

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) *Jungé 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.*).

Il est vrai cependant que cette clause pénale peut être elle-même le germe de nouveaux débats. Mais de quoi n'abuse-t-on pas avec du mauvais vouloir? Ce qui est décisif, c'est que la clause pénale est plutôt un moyen préventif, ou un préservatif, qu'une provocation à la lutte. Sous ce rapport, elle méritait d'avoir accès dans la faveur du législateur (1).

104. La peine est encourue du moment où il y a infraction à la transaction (2).

Y a-t-il manquement à la transaction qui inflige une peine à la partie qui l'attaque, lorsqu'on se borne à demander de bonne foi la réparation d'une erreur de calcul?

Un arrêt de la Cour royale de Bastia, du 6 février 1837, s'est prononcé, non sans raison, pour la négative (3). L'erreur de calcul est contraire à la volonté des parties; on est toujours admis à en demander la rectification.

105. Une fois la peine payée, le débiteur a le droit d'attaquer la transaction s'il croit en avoir les moyens. Le créancier ne saurait se prévaloir de la clause pénale pour élever une fin de non-recevoir. Le paiement de la peine ne lui a été fait que pour le dédommager des désagréments d'un nouveau procès. Il faut donc qu'il consente à subir

(1) M. Bigot (*Exposé des motifs*, Fenet, t. 15, p. 107).

(2) Art. 1184, 1230 C. c.

M. Toullier, t. 6, n° 829.

V. arrêt des req. du 10 déc. 1833 (Dal., 34, 1, 31).

(3) Devill., 37, 2, 448.

cette seconde épreuve (1). La partie qui a payé la peine a recouvré sa liberté.

106. Maintenant, quel sera le résultat de sa tentative?

Si elle échoue, la peine sera bien payée, et la transaction devra, de plus, être exécutée (2).

107. Si elle réussit, c'est-à-dire si elle fait déclarer la transaction nulle, frauduleuse, etc., etc., la peine n'est pas due; et si elle a été payée, il y a lieu à la répétition *condictione indebiti* ou *sine causa* (3). La clause pénale, en effet, participe du vice qui infecte le contrat dont elle est l'accessoire.

Quelques auteurs cités par Valeron, et Valeron lui-même (4), pensaient que lorsque la partie qui attaque la transaction a eu un sujet probable d'intenter son action, n'étant animée d'aucun sentiment de vexation, la peine n'est pas encourue, bien que l'action échoue. Mais cette opinion n'est pas soutenable; on reconnaît là le système de Molina sur le probabilisme. Valeron cite ce casuiste pour s'en autoriser; nous le citons pour qu'on s'en défende.

(1) M. Toullier, *loc. cit.*, n° 831.

M. Zacchariae, t. 3, p. 145.

(2) M. Toullier, n° 834.

(3) Art. 1127 C. c.

M. Toullier, nos 832 et 816.

M. Marbeau, n° 182.

(4) T. 6, *quæst.* 1, n° 17 et 18.