

rait été mise en œuvre que la transaction serait attaquable. En un mot, les matières testamentaires ne sont pas plus privilégiées que les autres, et nous disons qu'elles doivent être gouvernées par les seules règles de bonne foi qui président aux transactions passées sur tout autre sujet.

101. Les transactions faites par le grevé de substitution, dans les cas où la loi permet les fidéicommiss, sont tantôt permises, tantôt inopposables à l'appelé, suivant que le grevé se renferme, oui ou non, en les faisant, dans les droits dont il a la disposition.

Dans la jurisprudence antérieure à l'ordonnance de 1747, les opinions étaient partagées : les uns tenaient que la transaction ne pouvait préjudicier au substitué (1) ; les autres, au contraire, partaient de ce principe que le grevé est propriétaire ; qu'il peut exercer toutes les actions ; que ce qui est jugé avec lui est aussi jugé avec le substitué ; ils en concluaient qu'il peut transiger sur un procès sérieux et difficile (2) ; car, disait Cochin, « c'est un parti » que la sagesse inspire et que les lois elles-mêmes » autorisent pour terminer des contestations qui

(1) Fusarius, *De substit.*, q. 562, cite tous les auteurs.

(2) Voët, *De transact.*, n° 8.

Peregrinus, art. 52, n° 82 et suiv.

Ricard, part. 2, ch. 3, n° 10.

Cochin, t. 4, p. 306.

Fusarius (*loc. cit.*).

Casaregis, *disc.* 222, n° 66.

Urceolus, *quæst.* 50.

» ruinaient les parties en frais, et dont l'évènement est incertain (1). »

L'ordonnance de 1747 (2) crut cependant, tout en préférant cette seconde opinion, qu'il était nécessaire de pourvoir par quelque précaution efficace à la sûreté des biens substitués. En conséquence, elle décida que nulle transaction ne serait opposable au substitué si elle n'avait été homologuée par le parlement sur les conclusions du ministère public, le tout à peine de nullité.

Le Code civil n'a pas répété cette sage prescription, et l'on doit peut-être le regretter.

Que faire cependant ? Introduire dans la jurisprudence moderne les garanties de l'ordonnance de 1747 (3) ? Mais la loi seule le pourrait, et elle ne l'a pas fait.

En revenir à la doctrine antérieure à l'ordonnance de 1747 ? Mais quelle est la bonne entre les deux qui partageaient les auteurs ? est-ce celle qui se prononçait contre la transaction, ou celle qui en admettait la légalité ?

Et puis, l'art. 2045, qui fait dépendre le droit de transiger de la capacité de disposer, ne met-il pas obstacle à l'adoption de la seconde ? Transiger, n'est-ce pas aliéner ? Le grevé peut-il aliéner les choses comprises dans la substitution ?

Notez bien que les partisans de l'opinion favo-

(1) T. 4, p. 306.

(2) Titre 2, art. 53.

Furgole, t. 7, p. 466.

(3) C'est ce que propose M. Duranton, t. 9, n° 592.

nable à la transaction ne lui trouvaient un appui qu'en soutenant qu'il n'était pas toujours vrai de dire que celui qui ne peut aliéner ne peut transiger. « Sed hoc argumentum (quod si non licet alienare, non etiam licet transigere) esse falsum » probant doctores, qui volunt licere transigere, » quandò est prohibita alienatio, si fiat bonâ fide; » præterea contrarium probatur in leg. *Præses*, 12, » C., *De transact.*, ubi habetur quod qui non potest » alienare, potest tamen bonâ fide transigere (1); » quod dixit et Peregrinus. » Ce sont les paroles de Fusarius (2).

Or, est-il possible, en présence de l'art. 2045, de reproduire un tel raisonnement ?

Je crois donc (3) que du principe que le droit éventuel du substitué ne peut lui être enlevé sans son consentement, il faut tirer la conséquence que le grevé ne peut ni disposer ni par suite transiger.

102. Quelle est la valeur des transactions faites par l'emphytéote ? Les anciens auteurs faisaient beaucoup de distinctions à ce sujet (4). L'article 2045 les rend inutiles. Le principe qu'il contient répond à toutes les difficultés ; l'emphytéote ne peut nuire aux droits du propriétaire ; il ne peut, sans son consentement, amoindrir des droits qui doivent lui faire retour.

(1) V. en effet Doneau sur cette loi, n° 2.

(2) *Loc. cit.*, n° 7.

(3) *Junge* M. Marbeau, n° 119.

(4) *Urceolus, quæst.* 52.

ARTICLE 2047.

On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter.

SOMMAIRE.

103. De la clause pénale ajoutée à une transaction. Raison de douter de sa légitimité; raison de décider.
 104. Quand la peine est-elle encourue ?
 105. Le débiteur qui a payé la peine stipulée peut ensuite attaquer la transaction.
 106. S'il échoue, la peine sera bien payée.
 107. S'il réussit, il pourra obtenir la restitution de ce qu'il a payé.

COMMENTAIRE.

103. Rien n'est plus favorable qu'une transaction, car rien n'est plus utile au bien de la paix et au maintien de la concorde ; c'est pourquoi le législateur accueille et protège d'une manière spéciale tous les pactes qui en assurent la stabilité. Si donc les parties stipulent que celui qui attaquera la transaction consentie sera soumis à une peine, cette clause est valable (1). N'empêche-t-elle pas les procès de renaître ? N'élève-t-elle pas des obstacles contre les impatiences qui remettent en question des points décidés et raniment des querelles refroidies (2) ?

(1) *Hermog.*, l. 16, D., *De transact.*

M. Toullier, t. 6, n° 818.

(2) L. 16, C., *De transact.* (Diocl. et Maxim.).