 29 août 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 215). Bruxelles, 11 avril 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 115).

été sérieusement discutée, parce que la solution n'en est pas douteuse.

**368.** Il y a des cas dans lesquels la transaction est soumise à des formes particulières, sans cependant qu'elle devienne un contrat solennel. Le tuteur ne peut transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du roi; de plus, la transaction doit être homologuée par le tribunal, après avoir entendu le ministère public (art. 467). Nous avons expliqué cette disposition, au titre de la *Tutelle*. Nous renvoyons au même titre en ce qui concerne les traités qui interviennent, entre le mineur devenu majeur et son tuteur, sur le compte de tutelle (art. 472).

D'après le code de procédure, aucune transaction sur la poursuite du faux incident ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée en justice, après avoir été communiquée au ministère public » (art. 249). Il a été jugé que la transaction lie les parties avant d'avoir été homologuée; le contrat est formé par le concours de volontés, seulement il ne peut être exécuté avant d'avoir été homologué; et cette homologation peut toujours être demandée par l'une des parties, sans que l'autre puisse s'y opposer, sinon pour motifs légitimes (1). Nous n'insistons pas, puisque la matière appartient à la procédure.

**369.** Les questions de preuve donnent toujours lieu à des difficultés, même dans les matières les plus simples. Quand la transaction est rédigée par un écrit sous seing privé, les parties doivent observer les formalités de l'article 1325, puisque la transaction est un contrat synallagmatique. Si ces formes n'ont pas été remplies, il n'y aura pas de preuve littérale; mais de ce qu'il n'y a pas de preuve littérale faut-il conclure que la transaction même n'existe pas? Non, certes, puisque l'écrit n'est exigé ni pour l'existence ni pour la validité de la transaction. Cependant un auteur estimé dit que la transaction qui n'aurait été rédigée qu'en un seul original serait considérée comme un simple projet

(1) Bruxelles, 12 février 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 41).

et n'aurait aucune valeur. Ainsi formulée, la proposition est certainement erronée, puisqu'elle semble faire de la validité de l'écrit une condition de l'existence de la transaction. Après avoir dit que la transaction n'aurait aucune valeur, M. Pont ajoute que cette nullité est susceptible d'être couverte (1). C'est une nouvelle erreur : confirme-t-on un acte qui n'a aucune existence? Si réellement la transaction n'était qu'un projet, il n'y aurait qu'un moyen de lui donner vie, ce serait de faire une nouvelle convention. Nous renvoyons, quant aux principes, à ce qui a été dit au titre des *Obligations*.

La confusion entre les conditions requises pour la validité de l'écrit et les conditions requises pour la validité de la convention se trouve aussi dans la jurisprudence. Une transaction intervint entre des héritiers; l'acte énonçait qu'il avait été fait en cinq originaux; il paraît qu'il n'avait été dressé qu'un seul original, lequel fut déposé chez le notaire de la famille, et placé par lui au nombre de ses minutes en vertu d'un arrêt de justice. L'un des héritiers demanda la nullité de la transaction, en se fondant sur l'inobservation de l'article 1325. Ainsi motivée, l'action n'avait point de sens : la transaction est-elle nulle quand la preuve littérale est nulle? En fait, toutes les parties reconnaissaient l'existence des conventions que l'écrit avait pour objet de constater. Que fallait-il de plus? Et qu'importait, après cela, que l'acte n'eût pas été rédigé en cinq originaux? Cependant la cour de cassation prouve longuement que le dépôt chez un notaire tenait lieu des doubles; ce qui, en droit, est contestable (2). Cette discussion est parfaitement oiseuse. L'aveu est la meilleure des preuves; et il y a quelque chose de profondément immoral de venir dire en justice : J'avoue que j'ai fait telle convention, mais je refuse de l'exécuter parce que l'écrit n'est pas fait en double. La loi peut-elle consacrer une pareille doctrine? Un arrêt de la cour de Liège dit très-bien que l'écriture n'étant requise que pour la preuve, il suffit que la

(1) Pont, t. II, p. 239, n° 490.

(2) Rejet, 25 février 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4070, 1°).

transaction soit avouée pour qu'elle doive recevoir son exécution (1).

**370.** La correspondance peut-elle tenir lieu de l'acte rédigé dans les formes de l'article 1325? En principe, non, puisque les lettres ne sont pas des actes; et fussent-elles des actes, elles devraient encore être dressées dans les formes légales. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations* (t. XIX, n° 224). Entre commerçants, la correspondance est un moyen légal de preuve. Est-ce à dire que la transaction pourrait se prouver par lettres? Les transactions ne sont pas un contrat commercial, comme nous allons le dire, c'est un acte essentiellement civil; donc c'est le droit civil qui règle la preuve. Il a été jugé qu'une lettre régulièrement insérée aux livres de commerce ne peut être invoquée par le commerçant comme faisant preuve d'une transaction intervenue entre lui et son ancien commis sur un compte existant entre eux (2). L'arrêt ne discute pas la difficulté de droit.

**371.** Il y a des transactions qui se font en justice : quand les parties s'entendent et prennent, par l'intermédiaire de leurs avoués, des conclusions, le juge leur en donne acte; on donne à ces transactions le nom de *jugement d'expédient*. Cette dénomination est empruntée à l'ancienne jurisprudence; on désignait par là la sentence arrêtée à l'amiable entre les parties ou leurs procureurs; elle était déposée au greffe, puis on l'*expédiait* en forme exécutoire. Ces transactions judiciaires tiennent tout ensemble de la convention et du jugement. De même que les jugements, elles ne peuvent être attaquées que par les recours que la loi ouvre contre les décisions judiciaires, elles forment un titre exécutoire; et, sous l'empire du code civil, elles avaient le grand avantage d'emporter hypothèque judiciaire; notre loi hypothécaire n'a pas maintenu cette hypothèque. Les *jugements d'expédient* sont aussi des conventions, puisqu'ils se forment par concours de consentement, et non par la décision du juge; pour être valables, ils doivent donc réunir les conditions requises pour l'existence et la validité

(1) Liège, 31 mars 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 79).

(2) Paris, 5 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 2, 39).

de toute transaction conventionnelle ; ils sont indivisibles comme toute transaction, tandis que les jugements ne le sont point (1).

**372.** Il y a un magistrat institué pour concilier les parties, c'est le juge de paix. S'il parvient à les concilier, le greffier dresse procès-verbal des arrangements qui auront été pris. Aux termes de l'article 54 du code de procédure, « les conventions des parties insérées au procès-verbal ont force d'obligation privée. » Cela veut dire que le procès-verbal n'est pas un titre exécutoire, mais il ne faut pas en induire que le procès-verbal est un acte sous seing privé. C'est un juge qui reçoit les conventions, et c'est son greffier qui les constate ; donc l'acte est authentique quant à la forme et quant à la preuve qui en résulte.

Le juge de paix saisi d'une action en bornage constate l'arrangement intervenu entre les parties au sujet d'un droit de passage, c'est-à-dire d'une contestation qui n'était pas de sa compétence. On a prétendu que le juge de paix, siégeant comme juge, ne pouvait pas recevoir les arrangements des parties. La cour de Bordeaux a rejeté cette singulière doctrine. Le juge de paix réunit deux qualités : il est juge et il est magistrat conciliateur ; donc, alors même qu'il siége comme juge, il a qualité pour concilier les parties sur des contestations qui ne sont pas de sa compétence, et sur lesquelles, par conséquent, les parties devraient comparaître devant lui en conciliation. Il serait inutile et presque ridicule de renvoyer les parties, pour qu'elles comparaissent ensuite devant lui, alors qu'elles se trouvent devant le juge de paix, qui a toujours mission de les concilier (2).

Il est arrivé que l'une des parties a refusé de signer le procès-verbal dressé par le greffier, se croyant par là dégagée de la convention. Comme le procès-verbal ne se dresse que lorsque les parties ont arrêté leurs arrangements, le refus de signer ne peut pas être considéré comme un refus de traiter ; et dès que la convention est parfaite

(1) Pont, t. II, p. 241, n° 493, et les auteurs qu'il cite.

(2) Bordeaux, 6 juillet 1858 (Sirey, 1859, 2, 254). Dans le même sens, Poitiers, 7 août 1861 (Daloz, 1862, 2, 56).

par le concours de consentement des parties, elle doit être exécutée, alors même que l'une des parties refuserait de signer le procès-verbal ; il suffit que le procès-verbal soit signé par le juge de paix et le greffier, pour être valable en la forme (1).

**373.** Les parties comparaissent à l'audience ou en la chambre du conseil ; là elles se concilient, et le greffier dresse acte des arrangements. Cette transaction sera-t-elle valable en la forme ? Non, les tribunaux n'ont pas pour mission de concilier les parties, ni les greffiers de dresser procès-verbal de leurs arrangements. Donc si les parties veulent rédiger immédiatement acte de leurs conventions, elles doivent le faire dans la forme de l'article 1325 (2).

**374.** Les transactions peuvent-elles être prouvées par témoins ? En principe, non. C'est là le sens de l'article 2044. « Ce contrat doit être rédigé par écrit », quand on combine le texte avec le rapport fait au Tribunat par Albisson (n° 367). Pourquoi le législateur exclut-il la preuve testimoniale ? Le rapporteur dit que cela tient à la nature des transactions. Un arrêt de la cour de Liège, qui rejette cette preuve, nous dit en quel sens la transaction exclut la preuve par témoins, tandis que les autres contrats non solennels l'admettent dans les limites de la loi. Les difficultés, dit la cour, qui divisaient les parties étaient nombreuses, et surtout d'une telle gravité, que l'on ne peut pas supposer que les parties eussent voulu laisser dans les termes d'une simple transaction verbale, proscrite d'ailleurs par la loi, la convention qui mettait fin à ces difficultés (3). Que serait-il résulté de l'admission de la preuve testimoniale ? C'est que régulièrement il y aurait eu un procès sur la preuve ; de sorte que l'acte destiné à terminer ou à prévenir un procès aurait engendré un procès quand il se serait agi de prouver la transaction. On conçoit les témoignages quand il s'agit de constater un fait ou une convention simple ; on ne conçoit pas que l'on s'en rapporte aux dires des témoins

(1) Rejet, 5 mars 1855 (Daloz, 1855, 1, 99).

(2) Liège, 29 août 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 215).

(3) Liège, 3 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 181). Gand, 22 février 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 130).

quand il s'agit de difficultés de droit que les témoins ne comprennent point. Il fallait donc, pour donner de la stabilité aux conventions, exiger qu'elles fussent rédigées par écrit.

**375.** En matière de commerce, la preuve par témoins est indéfiniment admise. En faut-il conclure que l'on peut prouver par témoins une transaction intervenue sur une affaire commerciale? La jurisprudence s'est prononcée pour la négative, et avec raison. Quoique la transaction se fasse sur une affaire de commerce, on ne peut pas dire qu'elle constitue un acte de commerce : terminer ou prévenir un procès né ou à naître n'a rien de commun avec le commerce qui consiste à acheter pour revendre. C'est essentiellement un acte civil soumis aux règles du droit civil. D'ailleurs les motifs pour lesquels la loi rejette la preuve testimoniale en matière de transaction s'appliquent à toutes les transactions, quel qu'en soit l'objet. La cour de Liège en a fait la remarque. Il est de l'essence de la transaction de mettre fin aux contestations nées ou à naître entre les parties ; rien ne serait plus contraire à ce but que de s'autoriser d'un accord verbal dont on demanderait la preuve par témoins ; ce qui jeterait les parties dans toutes les difficultés d'un procès dont l'issue dépendrait des chances incertaines des témoignages (1).

La preuve testimoniale n'est pas admise, quand même la chose qui fait l'objet de la transaction aurait une valeur moindre de 150 francs. Sur ce point, tout le monde est d'accord. En disant que la transaction doit être rédigée par écrit, sans réserver la preuve testimoniale, l'article 2044 déroge à la règle générale de l'article 1341. Nous venons d'en dire les motifs (n° 373). Toutefois le texte seul aurait été insuffisant ; l'article 1341 commence aussi par dire qu'il *doit* être passé acte de toutes choses excédant la valeur de 150 francs ; on aurait donc pu dire que l'article 2044 ne fait que reproduire la règle de l'article 1341. Mais le rap-

(1) Liège, 10 juillet 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 107). Dans le même sens, Bordeaux, 5 février 1857 (Daloz, au mot *Transactions*, n° 34). Bourges, 12 août 1871 (Daloz, 1873, 2, 103). En sens contraire Masse, *Droit commercial*, t. IV, n° 2695.

port d'Albisson ne permet pas cette interprétation ; il dit clairement que la preuve par témoins n'est pas admise en matière de transaction ; l'article 2044 a donc un sens restrictif, ce qui exclut la preuve testimoniale (1).

**376.** En est-il de même lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit? Cette question est très-controversée. Tous les auteurs, à l'exception de Merlin, de Zachariæ et de Pont, enseignent que la preuve testimoniale n'est pas admise (2). La cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion contraire, mais les cours d'appel ne se sont pas ralliées à cette doctrine ; les cours de Belgique aussi sont divisées. Nous croyons que dans aucun cas les transactions ne peuvent être prouvées par témoins ; le texte de l'article 2044, combiné avec le rapport d'Albisson, conduit irrésistiblement à cette conséquence. Si l'article 2044 exclut la preuve testimoniale, comme on l'admet généralement, il l'exclut dans tous les cas, car il est conçu en termes absolus ; il se rapporte à toutes les hypothèses dans lesquelles la preuve testimoniale peut être reçue, à l'article 1347 aussi bien qu'à l'article 1341. L'esprit de la loi est aussi absolu que le texte. Pourquoi la loi admet-elle la preuve testimoniale quand il existe un commencement de preuve par écrit? C'est que l'écrit rendant la chose probable, il y a moins de danger à compléter ce commencement de preuve par des témoignages toujours suspects. Cette théorie n'a rien de commun avec la transaction. Si la loi rejette la preuve testimoniale en cette matière, ce n'est pas parce qu'elle se défie des témoins, c'est parce que les témoins ne seraient pas en état de rendre compte de ce qui s'est fait en leur présence ; cela conduirait inévitablement à un procès sur la preuve. Eh bien, ce motif reçoit son application lorsque la preuve testimoniale n'est admise qu'avec un commencement de preuve par écrit, aussi bien que lorsqu'elle est admise directement. Si l'on admet l'explication qu'Albisson a donnée de l'article 2044, on doit nécessairement en conclure que l'exclusion de la preuve par témoins

(1) Duranton, t. XVIII, p. 453, n° 406, et tous les auteurs.

(2) Voyez les citations dans Pont, t. II, p. 245, n° 502. Aubry et Rau, t. IV, p. 661, note 8, § 420.

est absolue. Toutefois la chambre civile a rejeté cette opinion, après un long délibéré et sur les conclusions conformes de l'avocat général. Il y a donc doute. Il faut entendre la cour.

Elle admet que l'article 2044 déroge à l'article 1341, et que, par suite, la preuve testimoniale n'est pas admissible, alors même que l'intérêt engagé dans la transaction serait au-dessous de 150 francs. La cour en conclut que l'article 2044 laisse entière, par cela même qu'il n'en dit rien, la disposition de l'article 1347 qui autorise, comme règle générale, la preuve par témoins lorsqu'elle peut s'étayer d'un commencement de preuve par écrit. Cette argumentation suppose que l'article 2044 se rapporte uniquement à l'article 1341; la supposition est purement gratuite; en effet, l'article 2044 est conçu dans des termes absolus, il veut que la transaction soit rédigée par écrit; or, peut-on dire que la transaction soit rédigée par écrit, alors qu'il y a seulement un commencement de preuve par écrit? Donc l'article 2044 empêche l'application de l'article 1347, comme il empêche l'application de l'article 1341. Les motifs de l'article 2044, tels que le rapporteur du Tribunal les a exposés, sont également absolus; nous sommes étonné que la cour de cassation ne dise rien d'un élément aussi essentiel du débat. Il est inutile de continuer cette critique de l'arrêt de la cour de cassation; si ce que nous disons du point de départ de la cour est vrai, toutes les conséquences qu'elle en déduit tombent par cela même (1).

**377.** Il y a un cas dans lequel, de l'avis de tout le monde, la preuve testimoniale est admise; c'est dans le cas de perte de l'acte qui avait été dressé pour constater la transaction. On ne peut pas, dans ce cas, reprocher aux parties d'avoir négligé de se conformer à l'article 2044, puisqu'elles l'avaient fait, et comme c'est par une force majeure qu'elles sont privées de cette preuve, la loi doit leur

(1) Cassation, 28 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 105). Dans le même sens, Rejet de la cour de cassation de Belgique, 25 avril 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 1, 152). Bruxelles, 13 mai 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 22). En sens contraire, Nancy, 5 décembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 45); Metz, 30 novembre 1869 (Dalloz, 1869, 2, 230). Liège, 2 mars 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 49).

accorder la preuve par témoins; le droit et l'équité l'exigent. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 1348, n° 4, au titre des *Obligations* (t. XIX, n° 571).

**378.** On demande si la transaction peut être prouvée par l'aveu des parties. L'affirmative est écrite dans le texte de l'article 1356, aux termes duquel l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui de qui il émane. Cela n'est pas douteux. Mais il y a controverse sur le point de savoir si l'une des parties peut faire interroger l'autre sur faits et articles; cela aussi ne nous paraît pas douteux, car l'interrogatoire n'a pas d'autre objet que d'obtenir un aveu de la partie interrogée. Telle est aussi l'opinion de tous les auteurs, sauf Troplong, et elle est consacrée par la jurisprudence (1). Que dit Troplong pour justifier son dissentiment? Qu'il est déplorable d'ouvrir la lutte judiciaire sur l'existence d'un acte destiné à la fermer. A notre avis, il y a quelque chose de plus déplorable encore, c'est de contester aux parties intéressées un droit que la loi leur accorde: « Les parties peuvent, en toutes matières, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles » (code de proc., art. 324). Troplong ajoute: « Qui empêchait les parties de conclure leurs accords par écrit s'ils étaient définitifs (2)? » Il ne s'agit pas de ce que les parties pouvaient faire et n'ont point fait, il s'agit de ce qu'elles ont le droit de faire; or, leur droit est écrit dans la loi.

**379.** Le serment décisoire peut-il être déféré sur le point de savoir s'il y a transaction? Encore une question controversée et qui ne devrait pas l'être. Aux termes de l'article 1358, « le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit ». Les tribunaux s'en sont tenus à ce texte si clair et si formel: ils l'ont appliqué à la transaction, parce qu'il n'y a aucun motif pour faire une exception. Les auteurs aussi se prononcent en faveur de cette opinion (3). Troplong seul est d'un avis

(1) Voyez les citations dans Pont, t. II, p. 252, n° 506, note 2.

(2) Troplong, *Des transactions*, n° 31.

(3) Voyez les citations dans Pont, t. II, p. 252, n° 507, et dans Aubry et Rau, t. IV, p. 660, note 7, § 420. Il faut ajouter La Haye, 3 juillet et 26 juillet 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 456 et 486).

contraire. Un seul peut avoir raison contre tous. Est-ce que, dans l'espèce, Troplong a de si puissants motifs pour se séparer de la doctrine que les auteurs enseignent et que la jurisprudence consacre? Il cite d'abord un arrêt de la cour de Montpellier, qui ne dit pas ce que l'auteur lui fait dire. Puis vient la raison qui lui fait rejeter l'opinion commune. Le serment décisive, dit-il, est un moyen de preuve qui répugne à la nature de la transaction; il suppose un procès sur la preuve, et la *loi ne veut pas qu'il puisse y en avoir*. Quelle est cette loi? Le seul article du code qui ait trait à la question, est l'article 2044. Est-ce que cet article ne veut pas qu'il puisse y avoir un procès sur la preuve? Oui, s'il s'agit de la preuve testimoniale, la seule que le code entende rejeter. Non, s'il s'agit de toute autre preuve. Non-seulement la prétendue loi que Troplong invoque n'existe pas, le législateur ne la fera jamais, parce qu'elle serait absurde. Troplong admet l'aveu : est-ce que, par hasard, il ne peut pas y avoir de procès sur l'aveu? Il s'en élève tous les jours et des plus difficiles sur l'indivisibilité de l'aveu; il faudrait donc rejeter l'aveu. Il faudrait encore rejeter la preuve littérale que le code admet, car les écrits aussi donnent lieu à des procès, de même que toute preuve. Troplong combat ensuite Merlin; nous n'entrons pas dans ce débat, où la vanité de l'auteur est en jeu beaucoup plus que la science (1).

(1) Troplong, *Des transactions*, n° 29.

## CHAPITRE II.

### DES EFFETS DE LA TRANSACTION.

#### § 1<sup>er</sup>. De la clause pénale ajoutée à la transaction.

**380.** Les transactions, dit l'article 2044, ont pour objet de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître. C'est pour cela qu'on les compare à un jugement que les parties ont prononcé entre elles; et lorsqu'elles mêmes se sont rendu justice, elles ne doivent plus être admises à s'en plaindre. S'il en était autrement, les transactions elles-mêmes deviendraient une nouvelle cause de procès. C'est parce que ce contrat est irrévocable, qu'il est un des plus utiles à la paix des familles et à la société en général. Mais les passions des hommes ne respectent pas toujours les conventions, même les plus sacrées, et il n'y a pas de passion plus tenace que l'intérêt; on cède et on transige, puis on regrette d'avoir fait des concessions, et l'on cherche à revenir sur ce qui a été fait. Pour assurer davantage l'irrévocabilité des transactions, les parties y ajoutent souvent une peine. L'article 2047 consacre cet usage en disposant que « l'on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter ». Disposition inutile, puisque la clause pénale est de droit commun et peut être ajoutée à tous les contrats.

**381.** C'est peut-être parce que la disposition de l'article 2047 est inutile que l'on a essayé de l'interpréter en un sens qui lui donnerait quelque importance. L'article 1229 dit que la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. De là la loi déduit cette conséquence que le créancier peut demander en même temps le principal et la peine. Toullier, suivi par quelques auteurs, en-