



Thèse

1890

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Les actions pauliennes en droit romain

Combothecra, Xénocrate Spiridon

How to cite

COMBOTHECRA, Xénocrate Spiridon. Les actions pauliennes en droit romain. Doctoral Thesis, 1890.
doi: [10.13097/archive-ouverte/unige:26664](https://doi.org/10.13097/archive-ouverte/unige:26664)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:26664>

Publication DOI: [10.13097/archive-ouverte/unige:26664](https://doi.org/10.13097/archive-ouverte/unige:26664)

LES

ACTIENS PAULIENNES

EN DROIT ROMAIN

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR LE DUC

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

LES
ACTIONS PAULIENNES

EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée à la Faculté de Droit

PAR

XÉNOCRATE S. COMBOTHECRA

LICENCIÉ EN DROIT

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1890

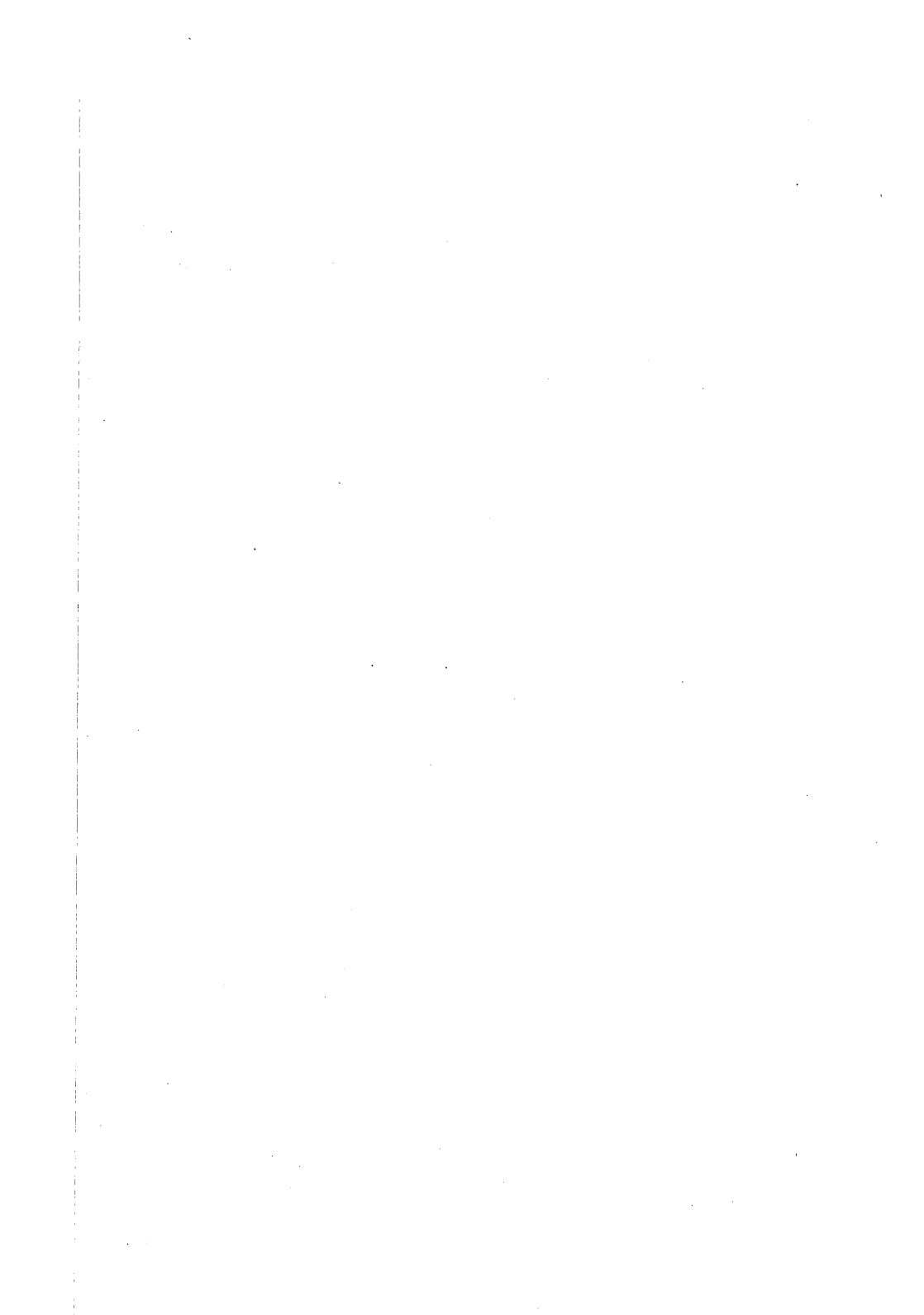
633158

LES
ACTIONS PAULIENNES

EN DROIT ROMAIN.

AVANT-PROPOS.

Tout le monde reconnaît que, dans le § 6, liv. IV, tit. VI, des Institutes et dans le tit. VIII *Quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur*, liv. XLII du Digeste, il s'agit de la garantie des intérêts des créanciers contre les actes frauduleux de leur débiteur. Mais l'accord ne va pas plus loin. Dès qu'il s'agit des détails sortant un peu des limites de l'idée générale, les meilleurs esprits se divisent. De nombreux ouvrages ont été écrits et continuent à s'écrire sur la question. A notre tour, nous allons aborder la même tâche, estimant que le sujet est loin d'être épuisé.



CHAPITRE I.

THÉORIES DIVERSES SUR LES ACTIONS PAULIENNES.

Un premier système, qui est celui de Reinhardt⁽¹⁾, admet que le tit. VIII, liv. XLII, D., parle de deux actions qui ont pour but la garantie des intérêts des créanciers contre les actes frauduleux de leur débiteur. L'une, formulée, suivant ce système, dans la loi 10, pr. du titre en question, est désignée tout simplement sous le nom d'action *in factum*, et serait naturellement personnelle; l'autre, formulée dans la loi 1, pr. du même titre, est désignée sous le nom d'action paulienne, et serait également personnelle. Quant au § 6 des Institutes, il s'occuperait d'une action qui ne serait que cette même action paulienne. L'action *in factum* serait donnée contre l'acquéreur de bonne foi, tandis que l'action paulienne serait donnée contre l'acquéreur de mauvaise foi.

Reinhardt émet son système sans se donner la peine de faire ressortir les deux actions avec des preuves à l'appui. Quant à admettre que le § 6 parle d'une action personnelle, nous verrons en son lieu que cela est impossible.

Sensiblement pareil au système de Reinhardt est un système de quelques anciens auteurs ⁽²⁾. La différence consiste dans

(1) Reinhardt : Von der Paulianischen und den mit derselben verwandten Klagen (*Vermischte Aufsätze aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtswissenschaft*, Heft II, Aufsatz xxix, p. 100 s.).

(2) Placentinus : *In lib. IV, Inst. ad tit. vi De actionibus*, p. 69 — Azo : *Summa in VII libr., cod. tit. LXXV*, p. 781.

l'idée qui sert de distinction entre les deux actions. L'action paulienne personnelle viserait les choses corporelles, tandis que l'action *in factum* viserait les choses incorporelles. C'est une distinction dont la base n'a aucune consistance. Elle ne s'appuie nullement sur les textes qui traitent de nos actions.

Rudorff⁽¹⁾ admet une action réelle du nom de paulienne qui serait entièrement du domaine civil. A côté de cette action il y aurait encore l'interdit fraudatoire qui nous apparaîtrait, soit sous la formule d'une action arbitraire restitutoire, soit sous la formule d'une action *in factum*, et qui serait donné contre le tiers contractant de bonne ou de mauvaise foi. L'action paulienne et l'interdit fraudatoire auraient le même but, c'est-à-dire le retour dans le patrimoine du *fraudator* de ce qui en est sorti frauduleusement. La différence consisterait en ce que l'action paulienne serait accordée aux créanciers, tandis que l'interdit serait accordé au *bonorum emptor*.

Contre ce système il y a à objecter que la formule provenant d'un interdit n'est jamais nommée *actio*. Or, dans la loi 10, n. t.⁽²⁾, à la tête de laquelle est placée la formule de l'interdit, nous trouvons les dénominations « *hæc actio* », « *hæc in factum actio* ⁽³⁾ ».

Suivant Huschke⁽⁴⁾, il y aurait d'abord une action paulienne réelle, puis l'interdit fraudatoire et enfin une action *in factum* : le tout existerait dans le Digeste. L'action paulienne serait donnée pour les *gesta*, le mot étant pris dans son sens restreint, contre le tiers de mauvaise foi, et ne serait donnée

(1) Rudorff : Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VIII, p. 62-99, Weimar, 1869).

(2) n. t. = notre titre = titre VIII *Quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur*, D., liv. XLII.

(3) Voir Schmidt : *Interdictenverfahren*, p. 306 s.

(4) Huschke : A. F. P. R. und das *interdictum fraudatorium* (*Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, Neue Folge, XIV, p. 1-130).

contre le tiers de bonne foi qu'au cas d'un acte à titre gratuit sous la forme d'une action utile, et même au cas d'un acte à titre onéreux pour ce dont le défendeur s'est enrichi, lorsque par la révocation de l'aliénation ce dernier n'éprouve aucun dommage. L'action paulienne serait donnée *intra annum*, l'année commençant à partir de la conclusion de l'affaire frauduleuse, mais aussi bien avant qu'après la *venditio bonorum*. Elle serait donnée seulement contre le premier possesseur de mauvaise foi, alors même que ce possesseur serait le *fraudator* lui-même. En second lieu, l'interdit fraudatoire de nature personnelle serait donné avant la *venditio bonorum* pour les *facta*, le mot étant pris dans son sens le plus large, *intra annum*, l'année commençant à partir de la conclusion de l'affaire frauduleuse. L'interdit serait donné contre tout acquéreur de mauvaise foi, le *fraudator* excepté. Enfin, comme supplément à l'interdit, il y aurait une action *in factum* arbitraire personnelle qui serait donnée *intra annum*, l'année commençant à partir de la *venditio bonorum, causa cognita*, pour tous les *facta*, d'une part contre le tiers contractant de bonne foi pour ce dont il s'est enrichi, d'autre part contre le *fraudator* lui-même, et enfin contre les héritiers et autres successeurs universels. La même action serait donnée pour l'enrichissement également *post annum* aux mêmes personnes auxquelles elle pourrait être donnée *intra annum*.

La distinction entre les *facta* et les *gesta*, ainsi que nous le verrons en son lieu, est inadmissible. Nous aurons également à rejeter en son lieu la distinction que Huschke fait relativement au sens des lois 10, § 18 et 6, § 14, n. t., et sur laquelle il se base pour établir une différence entre l'action paulienne réelle et l'interdit fraudatoire d'une part, et l'action *in factum* d'autre part, en ce qui concerne le moment où commence l'année utile des moyens de droit en question. Nous verrons également qu'il est inadmissible de se fonder sur les lois 5, C., liv. VII, tit. LXXV *De revocand.*; 10, § 1 et 25, § 7, n. t., pour établir une diffé-

rence entre l'interdit et la prétendue action *in factum* de Huschke, en ce qui concerne la possibilité d'intenter chacun de ces deux moyens de droit, soit avant soit après la *venditio bonorum* (1). Les points dont nous venons de parler rejetés, tout le système de Huschke se renverse de lui-même.

Suivant Dernburg (2), nous serions en présence de quatre moyens de droit. Le premier — au point de vue historique — serait une *vindicatio utilis ficticia* dont parlerait non seulement le § 6, liv. IV, tit. vi, J., mais même la lettre 1, § 3, de Cicéron à Atticus. En second lieu viendrait l'interdit fraudatoire dont il serait parlé dans la loi 10, pr., n. t., sa dernière phrase exceptée. Ensuite dans cette dernière phrase de la loi 10, pr., n. t., il s'agirait d'un troisième moyen de droit qualifié d'action *in factum*. Enfin la loi 1, pr., n. t., s'occuperait d'une action non qualifiée d'un nom quelconque. En se servant de la première action (§ 6, J.) le demandeur aurait à prouver le droit de propriété qu'avait le défendeur sur la chose frauduleusement aliénée par ce dernier. En recourant à l'interdit fraudatoire le demandeur aurait tout simplement à prouver que la chose frauduleusement aliénée avait été *de fait* dans le patrimoine (*in bonis*) du débiteur *fraudator*. En attaquant le défendeur au moyen de l'action de la loi 10, pr., *in fine*, n. t., le demandeur aurait non seulement l'avantage que donnait l'interdit fraudatoire, mais en plus l'avantage de ne pas avoir à prouver nécessairement le *consilium* du tiers défendeur, comme cela serait exigé pour les deux moyens de droit précédents. Enfin l'action de la loi 1, pr., n. t., serait donnée au cas où un *curator* est nommé et embrasserait non seulement les aliénations frauduleuses d'une chose, opérées avant la *missio*, comme le feraient les trois moyens de droit précédents, mais *toutes les*

(1) P. 39-41.

(2) H. Dernburg : *Pandekten*, 1886, II vol., p. 366, § 144.

machinations du débiteur *fraudator*. Finalement Dernburg ajoute, sans en être bien convaincu, que les trois premiers moyens de droit seraient donnés aux créanciers fraudés ou au *bonorum emptor*, tandis que le quatrième serait en outre donné au *curator*. Et tous ces différents moyens de droit seraient personnels, sauf l'action des Institutes qui serait réelle tout au moins dans sa forme.

Contre ce système, il y a d'abord à objecter que l'action des Institutes ne peut pas être considérée comme une *vindictio* proprement dite pour des raisons que nous émettrons plus loin, et que, d'autre part, la lettre de Cicéron à Atticus parle bien d'une action qui est tout à fait personnelle, ainsi que nous le verrons en son lieu.

Puis la distinction énoncée par Dernburg de l'interdit fraudatoire et de l'action des Institutes, n'a pas comme base nos sources. En effet les textes ne font pas de distinction entre la propriété bonitaire et la propriété quiritaire en ce qui concerne les moyens de droit dont nous parlons. Le § 6, J., qui s'occupe de l'action, après s'être servi des mots *REM SUAM* ajoute *ob id IN BONIS debitoris mansisse*, tandis que d'autre part la formule (loi 10, pr., n. t.) de l'interdit nous dit *sciente te IN BONIS*. Enfin le § 6, J., n'exige pas le *consilium* du tiers, tandis que la formule de l'interdit fraudatoire l'exige.

Ensuite l'assertion que la loi 10, pr., *in fine*, n. t., comprendrait seulement les aliénations frauduleuses, tandis que la loi 1, pr., n. t., comprendrait toutes sortes de machinations n'est pas confirmée par les textes.

De ce que la loi 1, pr., promet l'action au *curator bonorum* ou même de ce qu'elle la lui promet en tout premier lieu, il ne s'ensuit vraiment pas, comme paraît le penser Dernburg, que la prétendue action énoncée par la loi en question a dû être créée spécialement pour le seul cas où un *curator* est nommé.

Ensuite de ce que les paragraphes 1, 9, 18 de la loi 10, n. t., font allusion à la *bonorum emptio* et de ce que, d'une part, les

deux premiers paragraphes (1, 9) peuvent se rapporter à la première période de la loi 10, pr., n. t., et, d'autre part, le dernier paragraphe (18) peut se rapporter à la loi 10, pr., *in fine*, il ne s'ensuit d'aucune façon que les dispositions de la loi 10, pr., tout entière ont dû être créées en vue de la *bonorum emptio* sans qu'il y ait eu institution de *curator*. La prétendue action de la loi 10, pr., *in fine*, n. t., et la prétendue action de la loi 1, pr., n. t., sont un seul et même moyen de droit. L'*actio* à laquelle se réfère la première période de la loi 10, pr., n. t., pour nous faire savoir dans quels cas est donné le moyen de droit dont elle s'occupe, est très certainement l'action formulée dans la loi 1, pr., n. t., ainsi que nous aurons l'occasion de le voir en son lieu. Enfin la seconde période se réfère à la première, car elle nous parle, ainsi que nous le verrons, justement de l'*actio* à laquelle nous renvoie cette première période. En outre la loi 5, C., liv. VII, tit. LXXV *De revocandis*, nous parle d'une action *in factum* qui est donnée *contra emptorem, qui sciens fraudem comparavit, et eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiæ mentione detracta*, c'est-à-dire que ladite action est donnée pour les mêmes cas qui sont séparément indiqués dans la loi 1, pr., n. t., et dans la loi 10, pr., *in fine*. Et que l'on ne nous dise pas que la loi 5 en question ne vise que le cas où il y a *bonorum venditio* sans *curator*, car cela est une allégation sans fondement.

Il y a des auteurs qui prétendent que nous sommes en présence d'une seule action du nom de paulienne qui serait, suivant les cas de son application, tantôt *in rem*, tantôt *in personam* (1).

(1) Schrader : *Inst. com. ad § 6 De act.* — Bachov von Echt : *Inst. com. ad § 6*, liv. IV, tit. vi, n° 3. — Meier : *Collegium argentoratense ad D.*, liv. XLII, tit. vii, p. 1424. — Henricus Hahn : *Observata theor. pract. ad Math. Wesenbeci commentarios*, p. 944, not. — Samuel Stryk : *Usus modernus Pand. ad D.*, liv. XLII, tit. viii, vol. IV, p. 285 — Coccejus : *Civilis juris controversi pas.*, II, p. 500 — Voir également Savigny : *System V*, § 208.

Si réellement nous étions en présence d'une action unique *duplex*, sa nature réelle devrait se trouver non seulement dans le § 6 des Institutes, mais également dans le titre VIII, liv. XLII du Digeste. Or, nous verrons en son lieu qu'il n'en est rien.

Un autre système (1), un peu différent du précédent, consiste en ceci : Dans les Institutes et dans le Digeste, il ne s'agirait que d'une action paulienne qui serait *personalis in rem scripta*, c'est-à-dire mixte.

L'idée même de l'existence d'actions personnelles réelles n'est pas soutenable. Considérer un droit à la fois réel et personnel est, ainsi que le dit Laurent (2), « chose absurde au premier chef ».

Certains auteurs pensent que l'action paulienne réelle (3) n'est autre chose qu'une application de la *restitutio in integrum*. D'autres pensent de même également de l'action paulienne personnelle (4). Nous rejetons la manière de voir aussi bien des uns que des autres. Pour se convaincre que nous sommes dans le vrai, on n'a qu'à comparer les textes qui traitent de nos

(1) Raphael Cumanus : *Ad D.*, liv. XLII, tit. VIII. — Jason de Mayno : *De actionibus*, nos 104 et 113. — Kling : *Inst. comm. ad J.*, § 6, liv. IV, tit. VI. — Mynsinger : *Inst. comm. ad J.*, § 6, liv. IV, tit. VI, nos 12 et 19. — Schneidewin : *Inst. comm. ad § 6, J.*, n° 14. — Huber : *Prælectiones juris civilis ad § 6, J.*, n° 9. — Wernheer : *Observationes forenses*, II, pars VII, obs. II, n° 2.

(2) Laurent : *Principes*, tom. XVI, p. 539.

(3) Schröter : Abhandlung « Ueber Wesen und Umfang der *in integrum restitutio* (*Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, VI, p. 131). — Windscheid : *Pandekten*, vol. I, § 416, 2. — Puchta : *Vorlesungen*, § 400, 3. — Schneider : *Allgemeine und subsidiäre Klagen des r. R.*, p. 277. — Vangerow : *Pand.*, I, § 417, 3.

(4) Menken : *Dissert. de a. P.*, Halae 1770, in *opusculis X*, p. 299. — Boehmer : *Doctrina de actionibus ad praxim hodiernam*, Frkft, 1771, sect. II, cap. II, § 26, not. et cap. XII, § 10 et § 26. — Hellfed : *Jur. pr. forensis secundum ordinem Pand.*, p. 839, *ad D.*, liv. XLII, tit. VIII.

actions et ceux qui s'occupent de la *restitutio in integrum* (1).

Voët et Doneau (2) estiment que l'action dont parlent les Institutes est une action réelle hypothécaire résultant du *pignus prætorium*, à la suite de la *missio in possessionem rei servandæ gratia*.

Pour écarter ce système, remarquons que l'action hypothécaire ne tend pas à la révocation de l'aliénation de la chose hypothéquée, elle admet l'acte. Elle empêche seulement que l'acquéreur acquière sur le bien des droits plus étendus que ne possédait l'aliénateur; par conséquent elle ne repose pas sur une fiction. Or, nous verrons que l'action des Institutes est une action fictive.

Disons enfin qu'il y a des auteurs qui voient dans l'action des Institutes une application de la *rei vindicatio*. Elle serait une *utilis (ficticia) rei vindicatio* (3).

Que le prêteur, en créant l'action, ait eu en vue la *rei vindicatio*, cela est possible. Il faut cependant admettre que telle qu'elle est exposée au § 6 (liv. IV, tit. VI, J.), elle ne peut être

(1) A titre de preuve rappelons-nous que :

La *restitutio in integrum* n'exige pas la fraude chez le débiteur comme l'exigent nos actions.

Nos actions ne résultent pas du droit perdu du débiteur, mais de la fraude de ce dernier.

Le droit perdu n'est pas restitué au demandeur, mais il revient au débiteur *fraudator*, qui n'est jamais demandeur.

La *restitutio in integrum* est une *redintegratio rei vel causæ*, tandis que nos actions ont pour but une restitution, le mot étant pris dans son sens actuel.

— Voir égal. D., liv. IV, tit. 1 *De in integ. rest.* — Paul : *Sent.*, liv. I, tit. VII *De in integ. rest.*

(2) Voët : *Ad h. titulum*. — Doneau : *Ad h. titulum*, n° 12. — Voir égal. : Donell : *Comm. de jure civili*, tom. VI, p. 755. — Hunnius : *Variarum resolutionum juris civilis libri IV*. — Otto : *Inst. comm. ad § 6*, liv. IV, tit. VI.

(3) Schmidt : *Pflichttheilsrecht des Patrons*, p. 96. — Reinhardt : *Die Anfechtungsklage*, Winterthur, 1871, p. 16.

considérée que comme une action à part. En particulier, il est à remarquer que la *rei vindicatio* est donnée au propriétaire lui-même pour qu'il obtienne sa chose, tandis que l'action des Institutes, ainsi que nous le verrons, est donnée aux créanciers pour qu'ils fassent rentrer la chose dans le patrimoine de leur débiteur et non dans leurs patrimoines à eux.

CHAPITRE II.

NOM DE PAULIENNE.

Après avoir rejeté tous les systèmes dont nous venons de parler, nous affirmons, ainsi que nous le démontrerons plus loin, que dans le § 6, liv. IV, tit. VI, des Institutes, il s'agit d'une action réelle et que dans le tit. VIII, liv. XLII du Digeste, il s'agit d'une action personnelle. Mais quel est le nom de chacune de ces actions? Cette question présente de grandes difficultés.

Théophile nous dit que l'action *in rem* dont il est parlé dans le § 6 (liv. IV, tit. VI) des Institutes λέγεται παυλιανή⁽¹⁾.

D'autre part, Paul attribue le nom de paulienne à l'action dont il est parlé en détail dans le tit. VIII, liv. XLII du Digeste. Le jurisconsulte romain dit dans la loi 38, § 4, liv. XXII, tit. I *De usuris*, au Digeste : *In Faviana quoque actione, et Pauliana, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus [quoque] restituuntur...* Qu'il s'agisse bien ici de l'action du tit. VIII, liv. XLII, D., c'est-à-dire de l'action dont nous démontrerons la nature personnelle, cela résulte de la comparaison des textes du § 4 et du *principium* de la loi 38, liv. XXII, tit. I, D. En effet, Paul nous annonce dans le dit *principium*⁽²⁾ qu'il va nous dire quand l'action qui est *in personam* comprend également les fruits, et ensuite, tenant sa promesse,

(1) *Theophili Antecessoris paraphrasis græca*, § 6, liv. IV, tit. VI.

(2) *Videamus, generali quando in actione, quæ est in personam, etiam fructus veniant.*

il nous dit, dans le § 4, ce qui en est de l'action *Pauliana, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur*.

En présence de cette contradiction entre Théophile et Paul, qui attribuent le même nom de paulienne, l'un à l'action réelle, l'autre à l'action personnelle, que nous reste-t-il à penser?

Au demeurant, nous croyons que le nom de paulienne n'était le terme consacré d'aucune des deux actions.

En effet, aux Institutes dans le seul texte (§ 6, liv. IV, tit. vi) où il est parlé de l'action *in rem*, le nom de paulienne n'est pas proféré.

Aux Pandectes le nom de paulienne appliqué à notre action personnelle ne se trouve qu'une seule fois (dans le texte déjà cité du § 4, loi 38, etc.). Et encore le jurisconsulte, après avoir écrit le nom de paulienne, croit devoir ajouter immédiatement après : *per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur*. Cette précaution de la part de l'auteur prouve que le nom de paulienne n'était nullement d'un usage courant.

D'autre part, nous croyons ne pas nous hasarder trop en insistant sur le mot λέγεται (1) que Théophile emploie en nous renseignant sur le compte de l'action dont il est question dans le § 6 des Institutes. Nous savons bien que le mot λέγεται est souvent l'équivalent du mot ὀνομάζεται, mais, non moins souvent, il peut signifier : on dit. Dès lors, Théophile, en se servant de l'expression τὴν *in rem* ἥτις λέγεται παυλιανή, a pu ne pas entendre comme on l'admet d'habitude que l'action en question eût le nom consacré de paulienne, mais que quelques-uns seulement l'appelaient ainsi.

Après ce que nous venons de dire nous pouvons admettre, sans violer les textes de nos sources ni les principes de la

(1) D'ailleurs, quoi qu'il en soit, il est à noter que la paraphrase de Théophile ne pourrait avoir une grande autorité, parce que sa paternité est contestée; elle ne fut publiée que bien après la mort de Théophile.

logique et du droit romain, que, pour des raisons qui nous sont inconnues, quelques écrivains baptisèrent du nom de paulienne l'action réelle, tandis que d'autres appliquèrent ce nom à l'action personnelle, sans que ni les uns ni les autres aient eu de succès. Paul, une fois par hasard et bien timidement, suivit l'exemple des derniers, tandis que Théophile se plut à nous rapporter la tentative des premiers.

Malgré notre opinion, afin d'éviter les longues périphrases, nous nous servirons dans le cours de notre ouvrage du nom de paulienne pour les deux actions, en appelant l'action dont il s'agit dans le § 6, liv. IV, tit. VI, des Institutes, action paulienne réelle, et celle dont il est parlé dans le tit. VIII, liv. XLII du Digeste, action paulienne personnelle.

CHAPITRE III.

ÉPOQUE ET ORIGINE DES ACTIONS PAULIENNES.

Comme l'action paulienne personnelle est la plus importante, ainsi que nous le verrons en détail dans le cours de cet ouvrage, et si nous nous souvenons comment le préteur a l'habitude de procéder, il est fort probable qu'elle a dû être créée après⁽¹⁾ l'action paulienne réelle. En effet, le préteur a l'habitude de ne pas innover tout d'un coup sur une large étendue. Il prend plutôt un point restreint tout d'abord, celui qui a le plus pressant besoin d'une réforme, et ensuite, petit à petit, il élargit son cercle d'application. Dans notre cas, il est clair que les plus fréquentes fraudes ont dû se commettre précisément pendant la *missio in possessionem*. Le débiteur malheureux voyant le moment où il allait rester sans aucune ressource et disposant encore librement de ses biens pendant la *missio in possessionem*, devait se livrer à des ventes frauduleuses pour en retirer un bénéfice d'une manière détournée. C'est pour empêcher l'effet de ces sortes de ventes que le préteur a dû créer l'action réelle. Puis le débiteur malheureux, une fois l'action réelle créée, prévoyant désormais l'impossibilité de frauder pendant la *missio in possessionem*, a dû se mettre à prendre ses précautions frauduleuses plus tôt et à élargir le champ de ses machinations. Alors le préteur, pourvoyant aux nouveaux besoins de la société romaine, a dû créer l'action paulienne personnelle, dont,

(1) Ortolan : t. III, n. 2086. — Ducaurroy : t. II, n. 1200.

ensuite, il a développé petit à petit le cercle d'application, sans se trouver obligé d'y ajouter également toutes les rigueurs de l'action paulienne réelle — ainsi que nous le verrons en son lieu.

Ceux (1) qui, contrairement à ce que nous pensons, admettent que l'action paulienne personnelle a dû précéder l'action paulienne réelle, invoquent à l'appui de leur opinion l'injustice créée par l'action personnelle envers les créanciers du *fraudator*, ces derniers, à la suite de la réussite de cette action, se trouvant en concours avec les créanciers du défendeur, alors même que le défendeur succombant s'exécute de plein gré.

Ce raisonnement, non seulement n'est pas décisif, mais n'a même pas de base irréprochable. Le prêteur ne crée pas l'injustice, il se borne simplement à ne pas la supprimer. De plus l'injustice ne prend sûrement corps qu'au cas où l'action paulienne personnelle est donnée avec succès pour l'enrichissement contre le défendeur de bonne foi. Alors, en effet, on ne voit pas pourquoi les créanciers du défendeur concourent, avec les créanciers du *fraudator*, à cet enrichissement indû. Mais lorsque l'action paulienne personnelle est donnée avec succès pour le tout contre le défendeur de mauvaise foi, alors les créanciers de ce dernier peuvent se trouver en concours à juste titre avec les créanciers du *fraudator*, parce que, au cas d'une aliénation à titre onéreux, le prix payé par le défendeur le plus souvent ne lui est pas remboursé, et, par conséquent, ses créanciers en seront alors lésés. Ces derniers, pour ainsi dire, à titre de compensation à ce tort éventuel mais grave, ont le droit constant de concourir avec les créanciers du *fraudator*. Par contre, au cas de la réussite de l'action paulienne réelle, il y a une injustice absolue vis-à-vis des créanciers du défendeur. Ces derniers, non seulement ne concou-

(1) Demangeat : *Institutes*, t. II, p. 526 et 527. — Van Wetter : t. I, § 222, p. 811. — Bonjean : *Traité des actions*, t. II, p. 142, not. 2. — Capmas : *Des actes faits par le débiteur en fraude, des droits des créanciers*, p. 14.

rent jamais avec les créanciers du *fraudator*, mais sont même exposés à être lésés par la perte du prix payé par leur débiteur (défendeur) qui en est remboursé bien plus rarement qu'au cas de l'action paulienne personnelle.

Le prêteur, continuent ceux qui ne pensent pas comme nous, n'a pas dû commencer par tenir pour non avenu un acte valable selon le droit civil. Il a dû d'abord l'empêcher de produire son effet par l'action paulienne personnelle, et plus tard il a dû arriver à tenir l'acte pour non avenu par l'action paulienne réelle.

Cette supposition est toute gratuite, car, au contraire, le procédé ordinaire du prêteur est de tourner la loi tout d'abord, en considérant l'acte reprochable comme n'ayant pas eu lieu, et ensuite de la braver franchement en le rescindant purement et simplement.

D'autres prétendent que l'action paulienne personnelle est antérieure à l'action paulienne réelle parce que, disent-ils, cette dernière paraît être postérieure au droit classique.

Ils appuient cette affirmation sur ce qu'Ulpien serait le premier jurisconsulte dont les écrits admettraient les actions en résolution de propriété comme actions *in rem*.

Ensuite ils invoquent en leur faveur l'absence de tout texte dans les Pandectes concernant l'action paulienne réelle.

Au premier argument nous répondons qu'Ulpien parle des actions nées de condition résolutoire et non pas des actions dont l'effet même est, comme au cas de notre action *in rem*, la retranslation de la propriété (loi 41, pr., § 1, D., liv. VI, tit. 1 *De rei vindicatione* et loi 29, D., liv. XXXIX, tit. v *De donationibus*).

Quant au silence gardé par les Pandectes sur l'action paulienne réelle, il s'explique par la prépondérance que l'action paulienne personnelle a acquise sur l'action paulienne réelle. Elle ne figure pas dans la compilation de Justinien, non pas, sans doute, parce qu'elle n'existait pas encore, mais parce

qu'elle n'était plus en usage depuis longtemps. Enfin, prétendre que l'action paulienne réelle n'a été créée que par Justinien et qu'il ne nous la fait connaître que très modestement dans ses Institutes, cela est tout ce qu'il y a de plus invraisemblable.

Une fois la priorité de l'action paulienne réelle sur l'action paulienne personnelle constatée, il y a à rechercher à quelle époque exacte remonte chacune d'elles.

Vu, ainsi que nous le démontrerons en son lieu, que, d'une part, l'action paulienne réelle vise les aliénations frauduleuses, faites pendant la *missio in possessionem*, qui est un préliminaire indispensable de la *venditio bonorum*, — et que, d'autre part, l'année utile de l'action paulienne personnelle ne commence que *ex die venditionis*, il s'ensuit que les deux actions ont été créées après la création de la *venditio bonorum*. Cela étant donné, nous savons, en outre, que l'action paulienne personnelle existait déjà du temps de Cicéron, ainsi que nous le déduisons d'un passage d'une de ses lettres à Atticus (Cic. *ad Att.*, I, 1, § 3) : *Cæcilius, avunculus tuus, a P. Vario quum magna pecuniâ fraudaretur, agere cœpit cum ejus fratre A. Caninio Satrio, de iis rebus, quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret. Una agebant ceteri creditores in quibus erat Lucullus et P. Scipio et is quem putabant magistrum fore, si bona venirent, L. Pontius*. On a soutenu que, dans ce texte, il s'agissait de l'action de dol. Mais l'action de dol est donnée à celui dont le consentement a été vicié par dol, tandis qu'ici il s'agit d'une action qui est donnée aux créanciers contre les tiers qui ont contracté avec le débiteur. D'autres ont prétendu que la lettre en question parlait de l'action paulienne réelle. Pourtant le caractère de l'action paulienne personnelle perce clairement dans le texte qui nous occupe. Nous voyons en effet qu'il s'agit là d'une action qui vise principalement une personne, que cette action demande le *consilium* chez le tiers et enfin que, pour qu'elle soit intentée, la *missio in bona* n'est pas nécessairement exigée : *magistrum FORE, SI bona venirent*. Par conséquent, le

passage précité a bien en vue l'action paulienne personnelle. Au demeurant donc, l'action réelle ayant précédé l'action personnelle, il est établi que la création des deux actions pauliennes doit se placer entre la date de la création de la *venditio bonorum* et la date de la lettre de Cicéron à Atticus. La lettre fut écrite en 689 de Rome (65 av. J.-C.). La création de la *venditio bonorum* est attribuée par Gaius (*Comm.* IV, § 35) au préteur Publius Rutilius. Malheureusement il n'est pas établi de quel préteur Publius Rutilius il s'agit. Est-ce de celui de 586, de celui de 636, de celui de 649 de Rome ou d'un autre?

CHAPITRE IV.

RAISON D'ÊTRE DE L'INTERDIT (1) FRAUDATOIRE ET ÉPOQUE DE SA CRÉATION.

Bartolus (2) pense que l'interdit fraudatoire ne vise que le cas spécial exposé dans la loi 96, pr., D., liv. XLVI, tit. III *De solutionibus et liberationibus*. Quant à la loi 67, §§ 1, 2, D., liv. XXXVI, tit. I *Ad sen. cons. treb.*, malgré le nom d'interdit qui s'y trouve, Bartolus estime qu'elle ne parle pas de l'interdit, mais d'un édit *De his quæ in fraudem creditorum*. L'édit viserait la *rem suam* frauduleusement aliénée, tandis que l'interdit viserait la *rem non suam*.

Cette opinion évidemment est insoutenable. En faisant bien attention, on s'aperçoit facilement que dans la loi 96, pr., en question il s'agit bien d'une chose sienne. En effet, le débiteur (*consciuis fraudis*) du pupille paie le créancier (également *consciium fraudis*) du tuteur, c'est-à-dire un tiers de mauvaise foi. L'interdit est donné au pupille contre ce tiers. Le *fraudator est*

(1) Le nom d'interdit fraudatoire ne se trouve que dans la loi 67, §§ 1, 2, D., liv. XXXVI, tit. I *Ad sen. cons. treb.* Ensuite, il est généralement admis que la première période de la loi 10, pr., n. t., est la formule de l'interdit.

(2) Bartolus : *Ad l. 96, D., liv. XLVI, tit. III De solutionibus et liberationibus* ; *ad l. 67, D., liv. XXXVI, tit. I Ad sen. cons. treb.* — Voir dans le même sens : Baldus : *Ad l. 96, cit.* — Jôannes de Platea : *Ad § 6, l. 96, cit., n° 66.* — Jason de Mayno : *Ad 6, l. 96, cit.* — Schneidewin : *Ad § 6, l. 96, cit.*

ici le débiteur du pupille, et c'est ce débiteur qui paie, c'est-à-dire aliène *rem suam*. En réalité donc c'est également le même cas que le cas de la loi 67, §§ 1, 2, susdite, et en général le cas de l'action paulienne personnelle. Rien donc de spécial dans la loi 96, pr., en question.

Cujas ⁽¹⁾ prétend que l'action paulienne, qui selon lui est unique, est donnée *ad revocandum dominium*, tandis que l'interdit est donné *ad revocandam possessionem*.

Ce système tombe de lui-même, car les textes que nous avons ne contiennent pas la distinction dont il s'agit.

Dernburg ⁽²⁾ donne le bénéfice de l'interdit aux créanciers ou au *bonorum emptor* et en exclut le *curator*. Cet interdit serait accordé, non pour toutes sortes de machinations, mais seulement pour les choses aliénées frauduleusement avant la *missio* à un tiers acquéreur de mauvaise foi. Le demandeur serait tenu de prouver tout simplement que le *fraudator* était le propriétaire bonitaire des choses incriminées, au moment de l'aliénation.

Ayant déjà démontré en son lieu la fausseté de la théorie générale de Dernburg sur les moyens de droit qui nous occupent, nous n'avons pas besoin d'argumenter ici de nouveau pour prouver que sa conception de l'interdit est inadmissible.

Suivant Rudorff ⁽³⁾, l'action paulienne réelle, telle qu'il la conçoit, différerait de l'interdit en ce que ce dernier serait donné au *bonorum emptor*, tandis que son action paulienne serait donnée aux créanciers. Cette distinction n'est pas basée sur les textes. Rudorff après avoir changé, non sans raison, dans la formule de l'interdit (loi 10, pr., n. t.) le mot *illis* en *illi* entend

(1) Cujas : *Ad D.*, liv. XLII, tit. viii. — Voir dans le même sens : Dablow. — Unterholzner : *Schuldnerverhältnisse*, II, § 375. — Holzschuher, § 330.

(2) Dernburg : *Pandekten*, vol. II, § 144 (an 1886).

(3) Rudorff : *Edictum perpetuum*, § 275.

par ce dernier le *bonorum emptor*, sans nous en donner la raison.

Selon Schmidt ⁽¹⁾, la différence principale entre l'action paulienne personnelle et l'interdit fraudatoire consisterait en ce que ce dernier serait donné au créancier lésé, au créancier lui-même, avant la *missio*, tandis que l'action serait donnée au *curator* pour l'ensemble des créanciers après la *missio*.

Contre cet opinion il y a à objecter que l'action paulienne personnelle est donnée non seulement au *curator*, mais également *ei cui de ea re actionem dare oportebit* (loi 1, pr., n. t., et Cic. *ad Att.*, I, 1, § 3).

Selon Huschke ⁽²⁾, afin de faire entrer dans la masse de la *missio* l'objet frauduleusement aliéné, l'interdit viserait tous les *facta* et serait donné avant la *venditio bonorum* contre le tiers acquéreur (possesseur ou non) de mauvaise foi, mais non pas contre le *fraudator* lui-même.

Cette conception de l'interdit, au fond, ne le fait différer de l'action paulienne personnelle, telle que nous l'exposerons, que sur deux points : Le premier consiste en ce que l'interdit serait donné seulement avant la *venditio*, et le second, en ce qu'il ne serait pas donné contre le *fraudator* lui-même. Or cela n'est pas admissible en présence des termes de la formule de l'interdit fraudatoire (loi 10, pr., n. t.), qui nous disent que ce dernier est donné *illi, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere, esseve oportet*. Il est évident pour nous que le mot *actio* s'entend de l'action paulienne personnelle formulée dans la loi 1, pr., n. t.; autrement le mot *illi* serait tout ce qu'il y a de plus vague, et le préteur certainement ne se serait pas ex-

(1) Schmidt : *Interdictenverfahren*, p. 309.

(2) Huschke : A. F. P. R. und das *interdictum fraudatorium* (*Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, Neue Folge, XIV, p. 1-130, et en particulier, p. 38); *Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict*, p. 336.

primé de la sorte. En disant *actio ex edicto MEO* le prêteur entend l'action qu'il avait dû créer lui-même et qui ne peut être qu'une action personnelle visant les fraudes du débiteur vis-à-vis de ses créanciers, c'est-à-dire l'action paulienne personnelle.

Au demeurant, il est impossible d'établir une distinction matérielle entre l'interdit fraudatoire et l'action paulienne personnelle, telle que nous la formulerons dans cette étude, si nous nous gardons bien de faire abstraction des indications que nous fournissent nos sources. Au contraire, force est d'admettre qu'entre les deux moyens de droit en question il n'y a absolument aucune différence matérielle. A l'appui de cette assertion vient incontestablement la loi 38, § 4, D., liv. XXII, tit. 1 *De usuris*, où Paul voulant nous enseigner si l'action paulienne personnelle vise les fruits, s'explique sur le mot *restituas*, qui précisément se trouve à la fin de la formule de l'interdit (loi 10, pr., n. t.).

L'identité entière, au point de vue matériel, de l'interdit fraudatoire et de l'action paulienne personnelle étant admise, la question se pose en ce qui concerne l'utilité de l'interdit. Pourquoi un interdit à côté de l'action paulienne personnelle? Tout est incertain sur cette question. Le meilleur moyen de sortir de l'embarras serait peut-être d'admettre qu'entre les deux moyens de droit dont il s'agit, il y aurait tout simplement une différence de procédure. Il y aurait à admettre que l'interdit (Inst. et paraph., liv. IV, tit. xv *De interdictis*, § 8) aurait été créé en vue de la procédure extraordinaire qui était plus rapide que la procédure ordinaire à laquelle on aurait été obligé de recourir en se servant de l'action paulienne personnelle. En effet, avec la procédure extraordinaire la distinction entre le *jus* et le *judicium* disparaît. Le magistrat pouvait, au moyen des interdits, essayer de terminer brièvement un procès, en ordonnant : *restituas antequam ex jure exeas* (Gaius, *Com.* IV, §§ 139, 140, 141). Lorsque, vers la fin du troisième siècle, la procédure extraordinaire devint ordinaire, l'utilité de l'interdit fraudatoire — et en général

de tous les interdits — ne se faisant plus sentir, il tomba en désuétude (J., liv. IV, tit. xv *De interdictis*, § 8, et C., liv. VIII, tit. I *De interdictis*, loi 3, *in fine*).

Quant à l'époque de la création de l'interdit fraudatoire, nous sommes d'avis qu'il a dû être créé après l'action paulienne personnelle, mais pendant la même année. En effet, dans la formule de l'interdit (loi 10, pr., n. t.), le préteur se réfère à l'action paulienne personnelle, ainsi que nous l'avons déjà admis. De plus, le préteur dit : *actio ex edicto MEO*. Cela donne à penser que l'interdit a dû être créé par le même préteur par lequel a été créée l'action paulienne personnelle. Et comme tout citoyen romain ne pouvait être préteur qu'une fois et pendant une seule année, l'assertion que les deux moyens de droit en question dateraient de la même année se justifie. Et que l'on ne nous objecte pas que le préteur en qualifiant l'édit de sien ne fait que se conformer à l'usage suivant lequel chaque préteur republiait l'édit tout entier comme sien. Le préteur en disant *ex edicto meo* n'a certainement pas en vue l'édit tout entier, c'est-à-dire l'édit perpétuel, mais bien l'édit qui a institué l'action dont il parle.

CHAPITRE V.

NATURE DES ACTIONS PAULIENNES.

L'opinion⁽¹⁾ qui admet que le § 6, liv. IV, tit. vi *De act.*, dans les *Institutes*, parle d'une action réelle, nous paraît incontestable.

Tout d'abord il y a à tirer une conclusion, en faveur de notre opinion, de la place même que le § 6 occupe dans les *Institutes* et de l'aperçu des textes qui le précèdent et qui le suivent. En effet, Justinien, dans le § 3, liv. IV, tit. vi *De act.*, de ses *Institutes*, divise les actions prétorienes en actions *in rem* et en actions *in personam*. Ensuite, dans ce même § 3 et dans les §§ 4, 5 (6 parle de l'action qui nous occupe) et 7, il parle incontestablement des actions réelles, et ne commence à parler des actions personnelles que dans le § 8. Par conséquent le moyen de droit dont il est question dans le § 6 ne peut être qu'une action *in rem*.

Pourtant ceux qui veulent voir ici une action personnelle répondent par un argument qui démontre le peu de cas qu'ils font des notions juridiques de Justinien et de ses collaborateurs. Ils disent que le rédacteur des *Institutes*, oubliant la nature person-

(1) Ortolan : t. III, n° 2086. — Demangeat : t. I, p. 527. — Bonjean : *Traité des actions*, t. II, p. 163. — Opinion contraire : Vinnius : *Comm. in Inst. ad § 6 De act.* — Placentinus : *In libr. IV, ad tit. vi De act.*, p. 69. — Azo : *Summa in IV libr. Inst.*, tit. vi *De act.*, p. 1092. — La glose : *Ad § 6, liv. IV, t. vi, J.* — Dynus : *De act.* (Venise, 1498, p. 9). — Joannes Faber et Joannes de Platea : *Ad § 6, J.* — Ulrich Zasius : *Ad § 6, J.* — Oltendorp : *De actionibus*, p. 919.

nelle de l'action qui nous occupe, l'a intercalée entre des actions réelles à cause de la ressemblance de son caractère fictice avec le caractère fictice des actions publicienne et *in rem* rescisoire dont il venait de parler. C'est-à-dire que Justinien, après nous avoir promis de parler des actions réelles, se distrait pour un moment et nous parle d'autre chose. Cela est évidemment inadmissible.

Ensuite, en présence du texte du § 6, il est impossible de dire que son auteur n'ait pas entendu parler d'une action réelle. En particulier les mots *eam rem petere* suffisent, à nos yeux, à le démontrer.

Selon Vinnius⁽¹⁾ pourtant, les mots *rem in bonis debitoris mansisse* du paragraphe en question prouveraient qu'il ne s'agirait pas d'une action réelle, car s'il s'agissait d'une action réelle il y aurait eu *rem suam esse*. C'est-à-dire, le demandeur qui se sert d'une action *in rem* prétend *rem suam esse*.

Il suffit, pour écarter cet argument, de considérer que dans l'action quasi-servienne, qui est certainement réelle, le demandeur ne prétend pas *rem suam esse*.

Enfin Théophile affirme la nature de réalité du moyen de droit dont il est parlé dans le § 6, en disant dans sa paraphrase des Institutes : Ἔστι καὶ ἄλλη *in rem* ὑπὸ τοῦ πραίτωρος ἐπινοηθεῖσα, ὡς περ ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος.... ἔξεστι τοῖς κρεδίτορσιν, ἐξ ἀποφάσεως τοῦ ἀρχοντος, τὰ τοῦ δεβίτωρος νεμηθεῖσι πράγματα, ἐν ᾧ πρὸς περιγραφὴν αὐτῶν γέγονεν ἡ ἐκποίησης, κινεῖν τὴν *in rem* κατὰ τοῦ διακατέχοντος, ἥτις λέγεται παυλιανή (§ 6, liv. IV, tit. vi).

Quant à l'opinion que l'action des Institutes puisse être considérée comme action *in rem* seulement par rapport à sa forme et non pas aussi par rapport à sa nature⁽²⁾, nous ne pouvons y souscrire. La nature personnelle de l'action s'accuse clairement du

(1) Vinnius: *Comm. in Inst., ad § 6, De act.*

(2) Lenel: *Edictum perpetuum*, p. 352.

seul fait que le § 6, J., la donne contre *quiconque* possède. Et que l'on ne nous dise pas que l'action n'est donnée que contre un possesseur qui nécessairement doit être *consciuis fraudis*. Cette condition n'est pas articulée dans notre texte, et, vu son importance, Justinien ne l'aurait certainement pas passée sous silence, malgré la forme élémentaire de son ouvrage.

Après avoir constaté que le § 6, liv. IV, tit. VI, des Institutes ne s'occupe que d'une action de nature réelle, nous allons voir maintenant que le tit. VIII *Quæ in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*; du liv. XLII au Digeste, ne s'occupe que d'une action de nature personnelle. Il est à remarquer que nous reconnaissons bien que la loi 10, pr., n. t., sauf la dernière phrase, est la formule de l'interdit fraudatoire : mais il est évident pour nous que les rédacteurs des Pandectes s'en sont servis pour nous renseigner sur le compte d'une action de nature personnelle, parce qu'entre l'interdit et l'action il n'y avait bien certainement, du temps de Justinien, aucune différence, non seulement matérielle, mais même de procédure, et que, sans aucun doute, le fragment se prêtait bien au sens nécessaire. La loi 10, §§ 2 et 4, la loi 11, la loi 25, n. t., sont des fragments des commentaires sur l'interdit, et pourtant ils sont également cités pour nous renseigner sur le compte d'une action de nature personnelle.

L'opinion ⁽¹⁾ qui admet que le tit. VIII en question ne parle que d'une action de nature réelle, tombe d'elle-même. En effet en admettant cette manière de voir, en présence de textes for-

(1) Cujas : *Comm. in Inst. ad tit. De act.* — Harpprecht : *Ad § 6, J., De act.*, nos 2 et 3. — Hermann Vultejus : *Ad § 6, J., De act.* — Hoppe : *Commentatio ad Inst.* — Perez : *Prælectiones ad C.*, liv. VII, tit. LXXV. — Schilter : *Exercitatio ad Pand. XLVI De executionibus in bonis*, § 1 (*ad D.*, liv. XLII, tit. VIII). — Lauterbach : t. III, *ad D.*, liv. XLII, tit. VIII, p. 354. — Peter Müller : *Syntagma juris civilis Struvii Icti* (*ad D.*, liv. XLII, tit. VIII). — Berger : *Œconomica juris* (Leipzig, 1771, p. 216).

mels, on se heurte à chaque pas contre tout ce que nous connaissons des actions réelles du droit romain.

Ainsi, contrairement à la nature des actions réelles, les textes du tit. VIII nous disent : que pour que l'action dont ils s'occupent soit donnée, il faut, non seulement la fraude du débiteur qui aliène *in fraudem creditorum*, mais également la fraude (loi 9, n. t.) de l'acquéreur; qu'elle est donnée contre les héritiers (loi 10, § 25, n. t.) et autres successeurs; qu'elle peut faire revivre un droit de créance (loi 17, pr., n. t.); qu'elle peut être donnée contre celui qui a une action pour le contraindre à la céder (loi 14, n. t.); et ainsi de suite.

L'opinion qui admet que le tit. VIII, tout en parlant d'une action de nature personnelle, s'occupe également d'une action de nature réelle, a une apparence de vérité que nous allons essayer de détruire.

Suivant Huschke (1), les lois 4-9 du tit. VIII (liv. XLII, D.) parleraient d'une action *in rem*, nommée paulienne, dont il serait également parlé dans le § 6 (liv. IV, tit. VI) des Institutes; la loi 10, n. t., parlerait tantôt de cette action *in rem* tantôt d'une action personnelle *in factum*, sans nom particulier; enfin le reste du titre s'occuperait exclusivement de cette action personnelle *in factum*.

Tout d'abord pour renverser l'opinion de Huschke nous nous appuyons sur le premier fragment des textes mêmes sur lesquels il se base pour construire son action réelle. En effet, à la fin de la loi 4, pr., n. t., nous lisons : *idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo*.

Remarquons tout de suite que le mot *idque* prouve sans conteste que, dans la phrase que nous venons de citer, il s'agit de l'action dont le texte parle immédiatement au-dessus.

(1) Huschke : A. F. P. R. und das *interdictum fraudatorium* (*Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, Neue Folge, XIV, p. 4-130, an 1857).

Donc nous sommes en présence d'une action qui est donnée lorsque *fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit* contre celui qui *fraudem fecit*, c'est-à-dire contre le débiteur lui-même (1).

Supposons pour un moment qu'il s'agisse en effet d'une action réelle.

Nous savons qu'une action réelle ne peut être donnée que, ou bien contre le possesseur actuel, ou bien contre le possesseur qui *dolo malo desiit possidere*, ou bien contre celui qui *liti se obtulit* (2).

Il est clair que, dans la loi 1, pr., n. t., il ne s'agit pas du dernier cas.

Nous ne sommes guère ou point en présence du second cas. En effet, le débiteur, dont il s'agit dans le texte qui nous occupe, n'est pas *qui dolo malo desiit possidere*. Il est vrai que ce débiteur se défait de sa chose dolosivement, mais la chose dont il se défait n'est pas en litige. Or, nous savons que par *dolo malo desiit possidere* généralement on entend quelqu'un qui se défait d'un objet en litige APRÈS la *litis contestatio*, afin d'éviter une action réelle.

Quoi qu'il en soit, en réalité, rarement le débiteur sera possesseur de la chose aliénée par lui *in fraudem creditorum*. Mais si par hasard il était possesseur, les créanciers n'auraient besoin d'aucune action spéciale. En effet, au moyen de la *missio in possessionem* (3), les créanciers peuvent toujours demander la

(1) Lenel (*Edictum perpetuum*, 1883, p. 351 s.) pense que par *idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo* le prêteur aurait en vue la *missio in bona* et non pas l'action dont il vient d'être parlé. Cette assertion nous paraît être l'antipode du bon sens.

(2) Loi 25, D., liv. VI, tit. 1 *De rei vind.* : *Is qui se obtulit rei defensionis sine causa, cum non possideret, nec dolo fecisset, quominus possideret, si actor ignoret, non est absolvendus.*

(3) Ou autrement : *missio in bona rei servandæ causa.*

possession du patrimoine du débiteur, et ensuite se faire livrer la chose en litige au moyen de l'*exceptio* (de la loi 25, D., liv. XLII, tit. v *De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*). Ainsi la fin du texte de la loi 1, pr., n. t., serait sans aucun but.

Donc dès à présent force est d'admettre que, dans la loi 1, pr., il s'agit non pas d'une action réelle, mais bien d'une action personnelle.

En second lieu, considérons la loi 9, n. t. Dans le texte de cette loi, nous voyons que, dans l'hypothèse d'une aliénation frauduleuse, il s'agit d'une action qui est donnée contre l'acquéreur en première main de mauvaise foi qui ne possède pas, et est refusée contre l'acquéreur en seconde main de bonne foi qui possède. S'il s'agissait ici d'une action de nature réelle comme le veut Huschke, c'eût été le renversement de la base même de la nature d'une action réelle, qui consiste dans l'attaque de la chose et non pas de la personne. Donc la loi 9 en question parle incontestablement d'une action personnelle.

Ainsi de ce que nous avons démontré que la loi 1, pr., n. t., et la loi 9, n. t., parlent d'une action personnelle, et étant donné que, suivant l'avis même de Huschke, les lois 1-9, n. t., s'occupent d'une même action, il s'ensuit que, dans ces lois, il ne s'agit nullement d'une action de nature réelle, mais bien d'une action de nature personnelle.

Quant à prétendre que l'on puisse tirer une conclusion solide de la comparaison des inscriptions des fragments de notre titre, nous nous refusons à le croire. De ce que les principaux fragments qui composent les lois 1-9 sont tirés du LXXVI^e livre d'Ulpien *ad Edictum*, et que d'autre part les principaux fragments qui composent les lois 10-25 ne sont tirés que du LXXIII^e livre du même auteur, Huschke conclut que nous devons nécessairement être en présence de deux moyens de droit différents. Cela revient à dire qu'Ulpien n'aurait pas pu parler d'un même moyen de droit dans ses deux différents livres. Avec ce syllogisme, on

est forcé d'aller jusqu'au bout et de soutenir qu'un juriste romain ne parlait jamais du même moyen de droit que dans un seul livre, ou tout au plus dans des livres qui se suivent. Or, précisément, nous voyons que les lois 2 et 10 de notre titre sont tirées du même livre LXXIII d'Ulpien *ad Edictum*, les lois 4 et 13, du livre LXVIII de Paul *ad Edictum*, et les lois 8 et 25, du livre de Venuleius sur les interdits.

Puis penser, comme le fait Huschke, que la loi 10, n. t., passe d'une action à une autre sans aucune transition, c'est vraiment admettre du coup que les Pandectes ne sont plus une compilation, mais un vrai cycéron.

En définitive donc il est acquis que, dans le titre VIII du livre XLII du Digeste, il s'agit bien d'une action personnelle, à laquelle nous donnons la dénomination d'action paulienne personnelle, et que, dans le § 6, liv. IV, tit. VI, des Institutes, il s'agit bien d'une action réelle, à laquelle nous donnons la dénomination d'action paulienne réelle.

CHAPITRE VI.

CARACTÈRE DES ACTIONS PAULIENNES.

Les mots — du § 6 — *permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse* montrent incontestablement que l'action paulienne réelle est une action fictice. La fiction, comme nous le voyons, consiste en ce que le prêteur admet que la tradition de la chose, quoique réellement faite, n'ait pas eu lieu.

Etant donné que l'action est fictice, elle est également prétorienne (1), comme le sont toutes les actions fictices.

Du caractère fictice de l'action paulienne réelle il résulte encore qu'elle est une action *in jus concepta* et par conséquent qu'elle n'est pas *in factum* comme l'est l'action paulienne personnelle, ainsi que nous le verrons. En effet l'*intentio* d'une action fictice est toujours *in jus concepta*, car, autrement, la fiction, introduite par le prêteur, n'aurait pas de raison d'être.

L'action paulienne réelle est une action pénale unilatérale (persécutoire *ex parte actoris* et pénale *ex parte rei*), c'est-à-dire elle peut aboutir à appauvrir le défendeur sans enrichir le demandeur (Gaius, *Comm.* IV, §§ 7, 8, 9). En effet, ainsi que nous le verrons plus loin, l'action est donnée contre le possesseur sans qu'il soit nécessaire que ce dernier puisse être rem-

(1) Justinien la classe également parmi les prétorienes (J., liv. IV, tit. vi, §§ 3 et 6.

boursé du prix qu'il avait payé; par conséquent l'action peut l'appauvrir. D'autre part, le demandeur ne s'enrichit pas, tout au plus il pourra recouvrer la créance qu'il a sur le *fraudator*, à la suite de la réussite de l'action.

L'action paulienne réelle est arbitraire comme le sont toutes les actions réelles. Le juge avant de condamner ordonne au défendeur de restituer la chose réclamée par le demandeur, et ce n'est que si le défendeur ne satisfait pas au *jussus judicis* qu'une condamnation intervient : *in quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat* (J., liv. IV, tit. VI *De act.*, § 31).

Enfin l'action paulienne réelle est une action perpétuelle comme le sont les actions servienne et publicienne entre lesquelles elle est placée dans le § 6 des Institutes et comme le sont en général toutes les actions réelles.

Elle peut être exercée dès le moment de l'aliénation frauduleuse du débiteur, ainsi que cela résulte de l'interprétation du § 6, liv. IV, tit. VI, des Institutes que nous indiquerons plus loin.

Après avoir établi le caractère de l'action paulienne réelle, passons à celui de l'action paulienne personnelle.

L'action paulienne personnelle est une action prétorienne. Cela résulte notamment de la loi 1, pr., n. t., ainsi que de la loi 38, § 4, D., liv. XXII, tit. I *De usuris*.

L'action est une action *in factum*. En effet, elle est ainsi qualifiée dans les §§ 2, 3, 12, 16, 18 de la loi 10, n. t., et dans la loi 14, n. t. Le prêteur pose au juge une question de fait. Le juge a à répondre s'il y a eu fraude commise par le débiteur, entraînant un préjudice pour les créanciers, et, suivant les cas, complicité de la part du tiers.

L'action paulienne personnelle est une action arbitraire. En effet, dans la loi 8, n. t., le mot même d'arbitre est articulé. Dans la loi 25, § 1, n. t., nous lisons : *quia hæc actio rei restituendæ gratia*, où le caractère arbitraire de l'action s'accuse. La loi 10,

§ 20, n. t., dit encore : *nam arbitrio iudicis non prius cogendus est rem restituere, quam si impensas necessarias consequatur*. Enfin la loi 14, n. t., suppose que le défendeur n'a pas la chose sujette à restitution, mais a une action pour se la faire livrer. L'action paulienne personnelle le forcera à céder cette action au demandeur, nécessairement par le *jussus* ou *arbitrium* du juge.

L'action paulienne personnelle est pénale unilatérale. En effet, dans la loi 8, n. t., nous voyons que l'acheteur contre qui l'action est donnée peut être condamné à la restitution de la chose, sans avoir droit au remboursement du prix qu'il a payé. La loi 10, § 20, n. t., nous montre le défendeur tenu à la restitution des fruits qu'il aurait pu percevoir, bien qu'il ne les ait pas perçus. Les lois 10, § 25, et 11, n. t., nous disent que l'action ne peut être donnée contre les héritiers que *in id quod ad heredem pervenit*. Il y a naturellement exception, au cas où l'action, ayant été intentée contre l'auteur de la fraude, le défendeur meurt *post litem contestatam*; alors le demandeur peut obtenir contre les héritiers tout ce qu'il aurait pu obtenir contre leur *auctor* (J., liv. IV, tit. XII, § 1). Le caractère pénal de l'action est particulièrement mis en évidence dans les lois : 6, § 8; 25, § 1 et § 7; 1, pr., n. t.

Suivant les cas, l'action paulienne personnelle est annale ou perpétuelle. Elle est annale en principe (loi 1, pr., n. t.). Mais une fois le principe posé, probablement plus tard, ce principe fut élargi, et, ainsi que nous le voyons dans la loi 10, § 24, n. t., l'action peut être donnée même après l'année utile : *hæc actio post annum... competit*. Elle est annale lorsqu'elle vise la restitution intégrale, dans le patrimoine du *fraudator*, de tout ce qui en est sorti à la suite de l'acte frauduleux (loi 1, pr., n. t.). Elle est perpétuelle lorsqu'elle ne vise que la restitution, dans le patrimoine du *fraudator*, de ce dont le défendeur s'est enrichi (loi 10, § 24, n. t.). Le délai d'une année peut être moindre dans le cas où l'acte frauduleux est la libération d'une obligation

soumise à un terme extinctif. En effet, si le terme expire avant que l'année utile expire, l'action, tout naturellement, ne peut plus être donnée. On ne saurait faire revivre une obligation qui, même sans l'intervention de l'acte frauduleux, serait déjà éteinte (loi 10, § 23, n. t.).

Mais quel est le point de départ de l'*annus utilis*? Les uns prennent comme point de départ le moment de la conclusion de l'affaire frauduleuse, tandis que d'autres estiment que l'année utile commence au moment de la *venditio bonorum* conclue entre le magistrat et le *bonorum emptor*.

A l'appui de cette dernière opinion vient incontestablement la loi 10, § 18, n. t., qui dit : *Annus hujus in factum actionis computabitur ex DIE VENDITIONIS BONORUM*. Mais les adversaires de cette opinion invoquent la loi 6, § 14, n. t. : *Hujus actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex DIE FACTÆ VENDITIONIS*. Ils voient dans l'expression *DIE FACTÆ VENDITIONIS* que le délai de l'*annus utilis* doit commencer au moment de la conclusion de l'affaire frauduleuse. Ensuite ils croient donner plus de force à cette assertion en invoquant la loi 144, § 1, D., liv. L, tit. xvii *De regulis juris antiqui*, qui dit : *In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus*. Or, dans la loi 6, § 9, n. t., nous voyons que la stipulation peut se présenter comme affaire frauduleuse. De là on conclut que la *venditio*, dont il est question dans la loi 6, § 14, n. t., doit se rapporter aux *contractus, in quibus se prætor non interponit; utputa pignora, venditionesque* (loi 6, § 6, n. t.), et non pas aux ventes de biens qui sont moyennées par le préteur.

Ainsi, en mettant beaucoup de bonne volonté, et en torturant les textes, on arrive à mettre en contradiction les lois 10, § 18, n. t., et 6, § 14, n. t. Ce tour de force est surtout nécessaire à ceux qui admettent que les Pandectes parlent d'une action à partir de la loi 1, pr., jusqu'à la loi 9, incl., n. t., et, ensuite, d'une autre à partir de la loi 10, n. t. : ce dont nous avons déjà parlé. Ils estiment que le délai de l'*annus utilis* de la première

action commence à partir du moment de la conclusion de l'affaire (loi 6, § 14, n. t.), tandis que celui de la seconde commence à partir de la *venditio bonorum*. Pourtant il est bien plus simple et bien plus naturel d'admettre que l'expression *ex die factæ venditionis* est équivalente à l'expression *ex die venditionis bonorum*.

Contre l'opinion que nous soutenons on invoque également la loi 1, pr., n. t., qui donne l'action *curatori bonorum*. Or, le *curator* sort de fonction après la *venditio bonorum*. Par conséquent l'année utile commencerait au moment même où le *curator* ne pourrait plus se servir de l'action.

A cela nous répondons que si l'année utile ne commence que du jour de la *bonorum venditio*, il ne s'ensuit nullement que l'action ne puisse être donnée qu'après la *venditio*. Pour nous, il est évident que l'action paulienne personnelle peut être exercée dès le moment de la conclusion de l'acte frauduleux. La loi 5, C., liv. VII, tit. LXXV *De revocandis his, quæ in fraudem creditorum alienata sunt*, que l'on invoque pour soutenir le contraire de ce que nous pensons, nous paraît hors de la question. Les mots *condemnatus..... nec defenditur, bonis possessis, itemque distractis, per actionem in factum* ne veulent nullement dire que les créanciers ne peuvent recourir à l'action paulienne personnelle qu'après la *venditio bonorum*, mais signifient que c'est leur devoir de recourir à cette action après la *venditio bonorum* et de ne pas laisser s'écouler l'année utile. La loi 10, § 1, n. t., ne justifie pas non plus l'assertion que nous combattons. Les mots *scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt* ne veulent pas dire que la révocation ne peut avoir lieu qu'après la *venditio bonorum*, mais bien que la révocation peut avoir lieu si ce sont justement les créanciers fraudés, qui sont cause de la vente de biens, qui partent en procès. Le mot *hi* est significatif. Il donne une prépondérance marquée au mot *creditores* et le fait ressortir. A l'appui de cette interprétation nous invoquons la haute autorité des Ba-

siliques ⁽¹⁾ qui en effet disent : ἡ δὲ ἀνάκλησις τοῦ πραττομένου γίνεται, εἰ αὐτοὶ οἱ δανεισταί, οὕς ἠθέλησε βλάψαι, πιπράσκουσι τὰ τοῦ χρεώστου πράγματα. La loi 25, § 7, n. t., contrairement à ce que pensent nos contradicteurs, ne dit pas davantage que l'action ne peut être donnée qu'après la *venditio bonorum*, mais tout simplement émet l'idée qu'il est injuste d'accorder l'action paulienne personnelle contre le *fraudator* lui-même après la *venditio bonorum*, c'est-à-dire alors que le *fraudator* est privé de tous ses biens. Enfin la loi 4, pr., n. t., en nous enseignant que l'action paulienne personnelle est donnée au *curator*, nous dit d'une manière implicite, mais bien caractéristique, que l'action peut être donnée pendant la *missio in possessionem* et, par conséquent, avant la *venditio bonorum*. Dès lors rien ne nous empêche d'admettre en outre qu'elle peut être accordée même avant la *missio in possessionem*, c'est-à-dire, ce qui est tout naturel, dès le moment de l'existence de l'acte frauduleux.

Enfin disons que les créanciers, très souvent, ne pourront être sûrs d'avoir été fraudés par leur débiteur qu'après la *venditio bonorum*. Il est donc juste d'admettre que le prêteur, tout en donnant l'action dès l'acte frauduleux, n'a fait courir le délai de l'année utile qu'à partir du moment où les créanciers sont sûrs qu'ils doivent recourir à l'action paulienne personnelle.

(1) Liv. IX, tit. viii *Quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur*, § 10 (*Basilicorum libri LX*, par C. G. E. Heimbach).

CHAPITRE VII.

CONDITIONS REQUISES POUR QUE LES ACTIONS PAULIENNES SOIENT DONNÉES.

Des mots *in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit* du § 6, liv. IV, tit. VI, J., il résulte que, pour que l'action paulienne réelle soit donnée, il faut que le débiteur ait aliéné sa chose en fraude de ses créanciers.

La fraude éveille deux idées qui sont nettement indiquées dans la loi 79, D., liv. L, tit. XVII *De regulis juris antiqui*, qui dit : *Fraudis interpretatio, semper in jure civili, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur*. Le mot *eventus* (on dit encore *eventus damni* ou simplement *damnum*) signifie un préjudice effectivement causé aux créanciers, tandis que le mot *consilium* (on dit également *consilium fraudis, animus fraudandi* ou *scientia*) veut dire non pas seulement l'intention frauduleuse de nuire, mais la conscience même du préjudice que l'on peut causer à un ou à plusieurs de ses créanciers, ainsi que nous l'apprennent la loi 29, D., liv. XL, tit. IX, la loi 17, § 1 et la loi 15, n. t.

Chez qui exigerons-nous le *consilium fraudis*? Du texte du § 6, liv. IV, tit. VI, des Institutes, il ressort indiscutablement que c'est chez le débiteur *fraudator*. Si le *fraudator* est un incapable, le *consilium* existant, soit, chez l'incapable lui-même, soit chez son représentant, peut toujours donner lieu à l'action paulienne réelle (loi 8, D., liv. XXXVI, tit. I *Ad senatus consultum trebellianum*).

Faut-il également que le tiers acquéreur soit *consciis fraudis*?

Le seul texte que nous avons sur l'action paulienne réelle (§ 6, J., liv. IV, tit. VI) n'en dit absolument rien. Dès lors nous croyons que rien ne nous autorise à admettre cette dernière condition.

Enfin l'action paulienne réelle n'est pas donnée *causa cognita*, le § 6 déjà cité ne l'exigeant pas. Par conséquent, il ne dépend pas de la conviction personnelle du prêteur qu'il accorde ou non l'action, mais bien de l'existence des conditions nécessaires exposées ci-dessus.

Pour que l'action paulienne personnelle soit donnée, il faut que le débiteur ait fait un acte quelconque en fraude de ses créanciers (loi 1, pr., n. t.). Comme nous l'avons dit plus haut, le mot fraude implique l'intention frauduleuse de nuire (*consilium*) et la réalisation de cette intention (*eventus*).

Le *consilium fraudis*, en principe, est exigé aussi bien chez le débiteur *fraudator* que chez le tiers qui a traité avec ce *fraudator* (lois : 1, pr.; 10, pr.; 6, § 8, n. t.).

Contrairement à la règle générale, lorsqu'il s'agit des legs et des donations à cause de mort faits par le débiteur au détriment de ses créanciers, le *consilium* n'est pas nécessaire chez ce dernier pour que l'action paulienne personnelle puisse être donnée comme action utile. La raison est que tous les biens existant au décès du *de cuius* sont le gage de ses créanciers et que *nemo liberalis, nisi liberatus* (lois 23 et 6, § 13, n. t.; loi 1, § 1, D., liv. XXXVIII, tit. V *Si quid in fraudem patroni factum sit*).

La loi 12, n. t., nous donne un exemple, qui, tout en ayant l'apparence de contredire la règle que nous avons posée à propos de l'action paulienne réelle et qui veut que, le *consilium* existant, soit chez l'incapable *fraudator* lui-même, soit chez son représentant, puisse donner lieu à l'action paulienne personnelle, — ne fait que la confirmer. Il s'agit d'un fils de famille auquel son père a donné libre administration de son pécule. Ce fils en faisant un acte en fraude de ses créanciers, quoique *consciens fraudis*, ne provoque pas l'action paulienne personnelle. Mais s'il ne

la provoque pas, c'est tout simplement parce que ses actes entachés de fraude sont tenus comme non avenus, sans qu'on ait recours à l'action paulienne personnelle. L'autorisation du père, donnée au fils, de la libre administration de son pécule n'est pas censée comprendre également l'opération d'actes frauduleux. Mais au cas où l'autorisation du père est accordée à un acte de cette nature, l'action paulienne personnelle ne peut être utile que si le père lui-même est insolvable. Dans cette circonstance l'action sera dirigée contre le père lui-même. Si le père n'est pas insolvable, les créanciers fraudés auront également contre lui l'action de pécule pour ce qui a cessé par son dol d'être dans le pécule.

Le tiers est *consciuis fraudis* lorsqu'il savait lui-même que l'acte qu'il passait avec le *fraudator* allait nuire aux créanciers de ce dernier (loi 10, §§ 2 et 4, n. t.), ou lorsqu'en ayant été averti par eux, il a néanmoins traité avec lui. En outre, il suffit que le tiers ait su être en faute à l'égard d'un seul créancier pour qu'il soit *consciuis fraudis* (loi 10, § 7, n. t.). Le tiers n'est pas *consciuis fraudis* lorsqu'il a traité avec le *fraudator* après avoir pris l'assentiment des créanciers (loi 6, § 9, n. t.).

Une fois l'action paulienne personnelle commencée, le tiers *consciuis fraudis*, nous dit la loi 10, § 8, n. t., ne serait pas autorisé à la repousser en offrant de désintéresser le créancier fraudé.

Le *consilium* n'est pas exigé chez le tiers : lorsqu'il s'agit d'un acte à titre gratuit (loi 10, pr., *in fine*, n. t.; loi 5, C., liv. VII, tit. LXXV *De revocandis*; loi 6, § 11, n. t.; loi 25, pr., n. t.); lorsque le tiers est un héritier de l'acquéreur (loi 11, n. t.); lorsque le tiers est un pupille agissant, soit directement, sans autorisation de son tuteur (loi 6, § 10, n. t.), soit au moyen de son tuteur de mauvaise foi (loi 10, § 5, n. t.); lorsque le défendeur, quel qu'il soit, a effectivement profité de la fraude du *fraudator* ou frauduleusement a évité d'en profiter (loi 10, § 24, n. t.).

L'action paulienne personnelle est donnée *causa cognita* (loi 10, pr., *in fine*, n. t.; loi 5, C., liv. VII, tit. LXXV *De revocandis*)⁽¹⁾ — c'est-à-dire son obtention dépend de la conviction personnelle du prêteur — seulement lorsque le tiers n'est pas *consciis fraudis*.

(1) Loi 10, pr., *in fine*, n. t. = *causa cognita*; loi 5, C., liv. VII, tit. LXXV = *scientiæ mentione detracta* = *scientia non sit* (loi 10, pr., *in fine*, n. t.)

CHAPITRE VIII.

ACTES SOUMIS AUX ACTIONS PAULIENNES.

Les actes soumis à l'action paulienne réelle sont les aliénations d'une chose accomplies, à titre onéreux ou à titre gratuit, par le débiteur *in fraudem creditorum*, ainsi que cela résulte des termes du § 6, liv. IV, tit. VI, des Institutes.

Mais de quelles aliénations faites *in fraudem creditorum* s'agit-il ici? S'agit-il des aliénations faites en tout temps ou bien seulement de celles qui sont faites à une époque déterminée? Le § 6⁽¹⁾ que nous venons de mentionner nous répond d'une manière ambiguë. En effet, en rattachant les mots *bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis* à la phrase *permittitur*, etc., nous avons un sens conforme à l'interprétation de la paraphrase de Théophile et qui est le suivant : Les aliénations faites par le débiteur *in fraudem creditorum* pourront être révoquées après la *missio in possessionem*. D'autre part, en ne faisant pas la subordination dont nous venons de parler, nous obtenons le sens suivant : Les aliénations faites par le débiteur *in fraudem creditorum* pendant la *missio in possessionem* pourront être révoquées. Ainsi, avec la première interprétation, il faut comprendre les aliénations faites en tout temps, tandis que, avec la seconde, il y a restriction. Au point de vue absolu,

(1) *Item, si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse* (§ 6, J., liv. IV, tit. VI).

incontestablement, les deux interprétations peuvent se soutenir. Mais au point de vue de notre sujet, la seconde nous paraît la seule bonne. En effet, comme l'action paulienne personnelle indubitablement est donnée pour les aliénations faites aussi bien avant qu'après la *missio in possessionem*, avec l'interprétation que nous rejetons, nous aurions eu deux actions : l'une personnelle, annale ou perpétuelle suivant les cas, et l'autre réelle, toujours perpétuelle, pour les aliénations faites en tout temps, ce qui vraiment aurait été par trop sévère. Par contre, avec l'interprétation que nous adoptons, nous n'avons ces deux actions que pour les aliénations faites pendant la *missio in possessionem* qui sont certainement les plus coupables.

Quels sont les actes qui sont soumis à l'action paulienne personnelle? La loi 1, § 2, n. t., nous répond : *quæ fraudationis causa GESTA erunt*. D'autre part la loi 10, pr., n. t., nous dit : *quæ Titius fraudandi causa..... FECIT*. Cette différence d'expression a conduit Huschke⁽¹⁾ à faire une distinction entre le mot *gestum* et le mot *factum*. Le premier aurait, suivant l'auteur allemand, un sens restreint et ne comprendrait que l'aliénation d'un droit et la renonciation à un droit de la part du *fraudator*, tandis que le second aurait un sens large et comprendrait, outre l'aliénation d'un droit et la renonciation à un droit, les obligations nouvelles du *fraudator* et ses non-acquisitions. L'action *in rem*, comme la conçoit Huschke, viserait les *gesta* et son action paulienne viserait — ainsi que l'interdit fraudatoire — les *facta*.

La manière de voir de l'éminent romaniste est contraire à la réalité des choses. En effet, Gaius nous enseigne que *licet inter gesta et facta videtur quædam esse subtilis differentia, att-*

(1) Huschke : A. F. P. R. und das *interdictum fraudatorium* (Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Neue Folge, XIV, p. 1-130 (notamment p. 25 Giessen, 1857).

men καταχρηστικῶς, i. e. abusive, nihil inter factum et gestum interest (loi 58, pr., D., liv. L, tit. XVI *De verborum significatione*). Ensuite, dans les textes mêmes où il s'agirait de la prétendue action *in rem* comme la conçoit Huschke, nous constatons qu'il y est parlé indifféremment des *gesta* et des *facta*. Par exemple, la loi 3, n. t., dans son § 1 nous dit : *GESTA fraudationis causa accipere debemus*, tandis que, dans son § 2, elle ajoute : *Et qui aliquid FECIT, ut desinat habere quod habet, ad hoc edictum pertinet.*

La distinction entre le mot *gestum* et le mot *factum* rejetée, et les termes de nos textes étant tout à fait généraux, nous disons que tous les actes, les actes actifs et les actes passifs, du *fraudator* faits, en tout temps, *in fraudem creditorum*, qui diminuent son patrimoine, sont passibles de l'action paulienne personnelle. En effet, la loi 1, § 2, n. t., nous dit que sont soumis à l'action *quæ fraudationis causa gesta erunt*, c'est-à-dire les actes actifs, et elle ajoute que *hæc verba generalia sunt*. D'autre part, la loi 4, n. t., nous enseigne que *in fraudem facere videri etiam eum, qui non facit quod debet facere, intelligendum est*, c'est-à-dire les actes passifs (ou omissions).

Mais les actes actifs et les actes passifs ne sont pas considérés comme frauduleux lorsque le *fraudator*, par eux, ne diminue pas son patrimoine, mais simplement néglige de l'augmenter. En effet, Ulpien nous dit : *Quod autem, cum possit aliquid quærere, non id agit, ut adquirat, ad [hoc] edictum non pertinet : pertinet [enim] edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur* (loi 6, pr., n. t.). Le même principe est posé par la loi 134, D., liv. L, tit. XVII *De (diversis) regulis juris antiqui.*

Les sources nous donnent divers exemples en ce qui concerne les différents actes dont nous parlons.

Comme actes actifs qui diminuent le patrimoine du débiteur, mentionnons : Les aliénations de tout genre (loi 1, § 2, n. t. et loi 45, pr., D., liv. XLIX, tit. XIV *De jure fisci*) à titre oné-

reux (loi 3, C., liv. VII, tit. LXXV *De revocandis*) ou à titre gratuit (loi 1, C., liv. VII, tit. LXXV); la libération d'un pacte (loi 1, § 2, n. t.); l'acceptilation (loi 1, § 2, n. t.) même d'une exception (loi 3, pr., n. t.); la remise d'une sûreté (loi 2, n. t.); les nouvelles obligations (loi 3, pr., n. t.); le paiement d'une dette même échue (loi 3, pr., n. t.) fait *post bona possessa* (loi 6, §§ 6, 7, et loi 10, § 16, n. t.) en tant qu'il excède le dividende afférent à chacun des créanciers, et opéré même par le fils ou l'esclave à l'insu du débiteur (loi 6, § 12, n. t.), ou bien encore le paiement fait à un créancier héréditaire par un pupille héritier sien, qui obtient ensuite le bénéfice d'abstention, si ce paiement a été effectué *per gratificationem* (loi 14, n. t.); l'institution, après coup, d'une sûreté, pour une créance déjà existante, en faveur d'un ou de plusieurs créanciers, qui leur garantirait le paiement intégral de ce qui leur est dû au détriment d'autres créanciers (loi 10, § 13, et loi 22, n. t.); la renonciation au bénéfice d'un usufruit (loi 17, pr., et loi 10, § 15, n. t.); enfin tout ce que le *fraudator* aura fait *ut desinat habere quod habet* (loi 3, § 2, n. t.). A cette dernière règle, qui est générale, il y a une seule exception. C'est le cas d'adition d'une hérédité insolvable. Pour cet acte qui augmente le passif du débiteur, l'action paulienne personnelle n'est pas donnée, évidemment par respect du préjugé qui voulait que la personne de tout citoyen romain pût être continuée. Les créanciers de l'hérédité ne pourront même pas demander la séparation des patrimoines (loi 1, § 5, D., liv. XLII, tit. VI *De separationibus*).

Comme exemples d'actes passifs qui diminuent le patrimoine du *fraudator*, nous avons les cas où le débiteur *forte data opera ad iudicium non adfuit, vel litem mori patiatur, vel a debitore non petit ut tempore liberetur, aut usumfructum, vel servitutem* (loi 4, n. t., et loi 28, pr., D., liv. L, tit. XVI *De verborum significatione*) *amittit* (loi 3, § 1, n. t.) ou bien *patitur usucapi* (loi 28, pr., D., liv. L, tit. XVI).

Comme actes actifs qui ne diminuent pas le patrimoine du *frau-*

dator, mentionnons le cas de répudiation d'un legs (loi 6, § 4, n. t.) ou d'une hérédité légitime⁽¹⁾ ou testamentaire (loi 6, § 2, n. t.), et le cas d'émancipation d'un fils ou d'aliénation d'un esclave, institués héritiers, dans le but de permettre au fils ou au nouveau maître de faire adition en son propre nom (loi 6, §§ 3, 5, n. t.).

Enfin, comme actes passifs qui ne diminuent pas le patrimoine du *fraudat or* citons les cas suivants : Le *fraudator* n'accomplit pas une condition potestative qui lui est favorable (loi 6, § 1, n. t.); le *fraudator* restitue une hérédité tout entière sans retenir la quarte falcidie, en agissant en vertu du sénatus-consulte trébellien et non en vertu du sénatus-consulte pégasien (loi 20, n. t.); un héritier externe n'accepte l'hérédité que sur l'ordre du fidéicommissaire, auquel cas la quarte falcidie ne lui appartient pas (loi 67, § 1, D., liv. XXXVI, tit. 1 *Ad senat. cons. treb.*); un héritier sien n'accepte l'hérédité qu'à la demande du fidéicommissaire et sur l'ordre du prêteur avec la condition que les créanciers puissent retenir la quarte qu'aurait pu retenir leur débiteur s'il avait accepté l'hérédité de plein gré, après que les créanciers du père ont été désintéressés (loi 67, § 2, D., liv. XXXVI, tit. 1).

(1) La répudiation d'une hérédité légitime (paternelle) faite *in fraudem creditorum* par le fils héritier sien au moyen du *beneficium abstinendi* a été, peut-être avec raison, considérée comme comprise par exception parmi les actes qui ne diminuent pas son patrimoine, car en réalité cette sorte de répudiation peut être considérée comme un acte diminuant le patrimoine du fils sien, ce dernier étant censé être copropriétaire de son *pater*.

CHAPITRE IX.

CONTRE QUI ET A QUI SONT DONNÉES LES ACTIONS PAULIENNES?

De la nature même de l'action paulienne réelle, il résulte qu'elle est donnée contre tout possesseur de la chose aliénée *in fraudem creditorum*, contre celui qui *dolo malo fecit quominus possideret* et contre celui qui *liti se obtulit*.

L'action paulienne réelle est donnée aux créanciers fraudés du débiteur *fraudator* (§ 6, J., liv. IV, tit. VI). Mais quels créanciers peuvent bien être les fraudés? Bien entendu ceux que le *consilium fraudis* du *fraudator* pouvait viser. Il est donc à noter que les créanciers étant tels avant l'acte frauduleux peuvent seuls se servir de l'action.

Il va sans dire que l'action appartient non seulement aux créanciers fraudés chirographaires, mais même aux créanciers fraudés hypothécaires. En effet ces derniers, pour avoir des sûretés spéciales, ne peuvent pas être privés du bénéfice du droit commun. Or, des cas peuvent se présenter où l'action hypothécaire peut être moins avantageuse que l'action paulienne réelle. La chose hypothéquée peut, par exemple, être insuffisante à compenser la créance. Ensuite l'existence de l'hypothèque est difficile à prouver, puisqu'elle se constitue par simple pacte.

En ce qui concerne les créanciers conditionnels, nous pensons que l'action leur est refusée, pour la raison très simple que les créanciers conditionnels ne sont pas encore des créan-

ciers (lois 7, § 14, et 14, § 2, D., liv. LXII, tit. iv *Quibus ex causis in possessionem eatur*) (1).

L'action paulienne réelle est donnée aux héritiers des créanciers fraudés et à leurs autres successeurs. Cela résulte des principes généraux du droit romain (§ 1, J., liv. IV, tit. XII *De perp. et temp. act.*; C., liv. IV, tit. XI *Ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant*).

L'action paulienne personnelle est donnée, disons-le tout d'abord, contre le *fraudator* lui-même (loi 1, pr., *in fine*). Elle est donnée contre lui, même après la *venditio bonorum*, c'est-à-dire alors qu'il est privé de tous ses biens (loi 25, § 7, n. t.). Aussi, dit Venuleius, elle n'est donnée que comme *pœna*, pour exposer, sans doute, le débiteur à l'exécution personnelle et à la prison pour dettes.

L'action est donnée contre l'acquéreur en première main de mauvaise foi, lorsqu'il est acquéreur à titre onéreux (loi 6, § 8, n. t.), tandis qu'elle est donnée contre l'acquéreur même de bonne foi, lorsqu'il est acquéreur à titre gratuit (loi 6, § 11, n. t.).

L'acquéreur en première main de mauvaise foi peut être tenu de l'action, alors même qu'il ne possède pas la chose aliénée (loi 9, n. t., et loi 25, § 1, n. t.). Un gendre, par exemple (loi 25, § 1, n. t.), reçoit de mauvaise foi une dot de son beau-père : alors il est passible de l'action, même après avoir restitué cette dot en vertu de l'action *rei uxoriæ* (2).

Si l'acquéreur en seconde main est acquéreur à titre gratuit, il sera tenu de l'action dans tous les cas, en vertu du principe

(1) Toutefois nos sources ne paraissent pas être d'accord sur ce sujet : voir loi 42, pr., D., liv. XLIV, tit. VII *De oblig. et act.*, et loi 6, pr., D., liv. XLII, tit. iv *Quibus ex causis*.

(2) Il est à remarquer que le gendre n'aura même pas de recours contre sa femme quand il aura restitué la dot, soit en vertu d'un jugement, soit même, selon toute probabilité, sans jugement. Mais si le gendre est soumis à notre action, après cela il n'est plus soumis à l'action *rei uxoriæ* (loi 25, § 1, n. t.).

que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Mais si l'acquéreur en seconde main est acquéreur à titre onéreux, alors, pour être tenu de l'action, il faut non seulement qu'il soit de mauvaise foi lui-même, mais aussi que l'acquéreur en première main l'ait été également (loi 9, n. t.). En effet sans cette dernière condition l'acquéreur en première main de bonne foi et à titre onéreux se verrait exposé, en vertu du droit de recours, à perdre le bénéfice que la loi lui confère de ne pas être soumis à l'action.

Pour être tenu de l'action, il n'est même pas nécessaire d'avoir été partie au contrat frauduleux. En effet, la loi 25, pr., n. t., nous enseigne que si le *fraudator*, qui a une créance garantie par un fidéjusseur, fait acceptilation⁽¹⁾ à ce fidéjusseur, l'action sera donnée aussi bien contre le débiteur principal que contre le fidéjusseur, s'ils ont connu la fraude; le débiteur principal en sera même tenu, alors qu'il ne l'aurait point connue, si le fidéjusseur, complice de la fraude, est insolvable, *quia ex donatione capit*. Ensuite si le *fraudator* fait acceptilation au débiteur principal, le fidéjusseur sera tenu de l'action, mais seulement s'il a connu la fraude; s'il ne l'a pas connue, il n'en sera pas tenu, *quoniam magis detrimentum non patitur, quam lucrum faciat*. Enfin si le créancier a fait acceptilation à un débiteur solidaire, l'action est ouverte contre tous.

La loi 25, § 3, n. t., refuse l'action contre le *dominus*, dont le *procurator* de mauvaise foi traite avec un *fraudator* à son insu, et la donne contre le *procurator* lui-même.

La loi 10, § 5, n. t., donne l'action contre le pupille — ou contre le *furiosus* et l'adolescent — même de bonne foi, au cas où le tuteur — ou le *curator* — a traité de mauvaise foi avec un débiteur *fraudator*.

Cassius va jusqu'à permettre l'action paulienne personnelle

(1) Il est à noter que l'acceptilation faite au fidéjusseur ou au débiteur les libère tous les deux (loi 13, § 7, D., liv. XLVI, tit. iv *De acceptilat.*).

contre les héritiers de celui contre qui l'action eût pu être donnée (loi 11 et loi 10, § 25, n. t.).

Enfin on finit par donner l'action contre quiconque (contre le *fraudator* lui-même ou contre toute autre personne) a profité ou frauduleusement a évité de profiter de l'acte fait *in fraudem creditorum* (loi 10, § 24, n. t.).

Des différents textes de nos sources⁽¹⁾, il résulte que l'action paulienne personnelle est donnée contre le défendeur de mauvaise foi pour le tout : *restitutionem fieri oportere in pristinum statum* (loi 10, § 22, n. t.), et contre le défendeur de bonne foi pour l'enrichissement : *in id, quod ad eum pervenit, dolove malo ejus factum est, quominus perveniret* (loi 10, § 24, n. t.).

La loi 1, pr., n. t., nous dit que l'action paulienne personnelle est donnée *curatori bonorum*⁽²⁾, qui n'est évidemment qu'un mandataire (loi 2, § 1, D., liv. XLII, tit. VII *De curatore bonis dando*) de ceux qui ont droit à l'action, ou bien directement *ei cui de ea re oportebit*, c'est-à-dire aux créanciers fraudés du *fraudator* ou à leurs héritiers et autres successeurs (loi 10, §§ 1 et 25, n. t.).

Pour les mêmes raisons que nous avons énoncées à propos de l'action paulienne réelle, nous pensons que les créanciers, auxquels est donnée l'action paulienne personnelle, peuvent être aussi bien des créanciers chirographaires que des créanciers hypothécaires, mais non pas des créanciers conditionnels.

A propos de l'action paulienne personnelle, les sources nous fournissent des détails qui nous manquent à propos de l'action paulienne réelle.

La loi 10, § 1, n. t., fait une exception à la règle générale, que nous avons fait ressortir en parlant de l'action paulienne réelle,

(1) Voir notamment les textes mentionnés au chapitre VII à propos du *consilium* dans l'action paulienne personnelle, et les textes mentionnés à ce chapitre IX.

(2) Voir système de Dernburg, pages 10-12.

et donne l'action personnelle aux créanciers du *fraudator* même postérieurs à l'acte frauduleux, lorsque leur argent a servi à désintéresser les créanciers antérieurs à cet acte frauduleux.

Lorsque les créanciers acceptent pour débiteur l'héritier du *fraudator*, ils perdent le droit d'intenter l'action (loi 10, § 9, n. t.).

Il peut arriver que les créanciers acceptent l'héritier comme débiteur, non pas expressément, mais tacitement : alors ils ne perdent pas moins le droit de se servir de l'action. Cette acceptation tacite peut arriver, par exemple, à la suite de l'immixtion de l'héritier dans les affaires de la succession au su des créanciers et sans aucune opposition de leur part (loi 10, § 10, n. t.).

Si, pour une raison ou pour une autre, l'héritier du *de cuius fraudator* ne reste pas son héritier, alors il est juste que les créanciers, qui l'avaient accepté comme débiteur en tant qu'héritier, puissent reconquérir le droit de l'action contre les actes frauduleux du défunt.

En effet la loi 10, § 10, n. t., suppose un héritier sien et nécessaire ou un héritier volontaire ayant fait adition qui fait un acte en fraude des créanciers de la succession. Ensuite l'héritier sien s'abstient ou l'héritier volontaire obtient la *restitutio in integrum* pour une cause ou une autre. Dans ce cas l'action directe ne peut pas être donnée, car l'héritier, depuis qu'il s'est abstenu ou a obtenu la *restitutio in integrum*, ne peut plus être considéré comme le débiteur des créanciers de la succession. Mais les créanciers auront l'action *utile* parce qu'en fait l'héritier a commis la fraude lorsqu'il pouvait être considéré comme débiteur, c'est-à-dire avant l'abstention ou la *restitutio in integrum*. La même loi suppose que le *fraudator*, après avoir commis la fraude, meurt. Son héritier (sien et nécessaire ou volontaire) continue sa personne. Les créanciers de la succession auront ainsi comme débiteur l'héritier, s'ils l'ont accepté comme tel. Dans ce cas, ils n'auront pas l'action directe, car ils ne peuvent pas se prévaloir de la fraude de leur débiteur qui est maintenant

l'héritier; mais ils peuvent recourir à l'action indirecte (l'action *utile*), car, en fait, à la suite de la *restitutio in integrum* que l'héritier a obtenue, le *fraudator* peut être considéré comme n'ayant pas eu d'héritier.

Si les créanciers du défunt ont demandé la séparation des patrimoines contre son héritier, ils peuvent se servir de l'action directe contre les actes frauduleux du *de cuius* (loi 10, § 11, n. t.).

CHAPITRE X.

EFFETS DES ACTIONS PAULIENNES.

L'action paulienne réelle a pour effet la restitution, dans le patrimoine du *fraudator*, de la chose aliénée *in fraudem creditorum*. Et, comme, ainsi que le caractère fictice de l'action le démontre, le bien restitué est considéré comme n'étant jamais sorti du patrimoine du *fraudator*, il s'ensuit que le possesseur doit rendre au *fraudator* également tous les fruits (J., § 35, liv. II, tit. 1) que ce dernier aurait pu cueillir s'il n'avait pas aliéné son bien. Ainsi le patrimoine démembré par l'aliénation frauduleuse est reconstitué.

Si le défendeur qui subit l'action paulienne réelle ne peut ou ne veut pas rendre la chose, il sera condamné à payer une indemnité, ainsi que cela résulte du caractère arbitraire de l'action.

Naturellement l'acquéreur de bonne foi, succombant à l'action, peut avoir recours contre son *auctor*, et ce dernier contre le sien, et ainsi de suite.

Le possesseur défendeur *emptor* de bonne foi peut se servir de l'*exceptio doli* pour réclamer au demandeur qui prend la place du *fraudator* le prix qu'il avait payé à ce dernier. Mais le droit de se servir de l'*exceptio doli* est pour ainsi dire infirmé, si le défendeur est de mauvaise foi, et, alors, il n'aura aucun moyen de recouvrer le prix qu'il avait payé (loi 7, n. t.).

Dans tous les cas le défendeur peut ne pas exécuter les exigences de l'action avant d'être remboursé du montant des dépenses nécessaires qu'il a pu avoir faites pour la chose qu'il dé-

tient, et, dans certains cas, des impenses voluptuaires et même de celles de construction (loi 10, § 20, n. t.; loi 2 et 5, C., liv. III, tit. xxxii *De rei vind.*; et loi 6, § 3, D., liv. III, tit. v *De negotiis gestis*).

Ajoutons enfin que le patrimoine du débiteur étant le gage commun de ses créanciers, l'action paulienne réelle, reconstituant ce patrimoine, profite, au demeurant, à tous les créanciers fraudés, qu'ils aient été ou non parties dans l'instance.

L'effet de l'action paulienne personnelle, dans le cas où le *consilium* existe aussi bien chez le *fraudator* que chez le tiers, est l'anéantissement de tout ce qui peut être considéré comme un acte frauduleux (loi 10, § 22, n. t., et loi 14, n. t.), et le rétablissement de l'état de choses antérieur à cet acte. En d'autres termes, l'action a pour effet de faire rentrer dans le patrimoine du *fraudator* ce qui en est sorti à la suite d'un acte fait *in fraudem creditorum*.

En second lieu, lorsque le *consilium* n'existe pas chez le tiers, l'action paulienne personnelle est donnée contre lui *in id quod ad eum pervenit* ou dans la mesure de ce qui aurait pu lui parvenir s'il ne l'avait pas écarté frauduleusement, et, par conséquent, a pour effet alors de faire rentrer dans le patrimoine du *fraudator* ce dont s'est enrichi ou aurait pu s'enrichir le tiers défendeur. En d'autres termes, l'action paulienne personnelle peut, dans ce second cas, n'avoir pour effet que la restitution partielle du patrimoine du *fraudator* démembré à la suite d'un acte fait *in fraudem creditorum*. Dans le cas d'une aliénation frauduleuse, celui qui subit l'action doit restituer non seulement la chose, mais aussi les fruits (loi 25, § 4; loi 10, § 19, n. t.), qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. Et contrairement au droit commun (§ 35, J., liv. II, tit. 1) (4), dans la restitution sont

(4) Voir également : la loi 10, § 20, n. t., et la loi 38, § 4, D., liv. XXII, tit. 1 *De usuris*.

compris, non seulement les fruits perçus ou devant l'être après la *litis contestatio*, par le possesseur de bonne ou de mauvaise foi, mais même ceux qui *alienationis tempore cohærebant* parce qu'ils étaient *in bonis debitoris*. Par contre, les fruits nés et perçus *medio tempore*, c'est-à-dire entre l'aliénation et la *litis contestatio*, ne sont pas sujets à la restitution (loi 25, § 4, n. t.) : la raison en est qu'ils n'ont jamais fait partie du patrimoine du débiteur, et nous savons que notre action ne fait que rétablir l'état de choses antérieur à l'acte frauduleux. Toutefois, en cas de rétablissement d'une créance productive d'intérêts, ces derniers sont compris dans la restitution, même échus *medio tempore* : la raison en est que le droit aux intérêts fait partie intégrante de la créance (loi 10, § 22, n. t.).

Lorsqu'il s'agit du rétablissement d'une obligation, naturellement l'obligation sera rétablie avec les modalités dont elle était affectée (loi 10, § 23, n. t.).

Dans le cas où le défendeur qui succombe à l'action paulienne personnelle, ne veut ou ne peut pas satisfaire à son exigence, il est condamné à une indemnité équivalente, ainsi que cela résulte du caractère arbitraire de l'action. Si le défendeur passible de l'action paulienne personnelle a des actions au moyen desquelles il peut satisfaire à l'exigence de notre action, il pourra être astreint à les céder au *fraudator* (loi 14, n. t.).

Le défendeur — comme à propos de l'action paulienne réelle — aura toujours droit aux différentes impenses faites par lui sur la chose qu'il doit restituer.

Le défendeur succombant à notre action, étant de mauvaise foi, pourra être forcé de rendre la chose achetée, sans avoir droit au remboursement du prix qu'il a payé à son vendeur (loi 7, n. t.). Toutefois, la loi 8, n. t., atténue la rigueur de cette décision et permet que le défendeur succombant puisse demander le prix, s'il existe encore dans les biens du débiteur *fraudator*⁽¹⁾. Mais

(1) Le texte dit : *Si nummi soluti in bonis exstent*, c'est-à-dire si les

le texte a soin d'ajouter *ex causa*, c'est-à-dire, pour que le défendeur puisse réclamer le prix, il faut qu'il y ait une raison plausible, — et cette raison est probablement qu'il ne soit pas trop coupable. Lorsque le défendeur succombant est de bonne foi, comme alors il n'est obligé de restituer que ce dont il s'est enrichi, il s'ensuit qu'il lui sera tenu toujours compte du prix qu'il a pu payer.

De ce que l'action paulienne personnelle a pour effet de restituer plus ou moins, dans le patrimoine du débiteur *fraudator*, ce qui en est sorti, et étant donné que le patrimoine du débiteur est le gage commun de ses créanciers, il s'ensuit que l'action profite, au demeurant, à tous les créanciers fraudés, qu'ils aient été parties ou non dans l'instance.

monnaies reçues en paiement subsistent (*exstent*) dans ses biens. Mais le verbe *exstare* peut signifier également être saillant, être distinct, c'est-à-dire les monnaies devraient se trouver saillantes, séparées et non confondues avec d'autres et par conséquent non transformées en une autre valeur. Cette dernière interprétation nous paraît trop subtile quoique non dénuée de fondement.

CHAPITRE XI.

RÉSUMÉ ET COMPARAISON DES DEUX ACTIONS PAULIENNES.

Pour l'action paulienne des Institutes, nous avons démontré :
Qu'elle est une action entièrement réelle (de forme et de nature), fictive, perpétuelle, arbitraire, pénale unilatérale, prétorienne.

Qu'elle est donnée aux créanciers (ou à leurs héritiers et autres successeurs) contre tout possesseur (contre l'acquéreur de bonne ou de mauvaise foi) pour les aliénations faites *in fraudem creditorum* pendant la *missio in possessionem*.

Qu'elle exige pour être donnée l'*eventus* effectif, et le *consilium fraudis* chez le *fraudator* seulement.

Qu'elle n'est pas subordonnée à la *causæ cognitio*.

Qu'elle a pour effet la reconstitution du patrimoine du *fraudator* frauduleusement démembré ou entièrement aliéné.

Que le défendeur succombant à l'action réelle peut exiger du demandeur le prix payé seulement s'il est de bonne foi.

En second lieu pour l'action paulienne du Digeste, nous avons démontré :

Qu'elle est une action personnelle, *in factum*, pénale unilatérale, arbitraire, prétorienne.

Qu'elle est donnée au *curator bonorum*, aux créanciers (ou à leurs héritiers et autres successeurs) pour tous les actes commis *in fraudem creditorum* soit avant, soit après la *missio in possessionem*, d'une part, *intra annum* — l'année commençant à partir de la *venditio bonorum*, — contre tout acquéreur de mauvaise foi (possédant ou ne possédant pas), et, d'autre part,

intra et post annum, contre quiconque a profité de l'acte fait *in fraudem creditorum* (c'est-à-dire contre le *particeps fraudis*, contre l'acquéreur de bonne foi, contre les héritiers et autres successeurs du *particeps fraudis* et de l'acquéreur même de bonne foi).

Que, dans tous les cas, pour être donnée elle exige l'*eventus* effectif.

Que, dans les cas où elle ne peut être donnée que *intra annum*, le *consilium fraudis* est exigé chez le *fraudator* et chez l'acquéreur, tandis que, dans les cas où elle peut être donnée *intra et post annum*, le *consilium fraudis* n'est exigé que chez le *fraudator*.

Que, dans les cas où elle peut être donnée *intra annum* seulement, elle a pour effet la reconstitution du patrimoine du *fraudator* frauduleusement démembré ou entièrement aliéné, tandis que, dans les cas où elle peut être donnée *intra et post annum*, elle n'a pour effet que la restitution dans le patrimoine du *fraudator* de ce dont s'est enrichi le défendeur succombant.

Qu'elle n'est donnée *causa cognita* que contre le *fraudis nescius*.

Que, dans les cas où elle ne peut être donnée que *intra annum*, le défendeur succombant ne peut réclamer au demandeur le prix payé que s'il existe encore dans les biens du *fraudator*, tandis que, dans les cas où elle peut être donnée *intra et post annum*, le défendeur succombant peut réclamer toujours au demandeur le prix payé.

Ainsi, tout d'abord, quant aux conditions requises pour obtenir le droit d'intenter l'une ou l'autre action, l'avantage est du côté de l'action paulienne réelle. En effet, pour intenter cette dernière, il faut qu'il y ait *eventus*, et *consilium* chez le *fraudator* seulement, tandis que, en certains cas, pour intenter l'action personnelle, il faut en outre qu'il y ait *consilium* chez le défendeur. L'avantage en ce qui concerne l'action paulienne réelle va même encore plus loin. Une fois les conditions requises

existant, l'action paulienne réelle doit être donnée, tandis que l'action paulienne personnelle, alors même que les conditions requises existent, peut être refusée si le défendeur est de bonne foi, parce qu'elle est donnée contre lui *causa cognita*.

Quant à la durée, l'avantage est du côté de l'action paulienne réelle. En effet, cette dernière est toujours perpétuelle, tandis que l'action paulienne personnelle n'est perpétuelle que lorsqu'elle est donnée *in id quod ad eum pervenit*; habituellement elle est annale.

Quant à la compétence, l'avantage est aussi du côté de l'action paulienne réelle. En effet, cette dernière, étant réelle, peut être portée non seulement au tribunal du domicile du défendeur, mais aussi à celui de la situation de l'objet litigieux, tandis que l'action paulienne personnelle est soumise, bien entendu, à la règle *actor sequitur forum rei* (loi 3, C., liv. III, tit. XIX *Ubi in rem actio exerceri debeat*).

Quant à la preuve, l'action paulienne réelle est également plus avantageuse que l'action paulienne personnelle. Pour obtenir cette dernière, lorsqu'on la sollicite pour le tout, il y a particulièrement à prouver l'*eventus*, le *consilium* chez le débiteur, et le *consilium* chez le défendeur — lorsqu'on la sollicite pour l'enrichissement, il y a à prouver l'*eventus*, le *consilium* chez le débiteur, et l'enrichissement du défendeur; tandis que pour obtenir l'action paulienne réelle, il y a à prouver l'*eventus*, le *consilium* chez le débiteur, et la possession par le défendeur de la chose aliénée.

L'action paulienne réelle, étant fictive, est soumise à l'appréciation du juge, principalement pour qu'il se prononce sur une question de droit, c'est-à-dire le juge a à juger qui est le propriétaire et qui est le créancier; tandis que l'action paulienne personnelle, étant *in factum*, est soumise à l'appréciation du juge pour qu'il se prononce principalement sur une question de fait, c'est-à-dire sur l'aliénation frauduleuse, et il n'a à se prononcer sur le droit des comparants qu'indirectement. Au demeu-

rant, cette distinction n'ajoute aucun avantage ni à l'une ni à l'autre action. Que le droit, ou le fait, soit jugé en premier lieu ou en second lieu, comme tous les deux sont nécessaires pour la réussite de l'une ou de l'autre action, le résultat est le même.

Quant à l'effet, l'action paulienne réelle a l'avantage sur l'action paulienne personnelle. L'*arbitrium* obtenu par la première exige toujours la reconstitution du patrimoine du *fraudator* tel qu'il était avant l'acte frauduleux, tandis que l'*arbitrium* obtenu par la seconde peut n'exiger qu'une restitution partielle, dans le patrimoine du *fraudator*, de ce qui en est sorti.

Quant au remboursement du prix payé par le défendeur succombant, l'action paulienne réelle est plus avantageuse que l'action paulienne personnelle. Celui qui succombe à la première a un droit bien plus restreint de réclamer le remboursement du prix payé que celui qui succombe à la seconde.

Quant au résultat définitif, il est à l'avantage de l'action paulienne réelle. Par cette dernière, le demandeur est sûr d'obtenir réellement la restitution de la chose demandée, ou, tout au moins, une indemnité plus ou moins satisfaisante, tandis que par l'action paulienne personnelle il n'en est pas ainsi :

En effet, — en admettant même l'opinion la moins favorable que l'*arbitrium* ne puisse pas être exécuté *manu militari* — supposons, en premier lieu, que le défendeur succombant à l'une de nos actions ne voudra pas s'exécuter. Ce défendeur sera alors condamné à payer une indemnité.

En se servant de l'action paulienne réelle, le demandeur pourra toujours attaquer celui qui possédera la chose frauduleusement aliénée. Dès lors ce demandeur ne se trouvera pas en face d'une personne privée de toute ressource, car, à défaut d'autre bien, il pourra toujours prélever, tout au moins, une partie de l'indemnité sur le produit obtenu par la vente de la chose poursuivie dont est en possession le défendeur.

Par contre, le demandeur, en se servant de l'action paulienne

personnelle, risquera de n'obtenir l'*arbitrium* que d'une manière platonique, c'est-à-dire sans pouvoir en tirer aucun résultat. En effet, le demandeur pourra être dans le cas de n'actionner qu'un défendeur de mauvaise foi qui a revendu la chose pour sa valeur intégrale à un *emptor* de bonne foi. Ce défendeur pourra se trouver sans aucune ressource personnelle et même avoir dépensé le prix reçu de la vente de la chose. Alors le demandeur qui réussira à obtenir l'*arbitrium* n'aura en réalité aucun bénéfice. Comme le défendeur, non seulement ne possédera pas la chose demandée, mais sera, en outre, entièrement insolvable, le demandeur ne pourra, en fait, obtenir aucune satisfaction.

En second lieu, — en admettant toujours que l'*arbitrium* ne puisse pas être exécuté *manu militari* — supposons que le défendeur succombant à l'une de nos actions s'exécutera volontairement.

En se servant de l'action paulienne personnelle, en cas d'insolvabilité partielle du défendeur, le demandeur ne réussira à faire rentrer dans le patrimoine du *fraudator* qu'une partie de ce qui en est sorti.

Par contre, le demandeur qui agira par l'action paulienne réelle réussira à faire rentrer le tout dans ledit patrimoine.

En effet, comme, au cas où l'on se sert de l'action paulienne réelle, la chose frauduleusement aliénée est censée n'être jamais sortie du patrimoine du *fraudator*, les créanciers du défendeur n'auront, en se servant de cette action, aucun droit sur cette chose, et elle reviendra tout entière aux créanciers du *fraudator*.

Par contre, au cas où l'on se sert de l'action paulienne personnelle, la chose sortie du patrimoine du *fraudator* est bien censée avoir passé dans le patrimoine du défendeur, et, par conséquent, est devenue le gage de ses créanciers. La chose revenant dans le patrimoine du *fraudator* par l'exécution de l'*arbitrium*, redeviendra, du même coup, gage de ses créanciers. De cette façon les créanciers du *fraudator*, en se servant de l'action paulienne personnelle, auront droit à la chose concu-

remment avec les créanciers du défendeur, c'est-à-dire ces créanciers du *fraudator* n'auront pas la chose entière.

En ce qui concerne les personnes contre lesquelles nos actions sont données, l'action paulienne personnelle a l'avantage sur l'action paulienne réelle. En effet, l'action paulienne réelle n'est donnée que contre celui qui possède (ou par dol a cessé de posséder), tandis que l'action paulienne personnelle peut être donnée (suivant les conditions requises) aussi bien contre celui qui possède que contre celui qui (même sans dol) a cessé de posséder.

Enfin, en envisageant les actes soumis aux deux actions pauliennes, l'avantage, considérable, est du côté de l'action paulienne personnelle. En effet, cette dernière vise tous les actes frauduleux actifs et passifs faits aussi bien avant qu'après la *missio in possessionem*, tandis que l'action paulienne réelle ne vise que les aliénations frauduleuses d'une chose, faites pendant la *missio in possessionem*.

En résumé, l'action paulienne réelle, dans son cercle d'application, est plus avantageuse que l'action paulienne personnelle, dans le sien. Mais le cercle d'application de l'action paulienne personnelle est tellement plus large que celui de l'action paulienne réelle, que, en définitive, et d'une manière absolue, l'action paulienne personnelle a un avantage immense sur l'action paulienne réelle.

FIN.

La Faculté de Droit autorise l'impression de la présente dissertation, sans émettre d'opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 20 mars 1890.

ALFRED MARTIN, *doyen*.

TABLE DES MATIÈRES.

	Pages.
AVANT-PROPOS.....	5
CHAPITRE I. Théories diverses sur les actions pauliennes.....	7
CHAPITRE II. Nom de paulienne.....	16
CHAPITRE III. Époque et origine des actions pauliennes.....	19
CHAPITRE IV. Raison d'être de l'interdit fraudatoire et époque de sa création.....	24
CHAPITRE V. Nature des actions pauliennes.....	29
CHAPITRE VI. Caractère des actions pauliennes.....	36
CHAPITRE VII. Conditions requises pour que les actions pauliennes soient données.....	42
CHAPITRE VIII. Actes soumis aux actions pauliennes.....	46
CHAPITRE IX. Contre qui et à qui sont données les actions pauliennes?.....	51
CHAPITRE X. Effets des actions pauliennes.....	57
CHAPITRE XI. Résumé et comparaison des deux actions pauliennes.	61

